

Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción

Silvina Bacigalupo
Jesús Lizcano

Colección **Estudios nº 1**

Serie **Análisis**
Área **Institucionalidad Democrática**



Silvina Bacigalupo Saggese. Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM), desarrolla su actividad investigadora en las siguientes áreas: Derecho penal económico y de la empresa, política criminal transnacional y criminalidad organizada. Es miembro del Comité Ejecutivo de Transparencia Internacional España (TI-España); del Consejo académico de la Fundación Argentina para el Estudio y Análisis de la prevención del lavado de activos (FAPLA) y de la Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (FIDE, España). Autora de diez libros, varios libros colectivos, y más de un centenar de artículos, en publicaciones tanto nacionales como internacionales, participa en diversos Consejos académicos y de redacción de revistas científicas (nacionales y extranjeras), así como de claustros académicos de programas de postgrado.

Jesús Lizcano Álvarez. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro fundador y actual presidente de Transparencia Internacional-España. Es director de dos revistas, una de divulgación científica, "Encuentros Multidisciplinares", y la otra, internacional y de un carácter más técnico, la "Revista Iberoamericana de Contabilidad de Gestión". Es autor de catorce libros y de un centenar de artículos, en publicaciones tanto nacionales como internacionales. Forma parte además del Consejo de redacción o editorial de otras cinco revistas (nacionales y extranjeras). Ha recibido premios como el Premio del Instituto de Planificación Contable al mejor artículo publicado (1979), o el Premio Antiguos Alumnos de la UAM (2010).

Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción

Silvina Bacigalupo
Jesús Lizcano

Colección Estudios nº 1

Serie: Análisis

Área: Institucionalidad Democrática

Edita:

Programa EUROsociAL
C/ Beatriz de Bobadilla, 18
28040 Madrid (España)
Tel.: +34 91 591 46 00
www.eurosocial-ii.eu
info@eurosocial-ii.eu

Con la colaboración de:

Fundación Internacional y para Iberoamérica
de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP)



Fundación CEDET



La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de los autores y en ningún caso se debe considerar que refleje la opinión de la Unión Europea.

Edición no venal.

Realización gráfica:

Cyan, Proyectos Editoriales, S.A.

Madrid, noviembre de 2013

ISBN: 978-84-695-9861-0



No se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

Índice

Prólogo	5
Presentación	7
Introducción	11
1. Corrupción y transparencia: proyección y problemática en el sector público y en el sector privado	13
1.1. El problema de la corrupción: efectos y dificultades para afrontarla	13
1.2. La transparencia como antídoto y herramienta social para combatir la corrupción	17
2. Convenios internacionales contra la corrupción: OEA. OCDE.	
Convenios europeos. Aspectos fundamentales	21
2.1. Convenios internacionales y Convenios europeos. Breve referencia	22
2.2. Convenios europeos: recomendaciones del Consejo de Europa. Convenio penal sobre la corrupción y Convenio civil contra la corrupción	23
2.3. Trasposición de la normativa internacional en materia de corrupción de funcionarios extranjeros. Breve referencia a la legislación española	27
2.4. Alcance de la legislación de EE.UU. a empresas y ciudadanos no estadounidenses por incumplimiento de normas estadounidenses relativas a las transacciones económicas internacionales	34
3. Derecho comparado. Modelos más relevantes de implementación de la legislación internacional contra la corrupción y responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas	39
3.1. Breve referencia a la evolución histórica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Problemas dogmáticos para admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas	39
3.2. Europa: Alemania, Italia, Francia y España	44

3.3. Latinoamérica: Chile	46
3.4. Características generales de una legislación penal de responsabilidad penal de personas jurídicas	50
4. Recomendaciones para una legislación adecuada a las exigencias de los Convenios internacionales	59
4.1. Tipificación obligatoria de delitos derivados de los Convenios internacionales	59
4.2. Tipificación facultativa de delitos vinculados a conductas de corrupción . . .	59
4.3. Incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	60
4.4. Transparencia y cooperación con las autoridades	60
4.5. Jurisdicción. Cooperación internacional	60
4.6. Extradición. Asistencia jurídica recíproca con otros Estados	62
4.7. Recuperación de activos. Decomiso	62
5. Recomendaciones para la prevención de la corrupción en los agentes del sector privado	63
5.1. La Responsabilidad Social Corporativa	63
5.2. Principios de prevención de la corrupción del sector privado	66
6. Conclusiones y recomendaciones finales	71
6.1. Recomendaciones de carácter general para impulsar la transparencia política y ética social contra la corrupción	71
6.2. Recomendaciones de carácter específico para una legislación penal para la prevención de la corrupción	74

Anexos

I. Convenios en materia de lucha contra la corrupción	77
II. Información oficial sobre casos e investigaciones relativos al cumplimiento de los Tratados internacionales contra la corrupción	81
III. Código iberoamericano de buen gobierno	83
IV. Código penal español	89

Prólogo

El programa EUROsociAL, financiado por la Unión Europea, busca promover la cohesión social en América Latina a través de un diálogo e intercambio intensivo entre los países América Latina y los estados miembros de la Unión Europea. EUROsociAL pretende contribuir a la mejora de políticas públicas en áreas claves para la cohesión social como lo son los sectores de administración de la justicia, educación, salud, fiscalidad o empleo.

En este contexto entendemos que es necesario enfrentar la corrupción como una parte integral de la gobernabilidad. La corrupción es nefasta no solo a nivel financiero sino también social, ya que sirve con frecuencia para encubrir otras infracciones graves como el tráfico de drogas o de seres humanos. Además amenaza con socavar la confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas y en sus dirigentes políticos.

La corrupción está lejos de ser un problema exclusivo de los países en desarrollo. Aunque la naturaleza y la magnitud de la corrupción puedan variar de país a país, la corrupción en la Unión Europea causa costes económicos de hasta 120 mil millones de euros por año según estimaciones de la Dirección General Interior de la Comisión Europea. Esta suma equivale al 1 por ciento del producto interno bruto de la Unión Europea, la zona económica más grande del mundo.

La Unión Europea tiene un compromiso firme y fuerte para luchar contra la corrupción. Muestras de ello son su firma de la Convención contra la Corrupción de las Naciones Unidas en 2008 e iniciativas concretas como el Informe Anticorrupción. Este informe constituye un mecanismo de vigilancia y de evaluación propio de la UE. El informe recoge las tendencias y las deficiencias a las que habrá que dar solución y estimula el intercambio de mejores prácticas.

Desafortunadamente, todos los estudios internacionales muestran altos niveles de corrupción en América Latina. Sin embargo, en los últimos años la región ha avanzado de manera reseñable a la hora de situar el problema de la corrupción en las agendas gubernamentales.

El concepto de corrupción ha dejado de ser tabú en las relaciones internacionales. Consideramos que la discusión pública de sus repercusiones, el análisis de su funcionamiento y el intercambio de experiencias en su lucha pueden contribuir a contrarrestar este mal de nuestras sociedades.

En este sentido, esperamos que el estudio que se presenta a continuación enriquezca este debate tan necesario sobre la corrupción en todas sus facetas y consecuencias. Agradecemos a los autores y a todas las personas que han trabajado en su publicación y reiteramos nuestro fuerte compromiso por parte de la Unión Europea para apoyar a América Latina en su camino hacia una mayor cohesión social.

Jolita Butkeviciene
Directora América Latina y el Caribe,
Dirección General de Desarrollo y Cooperación EuropeAid,
Comisión Europea

Presentación

La lucha contra la corrupción se ha convertido en uno de los temas centrales de la agenda de desarrollo. La corrupción atrapa a millones de personas en la pobreza y la miseria; afecta a la democracia y al Estado de Derecho; distorsiona el comercio nacional e internacional; impone dificultades para el buen gobierno y la ética en el sector privado; genera crisis políticas, sociales y económicas; amenaza la seguridad interna y la internacional; retrasa el desarrollo social y económico y amenaza la sustentabilidad de los recursos naturales.

Por eso desde hace tiempo el concepto de corrupción ha dejado de ser tabú en las relaciones internacionales y, específicamente, en la cooperación para el desarrollo, y la lucha contra la corrupción se ha ido incorporando a la agenda internacional.

Un hito a destacar para la configuración de esta agenda es la creación en 1993 de una ONG dedicada exclusivamente a combatir la corrupción: Transparencia Internacional, que publica desde 1995 el Índice de percepción de la corrupción. Posteriormente, en 1996, 21 Estados de la OEA ratificaron el Convenio Interamericano contra la Corrupción y, un año después, la OCDE aprobó sus lineamientos generales para las empresas transnacionales en la lucha contra el soborno. No fue sino hasta 2003 que las Naciones Unidas consiguieron aprobar su Convención contra la Corrupción, con la finalidad de promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir la misma; promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

La Convención de Naciones Unidas tipifica los delitos más comunes como: soborno, lavado de dinero, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, etc. También recomienda la adopción de políticas y programas específicos tendientes a prevenir, detectar y denunciar casos de corrupción (por ejemplo, reforzamiento del Poder Judicial, la sanción de leyes de acceso a la información pública, la reforma de los sistemas de compras y contrataciones en el sector público, la protección de testigos y víctimas).

Asimismo se solicita el establecimiento de penas para los delitos tipificados en la Convención, la creación de organismos especializados con independencia del poder político y de reglas para la actuación de las entidades financieras. Por último, reconoce el papel de actores como el sector privado y la sociedad civil en la lucha contra la corrupción, a quienes les recomienda la adopción de medidas.

En América Latina se ha avanzado mucho en los últimos años en el desarrollo de políticas, programas e instituciones dedicadas a enfrentar la corrupción. Sin restar importancia a estos esfuerzos, y admitiendo que existen importantes diferencias entre los países, la corrupción continúa siendo uno de los principales desafíos a los que se enfrentan las democracias de la región. Su persistencia afecta de manera negativa al crecimiento económico, a su sostenibilidad y a su carácter inclusivo, y erosiona la confianza ciudadana en el funcionamiento de la democracia y en sus instituciones.

La corrupción tiene muchas caras: soborno, extorsión, malversación de fondos, favoritismo y nepotismo, fraude, colusión entre empresas que se reparten mercados o fijan precios, etc. Para luchar contra la corrupción es necesario un enfoque holístico que, además de fortalecer las capacidades —o la creación— de las instituciones directamente encargadas de enfrentar esta lacra, busque movilizar la colaboración entre diferentes instituciones del Estado y de la sociedad.

Desde el Programa EUROsociAL II, que busca promover la cohesión social en América Latina, entendemos que es necesario enfrentar la corrupción como una parte integral de la gobernabilidad, por eso alineamos el Programa con los compromisos internacionales y de los países socios en su contra y actuamos en base a las ventajas comparativas de las que disfrutamos: la posibilidad de apoyar el trabajo entre instituciones similares —el trabajo entre pares— para compartir las buenas prácticas y las lecciones aprendidas por otros países de América Latina y de la Unión Europea.

En este contexto, EUROsociAL II ha puesto en marcha una acción que se inserta en el marco de Planes Nacionales Anticorrupción y que está en concordancia con los compromisos internacionales y regionales de los países de América Latina. La acción pone el énfasis en los mecanismos de promoción de la integridad desde abajo, promoviendo una mayor colaboración institucional y social en la lucha contra la corrupción, pero no descuida las estrategias de arriba hacia abajo (control, sanciones, reformas normativas e institucionales).

El estudio comparado que se presenta a continuación se enmarca en esta última línea, ofreciendo análisis y evidencias que permitan a los tomadores de decisión juzgar con un mayor conocimiento de causa un tema, controvertido y polémico, que se ha venido incorporando con fuerza recientemente a las estrategias anticorrupción: la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas.

Como ha señalado en alguna ocasión Johan Graf Lambsdorff, creador del índice de percepción de corrupción: “Existen suficientes razones morales para luchar contra la corrupción, pero la ética no proporciona una motivación suficiente a los involucrados (en estas malas prácticas). Los incentivos deben elevar los riesgos de un comportamiento corrupto y resaltar los beneficios de un comportamiento íntegro”.

Confiamos en que este estudio ayude a la aprobación de normativas concretas que permitan elevar los riesgos de aquellos que opten por comportarse corruptamente.

Inma Zamora
Directora
Programa EUROsociAL

Introducción

Los estudios sobre los niveles de transparencia para la prevención de la corrupción se han focalizado, fundamentalmente, en el análisis del *sector público* como origen principal de la problemática, entendiendo que las conductas más relevantes afectaban a la corrupción definida como *utilización del cargo público en interés propio del funcionario*. De ahí que las leyes penales nacionales y los convenios internacionales hayan puesto inicialmente especial énfasis para prevenir la corrupción en castigar las conductas de corrupción que afectan a las Administraciones Públicas y a los *funcionarios públicos nacionales y extranjeros*. No obstante, la legislación internacional —consciente de la necesidad de neutralizar conductas de corrupción realizadas también por los agentes del sector privado— ha establecido en los últimos años también nuevas normas que imponen obligaciones a los agentes privados. La corrupción no solo afecta a la utilización del cargo público en beneficio propio, sino también a conductas entre particulares que lesionan en mayor o menor medida la *competencia leal* y, con ello, lesiona de forma directa también el *mercado, la formación de precios y a los consumidores* a través de las conductas denominadas de *corrupción entre particulares*. Por tanto, teniendo en cuenta los dos aspectos que inciden en la corrupción es necesario enfocar los estudios relativos a la prevención de la corrupción a ambos agentes actuantes: por un lado, el *sector público* (Administración pública y funcionarios públicos) y, por otro, los *agentes privados* (la empresa —privada o pública—, sus administradores y empleados, así como todo particular interviniente en el mercado, y también las fundaciones y sus patrones, en definitiva: las personas jurídicas).

En este sentido, existen entre los Estados Miembros de la Unión Europea (en adelante, EEMM) diversos modelos legislativos mediante los cuales se han introducido los compromisos legislativos derivados de los Convenios internacionales (Convenio OCDE contra la lucha de la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones internacionales (1997), Convención de NNUU contra la Corrupción (2003)) suscritos singularmente por cada EEMM, así como las obligaciones legislativas derivadas, en particular, de los Convenios europeos (Convenio Europeo Penal contra la Corrupción / Convenio Europeo Civil contra la Corrupción). Ello ha conllevado la modificación de algunas conductas punibles ya existentes en las legislaciones, así como la incorporación de nuevas conductas (delitos

de cohecho, malversación, corrupción entre particulares, cohecho de funcionarios extranjeros en las transacciones comerciales internacionales). Por otro lado, las legislaciones penales y administrativas de los EEMM han acometido en los últimos años importantes reformas para un adecuado tratamiento de la responsabilidad de las personas jurídicas, bien introduciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Francia, España...) o reforzando los criterios de imputación en el marco de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas (Alemania, Italia...).

Entre los países que con relación al objeto de este estudio ofrecen los modelos legislativos más avanzados y con mejores prácticas, creemos conveniente centrar el estudio de Derecho comparado en las legislaciones de Alemania, España, Italia y Francia, entre los países que tienen los modelos legislativos más significativos en Europa, y de los modelos más estudiados de Latinoamérica, sin duda, el modelo de Chile, sin perjuicio de referencias a otras legislaciones latinoamericanas que también pueden ser orientadoras.

Definido así el contexto del presente estudio su finalidad es ofrecer un resumido panorama legislativo de los modelos de transposición de las obligaciones derivadas de los Convenios internacionales relativos a la prevención de la corrupción.

1. Corrupción y transparencia: proyección y problemática en el sector público y en el sector privado

1.1. El problema de la corrupción: efectos y dificultades para afrontarla

Uno de los problemas más importantes en el actual contexto internacional es el preocupante nivel de corrupción existente en la mayor parte de los países. La corrupción es un problema general en este mundo globalizado, y por tanto necesita de soluciones globales, y los políticos y gobernantes de cada país —así como las organizaciones supranacionales, y especialmente la sociedad civil— deben optar de forma clara, permanente y coordinada, por combatir este importante problema y lastre económico y social.

En cuanto al concepto de corrupción, si hubiera un ranking de conceptos polisémicos, el de corrupción estaría en los niveles más altos. El más frecuentemente utilizado es el concepto de corrupción entendido como *abuso de poder en el sector público en beneficio particular o privado*, sea directo o indirecto, con incumplimiento de normas jurídicas, aunque también es cada vez más importante en la actualidad el concepto de *corrupción en el sector privado*.

Resulta necesario tener en cuenta de forma fundamental los muy negativos efectos económicos y el empobrecimiento que genera la corrupción en cualquier país. En primer lugar, hemos de tener presente que los altos beneficios económicos que obtienen los corruptos generan un *sobreprecio* en las obras o servicios públicos, lo cual supone un verdadero impuesto implícito que pagan finalmente los ciudadanos. En muchos casos, además, las decisiones corruptas de concesión de tales obras o servicios, van acompañadas de una falta absoluta de control de la *calidad* (en materiales o especificaciones técnicas, por ejemplo) o de la *seguridad* (física, sanitaria, etc.) de lo construido o suministrado.

Por otra parte, en ocasiones se financian de forma injustificada *megaproyectos* enormemente costosos para el erario público y los ciudadanos, y que no tienen la mínima rentabilidad económica o social exigible a cualquier obra o instalación financiada con dinero público. Las decisiones corruptas también pueden generar diversos riesgos económicos, por ejemplo: los inmuebles construidos indebidamente (en zonas protegidas medioambientalmente, o vulnerando normas sobre distancia mínima a la costa, etc.) pueden generar *riesgos* de demolición para los compradores.

La corrupción genera, por otra parte, grandes cantidades de dinero *opacas*, que incrementan la *economía sumergida*, lo cual viene a reducir sensiblemente los ingresos públicos, originando así una mayor carga fiscal sustitutoria para el conjunto de los contribuyentes. Además, tales cantidades se destinan muy frecuentemente a nutrir los *paraísos fiscales*, verdadera lacra internacional, muchos de los cuales pertenecen o están bajo la soberanía de países desarrollados.

Otro efecto perverso de la corrupción es que impide la libre competencia y las reglas del juego democráticas, generando importantes ineficiencias y costes económicos, de confianza, etc., y reduce ostensiblemente además, la efectividad y calidad de las políticas económicas.

De cualquier forma, los costes más importantes de la corrupción quizá sean justamente los que no se ven, esto es, los *costes de oportunidad*, o en definitiva, *lo que se deja de ganar* por la existencia de la corrupción. Cada vez más, la corrupción ahuyenta a los potenciales inversores, en primer lugar, por razones *éticas*, ya que hay un creciente número de fondos de inversión y empresas con planteamientos o códigos éticos, que eluden cualquier vestigio o riesgo de corrupción; y también por razones *pragmáticas*, ya que en los países y entornos corruptos siempre existe el riesgo de futuros problemas legales o judiciales, o incluso políticos que pueden perjudicar arbitrariamente, limitar o incluso expropiar o hacer perder tales inversiones (algunos estudios indican que en los países corruptos hay una alta probabilidad de perder la inversión en un plazo de cinco años).

Además de los perjuicios económicos, y ya en clave política o social, la existencia de numerosos indicios de corrupción en los cargos públicos genera una amplia desconfianza en la clase política y una sensación de *impunidad* que hace que los ciudadanos se alejen cada vez más de los políticos, y lo que es peor, tengan una sensación de *fatalismo* y una cierta creencia de que los políticos *son todos iguales*, lo cual evidentemente no es cierto, pero cuesta convencerles de lo contrario.

En resumen, los costes y efectos económicos de la corrupción son demasiado importantes para que la comunidad internacional (países, organismos nacionales e internacionales, sociedad civil, etc.) tenga una actitud pasiva ante esta *lacra* social, alarmante

y demasiado consentida, que lamentablemente impregna a tantas instituciones, empresas y colectivos del orbe internacional.

Por otra parte, medir la corrupción es difícil. Se trata de un delito y, por ello, se materializa en actuaciones que se ocultan para evitar el castigo. Saber cuánta corrupción “real” hay en un determinado país es casi imposible, pero existen aproximaciones que nos permiten situar a los países dentro de categorías generales como las de corrupción sistémica, alta corrupción, corrupción moderada o corrupción baja. La medición de la corrupción se ha convertido en un tema de investigación crecientemente importante. En general, se puede hacer de tres formas. En primer lugar, se puede hacer objetivamente, en base a las denuncias de corrupción y las investigaciones abiertas por el ministerio público o los jueces de instrucción; o a través de *proxies*, como el precio de los contratos sobre una serie de bienes homogéneos. En segundo lugar, a través de encuestas de percepción de corrupción a inversores nacionales y extranjeros, a expertos o a la ciudadanía en general. Finalmente, a través de encuestas en las que se pregunta a los ciudadanos por sus experiencias directas en el pago de sobornos o en las extorsiones que sufren de parte de funcionarios del Estado.

No obstante, todos los instrumentos tienen defectos metodológicos o de contenido. El gran problema de las mediciones existentes tiene que ver con la validez. Se trabaja con un *constructo* que genera enormes dificultades de definición. No hay ningún método que incluya en su medición todas las posibles modalidades de corrupción. Así, las encuestas de percepción normalmente no definen la corrupción, dejando a cada uno de los encuestados la configuración personal del concepto. Por otra parte, las encuestas normalmente solo miden los cohechos, no el uso privilegiado de información o la captura de políticas.

Como ejemplo de instrumentos que miden la percepción de la corrupción a nivel internacional cabe hacer referencia a la organización Transparencia Internacional. El índice o informe más antiguo y conocido de esta organización, que viene presentando todos los años, es el *Índice de Percepción de la Corrupción (IPC)*, con el que se lleva a cabo un estudio que se proyecta sobre la mayor parte de los países del mundo y que mide el nivel de percepción que muestran los ciudadanos e instituciones en los distintos países sobre la corrupción.

El último IPC publicado, el de 2012, revela que el setenta por ciento de los 176 países analizados presentan una calificación de *suspense*, dado que en una calificación entre 1 y 100 alcanzan una puntuación inferior a 50. Lo más grave, además, es que hay 49 países cuya nota es *muy deficiente*, es decir obtienen un *suspense* muy bajo, con una puntuación inferior a 3.

El informe señala que se aprecia una fuerte correlación entre corrupción y pobreza, y los peores resultados se dan en países poco desarrollados y con guerras y conflictos permanentes. Además, se evidencia una alta corrupción en las regiones y países donde prevalece la falta de transparencia, lo cual viene a reforzar la idea de que la transparencia es el mejor antídoto contra la corrupción. Por otra parte, se puede apreciar que en la actual época de crisis se está acudiendo en muchos países a prácticas corruptas, lo que dificulta la recuperación económica mundial.

Por otro lado, la mayoría de los estudios se han realizado entendiendo que las conductas más relevantes afectaban a la *corrupción* definida como *utilización del cargo público en beneficio propio*. De ahí que las leyes penales nacionales y los convenios internacionales hayan centrado la prevención de la corrupción en castigar las conductas de corrupción que afectan a las Administraciones públicas y a los *funcionarios públicos nacionales y extranjeros*. No obstante, la legislación internacional —consciente de la necesidad de neutralizar *conductas de corrupción realizadas también en el sector privado*— ha establecido en los últimos años también normas que imponen obligaciones a los agentes privados.

La corrupción no solo afecta a la utilización del cargo público en beneficio propio, sino también a conductas entre particulares que lesionan en mayor medida la *competencia leal* y, con ello, lesiona de forma directa también el mercado, la formación de precios y a los consumidores a través de las conductas denominadas de *corrupción entre particulares*. Por tanto, teniendo en cuenta los dos aspectos que inciden en la corrupción es necesario enfocar los estudios relativos a la prevención de la corrupción a ambos agentes actuantes: el *sector público* (Administración Pública y funcionarios públicos) y los *agentes privados* (la empresa —privada o pública—, sus administradores y empleados, así como todo particular interviniente en el mercado).

Desde esta perspectiva, la cooperación y responsabilidad de la empresa es necesaria y constituye un elemento esencial en la prevención de la corrupción. Prevenir la corrupción en la actividad empresarial resulta, por tanto, clave no solo para reducir los índices de corrupción en el sector público, sino fundamentalmente también para contribuir a una *competencia leal* y en condiciones de igualdad entre los concurrentes. Los actos de corrupción lesionan la administración pública, por un lado, pero suponen a la vez una disminución de la capacidad competitiva de las empresas, por otro. En este sentido, el perjuicio que dicha distorsión de las reglas de competencia supone para la actividad empresarial es incalculable.

No se puede desconocer que la actividad empresarial se ha visto afectada, en las últimas décadas, por un creciente nivel de corrupción no solo en la contratación con el sector público. También en la actividad empresarial entre particulares se han ido

consolidando prácticas comerciales que merman de forma significativa la capacidad competitiva de las empresas distorsionando no solo la *competencia leal* y la *formación de precios en el mercado*, sino lesionando el sistema objetivo y transparente de selección en la contratación. Por esta razón, las legislaciones penales de numerosos países han incorporado, de los Convenios internacionales y europeos, nuevos delitos que amplían considerablemente el catálogo de conductas de corrupción que existían hasta la actualidad incorporando incluso el denominado delito de *corrupción entre particulares*.

En cuanto a las posibles soluciones para el problema de la corrupción, aunque no hay recetas mágicas, parece claro que un objetivo fundamental a alcanzar en cada país es la existencia de un sistema *jurídico* avanzado, que haga posible la *prevención*, por una parte, la *detección* por otra, y la *penalización* de la corrupción, en todos sus niveles. Además de eso, es importante la existencia de un *sistema judicial* que posibilite el control y el necesario cumplimiento de las normas jurídicas.

En todo caso, la solución fundamental y más importante a largo plazo para la lucha contra la corrupción radica en la propia *educación* de los ciudadanos, que exista una verdadera mentalización de la sociedad, tanto a nivel individual como a nivel colectivo, de forma que la corrupción se vea como algo absolutamente ilegítimo, insolidario, y penalizable, y por ello los ciudadanos sientan un claro rechazo ante cualquier tipo de corrupción.

La corrupción, en definitiva, es un problema general en este mundo globalizado, y por tanto necesita de soluciones realmente globalmente globales, y que los políticos y gobernantes de cada país, y especialmente la sociedad civil, opten de forma clara, permanente y coordinada a nivel internacional, por combatir este importante problema y lastre económico y social.

1.2. La transparencia como antídoto y herramienta social para combatir la corrupción

Aunque la solución al problema de la corrupción resulta harto complicada, una forma de atajarlo al menos radica en impulsar firmemente la *transparencia*, la cual constituye indudablemente el mejor *antídoto* contra la corrupción.

En una sociedad moderna como la actual, y en cualquier país con un régimen realmente democrático, los ciudadanos tienen derecho y exigen cada vez más estar suficientemente *informados* y tener un mayor grado de *participación* en las decisiones que les afectan. Para conseguir este importante objetivo social se hace cada vez más necesaria la existencia de un sistema político, jurídico y económico realmente *transparente*, es

decir, que los ciudadanos reciban, o al menos tengan acceso, a una información más rápida y detallada de todo lo que ocurre y se decide en las distintas *instituciones públicas* pertenecientes a los tres poderes que vertebran la sociedad: legislativo, ejecutivo y judicial, así como en las *entidades privadas* (empresas y entidades no lucrativas) en aquello que esté relacionado con el interés público.

La transparencia se convierte así en un pilar básico que la sociedad actual ha de desarrollar de una forma amplia y permanente como elemento fundamental para conseguir un mínimo nivel de democracia social y de eficiencia económica, y para que los ciudadanos no queden así desprotegidos y desprovistos de uno de sus derechos fundamentales: el derecho a la información, y en definitiva, el derecho a saber. Además, la transparencia posibilita un cierto control de los poderes públicos por parte de la sociedad civil, y por tanto, una herramienta fundamental de lucha contra la corrupción, verdadera lacra social que perjudica enormemente la justicia social y el desarrollo económico e institucional en una buena parte de los países del mundo.

El término *transparencia* hace referencia a un concepto que en la práctica se puede utilizar de distintas formas y bajo numerosos enfoques y perspectivas. Vamos a citar a estos efectos algunas definiciones que aporten inicialmente una cierta delimitación del término. Así, el *Anti-Corruption Resource Centre* (U4) define transparencia como: “La cualidad de ser claro, honesto y abierto. En un principio, la transparencia implica que los funcionarios públicos, directivos y administradores tienen el deber de actuar de manera visible, predecible y comprensible. La información disponible debe ser suficiente para que otras instituciones y el público en general pueda evaluar si los procedimientos que se siguen son consonantes con el mandato otorgado. La transparencia, por tanto, se considera un elemento esencial del buen gobierno responsable, que conduce a la asignación de los recursos, a una mayor eficiencia, y a mejores perspectivas de crecimiento económico en general”. Se trata de una amplia definición del término, que viene a recoger además algunas de las características que deben tener los responsables públicos de esa información que satisfaga el *derecho a saber* de los ciudadanos.

Por otra parte, la organización Transparencia Internacional, recoge el concepto en su “Guía de lenguaje claro”, en los siguientes términos: “La transparencia es la cualidad de un gobierno, empresa, organización o persona de ser abierta en la divulgación de información, normas, planes, procesos y acciones. Como regla general, los funcionarios públicos, empleados públicos, gerentes y directores de empresas y organizaciones, y las juntas directivas tienen la obligación de actuar de manera visible, predecible y comprensible en la promoción de la participación y la rendición de cuentas”.

Es importante tener en cuenta que dentro de una sociedad amplia, integrada y plural como es la que actualmente nos rodea, hemos de progresar en todas las proyecciones

que tiene la transparencia a nivel tanto social, como económico e institucional, y especialmente en el sector público. El sector público es cuantitativa y cualitativamente fundamental en la sociedad, ya que por una parte, representa una proporción muy importante de la economía o del sistema económico de cualquier país (aunque pueda haber diferencias entre unos y otros países según su estructura, el sistema político, la ideología del partido que gobierne, etc.), y por otra, porque es el sector que se encarga de velar por el funcionamiento, la seguridad, la libertad y el mínimo bienestar o cobertura social de los ciudadanos.

Dado que el sector público, por otra parte, está financiado con el esfuerzo económico de todos los ciudadanos, y dado que se encarga exclusivamente de servir a dichos ciudadanos, se hace realmente fundamental la existencia de un suficiente nivel de *transparencia* en este sector. Es por ello que se debería llegar a que en todos los países se proporcionase una información clara al ciudadano sobre las cuentas y la situación y evolución financiera de las administraciones públicas a todos los niveles existentes.

En lo relativo a la transparencia en el sector privado, cabe recordar la importancia que tiene que las empresas presenten a la sociedad, además de su información estrictamente contable también unas Memorias amplias y detalladas sobre otros muchos aspectos sociales, medioambientales, etc., siguiendo el objetivo de transparencia social o corporativa. En este sentido, cabe señalar que la *Global Reporting Initiative* (GRI) manifiesta que la transparencia en la elaboración de Memorias constituye un ejercicio de *responsabilidad empresarial*, ya que supone la explicación clara y abierta de las propias acciones a aquellos que tienen derecho a preguntar o motivos para hacerlo.

2. Convenios internacionales contra la corrupción: OEA. OCDE. Convenios europeos. Aspectos fundamentales

Las distintas Convenciones internacionales contra la corrupción (CICC) introducen entre sus recomendaciones, además de las exigencias de tipificación criminal de delitos que castiguen la corrupción, la necesidad de introducir en los ordenamientos jurídicos de los Estados firmantes sanciones “*eficaces, proporcionadas y disuasivas*” para las personas jurídicas. En verdad, las Convenciones internacionales —y también las europeas— no exigen de forma directa la introducción de una *responsabilidad criminal de las personas jurídicas en las legislaciones penales*¹ de los Estados. La doctrina y los expertos han interpretado mayoritariamente que dicha expresión —*sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas*— se refiere a una responsabilidad penal como uno de los presupuestos esenciales para lograr la efectividad de cualquier legislación de prevención de la corrupción.

En este sentido, es preciso recordar también que la legislación internacional en esta materia tuvo su origen, fundamentalmente, en la motivación por la lucha contra las organizaciones criminales de carácter transnacional, el crimen organizado y la corrupción. Sin embargo, como consecuencia de la globalización del mercado financiero y la tendencia hacia un mercado transnacional, que supera el ámbito territorial y se expande más allá de las fronteras de los Estados, los organismos internacionales han reconocido la necesidad de exigir en sus Convenios contra la corrupción normas de cumplimiento que en la actualidad afectan también a la práctica comercial internacional de cualquier empresa en su tráfico mercantil con el exterior. En este sentido, con el fin de castigar conductas que socavan el buen gobierno y el desarrollo económico, distorsionando las condiciones competitivas transfronterizas, los Tratados y Convenios internacionales han impulsado una *política criminal* que ha conducido a que la mayoría de los Estados hayan incorporado a sus legislaciones nacionales disposiciones penales dirigidas a introducir la *responsabilidad penal de las personas jurídicas* y también, más allá vincularla

1. Así, los Convenios internacionales contra la corrupción OEA, OCDE, NNUU, Convenios europeos, UA, entre otros. Véase Anexo I, Cuadro de las Convenciones internacionales contra la corrupción.

con los clásicos delitos de cohecho —activo y pasivo— de funcionarios públicos y funcionarios públicos extranjeros o la malversación de caudales públicos, la punibilidad de determinados comportamientos vinculados a los negocios y transacciones económicas internacionales que afectan tanto a las *empresas* como a las *personas físicas* que actúan en su nombre.

2.1. Convenios internacionales y Convenios europeos. Breve referencia

En este sentido, conviene hacer una muy breve recapitulación de los antecedentes de los Convenios Internacionales más relevantes, así como de la legislación de otros Estados con aplicación extraterritorial que puede afectar a los negocios transnacionales —*Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA), *Foreign Assets Control Regulation* (OFAC)— a fin de establecer los rasgos generales para una legislación penal adecuada al cumplimiento de las exigencias derivadas de los compromisos internacionales.

La Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y las Naciones Unidas (NNUU) —entre otras organizaciones internacionales— han elaborado diversos Convenios en los que los Estados parte se comprometen y/o obligan a establecer *normas específicas que regulan el soborno y la responsabilidad penal de las empresas las relaciones comerciales internacionales de las empresas* a fin de proteger la transparencia, la libre competencia y evitar prácticas abusivas. En este sentido hay que mencionar:

- *Convención Interamericana contra la corrupción, OEA (1996)*, Caracas, 29 de marzo de 1996.
- *Convenio de lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, OCDE (1997)*, París, 17 diciembre de 1997.
- *Convención de Naciones Unidas contra la corrupción (2003)*, Res. 58/4, Asamblea General, 31 de octubre de 2003, (la Unión Europea suscribió la Convención el 15 de septiembre de 2005 y entró en vigor el 12 de noviembre de 2008).

Todos ellos contienen expresas recomendaciones para establecer *medidas eficaces, disuasorias y preventivas* para las personas jurídicas. La introducción de una responsabilidad de carácter *penal* de las personas jurídicas, sin embargo, no es una decisión legislativa sencilla, toda vez que dependerá, entre otras cuestiones, también del marco constitucional de las normas rectoras de las responsabilidades penales.

2. *Vide Infra* sobre esta cuestión más extensamente.

2.2. Convenios europeos: recomendaciones del Consejo de Europa. Convenio penal sobre la corrupción y Convenio civil contra la corrupción

La prevención de la corrupción y la necesidad de instituir la *responsabilidad penal de las personas jurídicas* se encuentra en Europa vincula a la normativa supranacional de la UE. Ya a comienzos de los años 80 se pusieron en marcha diversas recomendaciones, Decisiones Marco y alguna Directiva que se refería a la necesidad de instituir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si la legislación internacional (CICC) enmarca la necesidad de castigar criminalmente a las personas jurídicas en la necesidad de la prevención de la corrupción, el blanqueo de capitales, la problemática se plantea en la UE a partir de la necesidad de la protección de los intereses financieros de la UE.

Desde la década de los años setenta la cuestión sobre el alcance de las disposiciones penales de los Estados miembros en relación con los intereses financieros ha sido objeto de minuciosos debates³. En este contexto, en el de la protección de la Hacienda Pública comunitaria, se planteó la necesidad de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dado que éstas eran las destinatarias de las ayudas y subvenciones de los medios de la política de fomento de la UE. En dicho contexto, comenzaron a detectarse un alto número de fraudes (fraudes de subvenciones por obtención irregular y/o malversación de la subvención). Los EEMM no tenían la posibilidad directa de sancionar tales infracciones y la UE no tenía la competencia legislativa para dictar normas de carácter penal. Dicho con otras palabras, la entonces Comunidad Económica Europea no había recibido competencias sancionadoras especiales que le permitiera arbitrar la propia protección de estos intereses.

Sin embargo, una vía de solución se presentó con la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pronunciada en el Asunto 68/88, de 21 de septiembre

3. Una de las primeras manifestaciones del interés mostrado por la Comisión en esta materia fue un Proyecto de reforma del Tratado COM (76) 418, OJ C 222, 22.9.1976, Diario Oficial de la Comunidad Europea C 222/1976, de 22-9-1976), de fecha de 6 de agosto de 1976, presentado por la Comisión, en el que se proponía modificar los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas con la finalidad de adoptar una normativa común relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad. El artículo 14 del Proyecto de Reforma establecía que se debían aplicar las sanciones previstas en el Derecho interno para los ilícitos fiscales o los cometidos en el ámbito de las subvenciones cuando las acciones u omisiones tengan por objeto los intereses financieros de la Comunidad. Asimismo, el artículo 15 preveía la aplicación de las sanciones penales de Derecho interno a las falsedades documentales y declaraciones falsas ante una autoridad pública del Estado también en el caso de tener lugar ante autoridades de la Comunidad. Sin embargo, el alcance de dicho Proyecto fue limitado y no logró ser adoptado.

de 1989⁴, conocida como la *sentencia del «maíz griego»*. Se trataba de maíz de origen yugoslavo importado por Grecia y vendido a Bélgica como si fuera de origen griego. Las autoridades griegas no habían exigido ninguna exacción agraria al importador. La Comisión inició un procedimiento por infracción y el Gobierno griego no respondió. La Comisión demandó a Grecia basándose en el artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea porque, en efecto, Grecia ni investigó el fraude, ni adoptó medidas penales ni disciplinarias contra los funcionarios y las autoridades administrativas implicadas. El Tribunal de Justicia estableció en la sentencia la *obligación por parte de los Estados miembros de asimilar la protección de los intereses financieros de la Comunidad a sus propios intereses presupuestarios y de establecer un dispositivo de sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias*. Esta imposición se deriva, según el Tribunal, directamente del artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea⁵. Dicho principio jurisprudencial paso a consagrarse como *principio de asimilación*. El principio jurisprudencial del caso del maíz griego encontró finalmente su expresión directa en el *Título VI* (el llamado «*Tercer Pilar*») *del Tratado de la Unión Europea* (Maastricht, 1992), relativo a la cooperación en los ámbitos de *Justicia y Asuntos de interior*. Posteriormente, el Tratado de Maastricht de 1992 (TUE) consagra así legalmente el *principio de asimilación* que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (*sentencia del maíz griego*) y se establece de forma explícita el *principio de colaboración* estrecha y regular entre los Estados miembros⁶. Hasta el *Tratado de Ámsterdam*, de 2 de octubre de 1997, la protección de los intereses financieros de la Unión Europea se rige por el principio de asimilación (Tercer Pilar del Tratado de Maastricht) conforme al cual los EEMM deben proteger aquellos intereses de igual modo que lo hacen con los intereses financieros propios del Estado. El *nuevo artículo 280A* del Tratado de Ámsterdam impone tanto *a la Comunidad como a los Estados miembros la función de combatir el fraude y toda actividad ilegal que afecte al presupuesto de la Unión Europea*. Sin embargo, no queda claro⁷ que dicho Tratado reconozca a la Unión Europea competencia en materia penal o sigue siendo competencia de cada EEMM por efecto del principio de asimilación⁸.

4. *Comisión c. Grecia*, Rec. 1989, 2965.

5. Artículo 5. Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la comunidad. Facilitarán a ésta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros de la comunidad. Facilitarán a ésta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado».

6. Téngase en cuenta también artículo K.1 del Tratado de la Unión Europea, en que se establece que para la realización de los fines de la Unión [...] los Estados miembros considerarán de interés común la lucha contra la defraudación a escala internacional (K.1, 5.o) y la cooperación en materia penal (K.1, 7.o).

7. BACIAGALUPO, E., en *Curso de Derecho penal económico*, pág. 434.

8. TIEDEMANN, K., en *Agon 17/1997*.

En este contexto, las Recomendaciones y trabajos que abordaron la necesidad de instituir la responsabilidad penal de las personas jurídicas reflejan una larga preparación:

- Recomendación (77) 28, sobre la contribución del Derecho penal a la protección del medio ambiente.
- Recomendación (81) 12, sobre criminalidad de los negocios.
- Recomendación (82) 15, sobre el papel del Derecho penal en la protección del consumidor.
- Recomendación (88) 18, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- *Corpus Iuris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la UE, 1996, 2004⁹.
- Convenio relativo a la Protección de los Intereses Financieros de la UE 1996¹⁰.
- Convenio europeo de 4 de noviembre de 1998, para la protección del medioambiente a través del Derecho penal.
- DM 2005/667 (Decisión Marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques).
- DM 2005/222 (Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información).
- DM 2004/757 (Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas).

9. En el marco del Proyecto *Espacio Judicial Europeo* se puso en marcha en 1995, a través de la DG XX el proyecto de elaboración de una propuesta para armonizar las normas penales de los EEMM en una protección unificada de los intereses financieros de la UE. En este sentido, las disposiciones del *Corpus Iuris* definía delitos de fraude del presupuesto comunitario, corrupción, abuso del cargo, malversación, revelación de secretos oficiales, blanqueo de capitales, asociación ilícita estableciendo penas uniformes para todos los EEMM. Asimismo, se establecía la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los administradores de las mismas. El *Corpus Iuris* fue uno de los proyectos más completos como modelo legislativo de *lege ferenda* que contemplaba acotadamente la problemática para una eficaz prevención de la corrupción, aunque el proyecto tomaba como punto de partida la preocupación de la UE en la protección de los intereses financieros de la UE.

10. Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas [Diario Oficial C 316 de 27.11.1995]. Con este acto, el Consejo establece un Convenio para la lucha contra el fraude en perjuicio de los intereses financieros de la Comunidad Europea (CE). Con arreglo al Convenio, el fraude en materia tanto de gastos como de ingresos debe ser objeto de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias en cada país de la Unión Europea (UE). Sobre la base del Convenio, cada país europeo debe adoptar las medidas necesarias para garantizar que estos comportamientos, así como la complicidad, instigación o tentativa ligados a tales comportamientos, sean objeto de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias. En caso de fraude grave, dichas medidas deben suponer penas de prisión y la posibilidad de extradición. Cada país europeo también debe adoptar las medidas necesarias para permitir que los jefes de empresa o cualquier persona que ejerza poderes de decisión o de control en el seno de las empresas puedan ser declarados penalmente responsables con arreglo a los principios definidos por su Derecho interno, en caso de fraude que afecte a los intereses financieros de la CE.

- DM 2004/68 (Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil).
- DM 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.
- Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.
- DM 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre lucha contra el terrorismo; Acción Común 98/733/JAI del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, entre otras.

En materia de prevención de la *corrupción* los Convenios que han marcado las legislaciones de los EEMM en la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y en la tipificación de los delitos de corrupción son:

- **Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa (1999)**, (nº 173 del Consejo de Europa), Estrasburgo 27 de enero de 1999¹¹.
- **Convenio civil sobre la corrupción del Consejo de Europa (1999)**, (nº 174 del Consejo de Europa), Estrasburgo 24 de noviembre de 1999¹². Las características esenciales merecen ser destacadas brevemente¹³:
 - Cooperación internacional en la lucha contra la corrupción a través del establecimiento de acciones civiles para la *reparación del daño* (daños patrimoniales, lucro cesante y daños no patrimoniales) de personas que hayan sufrido daños resultantes de actos de corrupción.
 - Posible declaración de invalidez o nulidad de contratos o cláusulas contractuales que tengan origen en un acto de corrupción.
 - Protección de empleados y beneficio para los que denuncien de buena fe prácticas corruptas de la empresa.
 - Especiales normas sobre cuentas anuales y auditorías externas.

11. Firmado en 2000, Instrumento de ratificación, BOE de 28 de julio 2010 (nº 172).

12. Firmado por España el 10 de mayo de 2005, ratificado el 16 de diciembre de 2009, y cuya entrada en vigor es el 1 de abril de 2010 (BOE, 31 de marzo de 2010), cuyo cumplimiento supondrá necesariamente en un futuro próximo modificaciones legislativas que afectan de forma muy relevante a cuestiones jurídicas inherentes a los contratos de inversión y transacciones comerciales internacionales.

13. España aún no ha realizado el desarrollo normativo interno de este Convenio.

2.3. **Trasposición de la normativa internacional en materia de corrupción de funcionarios extranjeros. Breve referencia a la legislación española**

La ratificación por España de los Tratados internacionales y Convenios europeos, reseñados *ut supra*, tuvo como primera repercusión la incorporación a la legislación penal en esta materia de dos nuevas figuras de delitos: por un lado, el *delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales* (art. 445 CP español) y, por otro, como consecuencia de los Convenios europeos contra la corrupción, también un *delito de corrupción de funcionarios de la UE* (art. 427 CP español). En este sentido, el legislador ha traducido las obligaciones de las disposiciones internacionales de la siguiente manera: el Código penal español contempla en el Título XIX, de *Delitos contra la Administración Pública*, Capítulo V, Del Cohecho, y el Capítulo X, de los *Delitos de Corrupción en las Transacciones Comerciales Internacionales*¹⁴, disponiendo lo siguiente:

Artículo 427

1. 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. A estos efectos se entenderá que es funcionario de la Unión Europea:
 - 1) 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) 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) 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.

Asimismo, se entenderá 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.

14. Introducido por la LO 3/2000, de 11 de enero, y modificado hasta la redacción actual, por LO 15/2003, LO 5/2010 y de previsible modificación después de los compromisos manifestados por el Gobierno español como consecuencia del Informe de la 3 fase de Implementación del WGB de la OCDE, Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Spain, December, 2012. http://www.oecd.org/document/24/0,2340,en_2649_34859_1933144_1_1_1_1,00.html

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:
 - a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
 - b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.
 - c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 445¹⁵

1. 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 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 u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas 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.

15. A título de comparación y a los objetos del presente estudio, texto del anterior art. 445 del Código penal, cuya redacción fue revisada tras las recomendaciones del Informe OCDE 2 Fase, "1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423 en sus respectivos casos. 2. Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código."

Además de las penas señaladas, se impondrá 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.

Las penas previstas en los párrafos anteriores se impondrán en su mitad superior si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

3. 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.

A fin de comprobar su adecuación a las normas internacionales o, dicho con otras palabras, determinar hasta qué punto la trasposición llevada a cabo por el legislador español y que esta pueda servir de experiencia a aquellos países cuyos legisladores están trabajando en una correcta implementación de estas conductas en sus sistemas penales, se debe tener en cuenta, como punto de partida, la interpretación facilitada por los propios Convenios. En este sentido, una correcta trasposición de lo dispuestos en los Convenios internacionales y europeos¹⁶ deberían contemplar, al menos, las siguientes características:

- **“Corromper o intentar corromper”**: debe alcanzar toda conducta de solicitud de actuación o de abstención de actuar a un funcionario extranjero o internacional en

16. En especial, ténganse en cuenta las Recomendaciones OCDE. <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/47079135.pdf>

relación con el ejercicio propio del cargo de las funciones públicas (de que se trate). En particular, los Convenios internacionales contra la corrupción suelen dejar expresamente fuera los denominados facilitation payments. No obstante, una efectiva prevención de la corrupción debería prohibir todo tipo de pagos no regulados expresamente en la legislación interna de cada país.

- **“Atendieran a sus solicitudes”**: en este sentido, la conducta para el particular también será punible, si fuera el funcionario o la autoridad internacional el que solicitara la dádiva, presente o promesa y el particular accediera a la solicitud con dádivas, presentes, ofrecimientos, promesas: ventajas de naturaleza material o de valor económico, cuya obtención suponga para el funcionario o autoridad una mejora de su situación económica desde un punto de vista objetivo y medible: entrega de cantidades de dinero, prestación de servicios valorables económicamente, otorgamiento de préstamos, facilitar acceso a otro empleo, etc. Deberían quedar excluidos los “usos del tráfico” o “usos sociales” de cortesía, siempre y cuando fueran de escaso valor: regalos de Navidad, donativos de nimio valor, invitaciones a comidas, etc.
- **Por sí o personas interpuestas**: la acción de “corromper” a través de dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, es típica y punible, ya sea que se realice por un sujeto de forma directa o que se realice por personas interpuestas (p. ej. personas físicas o jurídicas no vinculadas con la empresa, colaboradores, asesores externos; al respecto habría que examinar y valorar la posible imputación de empresas dedicadas al *lobbying*, toda vez que como tales existen países cuya actuación no está prohibida).
- **Autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo**: El concepto de *funcionario o autoridad extranjeros* ha sido adoptado, tras la reforma de la LO 5/2010, a los conceptos de los propios Convenios internacionales, Convenios OCDE y Convenios Europeos.

Art. 1.4. del Convenio OCDE:

“(…) 4. A los efectos del presente Convenio:

- a. *Por agente público extranjero se entiende 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.*
- b. *Por país extranjero se entienden todos los niveles y subdivisiones del gobierno, desde el nacional al local.*
- c. *La expresión actuar o abstenerse de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales comprende cualquier uso de la posición del agente público tanto dentro como fuera de la competencia autorizada de ese agente.”*

Art. 1. del Convenio penal europeo contra la corrupción:

“For the purposes of this Convention:

- a. **“Public official”** shall be understood by reference to the definition of “official”, “public officer”, “mayor”, “minister” or “judge” in the national law of the State in which the person in question performs that function and as applied in its criminal law.
- b. The term **“judge”** referred to in sub-paragraph a above shall include prosecutors and holders of judicial offices.
- c. In the case of proceedings involving a public official of another State, the prosecuting State may apply the definition of public official only insofar as that definition is compatible with its national law.
- d. **“Legal person”** shall mean any entity having such status under the applicable national law, except for States or other public bodies in the exercise of State authority and for public international organisations.”

La característica común a ambas definiciones no difiere del concepto utilizado en nuestra legislación penal tras la reforma del CP por la LO 5/2010. Por lo tanto, el funcionario en cuestión, cuya actuación hubiera sido requerida, deberá poder ser calificado como funcionario de acuerdo con la legislación internacional, siempre y cuando dicho concepto se haya traspuesto correctamente a la legislación penal del país en que se realice la transacción comercial, a fin de no vulnerar el principio de legalidad como requisito esencial de toda norma penal.

Es importante que el *concepto de funcionario o autoridad internacional* se encuentre definido tal y como lo definen las normas de los Convenios internacionales, dado que de lo contrario la finalidad de dichas disposiciones no sería efectiva, al no poder aplicarse —normalmente— el concepto “autoridad y funcionario” definidos internamente a los funcionarios extranjeros. En este sentido, el concepto de funcionario o autoridad internacional tiene una definición más amplia en los Convenios internacionales, sin estar vinculado a los estatutos de la función pública de cada Estado.

- **En beneficio propio o de terceros:** no solo afecta a las dádivas que puedan beneficiar al propio funcionario que va a realizar el acto ventajoso o abstenerse de realizar un acto desventajoso, sino también aquellas que fueran solicitadas o prometidas para *terceros*: organizaciones, asociaciones, fundaciones, etc.
- **Conseguir o conservar un contrato o beneficio irregular:** el funcionario o autoridad debe realizar un acto constitutivo propio del ejercicio de su cargo; se trata de dos cuestiones: la realización (o abstenerse) del acto propio de las funciones del funcionario y la obtención de ventaja o beneficio por parte del particular.

En este sentido, cabe señalar que, conforme a la *jurisprudencia del Tribunal Supremo español*, estas conductas figuras típicas (cohecho) se entienden *consumadas aunque no se logre una efectiva obtención (mantenimiento) del contrato o beneficio* que se perseguía. Dicho con otras palabras, la no obtención de la ventaja perseguida no es calificable como tentativa (art. 16 CP, que conllevaría una pena inferior), sino que constituye un delito consumado. Desde un punto de vista contractual, no se puede olvidar que en el ámbito de aplicación del *Convenio civil sobre la corrupción del Consejo de Europa*, los EEMM de la UE deberán regular la posible *nulidad de los contratos internacionales o cláusulas contractuales*, cuyo origen se pueda vincular a prácticas de ésta índole, lo que puede afectar si los contratos fueran realizados por una empresa española o filiales en el extranjero.

- **Actividades económicas internacionales:** La conducta prohibida descrita con anterioridad, en todo caso, debería quedar limitada a aquellos acuerdos propios del cargo del funcionario o autoridad que afecten exclusivamente a las *“transacciones económicas internacionales”*.

Se trata del concepto de mayor ambigüedad interpretativa de esta norma. En este sentido, toda vez que no hay una definición precisa del concepto, si se tomara como referencia la legislación española que regula las transacciones con el exterior, L 19/2003 (*vide ut supra*), habría que limitar la interpretación de las *“transacciones comerciales internacionales”* del art. 455 a aquellas a las que se refiere exclusivamente a las expresamente previstas en los arts. 4-7, en relación a lo dispuesto en los arts. 59, 57.2, 60.1 y 60.2 del Tratado constitutivo de la UE, es decir:

- Determinados movimientos de capitales.
- Operaciones de cobro o pago.
- Transferencias de o al exterior.
- Variaciones en cuenta o posiciones financieras deudoras o acreedoras.

No obstante, el Convenio OCDE se refiere en su Exposición de Motivos no solo a las transacciones comerciales internacionales, sino que entiende incluidos también *todos los actos vinculados con el comercio y las inversiones realizadas en el exterior*. Sin embargo, siendo escrupuloso en la definición de todos los demás conceptos inherentes a la conducta prohibida (*agente público extranjero, país extranjero*, actuar o abstenerse de actuar en relación con el ejercicio defunciones oficiales), no define con precisión el objeto sobre el cual debe recaer la transacción económica.

- La **empresa también serán sancionada:** el art. 31 bis CP español contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas y como sanciones aplicables a las personas jurídicas están previstas: la multa, la disolución, la clausura, suspensión de actividades, prohibición de realizar futuras actividades mercantiles o negocios

de la clase de aquellos por los que se impone la sanción, intervención (todas éstas pueden ser temporales (hasta 5 años) o definitivas) (art. 33.7 CP). En este sentido, hay que tener en cuenta que el art. 2 del Convenio OCDE establece expresamente la obligación para los Estados parte de sancionar a las personas jurídicas de forma directa e independiente de la responsabilidad penal de las personas físicas.

- **Pena:** la pena para el particular que llevara a cabo la conducta será de pena de prisión de 2 a 6 años y multa de 12 a 24 meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante del beneficio. Resulta importante tener en cuenta que en la mayoría de los casos la pena de multa más adecuada será una pena de *multa proporcional*. La pena de multa estipulada sobre el sistema de *días multa* no resulta muy eficaz en los delitos de estas características.

En la actualidad, en España no ha habido aún casos en los que dicho precepto haya sido aplicado¹⁷, dado que la Ley que introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas no entró en vigor hasta diciembre de 2010. Sin embargo, ya hay investigaciones en curso en que existen personas jurídicas procesadas por hechos acontecidos después de la entrada en vigor de la Ley. Sin embargo, en Alemania, el *caso Siemens* constituye un ejemplo del supuesto de hecho aquí comentado. No obstante, dado que este caso suele ser presentado como *leading case* de la legislación alemana en cumplimiento de los Convenios internacionales anticorrupción, es preciso señalar que el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) no castigó a los administradores y miembros del consejo de administración por un delito de corrupción de funcionarios extranjeros, argumentando sobre el origen histórico de dicho precepto y su alcance para hechos cometidos en el extranjero por lo que no resultaba aplicable por respeto al principio de legalidad. Sin embargo, condenó a los administradores por un delito de administración desleal, entendiendo que éstos habían causado un perjuicio a la empresa al no haber respetado las normas relativas a la correcta administración leal y fiel en la realización del acto de disposición patrimonial relativo al pago de *comisiones* para la obtención de contratos a favor de la empresa¹⁸.

17. Véase extensamente, Phase 3, Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Spain, December, 2012. http://www.oecd.org/document/24/0,2340,en_2649_34859_1933144_1_1_1_1,00.html

18. Más ejemplos de condenas penales por casos similares: Reino Unido, Francia, Italia.

2.4. Alcance de la legislación de EE.UU. a empresas y ciudadanos no estadounidenses por incumplimiento de normas estadounidenses relativas a las transacciones económicas internacionales

Las transacciones comerciales internacionales de las empresas se encuentran sujetas no sólo a la regulación jurídica prevista en la normativa nacional y a la legislación internacional (Tratados y Convenios internacionales, *vide supra*). A ello hay que añadir la eventual responsabilidad penal de las empresas que pueden ser sujeto destinatario de normas de otros Estados, en concreto por la posibilidad de la aplicación extraterritorial de la legislación anti-corrupción estadounidense: *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). En este contexto, en función de las características particulares de la concreta transacción comercial de las empresas puede llegar a resultar de aplicación la normativa estadounidense prevista para las transacciones comerciales de empresas y ciudadanos no estadounidenses. Esta norma contiene disposiciones *de aplicación extraterritorial* que alcanzan a *empresas y personas físicas no estadounidenses y sin actividad directa en los EE.UU.* Como resultado de la aplicación extraterritorial de estas leyes, las empresas y personas físicas no estadounidenses se han visto investigadas y sancionadas por las agencias estadounidenses (DOJ, SEC, DDTC, BIS, OFAC, etc.) con graves multas e incluso con la prohibición futura de participar, directa o indirectamente, en cualquier negocio o contrato con entidades intergubernamentales de los EE.UU.

Fundamentalmente, y a los efectos que aquí interesa, tienen especial relevancia la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) y a *Foreign Assets Control Regulation* (OFAC).

2.4.1. Foreign Corrupt Practices Act¹⁹ (FCPA)

A. Breve referencia a la estructura de la Ley

FCPA es una ley que se estructura en dos partes: a) prohibiciones de acciones calificadas de *soborno, cohecho, corrupción*, y b) disposiciones sobre la *contabilidad* que afectan especialmente:

- a empresas o filiales estadounidenses,
- a empresas extranjeras que coticen en bolsa de valores en EE.UU.,
- empresas que en sus transacciones comerciales internacionales utilicen el sistema bancario estadounidense (*nexo de jurisdicción*).

19. Ley contra prácticas corruptas en el extranjero.

De forma muy esquemática, las características generales de la FCPA, se puede resumir en los siguientes aspectos:

Conductas prohibidas

- Conductas de “soborno”²⁰: define todas las conductas de “ofrecimiento, promesa, entrega —de forma directa o indirecta— de dinero o cualquier cosa de valor económico a un funcionario del gobierno o partido político a fin de lograr o retener un negocio u obtener cualquier ventaja impropia.
- En relación a las disposiciones relativas a la *contabilidad*: prohíbe cualquier alteración o “maquillaje” de los libros o registros contables.

Competencia jurisdiccional

- U.S. Department of Justice (DOJ) – U.S. Securities and Exchange Commission (SEC).
- Respecto de estas acciones prohibidas la FCPA no solo otorga competencia respecto de las empresas y particulares estadounidenses que actúan en su nombre, sino también respecto de:
 - *empresas extranjeras cotizadas* en bolsa de valores estadounidenses (*issuer*), sea directamente o través del programa especial de cotizaciones *American Depositary Receipts* (ADR);
 - *empresas extranjeras* que cumplen con el requisito de *nexo jurisdiccional* de los EE.UU (*vide infra*);
 - *personas físicas* relacionadas con dichas empresas (gerentes, empleados, directores, socios, y agentes, incluyendo distribuidores, consultores).

Adicionalmente, en relación a las *normas de contabilidad*, también puede resultar responsable una filial no estadounidense, sin ningún nexo de jurisdicción, si la empresa controladora es un *issuer*.

Nexo jurisdiccional

Especial importancia adquieren también las transacciones bancarias de empresas extranjeras a través de bancos estadounidenses o, incluso, bancos extranjeros (o sucursales) en EE.UU. por el *uso del sistema bancario* (sistema de comunicación interbancario, “*SWIFT*”, *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications*) o por el *uso del sistema de*

20. La terminología jurídica anglosajona se corresponde con conceptos que en nuestra práctica jurídica no son conceptos técnico-jurídicos, como “soborno” o “corrupción”. Se refiere a conductas que calificaríamos como delito de cohecho o, según el caso, como delito de tráfico de influencias.

comunicaciones (correo electrónico, fax, telecomunicaciones, etc.) estadounidense determina la competencia para DOJ y SEC (FCPA 15 U.S.C., § 78 dd-1).

Las *sanciones* que se pueden llegar a aplicar contra una empresa que vulnera las disposiciones de la FCPA pueden alcanzar hasta 2.000 millones US\$ y las personas físicas pueden ser sancionadas con hasta 5 años de pena privativa de libertad y multa de hasta 100.000 US\$.

Las multas aplicables a las empresas por vulneración de las normas de contabilidad de la FCPA pueden alcanzar hasta 25 millones US\$ y las personas físicas responsables pueden ser sancionadas con una pena privativa de libertad de hasta 20 años y multa de hasta 5 millones US\$.

B. Breve referencia a casos recientes de sanciones a empresas extranjeras como consecuencia de infracciones a la FCPA

A efectos de poder someter a la jurisdicción estadounidense y aplicación de la FCPA a las empresas extranjeras que cotizan en bolsa en EE.UU. es suficiente con que para la emisión de la orden o comunicación, mediante la cual se haya promovido un acto de “*soborno*”, haya tenido lugar a través de cualquier medio de comunicación (correo electrónico, teléfono, fax, etc.) en los EE.UU.; han sido relevantes los casos en los que se hicieron transferencias electrónicas de fondos desde o a través de un banco estadounidense o sito en EE.UU. (FCPA, 15 U.S.C., § 78 dd-1). Algunos ejemplos de casos recientes que han afectado a empresas europeas²¹:

- 2008: Fiat, S.p.A., en relación por pagos realizados por tres filiales (dos en Italia y una en Francia); pagos realizados en Irak en 2000 y 2002 a funcionarios por la participación de las filiales en diversos programas, la empresa anotó las disposiciones patrimoniales en su contabilidad como “*comisiones*”. (*Fiat, S.p.A. et. al., United States v. Iveco, S.p.A., United States v. CNH France, S.A.*, <http://www.us-goj.gov/opa/pr/2008/December/2008-crm1140.html>; <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2008/comp20835.pdf>)
- 2008: *U.S. v. Sapsizian*, es el caso de un ejecutivo francés de la empresa francesa Alcatel CIT, que cotizaba en la bolsa estadounidense a través del programa ADR, que habría conspirado con funcionarios costarricenses para la obtención de contratos de telefonía móvil obtenidos en Costa Rica; fue condenado a 2 años de pena privativa de libertad y multa de 260.000 US\$. El *nexo jurisdiccional* para la competencia del DOJ fue la transferencia bancaria efectuada a través de una cuenta de la empresa en EE.UU.

21. DETZNER, J. A., “FCPA, ITAR, EAR y OFAC: alcance extraterritorial a compañías no estadounidenses y programas relacionados con su cumplimiento”, en *Derecho de los Negocios*, nº 234, Marzo, 2010, pp. 5 y ss., con ulteriores referencias de casos.

Case No. 06-20797-CR SEITZ/001, http://www.justice.gov/criminal/pr/press_releases/2008/09/20-09-23-08alcatel-sentenced.pdf

En resumen, el DOJ y la SEC pueden fundamentar su competencia extraterritorial a empresas y agentes no estadounidenses sobre la base del *nexo de jurisdicción* (FCPA 15 U.S.C., § 78 dd-1).

2.4.2. Foreign Assets Control Regulation (OFAC)

Las empresas nacionales y/o sus filiales o sucursales extranjeras que realicen operaciones mercantiles internacionales tendrán que tener también en cuenta en relación a la posible jurisdicción de EE.UU. otros Reglamentos especiales, cuya competencia es de la OFAC (Office of Foreign Assets Control, del US Department of the Treasury).

Estos reglamentos contienen prohibiciones y sanciones aplicables a las empresas o personas extranjeras relacionadas con las operaciones comerciales vinculadas con países que se encuentren bajo sanciones económicas y regulaciones de bloque (p. ej. Cuba, Irán, Sudán, Corea del Norte, Siria, Myanmar (Birmania), Libia, entre otros).

El nexo de jurisdicción basado en la existencia del uso del sistema bancario o de comunicación bancaria (*vide supra*) ha servido para sancionar a empresas extranjeras en relación con operaciones comerciales internacionales con países sometidos a embargo económico o sanciones económicas.

Algunos ejemplos de casos de los últimos años:

- ABN AMOR Bank N.V.
<http://www.federalreserve.gov/broaddocs/press/enforcement/2005>
- Australia and New Zealand Bank Group
<http://www.ustreas.gov/offices/enforcement/ofac/civpen/penalties/08242009.pdf>
- Agoda Company, Pte. Ltd.
<http://www.ustreas.gov/offices/enforcement/ofac/civpen/penal-ties/09292008.pdf>
- Industria Farmacéutica: Alpha Pharmaceutical, Inc.; ICN Farmacéutica S.A. de C.V.; Laboratorios Grossman, S.A., establecidas en Panamá y México D.F. 198. 711 dólares por la importación y exportación de mercancías desde y hacia Cuba entre 1998 y 2003.
- Trinity Industries de México, S.A. de C.V., establecida en Ciudad México, México. 55.000 dólares, por la venta de mercancías destinadas a Cuba y el financiamiento de su transporte en 2001.
- Chiron Corporation Ltd., en nombre de Chiron S.p.A. y Chiron Behring GmbH, sita en Emerville, California, EE.UU. 168.500 dólares por la exportación de vacunas a Cuba en el período 1999-2002.

- Daewoo Heavy Industries America Corp., con sede en Suwanee, Georgia, EE.UU. 55.000 dólares, por la exportación de mercancías destinadas a Cuba en 1999.

Como se puede observar, la legislación internacional aplicable a las personas jurídicas es muy extensa y las consecuencias para la actividad empresarial puede llegar a alcanzar dimensiones extraordinarias. Consecuentemente, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe abordarse teniendo en cuenta el marco legal internacional en toda su extensión.

3. Derecho comparado: modelos más relevantes de implementación de la legislación internacional contra la corrupción y responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas

3.1. Breve referencia a la evolución histórica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Problemas dogmáticos para admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Para abordar adecuadamente la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, su inexistencia en las legislaciones penales hasta aproximadamente los años 80 y su final incorporación desde los 90 a la mayoría de las legislaciones europeas del ámbito cultural continental europeo, es necesario hacer unas breves referencias a la evolución dogmática de la discusión, toda vez que su incorporación como sujeto del Derecho penal no obedece a una voluntad caprichosa o no del legislador ni puede llevarse a cabo sin una previa reflexión.

El Derecho penal tradicional no admite la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas²². Aún existen países, tanto europeos (Alemania, Grecia, Bulgaria y Letonia) como la mayoría de los países de América Latina (Argentina, Bolivia, Ecuador, Costa Rica, Honduras, Paraguay, Uruguay, entre otros)²³, en los que tampoco se ha introducido a las personas jurídicas como sujetos penalmente responsables. En este sentido, se parte de la premisa que el Código penal solo tiene por destinatario de sus normas a *personas físicas* que pueden ser sujetos activos del delito y, por tanto, punibles. Otras personas o entes jurídicos no han sido consideradas tradicionalmente *sujetos* del Derecho penal. Se ha afirmado que en el Derecho penal continental europeo

22. Para una extensa y pormenorizada explicación de la evolución histórica de la discusión dogmática, por todos, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, *passim*.

23. La responsabilidad penal de las personas jurídicas para los delitos de corrupción en América Latina, OCDE.

rige de forma general la máxima: *societas delinquere non potest*²⁴. Desde este punto de vista, de *lege lata* las personas jurídicas no se encontraban sometidas al Derecho penal. Esta afirmación parecía tan evidente que se descartaba toda posibilidad de considerar a la persona jurídica como *sujeto del Derecho penal*.

Sin embargo, la idea de *sujeto*, que ha sido el punto de referencia de las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad, no es capaz de resolver el problema planteado

24. Según la doctrina mayoritaria rige en este ámbito la máxima "*societas delinquere non potest*", lo que considerado desde un punto de vista positivo se puede traducir como el principio de imputación penal individual. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, pp. 109 y ss.; el mismo, "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de la personas jurídicas", ADPCP, 1981, pp. 371 y ss. el mismo, "La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho administrativo", ponencia presentada en el Seminario Hispano-Alemán sobre la responsabilidad penal de órganos de empresa y persona jurídica, Universidad de Alcalá de Henares, marzo 1993, en MIR PUIG, S./LUZÓN PEÑA, D.M., *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1997. BARBERO SANTOS, M., "Las medidas de seguridad en el Proyecto de ley Orgánica de CP", en *La Reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, p. 108 (contradictorio con su anterior postura sobre este tema, en que sí admitía una responsabilidad penal sui generis de las personas jurídicas por razones de política criminal, véase "Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", Revista Española de Derecho Mercantil, 1957, pp. 304 y ss. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en nombre de otro en el Derecho Penal*, tomo I, tomo II, Zaragoza, 1986; el mismo, "Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal", AP 16, 1993, pp. 213 y ss.; el mismo, "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", AP 39, 1993, pp. 583 y ss. MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1996, pp. 166 y ss. MUÑOZ CONDE, F., "La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles", CPC, 1977, nr. 3, pp. 109 y ss. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal - Parte General*, Madrid, 1977, pp. 230 y ss. RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Medidas de Seguridad aplicables a las personas jurídicas en el proyecto de Código Penal", La Ley, 1980, p. 1007. PÉREZ MANZANO, M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", AP 2, 1995, pp. 15 y ss. SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español", en SILVA SÁNCHEZ, J.M., (Ed.)/SCHÜNEMANN, B./DE FIGUEIREDO DIAS, J. (Coords.), *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal* (Libro Homenaje a Claus ROXIN), Barcelona, 1995.

La opinión contraria es sostenida por una minoría, cfr. ZUGALDÍA, J. M., "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", CPC, nr.11, 1980, pp. 67 y ss.; el mismo, "Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)", en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Profesor K. TIEDEMANN, Madrid, 1995, pp. 723 ss. RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", La Ley, 3 de octubre 1996, pp. 1 ss. BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998; la misma, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, 2001, edición actualizada de la anterior.

En Alemania también es el principio aplicado desde finales del siglo XVIII: ENGISCH, K., "Empfiehl es sich die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, tomo II, Tübingen, 1954, p. E 7., HARTUNG, F., "Empfiehl es sich die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, tomo I, Tübingen, 1954, pp. 67 y ss.

en la actualidad por numerosas conductas *colectivas*, cuya realización es percibida en la sociedad actual como comportamientos que requieren la aplicación de penas criminales, como son las conductas punibles cometidas por o a partir de *personas jurídicas*.

Los conceptos dogmáticos de *acción y culpabilidad*, así como la *pena* entendida como pena privativa de libertad han sido considerados el obstáculo fundamental para poder concebir a las personas jurídicas como destinatarios de la norma penal y, consecuentemente, sujeto criminalmente responsable. Hay que señalar que los conceptos dogmáticos de la teoría de la imputación penal han sido elaborados a partir de la idea del individuo y de sus cualidades. El *individuo* como sujeto del Derecho penal ha marcado los conceptos dogmáticos de la teoría del delito y, en consecuencia, un concepto de acción y de culpabilidad elaborados única y exclusivamente a partir de las capacidades del mismo. Consecuentemente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha negado sosteniendo su incapacidad de acción y de culpabilidad. La respuesta, por otro lado, no podía ser otra, ya que el planteamiento de esta cuestión se ha abordado precisamente a partir de las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad. La antigua discusión sobre la posibilidad de imponer sanciones de carácter penal a las personas jurídicas se debate entre dos extremos doctrinales totalmente opuestos: en los países cuyos sistemas penales se basan en los principios del derecho continental europeo solía regir el principio *societas delinquere non potest*, según el cual no es admisible la punibilidad de las personas jurídicas quedando, en todo caso, solo la posibilidad de aplicar sanciones administrativas o civiles. Esta es, por otra parte, la postura de la doctrina española dominante²⁵. También se inclinan por esta solución las interpretaciones dogmáticas de la

25. AJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, pp. 109 ss.; el mismo, "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", ADPCP, 1981, pp. 371 y ss.; el mismo, "La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho administrativo", ponencia presentada en el Seminario Hispano-Alemán sobre la responsabilidad penal de órganos de empresa y persona jurídica, Universidad de Alcalá de Henares, marzo 1993, en MIR PUIG, S./LUZÓN, D.M., (Coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1997; el mismo, "Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas", en IGLESIAS PRADA, J. L., (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, p. 5089. BARBERO SANTOS, M., "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", en *Responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Milano, 1981, pp. 445 y ss.; el mismo, "Las medidas de seguridad en el Proyecto de ley Orgánica de CP", en *La Reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, p. 108 (contradictorio con su anterior postura sobre este tema, en que sí admitía una responsabilidad penal sui generis de las personas jurídicas por razones de política criminal), véase "Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", *Revista Española de Derecho Mercantil*, 1957, pp. 304 y ss. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en nombre de otro en el Derecho Penal*, tomo I. MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, p. 166; MUÑOZ CONDE, F., "La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles", CPC, 1977, nr. 3, pp. 109 y ss. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal - Parte General*, p. 230. RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Medidas de Seguridad aplicables a las personas jurídicas en el proyecto de Código Penal", *La Ley*, 1980, p. 1007. SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español"; PÉREZ MANZANO, M., "La responsabilidad penal

mayoría de los sistemas penales de Europa y América Latina²⁶. Las dificultades jurídicas de afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentran vinculadas a cuestiones que conciernen al problema del *sujeto* y de la *norma jurídica*. En este sentido, los argumentos tradicionales utilizados para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas encuentran su fundamento en la incompatibilidad de la persona jurídica con las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad, así como con la función y la esencia misma de la pena. La discusión sobre este tema ha girado siempre en relación a la incompatibilidad de dichos conceptos con la persona jurídica o en el intento de adaptación de ciertas categorías para permitir su aplicación desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal a las personas jurídicas. Todos estos argumentos, tanto a favor como en contra de la responsabilidad penal de la persona jurídica, han estado y están marcados por la eterna comparación entre la persona física y la jurídica.

En este sentido, hay que señalar que ni doctrina ni jurisprudencia, ni la legislación administrativa han encontrado inconvenientes en sancionar de forma administrativa a las personas jurídicas. La *responsabilidad por infracciones administrativas* realizadas por las personas jurídicas se admite de forma indiscutida en todos los ordenamientos europeos y de América Latina. En verdad, los problemas de imputación no difieren en absoluto. En todo caso, en el ámbito del *derecho sancionador* —es decir, del *ius puniendi del Estado*— rigen los mismos principios rectores tanto para el Derecho penal como para el Derecho administrativo sancionador: principio de legalidad y principio de culpabilidad, y todas sus consecuencias²⁷. Por tanto, es difícil sostener que las personas jurídicas pueden responder por infracciones administrativas y, sin embargo, no hacerlo en virtud de un delito.

No obstante, como consecuencia de la evolución de la noción del sujeto y las obligaciones derivadas de los tratados y convenios internacionales²⁸, no solo en materia de corrupción, sino también del blanqueo de capitales y prevención de financiación del

de las personas jurídicas”, p. 15. En otro sentido, cfr. ZUGALDÍA, J. M., “Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*”, pp. 67 y ss.; el mismo, “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”, pp. 613 y ss.; el mismo, “Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)”, pp. 723 y ss.; el mismo, “Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)”, (en prensa). Últimamente, también en este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, L., “*Societas delinquere potest!* Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión”, p. 4.

26. Sobre la tendencia en Latinoamérica, ver RIGHI, E., *Derecho penal económico comparado*, Madrid, 1991, pp. 237 y ss.

27. Extensamente, BAJO, M. y BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, Ceura, Madrid, 2010, pp. 81 y ss.

28. *Vide supra*.

terrorismo, y las recomendaciones de la UE ya desde mediados de los años 80²⁹, se puede afirmar que desde mediados de la década de los 90 la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha ido introduciendo en la mayoría de las legislaciones penales de nuestro entorno jurídico-cultural, a pesar de las reticencias teórico-dogmáticas expuestas por la doctrina y reseñadas de forma muy sintética.

En la actualidad, el tema de la responsabilidad penal de los entes colectivos se encuentra relacionado, fundamentalmente, al ámbito de los *delitos económicos*, es decir, a todas las *acciones punibles* y a las *infracciones administrativas* que se cometen en el marco de la participación de una persona jurídica en la vida económica y en el tráfico jurídico. En este contexto, resulta de especial importancia la *criminalidad de empresa*, como suma de todos los *delitos que se cometen a partir de una empresa o a través de entidades colectivas*³⁰. La criminalidad de la empresa establece así una frontera, por un lado, respecto de los delitos económicos cometidos al margen de una organización empresarial y, por otro lado, respecto de los delitos cometidos dentro de la empresa contra la empresa misma o contra miembros de la empresa. Los problemas de imputación y de prueba que surgen dentro de la criminalidad de la empresa tienen su origen, fundamentalmente, en el hecho de que son personas físicas las que actúan para la empresa³¹. Los comportamientos delictivos de colaboradores de la empresa contra la empresa misma o contra otros de sus colaboradores no plantean grandes problemas: en general —desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal— se pueden someter sin dificultad a las reglas de imputación de los delitos comunes y, a su vez, plantean problemas de política criminal muy diversos a los que plantea la

29. Convenio europeo de 4 de noviembre de 1998, para la protección del medioambiente a través del Derecho penal; DM 2005/667 (Decisión Marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques); 2005/222 (Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información); 2004/757 (Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas); 2004/68 (Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil); Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo; Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre lucha contra el terrorismo; Acción Común 98/733/JAI del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, entre otras.

30. SCHÜNEMANN, B., "Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität", en *wistra*, n.º 2, 1982, p. 41. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, pp. 109 y ss.

31. RIGHI, E., *Derecho Penal Económico Comparado*, Madrid, 1992, p. 252.

criminalidad de la empresa³². La empresa en sentido estricto, es decir, como unidad organizada y determinada por el fin económico, plantea otra clase de problemas: la influencia criminógena de la “actitud criminal de grupo”, las dificultades de determinación normativa de las competencias, la imputación jurídico-penal y la averiguación del verdadero responsable, entre otros problemas³³. Con el concepto de “*criminalidad de la empresa*” se designa, pues, todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de la actuación para la empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa³⁴.

El panorama ha cambiado sustancialmente desde mediados de los años 90 como consecuencia del cambio de la noción de sujeto y como consecuencia de ello también los Convenios internacionales y europeos han ido reclamando cada vez más la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, la mayoría de legislaciones europeas han incorporado a las personas jurídicas como sujetos criminalmente responsables, algunos pocos mantienen exclusivamente una responsabilidad administrativa.

3.2. Europa: Alemania, Italia, Francia y España

En Europa también se encuentran aún en la actualidad dos modelos de responsabilidad de las personas jurídicas: por un lado, legislaciones que solo contemplan un modelo de responsabilidad por infracciones administrativas de las personas jurídicas (Alemania, Italia, entre los más significativos) y, por otro —en verdad ya la mayoría—, legislación que han ido introduciendo desde comienzos de los años 90 un modelo de responsabilidad penal directa de las persona jurídicas.

Los EEMM, en los que se ha admitido el principio *societas delinquere potest* y, por tanto, un modelo de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas³⁵son:

32. SCHÜNEMANN, B., “Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität”, p. 41.

33. SCHÜNEMANN, B., *Ibidem*.

34. SCHÜNEMANN, B., *Ibidem*.

35. HEINE, G., «Kollektive Verantwortlichkeit als neue Aufgabe im Spiegel der aktuellen europäischen Entwicklung», en *Festschrift für Lampe zum 70. Geburtstag*, 2003, p. 577 y ss. GOBERT, J. J., *European developments in corporate criminal liability*, London, 2011. PIETH, M. (Ed.), *Corporate criminal liability*, Dordrecht, Heidelberg, 2011. VERMEULEN, G., *Liability of legal persons for offences in the EU*, Antwerpen, 2012.

- Holanda: art.15 WED (1950 - art. 51 CP (1976)³⁶.
- Portugal: art. 11 CP (1982).
- Suecia: Cap. 36, § 7 (1991).
- Francia: arts. 121-2 ss CP Code penal 1992 (1994)³⁷.
- Finlandia: Cap. 5, § 8 CP (1995).
- Dinamarca: § 25 CP (1996)³⁸.
- Eslovenia: art. 33 CP (1996).
- Bélgica: art. 5 CP (1999)³⁹.
- Polonia (2002)⁴⁰.
- Suiza (2003)⁴¹.
- Austria: L 23 dic. 2005 (2005)⁴².
- España: art. 31 bis CP (2010)⁴³.

36. DE DOELDER, H., "Die Strafbarkeit juristischer Personen in den Niederlanden", SCHÜNEMANN, B./DE FIGUEIREDO DIAS, J., (Ed.) *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994; "La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda", en *Hacia un Derecho penal económico*, Madrid, 1995, p. 499.

37. *Nouveau Code Pénale*, arts. 131-37 y ss. y 132-12 y ss., reforma introducida por Loi n1. 92-683, de 22 de julio de 1992. Vid. también, Zieschang, F., "Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen im französischen Recht – Modellcharakter für Deutschland?", ZStW 115 (2003) 117 ff.

38. *Straffeloven* de 15.4.1930, modificado en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por Ley n1 474, de 12.6.1996 de los 25-27, 51, 52, 54 y 94 del Código penal danés.

39. *Loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales*, de 4 de mayo 1999; vid. Arts. 5 y 7 bis. Vid., FAURE, M., "Criminal Responsibilities of Legal and Collective Entities: developments in Belgium", in: Eser/Heine/Huber (Eds.) (en particular, nota a pie 6), pp. 105 y ss.

40. MÖHRENSCHLAGER, M., "Developments on the International Level", en, Eser / Heine / Huber (Eds.) p. 89 ss. *Ley de responsabilidad de las personas jurídicas por delitos de 18.10.2002*, (entrada en vigor: 28.11.2003. Ver WEIGEND, E. Y NAMYSLOWSKA-GABRISIAK, B., "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen im polnischen Recht", ZStW 116 (2004), pp. 541 y ss.

41. Sobre la legislación suiza, véase PIETH, M., "Internationale Anstöße zur Einführung einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz", SchZStr. 2001, pp. 1 y ss.; también, HEINE, G., "Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100quarter fj)", ZStrR 121 (2003), pp. 23 y ss.

42. Bundesgesetz über Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten. *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, VbVG*, BGBl I 151/2005.

43. LO 5/2010, de 23 de 22 de junio, por la que se reforma el Código penal. Ver BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de los entes colectivos*, La Ley, 5 de febrero de 2010, pp. 1 y ss.

Por otro lado, aún mantienen una exclusiva responsabilidad por infracciones administrativas:

- Alemania⁴⁴.
- Italia⁴⁵.
- Grecia.
- Bulgaria⁴⁶.

El sistema de responsabilidad administrativo alemán (§§ 30, 130 OWiG) permite establecer sanciones de multas a las personas jurídicas por infracciones administrativas, en sentido estricto. En este sentido, hay que tener en cuenta que el Derecho sancionador administrativo alemán es un sistema sancionador sumamente severo.

El sistema italiano (DL 231/2001) responde formalmente a una ley de carácter administrativo, si bien permite la posibilidad a la jurisdicción penal de imponer sanciones de multa por hechos que son constitutivos de delito.

Desde el punto de vista de la consecuencia jurídica —pena— se puede decir que hay tres grupos:

1. Pena de multa: Holanda, Francia, países anglosajones, Eslovenia, Noruega, Finlandia, Dinamarca, Bélgica, Suiza, Austria, España.
2. Sanciones administrativas: Alemania, Grecia y Bulgaria.
3. Sanciones de carácter accesorio: Suecia.
4. Sanciones administrativos-penales: Polonia e Italia.

3.3. Latinoamérica: Chile

En Latinoamérica la evolución de la discusión y la legislación es similar e incluso paralela a la evolución en Europa. De forma mayoritaria rige aún la máxima *societas delinquere non potest*. No obstante, y también como consecuencia de las Convenciones internacionales y los compromisos adquiridos por los Estados parte, las legislaciones más modernas han ido incorporando la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

44. Ordnungswidrigkeitengesetz (BGBl I 1968, BGBl I 2005), § 30, sobre la imposición de multas y del comiso a las personas jurídicas o asociaciones de personas.

45. Legge no. 300 of 2001; Decreto legge no 231/2001. Vid., MILITELLO, V., "Die strafrechtliche Haftung des Unternehmens und der Unternehmensorgane in Italien", en: SCHÜNEMANN/DE FIGUERIDO DIAS (Eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Köln 1995, pp. 321 y ss.

46. ENGELHART, M., "Unternehmensstrafbarkeit im europäischen und internationalen Recht", *Eucrim* 3/2012, pp. 110 y ss.

En este sentido la legislación penal que ha incorporado el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que resulta, no solo novedoso, sino especialmente ilustrativo, es el chileno. En 2009 se sancionó en Chile la Ley 20.393, de 2 de diciembre de 2009, por la que se introducía la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas como consecuencia de las obligaciones internacionales asumidas, en particular en relación al Convenio OCDE. El sistema de Chile recoge uno de los modelos más significativos de responsabilidad penal de las personas jurídicas de América Latina. Los rasgos generales y sustanciales del modelo chileno, son:

Sujetos:

- Personas jurídicas de Derecho privado.
- Incluyendo como tales también empresas públicas.

“Hecho de conexión”:

- Administradores de hecho o de derecho.
- Subordinados que no hayan sido debidamente subordinados.

“En interés o beneficio” de la persona jurídica:

- Se excluye si la persona física ha obrado exclusivamente en su propio provecho o de un tercero.

“Debido deber de cuidado”:

- Deberes de dirección.
- Deberes de supervisión.
- *Culpabilidad por defecto de organización*:

- Es sin duda el elemento central del modelo de imputación: la persona jurídica no responde por el hecho de que el delito haya sido cometido por alguna de las personas que puedan dar lugar a un *hecho de conexión* en su interés o para su beneficio, sino porque dicho delito es consecuencia del incumplimiento de sus *deberes de dirección y supervisión*.
- La ley erige formalmente a la persona jurídica en *garante de vigilancia* respecto de su personal y establece que los deberes de dirección y supervisión incluyen la prevención de delitos; se aclara que si la entidad cumple como es debido con sus deberes no tiene responsabilidad alguna, aunque se cometa algún delito.
- En cuanto a los *alcances de los deberes*, la ley establece que se les ha dado debido cumplimiento cuando con anterioridad a la comisión del delito la entidad ha adoptado e implementado un *“modelo de prevención”* con las características que luego la propia ley detalla.
- Para que el modelo de prevención pueda liberar de responsabilidad ha de ser *“idóneo”*, razonablemente y conforme con lo que es exigible bajo las condiciones

jurídicas y fácticas de la empresa puede obstaculizar significativamente la comisión de delitos. Así se desprende de las exigencias básicas del modelo previstas en el art. 4º, donde se establece la necesaria autonomía y de suficiencia de medios con que se debe dotar a la estructura de prevención, así como especialmente la necesidad de establecer métodos para la “aplicación efectiva” del modelo, considerando su supervisión, corrección y actualización ante cambios de circunstancias.

- La ley prevé que las personas jurídicas puedan obtener la *certificación* de haber adoptado e implementado el modelo (art. 4 N° 4 letra b)); certificación que, conforme a los antecedentes legislativos, debería fundar una *presunción de cumplimiento* de los deberes de dirección y supervisión en favor de la entidad.
- Elementos básicos del modelo de supervisión establecido en el art. 4º son los siguientes:
 - a) La designación de un *encargado de prevención* dotado de autonomía.
 - b) La provisión de los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que deben considerarse a lo menos:
 - Los recursos y medios materiales necesarios, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.
 - Acceso directo a la administración para informar oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar al menos semestralmente.
 - El establecimiento de un sistema de prevención de delitos, que debe ponerse en conocimiento de todos los trabajadores y colaboradores y contemplar a lo menos lo siguiente:
 - La identificación de las actividades o procesos de la entidad en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de delitos.
 - El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a quienes intervengan en tales actividades o procesos programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de delitos.
 - La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en delitos.
 - La existencia de *sanciones internas*, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

- El establecimiento de métodos para la *aplicación efectiva* del modelo de prevención de los delitos y su *supervisión* a fin de detectar y corregir sus fallas, así como *actualizarlo* de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

La ausencia de condena de la persona física no obsta a la responsabilidad de la persona jurídica:

- Cuando la responsabilidad penal del sujeto se ha extinguido por su muerte o por la prescripción de la acción penal.
- Cuando se le sobresee temporalmente por su rebeldía o su enajenación sobreviniente.
- Cuando, habiéndose acreditado la existencia del delito, no se logra establecer la *identidad* del responsable individual siempre y cuando “se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias” de las personas relevantes.

Sin duda, el modelo legislativo chileno se puede considerar como un *modelo tipo* de responsabilidad penal de personas jurídicas, pues ha recogido los elementos de imputación que durante casi dos décadas han sido elaborados en la doctrina, habiendo sabido traducir al texto legal todos los requisitos que permiten hablar de un modelo de responsabilidad autónoma de las personas jurídicas: necesaria concurrencia de un *hecho de conexión y culpabilidad por defecto de organización*.

Los modelos europeos de responsabilidad penal de las personas jurídicas (Francia, Portugal, España, etc.) han introducido la necesidad de la concurrencia de un *hecho de conexión* introduciendo la necesidad de que el hecho de la personas jurídica sea realizado, por un lado, por el *administrador de hecho o de derecho* que actúa *en nombre o por cuenta* de la persona jurídica y que éste hecho sea en *provecho o beneficio*. Para que dicho hecho de conexión sea claramente el de la persona jurídica, debe quedar además claro que la persona física responde de forma independiente.

Sin embargo, la legislación europea, en general, no deja regulado con claridad en la norma penal la exigencia de un *debido deber de cuidado* y la necesaria concurrencia de *culpabilidad por defecto de organización*, a través de una adecuada vinculación de la misma con los programas de cumplimiento normativo. En este aspecto, el modelo chileno, resulta —al menos hasta la fecha— uno de los modelos que mejor han traducido este requisito a la legislación penal. La legislación italiana, que también coloca en un lugar significativo a los programas de cumplimiento normativo, sin embargo, no lo vincula con la misma precisión a la culpabilidad por defecto de organización.

En el siguiente epígrafe se abordan las características esenciales que debería tener una normativa que recoja la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

3.4. Características generales de una legislación penal de responsabilidad penal de personas jurídicas

La incorporación a una legislación penal de la responsabilidad de las personas jurídicas requiere definir adecuadamente los criterios de imputación a fin de que el modelo de responsabilidad se ajuste a las garantías que debe revestir la imputación penal y las normas no vulneren los principios fundamentales de una norma penal y de los principios de imputación penal: esencialmente, el *principio de legalidad* y el *principio de culpabilidad*, así como todas las consecuencias derivadas de los mismos.

En este sentido, el *principio de legalidad* exige que se cumplan determinados requisitos esenciales en toda norma penal: exhaustiva descripción del destinatario de la norma, del hecho punible y de la consecuencia jurídica. Desde esta perspectiva, el legislador que pretendiera incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas debería establecer una norma penal que se ajustara, al menos, a los siguientes rasgos esenciales:

3.4.1. Determinación de las personas jurídicas responsables / destinatario de la norma

Como consecuencia de las exigencias del *principio de legalidad*, es esencial la correcta determinación del sujeto, es decir, del destinatario de la norma prohibitiva o permisiva, también para cumplir con las obligaciones derivadas de los Convenios internacionales. En este sentido, se deben tener en cuenta:

- *Personas jurídicas de Derecho privado:*
 - Asociaciones, Organizaciones no gubernamentales (ONGs), Fundaciones, etc. (CCiv.).
 - Sociedades mercantiles, SA, SRL, compañías colectivas, etc. (CCom).
 - Aquí se debe tener en cuenta en qué medida el concepto de persona jurídica puede permitir incluir a grupos de sociedades.
 - filiales - sucursales.
 - Uniones temporales de empresas (en España: UTE).
 - Etc.
 - Otro aspecto que se debe tener en cuenta es la importancia de incluir también como destinatario de la norma a las personas jurídicas interpuestas.

- Sociedades mercantiles estatales. Las sociedades de capital mixto —público y privado— o exclusivamente público, pero en ejercicio de la actividad empresarial que el Estado puede realizar, deben ser contempladas como sujetos de la norma penal que incorpore la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Precisamente, este aspecto suele ser particularmente importante para las disposiciones de los Convenios internacionales (OEA, UN, OCDE).
- *Personas jurídicas de Derecho público:*
 - Partidos Políticos / Sindicatos. Se debate actualmente la necesidad de incorporar la responsabilidad penal de los partidos políticos y de los sindicatos como sujetos penalmente responsables, dados los recientes y cada vez más crecientes casos de corrupción que salen a la luz en los mismos. En este sentido, no son muchas las legislaciones que han optado hoy en día por la incorporación de la responsabilidad penal de los partidos políticos y los sindicatos, puesto que la cuestión es sumamente controvertida. No obstante, por ejemplo, España acaba de introducir en el Código penal una importante modificación al respecto y desde la reforma operada por la LO 7/2012 (Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social). Por tanto, desde su entrada en vigor, España contempla la responsabilidad penal de los partidos políticos y de los sindicatos.
 - Las legislaciones no contemplan como sujeto del Derecho penal y, por tanto, suelen y deberían quedar excluidas de forma expresa la responsabilidad penal de:
 - Estado.
 - Administraciones públicas.
 - Organismos reguladores.
 - Agencias y entidades públicas empresariales.
 - Organizaciones internacionales.

En este sentido, hay que tener presente que tener en cuenta que, aunque el Derecho goza de autonomía en la determinación de sus conceptos, la vigencia y el respeto del *principio de legalidad* exige en todo caso una interpretación conforme a los métodos de interpretación reconocidos, de tal manera que sea, cual sea el método que se utilizara para interpretar “persona jurídica”, su límite siempre será el texto de la ley.

3.4.2. Determinación de las personas físicas con posición de garante

Una vez determinado el *sujeto* imputable es evidente que, dadas la naturaleza y las características de dicho sujeto, habrá que determinar adecuadamente el sujeto persona física que dentro de la estructura empresarial tendrá capacidad de obrar y será garante (posición de garante) para realizar acciones u omisiones que puedan ser el “hecho de conexión” que será considerado como hecho propio de la persona jurídica.

Se deben establecer básicamente dos formas de atribución de responsabilidad a la persona jurídica:

- a) la primera forma de atribución requiere la existencia de un hecho (hecho de conexión) realizado por los administradores (de hecho o de derecho) o por los representantes legales de la persona física o del ente colectivo. En este sentido, también quedaría abarcado el supuesto de que el *administrador de derecho* de una persona jurídica lo sea otra persona jurídica;
- b) la segunda forma de atribución del hecho a la persona jurídica también debe tener lugar cuando hayan actuado otras personas dentro de la estructura empresarial, siempre con capacidad de decisión, que no hayan sido debidamente supervisados o controlados por quienes ostentan una posición de garante. Dicho con otras palabras: la persona jurídica responderá cuando haya existido *ausencia del debido control sobre las personas que hayan actuado bajo la autoridad de los administradores*⁴⁷. De esta manera quedarán incluidos los hechos cometidos por *empleados de menor de nivel*⁴⁸, pues los hechos de estos medios intermedios que no tengan deberes de representación, decisión o control podrán ser imputados a las personas jurídicas o entes colectivos en la medida en que otras personas no ejercieron el debido deber de control sobre los mismos. Además se deben prever otros requisitos de imputación: que los hechos hayan sido cometidos “*en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho*”. No es acertado sostener, como ha hecho algún sector doctrinal, que la referencia al “provecho” está referida a un elemento subjetivo

47. MORALES PRATS, F. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, p. 55, quien —como en anteriores trabajos suyos— señala acertadamente que a esta fórmula de imputación elegida por el legislador, subyace una cierta reminiscencia de los criterios de reproche in vigilando y in eligendo que se acuñaron para la responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC).

48. Téngase en cuenta la especial importancia que tiene para el cumplimiento con las obligaciones derivadas del Convenio OCDE contra la corrupción que quede claramente abarcada la posibilidad de que los hechos punibles —en este caso concreto el soborno de funcionarios extranjeros— pueda ser imputable a la empresa aun cuando el hecho haya sido realizado por empleados de menor nivel.

del tipo⁴⁹, sobre todo cuando no se especifica el tipo penal concreto realizado por el administrador que debe ser imputado a la persona jurídica. Parece claro, por el contrario, que el provecho debe constituir una ventaja para la persona jurídica que debe poder constatar de forma objetiva⁵⁰. Una cuestión distinta es determinar en qué debe consistir el provecho. Al respecto, el legislador podrá o no precisar la naturaleza del beneficio (beneficio económicamente evaluable, beneficio estratégico desde un punto de vista de la posición mercado que puede proporcionar la conducta, beneficio en valores intangibles, etc.⁵¹).

En resumen, hay que tener especialmente en cuenta al menos las siguientes características:

- Posición de las personas cuyos actos pueden ser considerados un “*hecho de conexión*”.
- Acciones realizadas por administrador de hecho o de derecho: personas con autorización de representación de la personas jurídica.
- Acciones realizadas por subordinados: personas con autorización de decisión dentro de la actividad social de la persona jurídica.
- Por omisión del deber de cuidado sobre subordinados: personas con deberes de control.
- Acciones/Omisiones realizadas en nombre de la persona jurídica y en su provecho.

3.4.3. Responsabilidad acumulativa

La *responsabilidad penal de las personas jurídicas es acumulativa*: responde tanto la persona física como la jurídica. Son responsabilidades penales de dos sujetos independientes que responden cada uno de forma directa e individual. En este sentido, constatada la comisión de hecho delictivo, la responsabilidad penal de la persona jurídica no se debe excluir, como ya hemos señalado, aunque la persona física concreta no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir la acción penal contra ella.

Tampoco se debería eximir la responsabilidad de la persona jurídica aunque la persona física que cometió el hecho hubiese fallecido o se hubiese sustraído a la acción de la justicia.

49. Así GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., y JUANES PECES, A. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, p. 10. En sentido contrario, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 393. Parece que se expresa también en este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, pp. 485-487.

50. BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 391 y ss.

51. *Ibidem*, p. 392.

En este sentido, es importante señalar que las personas físicas siempre responderán de los hechos constitutivos de delito y su acción vinculará —como hecho de conexión— a la persona jurídica toda vez que no se haya observado el deber de cuidado debido por ésta.

Responsabilidad acumulativa:

- Responsabilidad individual de la persona física:
 - Personas con deberes de representación.
 - Personas con deberes de decisión.
 - Personas con deberes de control (por hechos realizados por subordinados).
- Responsabilidad penal directa de la persona jurídica.
- La responsabilidad penal de la persona física no excluye la de la persona jurídica, ni viceversa.

3.4.4. Determinación de culpabilidad

La responsabilidad penal de cualquier sujeto no puede tener lugar sin culpabilidad. En este sentido, la culpabilidad penal de una persona jurídica o un ente colectivo, según entiende la doctrina mayoritaria y también muestran las legislaciones de Derecho comparado, se fundamenta sobre la existencia de un *déficit de organización* o de infracción del debido deber de cuidado. Por tanto, la existencia de un *déficit o defecto de organización* debe ser el presupuesto de punibilidad de las personas jurídicas.

Un *modelo de imputación* debe basarse, por tanto, sobre la existencia de un *hecho de conexión* y sobre la idea de la *culpabilidad por defecto de organización*⁵². El defecto de organización no solo debe ser un requisito de la responsabilidad para los supuestos de infracción del deber de vigilancia de los administradores sobre sus subordinados, sino el presupuesto general que legitima la aplicación de una pena a una persona jurídica⁵³.

Por último, la concurrencia en las personas físicas de circunstancias que afecten a su culpabilidad o agraven su responsabilidad tampoco excluirá ni modificará la responsabilidad

52. TIEDEMANN, K., “Die “Bebußung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, NJW 19 (1988). BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 398 y ss.

53. BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 398 y ss.; la misma, GÓMEZ TOMILLO, (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Valladolid 2010, p. 272. En el mismo sentido, MORALES PRATS, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, p. 56, quien no excluye la posibilidad de recurrir a otros criterios de fundamentación como sostiene el mismo autor en, CARBONELL MATEU y MORALES PRATS, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC, (Dir.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, pp. 62 y ss.

de la persona jurídica. Es evidente que la culpabilidad, se la defina como se la defina, es estrictamente individual y de carácter personal, por lo que no puede afectar más que al sujeto en quien concurren.

Si la culpabilidad de la persona jurídica o del ente colectivo se determina por la existencia de un *defecto de organización* la exclusión de la culpabilidad por defecto de organización debe estar vinculada a la existencia de adecuados *programas de cumplimiento normativo* que permitan afirmar una correcta autoorganización de la empresa para prevenir y disminuir los riesgos de su concreta actividad empresarial. En este sentido, en el derecho comparado —y procedente del Derecho americano— se consideran esenciales la existencia en la empresa de los denominados *compliance programmes* o *programas de cumplimiento normativos*, como parte del derecho de autoorganización del que goza este sujeto en el Derecho mercantil⁵⁴.

En el Derecho penal no es fácil establecer criterios generales para un adecuado programa de cumplimiento normativo que permita excluir la responsabilidad⁵⁵. Toda vez que las normas penales establecen deberes generales de infracción es determinante que los programas de cumplimiento normativo estén expresamente diseñados para cada tipo de sociedad y en función de su estructura interna particular, tomando como punto de partida la concreta actividad empresarial a efectos de poder establecer los riesgos penales específicamente relacionados con dicha actividad.

En este sentido, el modelo chileno parece ser más adecuado —ya sea que se trate de un modelo de responsabilidad penal directa o de un modelo de responsabilidad administrativa de los entes colectivos— toda vez que lo relevante será determinar las características del deber de cuidado exigido⁵⁶. El modelo chileno de la Ley 20.393 ofrece una correcta definición de los aspectos esenciales que deben configurar el deber de cuidado exigible a una organización empresarial.

54. BACIGALUPO, S., “La responsabilidad penal del los entes colectivos”, La Ley 2011, pp. 4 y ss.

55. BACIGALUPO, E., *Compliance y Derecho penal*, Madrid, 2011, pp. 17 y ss. ROTSCH, T., (Ed.), *Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion*, Baden-Baden., 2012: KINDLER, P., “Corporate Compliance—Grundpflichten und Haftungsverfahren für Unternehmensleiter nach Aktienrecht”, pp. 1 y ss.; LEUTHE, K., “Auswirkungen wachsender Compliance-Anforderungen auf den Mittelstand”, pp. 17 y ss.; HOBELBERGER, A., “Compliance-Beratung und compliance-Prüfung in der anwaltlichen Praxis”, pp. 29 y ss.; MOSBACHER, A., “Compliance aus Sicht des Gerichts – Chancen und Risiken”, pp. 129 y ss. BACIGALUPO, E., “Compliance und Strafrecht in Spanien”, pp. 135 y ss.

56. En este mismo sentido, lo pone de manifiesto el WGB de la OCDE en los diversos informes de seguimiento que ha emitido a lo largo de los procesos de monitoreo de los Estados miembros de la Convención OCDE contra la corrupción. <http://www.oecd.org/>

Por otro lado, este modelo, permite además no vulnerar el principio de *presunción de inocencia* toda vez que la existencia de un programa de cumplimiento normativo no exime per se de responsabilidad penal, ni tampoco supone su falta de funcionamiento la prueba de cargo de la existencia de culpabilidad.

Culpabilidad por defecto de organización:

- Programas de *compliance*.
- Códigos éticos y RSC.
- Sistemas de *whistleblowing*.

3.4.5. Determinación de los delitos

- Determinación expresa de un catálogo de delitos por los que una persona jurídica puede responder:
 - Sistema de *numerus clausus*.
 - Catálogo cerrado de delitos.

Los modelos legislativos en Derecho comparado son diversos a la hora de determinar el catálogo de delitos por los que puede responder una persona jurídica o ente colectivo.

En este sentido, nos encontramos con dos grandes modelos:

- a) Catálogo abierto de delitos. *Numerus apertus*. El Código penal francés no establece un catálogo cerrado de delitos por los que puede responder una persona jurídica. La posibilidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas puede tener lugar por cualquier de los delitos del Código penal.
- b) Catálogo de delitos taxativo: *Numerus clausus*. Por el contrario la mayoría de los países tienen modelos legislativos en los que los delitos de las personas jurídicas se encuentran expresamente tasados en el Código penal:
 - b1) Delitos de carácter patrimonial y societarios: España (aunque en este caso el CP español también contiene otros delitos vinculados a la actividad del crimen organizado).
 - b2) Delitos tasados vinculados al cumplimiento de los Convenios internacionales: blanqueo de capitales, corrupción, etc.

En todo caso, sería recomendable —dada la novedad que implica introducir la responsabilidad penal de los entes colectivos— y preferible establecer un catálogo cerrado de delitos vinculados a la actividad empresarial y a los delitos vinculados al cumplimiento de los Convenios internacionales.

3.4.6. Determinación de las sanciones penales

El catálogo de sanciones penales posibles es amplio, como se desprende de las distintas legislaciones estudiadas. En todo caso, habrá que establecer en cada figura típica la pena concreta (tipo de pena y marco de la pena) que corresponderá a la correspondiente infracción penal, toda vez que de lo contrario no sería acorde a las exigencias del principio de legalidad.

En este sentido, por ejemplo, el modelo español (arts. 33.7 - 66 bis CP) es un ejemplo de un modelo que no resulta realmente acorde a las exigencias del principio de legalidad, pues salvo la determinación de la multa correspondiente a cada delito —en que se respetan las exigencias del principio de legalidad— las demás sanciones posibles han quedado definidas de forma extremadamente amplias y con un excesivo margen.

- Penas:
 - Multa.
 - Inhabilitaciones.
 - Prohibición / suspensión de actividades.
 - Prohibición de contratar con las Administraciones Públicas.
 - Intervención judicial.
 - Responsabilidad civil ex delicto.
 - Comiso.
 - Etc.

3.4.7. Otros criterios de imputación

Es importante recordar la relevancia en la imputación penal de otras causas que constituyen elementos de la imputación penal y que, en su caso, pueden tener una configuración específica cuando se trata de sujetos persona jurídica/entes colectivos. Por tanto, es necesario determinar de forma taxativa las causas específicas que en el marco de la imputación de un delito pueden ser relevantes para la exención o disminución de la responsabilidad penal.

- Causas de justificación.
- Causas de exclusión de la culpabilidad.
- Demás disposiciones de la Parte General.

3.4.8. Cuestiones procesales

Por último, la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o entes colectivos requerirá una modificación de las normas procesales o el establecimiento de un estatuto procesal autónomo para las personas jurídicas, pues los problemas procesales que genera son distintos de los de las personas jurídicas.

4. Recomendaciones para una legislación adecuada a las exigencias de los Convenios internacionales

Más allá de los delitos económicos que se considere oportuno tipificar en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en materia de delitos para la prevención de la *corrupción* hay ciertas figuras a las que los Estados se ven obligados por los Convenios internacionales y otras que, sin embargo, sin estar expresamente previstas, deberían ser introducidas a fin de lograr una mejor prevención de las conductas vinculadas a la corrupción.

4.1. Tipificación obligatoria de delitos derivados de los Convenios internacionales

Los diversos Convenios internacionales contra la corrupción incluyen de forma más o menos similar los siguientes delitos de obligada inclusión en la legislación penal:

- Soborno activo/pasivo de funcionarios públicos nacionales.
- Soborno activo de funcionarios públicos extranjeros.
- Soborno en el sector privado (corrupción entre particulares).
- Malversación de fondos, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes públicos.
- Blanqueo de capitales.

4.2. Tipificación facultativa de delitos vinculados a conductas de corrupción

El catálogo de delitos mencionados en el apartado anterior y que son exigidos por los CCIC, sin embargo, no permiten cubrir todos los ámbitos o aspectos que pueden dar lugar también a conductas de corrupción. Por tanto, una legislación que pretenda cumplir un *alto estándar* de prevención no debería dejar de incluir entre las conductas punibles las siguientes:

- Soborno *pasivo* de funcionarios públicos extranjeros.
- Soborno debería comprender también los pequeños pagos de facilitación (*facilitation payments*); estos, p. ej., se encuentran excluidos como tales conforme a la interpretación

que se indica en el propio Convenio OCDE. Existen, no obstante, Estados, cuya Jurisprudencia en todo caso concibe estos pagos como hechos constitutivos como delito, p. ej. Jurisprudencia del TS España.

- Tráfico de influencias.
- Abusos de funciones o del cargo.
- Enriquecimiento ilícito.
- Inveracidad en cuentas anuales.
- Financiación de partidos políticos.

4.3. Incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Como se ha señalado, es necesario introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues en gran medida las conductas descritas como delitos y que afectan en gran medida a la corrupción son realizadas a partir de la empresa o para favorecer la actividad comercial de una empresa.

- Establecer medidas que favorezcan la denuncia.
- Establecer medidas adecuadas de que permitan disminuir la pena en supuestos de autodenuncia.
- Establecer el marco de efectividad de los programas de *compliance*.

4.4. Transparencia y cooperación con las autoridades

Un aspecto importante para la prevención de la corrupción es dotar al sistema jurídico, además de una efectiva Ley de Transparencia, de una adecuada protección de denunciantes para favorecer la cooperación con las autoridades. En este ámbito es relevante:

- Medidas para favorecer la *autodenuncia* de corrupción: establecer una atenuante de disminución de la pena.
- Medidas que permitan proteger adecuadamente a los denunciantes. Ley de protección de datos.

4.5. Jurisdicción. Cooperación internacional

Un elemento esencial en la prevención de la corrupción resulta la exigencia de permitir la aplicación de la ley penal a supuestos acontecidos en el extranjero. En este sentido, se debe recordar que la aplicación de la ley penal se rige por el principio de territorialidad, es decir, la aplicación de la ley penal de un Estado es a hechos acontecidos

en su territorio. Los casos que pueden plantear problemas específicos en relación a la jurisdicción y la aplicación de la Ley penal, son aquellos en los que los hechos pueden haber tenido lugar —total o parcialmente— en el extranjero. Las actividades e inversiones empresariales, por ejemplo, pueden haber sido decididas por el Consejo de una empresa española en España y, sin embargo, la realización de las conductas puede tener lugar solo en otro Estado o, inclusive, puede ocurrir que tanto la decisión como la conducta sean llevadas a cabo en su totalidad en el extranjero. Conforme a la legislación española, por ejemplo, en el orden penal, en particular, la jurisdicción española conoce de las *causas constitutivas de delito o falta cometidos en el territorio español* (art. 23.1 LOPJ), pero también *puede conocer de hechos cometidos fuera del mismo cuando los delitos hubieran sido cometidos por españoles* y existiera doble punibilidad de la conducta, es decir, los hechos fueran punibles también en el país extranjero (art. 23.2 y 23.3 LOPJ). En este sentido, el art. 23 LOPJ dispone que "(...) 2. Asimismo conocerá de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito. B) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles. C) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda. 3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: (...) i. Los relativos al control de cambios."

Esta disposición determina la competencia de los Tribunales españoles para perseguir y enjuiciar *delitos cometidos fuera del territorio español*, siempre que: el autor sea español (o nacionalizado español), el hecho sea constitutivo de delito en España y también en el lugar de ejecución. Por tanto, los requisitos no permiten una fácil aplicación a hechos de corrupción. No obstante, la *jurisprudencia del Tribunal Supremo*, aplica esta norma siendo indiferente que los hechos que hayan decidido realizar (comienzo de ejecución) en España, aunque su resultado acontezca en otro Estado, o que habiéndose decidido en otro Estado, el resultado acontezca en otro Estado.

Precisamente, unos de los mayores déficit que presenta la implementación de los Convenios internacionales se presenta precisamente en este aspecto. Ello, conlleva la necesidad de adaptar las leyes procesales o las leyes de ordenación de la jurisdicción penal.

4.6. Extradición. Asistencia jurídica recíproca con otros Estados

En el ámbito de la extradición y la asistencia jurídica recíproca, plantea particular complejidad el requisito de la exigencia de la “doble incriminación”, tanto para conocer de una extradición como para solicitarla. Por tanto, en este sentido, a fin de poder prevenir la corrupción sería deseable:

- Revisión de Tratados bilaterales/multilaterales de extradición para facilitar la extradición a hechos de corrupción.
- Garantizar que los delitos de corrupción y sus figuras a fines sean extraditables entre los Estados parte.
- Armonización de Tratados y legislación nacional.
- Se puede limitar, en caso de que la Constitución de un Estado impida la extradición de nacionales, a una entrega condicional de nacionales y devolución para cumplimiento de condena.
- Establecer la obligación de extraditar o enjuiciar a los nacionales del Estado requerido.
- En todo caso, se deben mantener como motivos de denegación de extradición: todos aquellos supuestos en que las garantías procesales del enjuiciado y los Derechos humanos puedan estar en peligro.

La efectividad de la asistencia judicial recíproca requiere:

- Compromiso de una amplia prestación de asistencia judicial recíproca.
- Designación de una autoridad central competente de recibir las solicitudes y tramitarlas.
- Prohibición de invocación de secreto bancario.
- Establecimiento de canales de comunicación e intercambio de información.
- Investigaciones conjuntas de los Estados involucrados.

4.7. Recuperación de activos. Decomiso

Como colofón, para la efectividad de un sistema legal de prevención de la corrupción resulta decisivo establecer un sistema de recuperación de activos, así como el efectivo decomiso de las ganancias y efectos del delito:

- Medidas para prevenir la transferencia de bienes.
- Medidas de recuperación directa de activos y bienes.
- Medidas para la recuperación de bienes mediante la cooperación internacional.
- Medidas para la restitución y disposición de activos.

5. Recomendaciones para la prevención de la corrupción en los agentes del sector privado

5.1. La Responsabilidad Social Corporativa

Tal como se comentó anteriormente, el concepto de *corrupción* se ha venido ampliando significativamente en estos últimos años, habiendo pasado de ser considerada como el “aprovechamiento de un *cargo público* en beneficio particular o privado”, a concebirse más extensamente como el “aprovechamiento de un *cargo público* o de una *entidad de interés público*, en beneficio particular o privado”. Ello conlleva que el concepto de corrupción ha pasado a proyectarse igualmente sobre las empresas, sobre todo aquellas que tienen un amplio tamaño e interés público, por estar relacionadas con un creciente número de *stakeholders*, que no hacen sino representar a la sociedad, y es por ello que las relaciones con los mismos han de estar exentas de cualquier vestigio de corrupción.

La corrupción *empresarial*, que desde el punto de vista legal es corrupción de una *persona jurídica*, ha de ser afrontada por las empresas a través de dos ejercicios importantes: el de *responsabilidad social* y el de *transparencia*, conceptos que están estrechamente relacionados. *La responsabilidad social* constituye hoy día uno de los desafíos éticos más importantes al que se enfrentan en la actualidad las empresas, y la *transparencia* garantiza el derecho a la información del ciudadano, esto es, el derecho a saber, siendo un factor fundamental para la lucha contra la corrupción.

Para afrontar la corrupción desde la *responsabilidad social* es necesario que las empresas elaboren sus propias Guías éticas y Códigos de conducta de cara a impulsar la ética y las prácticas adecuadas en muy diversos aspectos, tales como: las relaciones con los empleados, las relaciones con los clientes y proveedores, el desarrollo sostenible y medioambiental de la empresa, la comunicación e información al público, la regulación de los conflictos de intereses, así como el cumplimiento estricto de las obligaciones con la Administración Pública. Con estas prácticas y un control debidamente compartido y participativo será más difícil que se desarrollen actuaciones corruptas en las empresas.

Por otra parte, y en línea con lo recogido anteriormente, la Unión Europea considera la responsabilidad social corporativa como una contribución empresarial al desarrollo sostenible y equilibrado para todos aquellos que interactúan con la empresa (*stakeholders*): accionistas, empleados, comunidad financiera, proveedores, clientes, y la sociedad en general.

La importancia de este sustancial concepto y meta social se evidencia, por otra parte, en los distintos desarrollos normativos habidos a nivel internacional en este ámbito, algunos de los cuales son: a) Libro Blanco de la Responsabilidad Medioambiental, de la Comisión Europea, en el que se introducen los cauces para orientar el comportamiento ecológico de las empresas. b) Directrices básicas de la OCDE: Se trata de recomendaciones de los gobiernos miembros de la OCDE a las empresas de ámbito multinacional para que adopten conductas responsables compatibles con la legislación y el desarrollo sostenible. c) Libro Verde de la Comisión Europea, que viene a marcar unas directrices básicas de responsabilidad social y medioambiental para las empresas europeas. d) La mencionada *Global Reporting Initiative* (GRI), organización que publica una guía para instrumentar las mejoras en la responsabilidad social corporativa de las empresas.

En este contexto de necesaria responsabilidad social, se ha de exigir a las empresas cada vez más encaminar sus esfuerzos a la elaboración de *productos socialmente correctos*, esto es, aquellos productos que respeten fundamentalmente en su proceso de producción unas mínimas normas: a) De equilibrio medioambiental y natural, y b) De respeto social y laboral.

En este terreno de la responsabilidad social de las empresas cabe hacer referencia a las normas de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), y más concretamente a los *Convenios Fundamentales* de esta organización, entre los que cabe señalar diversos convenios directamente relacionados con la protección social de los trabajadores en los distintos países del mundo tales como los siguientes:

- a) *Eliminación del trabajo infantil*. Existen dos Convenios a este respecto: el Convenio nº 138, relativo a la edad mínima del trabajo infantil, y el Convenio nº 182 relativo a las formas y condiciones del trabajo infantil. Cabe señalar que aunque la OIT cuenta con 174 Estados miembros, los dos anteriores convenios han sido ratificados por escasamente 80 países.
- b) *Abolición del trabajo forzoso*. Dos son los convenios de la OIT que se pueden citar a este respecto: el Convenio nº 29, relativo al trabajo forzoso, y el nº 105, relativo a las condiciones de abolición de dicho trabajo forzoso. El primero de estos convenios ha sido ratificado por 150 países y el segundo por 140.
- c) *Libertad sindical*. Los dos convenios fundamentales de la OIT relativos a esta materia son los siguientes: El Convenio nº 87 sobre la libertad sindical y la protección del

derecho de sindicación, y el Convenio nº 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. El primer convenio ha sido ratificado por 124 países, siendo 141 los países que han ratificado el segundo.

- d) *Igualdad laboral*. En este caso los convenios de la OIT son: el Convenio nº 100, relativo a la igualdad de renumeración, y el Convenio nº 111, relativo a la discriminación laboral; ambos convenios han sido ratificados por un conjunto aproximado de 140 países.

Cabe destacar, por otra parte, que algunos estudios de la OCDE vienen a evidenciar que las inversiones directas en el extranjero se ven influenciadas negativamente por la utilización de trabajadores infantiles en los países destinatarios, y por otra parte, que los sectores exportadores que más éxito tienen en los países en desarrollo son básicamente aquellos que disponen de normas laborales más avanzadas que el resto.

En lo relativo a otras normas que pudieran servir igualmente de referencia a la hora de investigar y desarrollar estos planteamientos de responsabilidad social empresarial, podemos mencionar la *Social Accountability 8000 (SA 8000)*. Esta norma fue emitida por el entonces denominado *Council Economic Priorities Accreditation Agency (CEPAA)* organización fundada en 1997, que posteriormente se pasó a llamar *Social Accountability International*.

Otra de estas organizaciones que trabajan *en pro* de este tipo de objetivos y desarrollos es la *Fair Labour Association (FLA)*, o Asociación del Trabajo Justo. En esta asociación norteamericana participan algunas de las mayores empresas y marcas de prendas textiles y calzado a nivel mundial, como Nike, Reebok, Philips-van Heussen, así como numerosas ONG que participan en el Fondo Internacional de Derechos Laborales; también la Liga Nacional de Consumidores, y el Comité de Abogados por los Derechos Humanos, todas ellas estadounidenses.

Cabe señalar igualmente en este contexto normativo, algunas iniciativas legales como la del Departamento de Trabajo de Estados Unidos, que ha emitido una norma titulada "Prohibición de adquirir productos fabricados mediante mano de obra infantil forzada o contratada en pago de deudas". Además, dicho Departamento ha elaborado una lista de productos extranjeros que pueden haber sido manufacturados con mano de obra infantil, a efectos de restringir su importación en Estados Unidos.

Por otra parte, y dentro de las iniciativas a nivel internacional en aras de una mejora en el terreno de los aspectos sociales y medioambientales, es necesario hacer una mención destacada del *Pacto Mundial de la ONU sobre Derechos humanos, Normas laborales y Protección del medioambiente (Global Compact)*, que bajo los auspicios de la ONU se ha comenzado a difundir y desarrollar recientemente, y al que ya se han adherido cientos de empresas y otras organizaciones en todo el mundo. Este pacto surgió en 1999, a iniciativa

del propio Secretario General de la ONU en el Marco del Foro Económico Mundial de Davos (Suiza), con el objetivo de impulsar la colaboración entre empresas, entidades no lucrativas y otros agentes sociales en el terreno de la responsabilidad social.

La iniciativa viene a suponer un reto a los empresarios del mundo, para asegurar, entre otras cosas, que los beneficios de la globalización alcancen a todos los países, y a los grupos y personas menos favorecidos dentro de los mismos. Se persigue así ampliar el alcance de los mercados, desde los mil millones de habitantes que se estima que están actualmente integrados plenamente en los mismos, hasta los seis mil millones de habitantes del mundo, para lo cual se requiere de la creatividad de los empresarios, y quizá de diferentes formas de hacer empresa, tendiendo a nuevos modelos empresariales.

El Pacto se puso en marcha finalmente como una iniciativa conjunta de la Organización Internacional de Trabajo, el Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente, y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, buscando el compromiso, sobre todo de las empresas, en la promoción de unas condiciones de trabajo justas, el respeto de los derechos humanos, y la protección del medioambiente.

En el Pacto se promulgan como objetivos básicos a cumplir de inmediato un conjunto de diez principios: dos de ellos relativos a los derechos humanos, cuatro más en referencia al trabajo, y los tres últimos relacionados con el medio ambiente y uno de ellos —el décimo— está dirigido precisamente a combatir las prácticas relacionadas con la corrupción.

5.2. Principios de prevención de la corrupción del sector privado

En línea con lo anteriormente apuntado en cuanto a la conveniencia de ampliar el espectro de medidas legales, sociales e institucionales al campo de la corrupción privada, y concretamente la corrupción empresarial, resulta necesario adoptar medidas desde la propia empresa que favorezcan la transparencia, para que la empresa, lejos de verse considerada como un hipotético *autor* de las conductas de *corrupción*, tenga una adecuada protección interna contra la corrupción así como la protección que ello supone también para sus directivos y todos sus miembros dentro de la estructura empresarial. En última instancia ello permitirá mejorar el nivel de competencia leal y la posición de las empresas en el mercado en un marco de igualdad.

Las prácticas de transparencia empresarial redundarán en beneficio de la prevención de la corrupción no solo para la empresa, sino también para la prevención de corrupción en las administraciones públicas y, en última instancia, en protección de los *consumidores*, quienes de lo contrario terminan pagando los costes de la competencia desleal.

Resulta así necesario adoptar una serie de *Principios de transparencia empresarial*, que propicien lograr desde la actividad empresarial una adecuada prevención de la corrupción contribuyendo de forma directa a la transparencia y al respeto de la competencia leal generando valor para la empresa, protegiendo internamente a todos sus miembros, promoviendo una mayor protección de los consumidores, una mejor prevención de la corrupción en el sector público y privado, así como también una mejor protección de la Hacienda Pública.

Una adecuada prevención de la corrupción desde la empresa permitirá también avanzar hacia una nueva *cultura empresarial* que recupere el valor de integridad que se traducirá en resultados rentables a largo plazo. El nuevo escenario jurídico penal debería contribuir a la creación de una cultura empresarial que recupere los valores de gestión responsable y que, combinado con estructuras organizativas modernas, constituirá un factor clave para el éxito empresarial pensado a largo plazo y con beneficios que no solo son los que se reflejan en una cuenta de resultados.

Los procesos de cambios culturales requieren tiempo, pero en la actualidad se presentan como un nuevo y especial reto para permitir definir la cultura empresarial de una empresa y el buen gobierno corporativo de sus gestores.

Es por ello que nos parece necesaria la adopción por parte de las empresas de una serie de Principios de actuación en línea con los *Principios de Transparencia y Prevención de la Corrupción para las empresas* elaborados por Transparencia Internacional España, y que se indican a continuación:

1. Cumplimiento de los Principios de Buen Gobierno Corporativo (Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo). El gobierno corporativo y la responsabilidad social de las empresas son elementos clave para cimentar la confianza de las personas en el mercado. Contribuyen también a la correcta competitividad de las empresas,, ya que son las empresas bien dirigidas y sostenibles. En este sentido, los actuales Códigos de Buen Gobierno Corporativo solo son de cumplimiento voluntario, por un lado, y en muchos países solo aplicables a las empresas cotizadas, por otro. Sin embargo, las empresas independientemente de ser o no cotizadas deberían voluntariamente cumplir con las Recomendaciones de Buen Gobierno, dado que la transparencia de buen gobierno es un mecanismo relevante para la prevención de la corrupción con independencia de que sean o no cotizadas, permitiendo además contribuir a la creación de una cultura empresarial tendente a crear y recuperar los valores de la buena gestión empresarial.

2. Implementación en la empresa de un Código Ético. Los Códigos Éticos constituyen uno de los instrumentos más relevantes actualmente en la implementación de los principios rectores del buen gobierno y autorregulación de la actividad empresarial y del

establecimiento de la cultura empresarial referente para la empresa y sus trabajadores. Se recogen en ellos los principios éticos que han de presidir el comportamiento de todos los miembros de una empresa basado en el *principio de integridad*. Los Códigos Éticos no solo son importantes para la gran empresa, sino también para la pequeña y mediana empresa. El Código Ético debe ser de conocimiento obligatorio y respeto obligado para todos los integrantes de la empresa y su incumplimiento deberá ser comunicado al comité encargado dentro de la estructura empresarial de velar por su cumplimiento.

3. Implementación de Programas de cumplimiento normativo (Compliance Programmes).

Estos programas existentes en el Derecho comparado se vinculan fundamentalmente con normas administrativas de cumplimiento y no con los riesgos propios del Derecho penal. Los *Programas de Compliance* cumplen un importante papel para la prevención, entre otros, de los riesgos de corrupción y fortalecen la consciencia del cumplimiento normativo en la empresa, por lo que deberían ser integrados tanto en las grandes empresas como en las pequeñas y medianas, permitiendo formar una cultura empresarial de cumplimiento normativo.

4. Implementación de canales de denuncias para la comunicación de posibles incumplimientos de las normas internas de la empresa y/o de las normas legales.

Una de las principales herramientas para prevenir la corrupción dentro de las empresas y evitar prácticas corruptas que lesionan la libre competencia, es que estas cuenten con un adecuado canal de denuncias que permita tomar conocimiento de eventuales infracciones de las normas internas de la empresa, o bien de las normas legales, y adoptar las pertinentes medidas de investigación, y eventualmente sanción. Los canales de denuncia deben permitir, por un lado, la posibilidad de que cualquier integrante de la empresa pueda denunciar de forma confidencial el incumplimiento por parte de otros miembros de la empresa y, por otro, ofrecer la posibilidad de que terceros —proveedores, clientes, etc.— también puedan comunicar incumplimientos de las normas o bien conductas ilícitas o ilegales que deban ser puestos en conocimiento de los órganos encargados dentro de la empresa para velar por el cumplimiento normativo.

5. Información pública de las retribuciones de los directivos y administradores.

Como concepto el *gobierno corporativo* se centra esencialmente en las cuestiones que se derivan de la separación entre propiedad y control, en concreto la relación principal-agente entre accionistas y administradores ejecutivos. La remuneración de los administradores se ha utilizado a menudo como instrumento para aproximar los intereses de los accionistas y los administradores ejecutivos, y reducir así los costes de agencia. Sin embargo, la transparencia y publicidad en la remuneración e incentivos (*bonus*) a los directivos no solo afecta al buen gobierno corporativo, sino que también es relevante en relación con la prevención de la corrupción, toda vez que permite garantizar una mayor transparencia y una mejor gobernanza de las políticas retributivas de los entes colectivos.

6. Información pública de las contrataciones con el sector público e información de las actividades subvencionadas con ayudas públicas. Con la finalidad de lograr un sistema de transparencia e información para la prevención de la corrupción sería, sin duda, importante también que se dé publicidad, por ejemplo, a través de la página web corporativa, de aquellas administraciones públicas, organismos públicos, etc., con los que la empresas tengan relaciones mercantiles. También contribuiría a la transparencia la publicación de la información de las actividades empresariales que se realizan por parte de la empresa con la financiación de ayudas públicas y subvenciones.

7. Información pública de las políticas de Responsabilidad Social Corporativa. La existencia de una *cultura empresarial* basada en valores esenciales de buena gobernanza requiere también la transparencia e información de las políticas de Responsabilidad Social Corporativa o Empresarial (RSC o RSE), pues éstas inciden dentro de la empresa a la contribución activa y mejoramiento social y económico. Desde esta perspectiva la RSC no debería centrarse exclusivamente en buenas políticas y respeto del medio ambiente, sino también en una contribución activa en la prevención de prácticas de corrupción lesivas del buen funcionamiento de las administraciones públicas y desestabilizadoras de la libre competencia.

8. Evitación de prácticas de favorecimiento y corrupción en el sector privado. La corrupción en el sector privado constituye la otra cara de la moneda de la corrupción en el sector de las administraciones públicas. Si bien los programas de *compliance* han ido introduciendo en años recientes especiales normas de conducta y normas corporativas internas tendentes a prevenir la corrupción en el sector privado, resulta conveniente establecer este principio de forma independiente. En este sentido, es necesario introducir especiales normas que permitan prevenir dentro de la empresa la realización de tales conductas en aras a la prevención de la corrupción de estas prácticas, contempladas como delito. Para una adecuada prevención de estas conductas es necesario también que los canales de denuncias estén abiertos a terceros (proveedores, clientes, etc.), así como que existan protocolos adecuados de prohibición de recibir o entregar cualquier tipo de contraprestaciones incumpliendo las normas internas de contratación.

9. Evitación de prácticas de corrupción de funcionarios extranjeros en las transacciones internacionales. Como consecuencia de los Convenios internacionales numerosos países han incorporado a su Código Penal el delito de *corrupción de funcionarios extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*. En este sentido, para evitar la corrupción transnacional sería recomendable que los *programas de compliance* establecieran los mismos estándares de controles anticorrupción para el cumplimiento con su legislación nacional también a las empresas que un grupo empresarial pueda tener en el extranjero, con independencia de que en el país extranjero los estándares anticorrupción sean

menores o, incluso, estén permitidas determinadas formas de lobby que, por ejemplo, en la mayoría de las legislaciones europeas se encuentran prohibidas.

10. Cumplimiento de las obligaciones fiscales. La elusión del pago de tributos es una conducta que no solo afecta a la Hacienda Pública, sino también lesiona, en un segundo plano, la *competencia leal*. Por esta razón, también se debería insistir en el compromiso del cumplimiento de las obligaciones fiscales, pues la elusión del pago de tributos o la obtención de ventajas tributarias o devoluciones de forma indebida permiten tener más medios a las empresas defraudatorias, frente a las empresas que cumplen rigurosamente con sus obligaciones fiscales. Para ello se recomienda la aplicación de políticas fiscales responsables en las empresas, siempre notificadas al Consejo de Administración.

6. Conclusiones y recomendaciones finales

Las conclusiones y recomendaciones que se formulan a continuación están agrupadas en dos bloques: a) Recomendaciones de actuación de carácter general para impulsar la transparencia política y ética social contra la corrupción y b) Recomendaciones de carácter específico para una legislación penal para la prevención de la corrupción.

6.1. Recomendaciones de carácter general para impulsar la transparencia política y ética social contra la corrupción

A continuación se recogen un conjunto de recomendaciones o líneas de actuación de carácter general que deberían potenciarse para impulsar la transparencia política y la ética social, así como para combatir la corrupción, en una serie de áreas y ámbitos de la sociedad y la vida política:

1. Partidos y representantes políticos

Transparencia en la financiación de los partidos políticos. El objetivo de la lucha contra la corrupción en el área de la financiación de los partidos políticos no ha de ser recortar su financiación, sino garantizar que se están financiando de fuentes estrictamente legales, y que su procedencia, no tiene ninguna relación con la corrupción, ni con la ilegalidad en general. Además se debería exigir una eficaz aplicación de normas de cara a obligar a los partidos políticos a registrar y hacer públicas las donaciones recibidas.

Obligatoriedad legal de rendición y publicación de las cuentas de los partidos políticos. Se debería establecer la obligatoriedad legal de rendición y publicación de las cuentas de los partidos políticos, incluyendo el detalle de sus cuentas electorales. Dado que una proporción claramente mayoritaria de los recursos financieros de los partidos políticos es la aportada por los ciudadanos, deberían rendir cuentas a éstos y hacer públicas las cuentas anuales (Balance, Cuenta de Resultados, etc.), así como el detalle de los bienes que integran su patrimonio.

2. Control de los procesos y campañas electorales

Control integral de los procesos electorales. El control de los procesos electorales en un país se han de centrar en el proceso electoral a nivel *integral*, esto es, comenzando por el período previo a las Elecciones, continuando por el posible soborno de votantes el día de las elecciones, y finalizando por el posible fraude electoral relacionado con la consideración y el recuento de los votos, el control de las actas electorales, etc.

Publicación de ingresos y gastos de las campañas electorales. Hacer legalmente obligatorias la publicación detallada de los ingresos y gastos *de las campañas electorales* por parte de los partidos políticos, de cara a fortalecer la imagen y credibilidad de los sistemas electorales y dificultar las posibles prácticas de corrupción dentro de los mismos.

3. Por la transparencia y contra la corrupción en las instituciones públicas

Investigación de las áreas clave de corrupción en la contratación pública. Diversos estudios en todo el mundo, incluyendo el *Índice de Fuentes de Soborno* de Transparencia Internacional, indican que el comercio de armas y la construcción son sectores clave en los que se experimenta un importante nivel de corrupción. La contratación pública juega un papel clave en estos sectores, y por tanto es una labor muy importante la que instituciones, gobiernos y ONGs puedan investigar y realizar acciones para frenar la corrupción en sus procesos de contratación. Por otra parte, en el sector de la *construcción*, la magnitud de la corrupción a nivel internacional ha venido siendo realmente desmesurada. La falta de transparencia en los procesos de contratación de proyectos de infraestructura a gran escala tiene unas consecuencias negativas muy importantes para el desarrollo económico y social. Por otra parte, la corrupción también dirige frecuentemente el gasto público hacia proyectos muy perjudiciales para el medio ambiente.

Promoción e impulso de la Justicia transparente. La importancia del Poder Judicial es evidente, no hay que olvidar que el tercer pilar fundamental de un Estado de derecho, junto al Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. El tema de la corrupción judicial es por ello esencial y muy determinante del nivel de justicia y democracia existente en cada país, y también en el ámbito supranacional. Las judicaturas corruptas vienen a disminuir enormemente la capacidad de la comunidad internacional para luchar contra la delincuencia, el terrorismo y otros supuestos criminales, aparte de que ello contribuye a una disminución el comercio, el crecimiento económico y el desarrollo humano, y también impide a los ciudadanos una solución imparcial de sus posibles conflictos con instituciones, autoridades u otros ciudadanos.

4. **Ámbito de la sociedad y la ciudadanía**

Sistemas educativos en pro de la ética y contra la corrupción. La educación es fundamental para prevenir la corrupción. El mejor camino para combatir la corrupción en el mundo, sobre todo en el largo plazo, es el de la educación de los ciudadanos, enseñándoles, ya desde la infancia, la ética y la integridad que deben acompañar al ciudadano en la sociedad, siendo ello fundamental para que ya de adultos puedan desarrollarse dentro de la sociedad, tanto en instituciones privadas como públicas, con las necesarias convicciones éticas y a favor de la transparencia, de la integridad y en contra de la corrupción. En este sentido, es realmente necesario además, propiciar la introducción en los distintos niveles educativos de materias y contenidos éticos, de valores, y contra la corrupción.

Creación de instrumentos institucionales anticorrupción. Existen a nivel internacional diferentes iniciativas y organizaciones que directa o indirectamente se relacionan con el objetivo de aumentar la transparencia y frenar la corrupción en las contrataciones públicas. Entre ellos se encuentran los Convenios internacionales anticorrupción, los esfuerzos de los Bancos internacionales de desarrollo, en particular el Banco Mundial, etc.

El control de las ayudas a la asistencia humanitaria. Uno de los efectos más dañinos de la corrupción es la sustracción o la desviación de los recursos básicos destinados a las víctimas de conflictos civiles o desastres naturales. La corrupción en la ayuda humanitaria es socialmente denigrante, ya que priva a los más vulnerables entre los pobres —las víctimas de dichos desastres— de los recursos esenciales para subsistir. La ayuda humanitaria tiene como objetivo, en definitiva, salvar vidas y aliviar el sufrimiento de las personas en tiempos de crisis.

La necesaria protección de los denunciantes. Es muy importante que las personas que deseen denunciar conductas corruptas o ilegales lo puedan hacer con la debida confianza y una protección legal que les asegure el necesario nivel de confidencialidad o anonimato en sus denuncias, de forma que no estén abocadas a las posibles represalias por parte de las personas o instituciones demandadas. Es por ello muy importante que las legislaciones nacionales, y en su caso internacionales, contemplen la protección de los denunciantes como una importante contribución a la lucha contra la corrupción. De hecho, los Convenios internacionales contra la corrupción establecen la necesaria protección a los denunciantes en los países firmantes de los mismos.

Pacto nacional contra la corrupción. Es necesario promover un Pacto nacional de lucha contra la corrupción entre partidos políticos, organizaciones no gubernamentales, asociaciones empresariales y medios de comunicación, que priorice la adecuada implantación de las normas existentes, y genere aquellas medidas que refuercen las sanciones, aseguren

la independencia de los órganos encargados de la lucha contra la corrupción y el control del gobierno, y coordine las actuaciones en la materia.

5. Integridad y transparencia en el sector privado

Fomento de la integridad y la transparencia en el sector privado. Se hace cada vez más necesario combatir la *corrupción* y *impulsar la transparencia en el sector privado*, así como establecer un marco de integridad para el desarrollo de las operaciones en el mismo. Es importante en primer lugar, garantizar la independencia en los programas de las empresas contra la corrupción, estableciendo las medidas oportunas que las empresas han de adoptar para asumir y otorgar esa garantía de independencia, y proponer criterios para la evaluación de los proveedores y de otros *stakeholders* en aras de garantizar la ausencia de sobornos en los programas y planes de actuación de las compañías.

Lucha contra el tráfico de influencias y soborno. Uno de los problemas más importantes a nivel mundial es el tráfico o la compra de influencias por los empresarios a los gobernantes, de forma que con el pago de sobornos se accede a las compras en condiciones muy favorables, o a la concesión de contratos, licitaciones y obras públicas que de otra manera no se habrían conseguido. Este importante problema era tratado hace años de forma muy condescendiente por las legislaciones, incluso de los países desarrollados, ya que no estaban penalizados legalmente ciertos pagos específicos a funcionarios públicos extranjeros para la obtención de contratos, o para recibir exenciones fiscales de sus Gobiernos. Esto cambió con la entrada en vigor de la Convención de la OCDE contra el soborno.

Códigos de conducta empresariales. Resulta necesario promover en el sector empresarial la emisión de Códigos éticos de conducta que regulen sus actuaciones y la aplicación de programas antisoborno y anticorrupción, tanto a nivel interno como frente al público usuario de sus servicios.

6. Código Iberoamericano de Buen Gobierno

Aplicación del Código Iberoamericano de Buen Gobierno. Resulta necesario propiciar la aplicación en la mayor medida de lo posible de las normas y recomendaciones del *Código Iberoamericano de Buen Gobierno* (que se recoge como Anexo II).

6.2. Recomendaciones de carácter específico para una legislación penal para la prevención de la corrupción

A continuación se recogen un conjunto de recomendaciones o líneas de actuación de carácter específico que deberían potenciar la cultura jurídica de cumplimiento para la

prevención de la corrupción, teniendo en cuenta no solo las obligaciones específicas derivadas de las obligaciones derivadas de los Convenios internacionales contra la corrupción, sino también aquellas que desde la perspectiva de una moderna cultura empresarial permitan proteger la libre competencia.

1. Implementar en los ordenamientos jurídicos penales una adecuada tipificación de los delitos de corrupción

Los Convenios internacionales contra la corrupción establecen fundamentalmente una serie de conductas prohibidas que deben ser consideradas como delito en las legislaciones penales de los Estados parte. Entre estas conductas se encuentran los delitos de: cohecho, cohecho de funcionarios extranjeros, soborno en el sector privado, malversación de fondos, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes públicos, blanqueo de capitales. Las obligaciones establecidas por los Convenios internacionales se circunscriben a aquellos delitos que se consideran indispensables y, por tanto, ineludibles para la prevención de la corrupción en el sector público como privado.

2. Implementar otros delitos estrechamente vinculados con la corrupción

Los Convenios internacionales, sin embargo, no contemplan la obligación de tipificar como delito otras figuras que, sin duda, se vinculan también con la corrupción y que deberían ser tipificadas como delitos. En este sentido, se encuentran los delitos: tráfico de influencias, abuso de funciones o del cargo, enriquecimiento ilícito, inveracidad en las cuentas anuales, financiación de partidos políticos. Estos deberían ser también incorporados a un sistema penal para prevenir no solo la corrupción a nivel internacional, sino especialmente la corrupción de las Administraciones públicas.

3. Implementar otras normas adicionales necesarias para la prevención de la corrupción

Sin duda, la prevención de la corrupción no puede lograrse de forma eficaz solo con la legislación penal, por adecuada que esta pudiera llegar a ser. Es necesario establecer también otro conjunto de normas que acompañen a la legislación penal y establezcan obligaciones de carácter civil, mercantil, contable, etc. para la actividad empresarial:

- Normas de derecho interno de contabilidad vinculadas a las normas internacionales (NIC, NIIC).
- Normas de transparencia. Ley de transparencia.
- Normas de Derecho mercantil.
- Normas reguladoras de auditoría externa.
- Normas de Derecho tributario. No deducibilidad de gastos de que puedan encubrir sobornos.

- Normas reguladoras de Buen Gobierno Corporativo y Códigos éticos.
- Normas reguladoras de *compliance*.
- Normas reguladoras de la protección de datos / *whistleblowing*.
- Normas de asistencia y cooperación judicial mutua. Tratados de extradición.
- Normas de recuperación de activos.

4. Implementar la responsabilidad penal administrativa de los entes colectivos

- En la sociedad actual es impensable, más allá de las obligaciones derivadas de los Convenios internacionales contra la corrupción, no concebir a las personas jurídicas o los entes colectivos como sujetos sometidos al Derecho sancionador (penal–administrativo). La empresa es un actor sin el cual la actividad mercantil no se puede llevar a cabo. Precisamente, en el Derecho penal económico actual muchas de las conductas tipificadas como delitos tienen como *autor* a las empresas. Pero la empresa no solo es un posible autor de delitos económicos, sino muchas veces la perjudicada por la realización de delitos llevados a cabo por directivos o empleados desde la empresa que solo persiguen un lucro personal. Por esta razón, hay que distinguir claramente la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas o entes colectivos de la responsabilidad individual de las personas físicas que a partir de la estructura empresarial realizan conductas para el exclusivo lucro personal.
- En la actualidad, se puede afirmar que los tradicionales impedimentos dogmáticos para incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas (capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y la pena privativa de libertad) han encontrado en la doctrina respuestas adecuadas para ser superadas y no constituir en la actualidad un obstáculo, tal y como muestra el estudio de las legislaciones y doctrina comparada llevada a cabo. En este sentido, si se opta por la incorporación de la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho sancionador (*ius puniendi*) ya sea como responsabilidad penal o administrativa, el respeto de los principios rectores de la imputación de un ilícito en ambos sectores han de ser los mismos, como también surge del estudio de la doctrina y jurisprudencia comparada.
- Así, la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas—independiente de la responsabilidad penal de la de las personas físicas que actúan en su nombre—debe ser concebida desde el escrupuloso respeto de los principios rectores de la imputación en el Derecho penal y con absoluto respeto a todas las garantías que limitan en general el *ius puniendi* del Estado: desde el principio de *legalidad* y *culpabilidad* hasta la totalidad de las garantías rectoras del proceso penal de los principios *in dubio pro reo*, *ne bis in idem*, tutela judicial efectiva, etc.
- Solo desde estos puntos de partida se podrá lograr una legislación *efectiva, proporcionada y disuasoria*.

Anexo I.

Convenios en materia de lucha contra la corrupción⁵⁷

Convención Interamericana contra la Corrupción	OEA
Adoptada: 29 de marzo de 1996 Signatarios: 34 Ratificaciones y adhesiones: 33. Un solo	Entrada en vigor: 6 de marzo de 1997
Abierto a: Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (34 Estados, salvo Cuba, que es miembro de la OEA pero cuya participación está vetada desde 1962), y posibilidad de adhesión de cualquier otro Estado	http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-58.html
Convenio de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción	OCDE
Adoptado: 17 de diciembre de 1997 Ratificaciones y adhesiones: 36	Entrada en vigor: 15 de febrero de 1999
Abierto a: Los 30 países de la OCDE y 6 países que no son miembros (Argentina, Brasil, Bulgaria, Chile, Eslovenia y Estonia). Se están estudiando otras solicitudes de adhesión	http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm#textinternacionales

57. Interpol, estado Febrero 2013. <https://secure.interpol.int/Public/Corruption/Conventions/defaultES.asp>

<p>Convenio penal sobre corrupción del Consejo de Europa</p>	<p>CoE (Crim.)</p>
<p>Adoptado: 4 de noviembre de 1998, por el Consejo de Ministros Signatarios: 48 (a 5 de febrero de 2007) Compuesto por 44 países miembros y 4 países no miembros Ratificaciones y adhesiones: 35 (a 5 de febrero de 2007)</p>	<p>Entrada en vigor: 1 de julio de 2002</p>
<p>Abierto a: Todos los Estados miembros del Consejo de Europa y 6 países no miembros (Belarús, Canadá, EE.UU., Japón, México y la Santa Sede). Se puede invitar a incorporarse a los Estados miembros de la UE y otros Estados</p>	<p>http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/173.htm</p>
<p>Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional</p>	<p>UNTOC</p>
<p>Adoptada: 15 de noviembre de 2000, por la Asamblea General de las Naciones Unidas Signatarios: 147 (a 14 de sep. de 2007) Ratificaciones: 131 (a 5 de feb. de 2007)</p>	<p>Entrada en vigor: 29 de septiembre de 2003</p>
<p>Abierto a: Todos los países y organizaciones económicas regionales</p>	<p>http://www.unodc.org/unodc/treaties/CTOC/</p>
<p>Convenio civil sobre corrupción del Consejo de Europa</p>	<p>CoE (Civil)</p>
<p>Adoptada: 4 de noviembre de 1999 Signatarios: 41 (a 5 de feb. de 2007), incluidos dos Estados no miembros Ratificaciones: 27 (a 5 de feb. de 2007)</p>	<p>Entrada en vigor: 1 de noviembre de 2003</p>
<p>Abierto a: Estados miembros del Consejo de Europa; Estados no miembros que participaron en la redacción del proyecto; otros Estados no miembros previa invitación</p>	<p>http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/174.htm</p>

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	CNUCC
Adoptado: 31 de octubre de 2003, por la Asamblea General de las Naciones Unidas Signatarios: 140 Ratificaciones y adhesiones: 98 (a 14 de septiembre de 2007)	Entrada en vigor: 14 de diciembre de 2005
Abierto a: Todos los países y organizaciones económicas regionales	http://www.unodc.org/unodc/en/ treaties/CAC/index.html
Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción	UA
Adoptada: 11 de julio de 2003 Signatarios: 40 (a 15 de febrero de 2007) Ratificaciones: 16 (a 15 de febrero de 2007)	Entrada en vigor: Agosto de 2006
Abierto a: Estados miembros de la Unión Africana (53)	www.africa-union.org/root/au/ Documents/Treaties/Text/Convention %20on%20Combating%20Corruption.pdf

Anexo II.

Información oficial sobre casos e investigaciones relativos al cumplimiento de los Tratados internacionales contra la corrupción

- OEA - Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) (1996)
 - Portal Anticorrupción: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Lucha.html>
 - Resoluciones de la Asamblea General de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción y Programa para combatir la Corrupción:
http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_docs_sp.htm

- OCDE - Convenio de lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, (1997)
 - Portal: <http://www.oecd.org/>
 - Tabla comparativa con datos sobre cumplimiento normativo (Enforcement Data):
<http://www.oecd.org/corruption/dataonenforcementoftheanti-briberyconvention.htm>
 - Informe anual del Grupo de Trabajo Anti-Cohecho de la OCDE :
<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/oecdworkinggrouponbribery-annualreport.htm>

- Unión Europea - Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa (1999) - Convenio civil sobre la corrupción del Consejo de Europa (1999)
 - Portal: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_en.asp
 - Informe Anual de Actividad:
[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2013/Greco\(2013\)1_Gen.Act.Report2012_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2013/Greco(2013)1_Gen.Act.Report2012_EN.pdf)

- Naciones Unidas - Convención de Naciones Unidas contra la corrupción (2003)
 - La normativa:
http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
 - La guía para su aplicación
http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/10-53541_Ebook_s.pdf

- Sección de la ONU sobre el tema
<http://www.unodc.org/unodc/en/corruption/index.html>
- Transparencia Internacional (TI). Informe anual Anti-Bribery Convention- Progres Report
 - Portal: <http://www.transparency.org/>
 - Informe Anual de TI sobre el Cumplimiento de la Convención OCDE:
http://www.transparency.org/whatwedo/pub/exporting_corruption_country_enforcement_of_the_oecd_anti_bribery_conventio
 - Índices de Precepción de la Corrupción:
<http://cpi.transparency.org/cpi2012/>
 - Índice de Fuentes de Soborno:
<http://bpi.transparency.org/bpi2011/>
 - Barómetro Global sobre la Corrupción:
<http://gcb.transparency.org/gcb201011/>
http://www.transparencia.org.es/BAROMETRO_GLOBAL/BAROMETRO%20GLOBAL%202010%20y%20anteriores/INDICES%20BAROMETRO%20GLOBAL%20A%C3%91OS%20ANTERIORES.htm
 - Encuesta sobre corrupción y sector privado
<http://www.transparency.org/research/bps2011>
 - Informe Global sobre la Corrupción:
<http://www.transparency.org/research/gcr>

Anexo III.

Código iberoamericano de buen gobierno

Preámbulo

Los Gobiernos abajo firmantes, conscientes de la necesidad de acercar a representantes y representados y de la conveniencia de facilitar la unión de gobierno y ciudadanía en un proyecto mutuamente compartido de desarrollo y justicia, movidos por el deseo de promover gobiernos sostenidos por la confianza generalizada y el respeto a las instituciones democráticas, suscribimos este compromiso con la ciudadanía y los pueblos y nos comprometemos a implantarlo con pleno apego a los valores que lo sustentan.

El Código se inserta en dos tradiciones diversas aunque complementarias. Por una parte, es un peldaño más en la búsqueda de una ética universal que sea fruto de un consenso en los principios y valores básicos de la convivencia global, a saber: el respeto a la soberanía, al derecho internacional, la no injerencia en los asuntos internos de otros Estados, la tolerancia, la convivencia pacífica, la solidaridad y la cooperación; en suma, una ética que sea consecuencia de un diálogo de civilizaciones respetuoso de la pluralidad cultural y social de los diversos pueblos del planeta. Por otra parte, el Código se inserta en las tendencias universales promotoras de la construcción de códigos deontológicos o de conducta que guíen el ejercicio correcto de las diversas prácticas profesionales.

Los firmantes creemos que cualquier sociedad razonablemente ordenada y que busque la justicia como fundamento de su convivencia debe respetar aquellos principios y valores que permiten a todos los afectados por las normas opinar, debatir, argumentar en condiciones de igualdad sobre las bases constitucionales de la convivencia, para impulsar desde el debate modelos de desarrollo que promuevan la participación ciudadana, la eliminación de la pobreza y de todo tipo de exclusión. Ello nos lleva a establecer como fundamento de este Código el principio de la dignidad de la persona humana y como valores esenciales de desarrollo los de la libertad y autonomía del ser humano y su esencial igualdad intrínseca. De ahí que, para garantizar estas opciones esenciales, sea preciso que un buen gobierno reconozca, respete y promueva todos los derechos humanos —civiles, políticos, sociales, culturales y económicos—, en su naturaleza interdependiente y universalidad. Con este Código pretendemos contribuir a dignificar socialmente el servicio público y permitir a sus integrantes —autoridades y funcionarios— sentir el orgullo de realizar una labor esencial para su comunidad. En definitiva queremos que la actuación gubernamental consista en la práctica de la promoción del interés general, y se aleje del reprobable abuso de los recursos públicos para fines de interés partidista o particular.

En conclusión, a partir del compromiso adquirido con la ciudadanía y los pueblos, y de nuestro apoyo a los valores del pluralismo democrático, manifestamos de forma explícita lo siguiente:

Consideramos inaceptable:

1. Un Gobierno que ampare y facilite la corrupción.
2. Un Gobierno que dificulte el escrutinio público sobre u toma de decisiones.
3. Un Gobierno que no tome en cuenta las necesidades de sus ciudadanos.
4. Un Gobierno irresponsable y que no rinda cuentas.

Por todo ello, establecemos las obligaciones y principios que se detallan a continuación.

I. Fundamentos

1. **Ámbito de aplicación.** Este Código será aplicable a los Presidentes de República, Vicepresidentes, Presidentes de Gobierno o de Consejo de Ministros, Primeros Ministros, Jefes de gabinete de ministros, ministros, secretarios de Estado o equivalentes, y, en general, todos los altos cargos del Poder Ejecutivo tales como viceministros, subsecretarios, directores de entes públicos o directores generales.
2. Los principios básicos que guiarán la acción del buen gobierno son:
 - a. El respeto y reconocimiento de la dignidad de la persona humana.
 - b. La búsqueda permanente del interés general.
 - c. La aceptación explícita del gobierno del pueblo y la igualdad política de todos los ciudadanos y los pueblos.
 - d. El respeto y promoción de las instituciones del Estado de Derecho y la justicia social.
3. Los valores que guiarán la acción del buen gobierno son, especialmente: Objetividad, tolerancia, integridad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, igualdad de género y protección de la diversidad étnica y cultural, así como del medio ambiente.
4. Se entiende por buen gobierno aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho.

Este Código, a partir de los principios y valores fundamentales reconocidos, se articula en tres tipos de reglas de conducta, las vinculadas a: la naturaleza democrática del gobierno, a la ética gubernamental y a la gestión pública.

II. Reglas vinculadas a la naturaleza democrática del Gobierno

El Poder Ejecutivo:

5. Promoverá, reconocerá y protegerá los derechos humanos y las libertades de los ciudadanos y los pueblos, evitando toda actuación que pueda producir discriminación por razón de nacimiento, etnia, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana.
6. Perseguirá siempre la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y los pueblos, y sus decisiones y actuaciones se fundamentarán en consideraciones objetivas orientadas hacia el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio.
7. Impulsará y garantizará el debate político con transparencia y los mecanismos de información y participación para el desarrollo de dicho debate.
8. Se someterá a la ley y al Derecho, y promoverá y respetará la independencia e imparcialidad del Poder Judicial, colaborando activamente en sus actividades investigadoras.
9. Procurará que, en los casos en que corresponda, y en el ámbito de sus competencias, las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales sean ocupados por juristas de reconocida trayectoria, honestidad probada e independencia acreditada.
10. Promoverá, en virtud de su iniciativa legislativa, y en el ámbito de sus competencias, normas de financiamiento político que: garanticen la igualdad entre los participantes en elecciones, resguarden la independencia de sus decisiones en los cargos a los que acceden, limiten razonablemente los gastos de campaña, aseguren la transparencia de ingresos y gastos, sancionen equitativa y eficazmente los incumplimientos y protejan las actividades investigadoras de los órganos de control.
11. Respetará la independencia y asegurará los medios materiales, personales e informativos necesarios para que los tribunales y órganos electorales desempeñen eficaz e imparcialmente su función.
12. Asegurará la imparcialidad y objetividad de las actuaciones públicas y la profesionalidad de los empleados públicos, combatiendo, entre otras, las prácticas clientelares, nepotistas y patrimonialistas.
13. Promoverá la igualdad de derechos, oportunidades y trato entre hombres y mujeres, y removerá los obstáculos que puedan dificultar la misma.
14. Combatirá la pobreza y la exclusión social y cultural.
15. Propiciará, en el ámbito de su iniciativa legislativa, el reconocimiento de los derechos ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas, y promoverá acciones afirmativas para su logro.

III. Reglas vinculadas a la ética gubernamental

Los miembros del Poder Ejecutivo:

16. Evitarán el uso abusivo del poder, en especial los privilegios informativos, reguladores y competenciales para perseguir a personas, instituciones o empresas que actúen en el marco de la legalidad.
17. Se abstendrán de toda actividad privada que pueda constituir un conflicto de intereses con su cargo público, entendiéndose que existe conflicto cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que real o aparentemente, de acuerdo a criterios razonables, confluyan a la vez, o puedan confluír en el futuro, intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas.
18. Se someterán a las condiciones y exigencias previstas para el resto de los ciudadanos en las operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos que realicen, sin propiciar ni admitir favoritismos.
19. No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o jurídicas.
20. Rechazarán cualquier regalo, favor o servicio, personal o familiar, en condiciones ventajosas que, más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, puedan condicionar el desempeño de sus funciones.
21. No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de esos cargos o su entorno familiar y social o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros, e impedirán el tráfico de influencias.
22. Se responsabilizarán políticamente en todo momento por las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente; y asumirán las responsabilidades ante los superiores y no las derivarán hacia los subordinados sin causa objetiva.
23. Ejercerán sus competencias de acuerdo a los principios de buena fe y dedicación al servicio público, absteniéndose no solo de conductas contrarias a los mismos, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos que tuvieran encomendados.
24. Evitarán todo uso indebido de la información que conozcan por razón del cargo.
25. Se comprometerán a que el desempeño de cargos en órganos ejecutivos de dirección de partidos políticos, o en asociaciones y fundaciones, en ningún caso menoscabará o comprometerá el ejercicio eficaz e imparcial de sus funciones.

IV. Reglas vinculadas a la gestión pública

Los miembros del Poder Ejecutivo:

26. Actuarán de acuerdo con los principios de legalidad, eficacia, celeridad, equidad y eficiencia y vigilarán siempre la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos del Estado.
27. Garantizarán que la gestión pública tenga un enfoque centrado en el ciudadano, en el que la tarea esencial sea mejorar continuamente la calidad de la información, la atención y los servicios prestados.
28. Garantizarán el ejercicio del derecho de los ciudadanos y de los pueblos a la información sobre el funcionamiento de los servicios públicos que tengan encomendados, con las especificaciones que establezcan las leyes.
29. Serán accesibles, en el desempeño de sus cargos, a la ciudadanía y a los pueblos, y atenderán eficazmente y contestarán oportuna y fundadamente a todos los escritos, solicitudes y reclamaciones que aquellos realicen.
30. Procurarán, en el ejercicio de sus funciones, que su desempeño sea una efectiva referencia de ejemplaridad en la actuación de los empleados públicos. Esta ejemplaridad habrá de predicarse, igualmente, para el cumplimiento de las obligaciones que, como ciudadanos, les exigen las leyes.
31. Administrarán los recursos materiales y financieros del Estado con austeridad, evitando cualquier tipo de uso impropio.
32. Protegerán el patrimonio cultural y el medio ambiente en el marco de sus competencias.
33. Garantizarán la integridad, conservación y permanencia de los documentos y archivos oficiales, con el objeto de mantener la información esencial para el Estado y transmitirla a los posteriores responsables.
34. Promoverán la creación, la mejora de la calidad y el uso compartido de estadísticas, bases de datos, portales de gobierno en línea y, en general, todo aquello que facilite la labor interna de sus empleados y el mejor acceso de la ciudadanía a la información y los servicios públicos.
35. Fomentarán la participación de los ciudadanos y los pueblos en la formulación, implantación y evaluación de las políticas públicas, en condiciones de igualdad y razonabilidad.
36. Promoverán la evaluación permanente de sus políticas y programas para asegurar el rendimiento y la eficacia. También propiciarán una regulación que considere los impactos de las normas y la rendición de cuentas de acuerdo con la normativa de cada país.
37. Promoverán y garantizarán políticas y programas de carrera, capacitación y formación que contribuyan a la profesionalización de la administración pública.
38. Darán un trato adecuado, digno y respetuoso a los funcionarios y empleados públicos, involucrándoles en la definición y logro de los objetivos y resultados de la organización.
39. Promoverán una administración receptiva y accesible, y la utilización de un lenguaje administrativo claro y comprensible para todas las personas y los pueblos.
40. Garantizarán la protección de los datos personales, y la adecuada clasificación, registro y archivo de los documentos oficiales, reconociendo, además, el derecho de cada ciudadano a conocer y actualizar los datos personales que obren en poder del Estado.

V. Cumplimiento del Código

41. Los Gobiernos firmantes determinarán autónomamente la forma de incorporación a su práctica y derecho interno del contenido del presente Código.
42. Los Gobiernos firmantes se comprometen a efectuar un seguimiento permanente sobre el cumplimiento del Código para asegurar su eficacia; Por su parte, el Poder Ejecutivo desarrollará las actividades necesarias para promoverlo.

Anexo IV. Código penal español

1. Responsabilidad penal por “actuar en nombre de otros”

Artículo 31.

1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Artículo 31 bis.

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

3. Delitos contra la Administración Pública

TÍTULO XIX. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Capítulo I. De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos

Artículo 404.

A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

Artículo 405.

A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Artículo 406.

La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles.

Capítulo II. Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos.

Artículo 407.

1. A la autoridad o funcionario público que abandonare su destino con el propósito de no impedir o no perseguir cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV se le castigará con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Si hubiera realizado el abandono para no impedir o no perseguir cualquier otro delito, se le impondrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

2. Las mismas penas se impondrán, respectivamente, cuando el abandono tenga por objeto no ejecutar las penas correspondientes a estos delitos impuestas por la autoridad judicial competente.

Artículo 408.

La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Artículo 409.

A las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público, se les castigará con la pena de multa de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Las autoridades o funcionarios públicos que meramente tomaren parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad, serán castigados con la pena de multa de ocho a doce meses.

Capítulo III. De la desobediencia y denegación de auxilio

Artículo 410.

1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.

Artículo 411.

La autoridad o funcionario público que, habiendo suspendido, por cualquier motivo que no sea el expresado en el apartado segundo del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después de que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión, incurrirá en las penas de multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Artículo 412.

1. El funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público, incurrirá en las penas de multa de tres a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. Si el requerido fuera autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad, se impondrán las penas de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a tres años.

3. La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años.

En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal, se castigará con la pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Capítulo IV. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos

Artículo 413.

La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

Artículo 414.

1. A la autoridad o funcionario público que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso, y que a sabiendas destruya o inutilice los medios puestos para impedir ese acceso o consienta su destrucción o inutilización, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses y, en cualquier caso, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

2. El particular que destruyere o inutilizare los medios a que se refiere el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de seis a dieciocho meses.

Artículo 415.

La autoridad o funcionario público no comprendido en el artículo anterior que, a sabiendas y sin la debida autorización, accediere o permitiere acceder a documentos secretos cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Artículo 416.

Serán castigados con las penas de prisión o multa inmediatamente inferiores a las respectivamente señaladas en los tres artículos anteriores los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos, por comisión del Gobierno o de las autoridades o funcionarios públicos a quienes hayan sido confiados por razón de su cargo, que incurran en las conductas descritas en los mismos.

Artículo 417.

1. La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.

Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Artículo 418.

El particular que aprovechar para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad, será castigado con multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años.

Capítulo V. Del cohecho

Artículo 419.

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.

Artículo 420.

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a siete años.

Artículo 421.

Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos.

Artículo 422.

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.

Artículo 423.

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.

Artículo 424.

1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un

acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.

2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan.

3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de tres a siete años.

Artículo 425.

Cuando el soborno mediare en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año.

Artículo 426.

Quedarán exentos de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.

Artículo 427.

1. 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. A estos efectos se entenderá que es funcionario de la Unión Europea:

1. 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. 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. 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.

4. Asimismo, se entenderá 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.

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.
- c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Capítulo VI. Del tráfico de influencias

Artículo 428.

El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleciendo del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.

Artículo 429.

El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleciendo de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.

Artículo 430.

Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 431.

En todos los casos previstos en este Capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso.

Capítulo VII. De la malversación

Artículo 432.

1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años.

Artículo 433.

La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.

Artículo 433 bis.

1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su

contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior.

3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 434.

La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

Artículo 435.

Las disposiciones de este Capítulo son extensivas:

1. A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas.
2. A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.
3. A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

Capítulo VIII. De los fraudes y exacciones ilegales

Artículo 436.

La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años.

Artículo 437.

La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

Artículo 438.

La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

Capítulo IX. De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función

Artículo 439.

La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.

Artículo 440.

Los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeren del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos, por tiempo de tres a seis años.

Artículo 441.

La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Artículo 442.

La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para

sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada.

Artículo 443.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior.

2. El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años.

3. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad.

Artículo 444.

Las penas previstas en el artículo anterior se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos.

Capítulo X. De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales

Artículo 445.

1. 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 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 u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas 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.

Además de las penas señaladas, se impondrá 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.

Las penas previstas en los párrafos anteriores se impondrán en su mitad superior si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

3. 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.

4. Penas aplicables a las personas jurídicas

TÍTULO III. DE LAS PENAS

Capítulo I. De las penas, sus clases y efectos

Sección I. De las penas y sus clases

Artículo 32.

Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa.

Artículo 33.

1. En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves. (...)

7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa..

EUROsocial es un programa de cooperación regional de la Unión Europea con América Latina para la promoción de la cohesión social, mediante el apoyo a políticas públicas nacionales, y el fortalecimiento de las instituciones que las llevan a cabo. EUROsocial pretende promover un diálogo euro-latinoamericano de políticas públicas en torno a la cohesión social. Su objetivo es contribuir a procesos de reforma e implementación en diez áreas clave de políticas, en ciertas temáticas, seleccionadas por su potencial impacto sobre la cohesión social. El instrumento del que se dota es el de la cooperación institucional o aprendizaje entre pares: el intercambio de experiencias y la asesoría técnica entre instituciones públicas de Europa y de América Latina.

Comando Liderado por



Socios Colaboradores



Participan más de 80 Socios Operativos y Entidades Colaboradoras de Europa y América Latina

Los estudios sobre los niveles de transparencia para la prevención de la corrupción realizados hasta la fecha se han focalizado, fundamentalmente, en el análisis del sector público como origen principal de la problemática, entendiendo que las conductas más relevantes afectaban a la corrupción definida como utilización del cargo público en interés propio del funcionario.

No obstante, la legislación internacional ha establecido en los últimos años nuevas normas que también imponen obligaciones a los agentes privados, puesto que la corrupción afecta asimismo a conductas entre particulares que lesionan en mayor o menor medida la competencia leal y, con ello, perjudican de forma directa al mercado, a la formación de precios y a los consumidores.

Entre los países que ofrecen los modelos legislativos más avanzados y con mejores prácticas sobre esta materia, creemos conveniente centrar este estudio de Derecho comparado en las legislaciones de Alemania, España, Italia y Francia, entre los países europeos, y en el caso de Chile, en América Latina, sin perjuicio de referencias a otras legislaciones latinoamericanas que igualmente pueden resultar esclarecedoras.

