



La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)

Adán Nieto Martín

UCLM

I. Introducción

1. La política criminal europea de las últimas décadas se ha desarrollado en algunos puntos siguiendo directrices y adoptando modelos de la política criminal gestada en los Estados Unidos. No es de extrañar que algunos autores hayan comenzado a hablar de un proceso de americanización del derecho penal europeo y a valorarlo de forma crítica. Materias como el tráfico de drogas, criminalidad organizada, blanqueo de capitales, en lo que concierne a la parte especial, o el incremento de la dureza de las penas, el renacer de la reincidencia y de viejas ideas como la inocuidad, en la general, no son precisamente ejemplos de derecho penal liberal. Igualmente en el vocabulario político criminal europeo se han introducido términos como el de "lucha" (*war on drugs*) o "tolerancia cero" que provienen de la jerga política criminal y policial americana¹. La influencia de los Estados Unidos en la moderna política criminal es, además, sumamente eficaz en cuanto a que se ejerce sobre todo en el marco de organizaciones internacionales y se plasma en instrumentos jurídicos (convenios internacionales, resoluciones...) que una vez aprobados, y por un efecto de inercia

(o quizá pereza) legislativa, pasan a ser derecho interno, en la mayoría de los casos con nulo debate social y parlamentario. La fundamentación del legislador de la normativa interna se reduce a la invocación de obligaciones internacionales, dejando de lado, por ejemplo, la adecuación del texto a las exigencias constitucionales o a las instituciones jurídicas internas². No creo que este fenómeno haya llegado a su fin, entre otras cosas porque los atentados del 11 de septiembre de 2001 y los recientes escándalos financieros (*Enron*, *World-Com*, etc.) han generado dos textos legislativos, la *Patriotic Act* de 2001 y *Sarbanes Oxley Act* de 2002, que es probable que acaben teniendo un papel relevante en la conformación del derecho penal europeo en lo que concierne, respectivamente, a la represión del terrorismo y a los delitos relacionados con el mercado de valores³.

2. La incriminación del cohecho en las relaciones comerciales internacionales representa un ejemplo más de la influencia de los Estados Unidos sobre el derecho penal global. De todos es conocido que el Convenio OCDE de *lucha* contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales⁴ tiene como antepasado la *Foreign Corrupt Practices Act*

1. Sobre la americanización del derecho penal con referencias ulteriores *vid.* ARZT, "Amerikanisierung der Gerechtigkeit: die Rolle des Strafrecht", en *Festschrift für Otto Triffterer, Scmoller (hrsg)*, Springer, 1996, pp. 527 y ss.; KUHLEN, "El derecho penal del futuro", en ARROYO/HASSEMER/NIETO (comp.), *El derecho penal ante el cambio de siglo. Análisis crítico de la escuela de Frankfurt* (en prensa), p. 3 (del ejemplar mecanografiado); STEINERT, "Administrative Resistance and Other Limits to Americanization", en *Festschrift für Klaus Lüderssen, Prittwitz et al (Hrsg)*, Nomos, 2002, pp. 359 y ss.; VOGEL, "Política criminal y dogmática penal europeas" (trad. Nieto Martín), *Revista Penal*, 2002, 11, pp. 140-141.

2. El paradigma quizás es el blanqueo de capitales, *vid.* DIEZ RIPOLLÉS, "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español", *AP*, núm. 32, 1994.

3. Optimista en cuanto a la resistencia del derecho penal europeo a este proceso KUHLEN (not. 1), p. 3.

4. El Convenio ratificado por España el 17 de diciembre de 1997 dio lugar a la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, que con el fin de transponer su contenido al derecho interno establece un nuevo Título XIX bis (De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales) en el CP, en el que se contiene un único precepto (art. 445 bis). La nueva normativa ha recibido los comentarios de CERZO DOMÍNGUEZ, "La adaptación del sistema jurídico penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa", *AP*, núm. 21, XXI (2001), pp. 453-470; RODRÍGUEZ PUERTA, en GONZALO QUINTERO/MO-

de 1977 (FCPA). Cualquiera que se haya acercado mínimamente a la historia legislativa del texto norteamericano puede comprobar que ya desde los debates legislativos se anunció con claridad la intención de emprender gestiones ante los organismos nacionales con el fin de globalizar la normativa. Lo singular de este caso es que durante dos décadas la presión del país más poderoso del mundo no consiguió de los organismos internacionales otra cosa que textos de *soft law* internacional⁵. Sólo con la Convención Anticorrupción de la Organización de Estados Americanos, en vigor desde el 6 de marzo de 1997⁶, y con el Convenio OCDE, en vigor desde el 15 de febrero de 1999, la política americana ha conseguido la exportación efectiva de su normativa penal. A estos textos se ha sumado el Convenio del Consejo de Europa sobre corrupción, aún no en vigor, cuyo art. 5 contiene un tipo de corrupción internacional significativamente más amplio que los anteriores⁷. La actual elaboración por parte de las Naciones Unidas de una Convención contra la corrupción, en la que se incluye también un delito de cohecho en el

tráfico económico internacional, supone la mundialización definitiva de la normativa norteamericana⁸.

3. Constituye un interesante ejercicio de historia legislativa el analizar por qué, a diferencia de otras líneas de política criminal mucho más cuestionables exportadas o simplemente impuestas por los Estados Unidos, como ocurre con la represión del tráfico de drogas en muchos países latinoamericanos, una materia que entronca mucho mejor con la sensibilidad penal de la "vieja Europa" ha tardado más de dos décadas en ser aceptada, en un ámbito, además, donde estaba en juego la competitividad de las empresas americanas. Pues, hasta la puesta en marcha del Convenio OCDE, las empresas europeas y japonesas podían utilizar el soborno como estrategia comercial y, además, se les permitía desgravarse fiscalmente estas cantidades⁹.

La tesis que en este artículo se mantiene es que probablemente no hubo tal presión o si la hubo ésta no fue particularmente intensa, y ello porque la FCPA durante más de una década fue una ley de

RALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Aranzadi, 3 ed., 2002, p. 1.803. Monográficamente se ha ocupado ya de este precepto FABIÁN CAPARRÓS, *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Salamanca, 2002 (en prensa).

Sobre la gestación y contenido de la Convención, además de las indicaciones bibliográficas que pueden encontrarse en los anteriores trabajos, vid. SACERDOTI, "Das OCDE-Übereinkommen 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr", en PIETH/EIGEN, *Korruption in internationalen Geschäftsverkehr*, Luchterhand, 1999, pp. 212 y ss.; PIETH, "Das Bestechungsübereinkommen der OECD", en DANNECKER/LEITNER, *Schmiergelder*, Linde Verlag, Wien, 2002, pp. 11 y ss. Los textos citados son ilustrativos en cuanto a que ambos autores tuvieron un importante papel en la elaboración de la Convención.

5. Una detallada exposición de las iniciativas internacionales en los últimos 70 puede encontrarse en MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, Linee dell'indagine penalistica, Napoli, 1999, pp. 158 y ss.

6. Cuyo art. 8 contiene el soborno transnacional en términos substancialmente idénticos a los del Convenio OCDE.

7. En cuanto a que no se refiere a la corrupción del funcionario en relación a una transacción comercial, sino que en general pretende que la corrupción de funcionarios extranjeros se sancione con la misma extensión que la de funcionarios nacionales.

8. Proyecto revisado de convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (http://www.undcp.org/pdf/crime/experting_corruption). En la versión que actualmente se dispone del proyecto (26 de mayo de 2002) estas conductas se contienen en el art. 19 bis (Penalización de los actos de corrupción en que participen funcionarios públicos extranjeros). Se barajan cuatro variantes distintas para su tipificación. Dos de ellas (Variante 1 y 2) se acercan a la propuesta del Consejo de Europa e incriminan genéricamente los actos de corrupción, mientras que las dos últimas variantes limitan la corrupción a "actos relacionados con una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial" o "transacción económica o comercial".

Este debate dentro del Proyecto de Convenio de Naciones Unidas muestra como existen dos modelos de incriminación referentes a la corrupción de funcionarios internacionales. El primero de ellos procede de la segunda mitad de los años setenta y se caracteriza por una visión económica o comercial del fenómeno de la corrupción (modelo económico), que responde a la FCPA. El segundo de los modelos, propio de los años noventa, es el que podríamos denominar como modelo administrativo, en el que la sanción de la corrupción se generalizaría; en este sentido, MANACORDA (not. 5), pp. 183 y s.

A mi juicio, resulta conveniente mantener la independencia del "modelo de los setenta", de incriminación específica de la "corrupción comercial", en cuanto a que permite diseñar un tipo penal, capaz de captar mayor los problemas específicos de esta clase de corrupción, como en especial el que sea de aplicación a ámbitos que ya no son puramente administrativos y que pertenecen al espacio de la corrupción privada o económica. En síntesis se trata de una cuestión de bien jurídico. Mientras que en el modelo del Consejo de Europa sigue dominando la idea de la imparcialidad de la administración, en el modelo económico de corrupción el bien jurídico es sobre todo la competencia leal entre las empresas en el comercio internacional, vid. en este sentido masivamente los autores citados en la not. 4.

9. Sobre las posibles causas del rechazo de las medidas contra la corrupción internacional, vid. MALEM SEÑA, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa, 2000, pp. 125 y ss.

contenidos simbólicos y con escasa, casi nula, relevancia práctica. La FCPA, aprobada durante la administración Carter, representó uno de los símbolos principales de una nueva política exterior americana más comprometida con la democracia y los derechos humanos. Esta línea se olvida tras las elecciones de 1980 y la subida de Reagan al poder, momento en el que la *realpolitik* vuelve a conformar la política exterior¹⁰. Por ello la presión internacional de los Estados Unidos para exportar su legislación sólo vuelve a producirse, al menos de manera seria, tres legislaturas más tarde, cuando de nuevo un gobierno democrático, el presidido por Clinton, llega al poder¹¹. La tesis que se acaba de enunciar sirve a su vez para poner de relieve una segunda: la legislación anticorrupción que se ha generado a raíz del Convenio OCDE sólo será eficaz en la medida en que su aplicación se desvincule de los avatares de la política exterior y su aplicación, sobre todo en lo que se refiere a la instrucción, se deje en manos de autoridades absolutamente independientes. Se trata, por lo demás, de un hecho advertido por los redactores del Convenio, que en su art. 5 indica expresamente que en “la investigación y la persecución de la corrupción de un agente público extranjero... no influirán consideraciones de interés económico nacional, el posible efecto sobre las relaciones con otros Estados o la identidad de las personas físicas o jurídicas implicadas”.

4. La aparición del Convenio OCDE y el interés de los agentes económicos internaciones más po-

derosos en la represión de la corrupción se corresponde, además, con los problemas y debates aparecidos entorno al *topoi* de la globalización. Cuando en 1997 se elabora el Convenio OCDE, este término ha cobrado ya carta de naturaleza y existe una discusión generalizada en torno a la ética y las reglas del juego jurídicas, políticas y morales que deben presidir este fenómeno. Concretamente, en lo que concierne al gobierno de las sociedades, el concepto y la ideología de la *corporate governance*, gestados también en USA durante la década de los setenta, se han globalizado como modelo de gestión y organización empresarial, dando lugar a numerosos códigos de conducta internos y reglas de buen gobierno aprobadas por gobiernos e instituciones internacionales. Que el Convenio OCDE se elabore a la vez que los Principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades, aprobados en 1999, no es en absoluto causal. Con independencia de que no en todos estos Códigos y reglas se mencione expresamente la corrupción, el aspecto central de la ideología de la *corporate governance* es que el gobierno de las sociedades no sólo ha de hacerse en beneficio de los accionistas (*Shareholder Perspective*), sino también de los denominados (*Stakeholder*), grupo en el que no sólo se encontrarían los trabajadores o acreedores de la sociedad, sino también muchos de los denominados intereses difusos (consumidores, medio ambiente, etc.) y públicos. Estas nuevas reglas de gestión y de responsabilidad de

10. Es fundamental en este punto el estudio de CRAGG/WOOF, *Legislating against corruption in international markets. The story of the US Foreign Corrupt Practices Act*, en Jain, *The Political Economy of Corruption*, Routledge, London, New York, 2001, pp. 181 y ss.

Evidentemente la FCPA no fue el único cambio político criminal de la era Reagan. Como es conocido apartir de los años ochenta en USA —pero también en el Reino Unido de Margaret Thatcher— se pone en marcha, como correlato del neoliberalismo económico, una política criminal tremendamente represiva y antiliberal. Al respecto de los efectos de la ideología neoliberal en la política criminal de los EE UU y del Reino Unido, vid. las contribuciones de STENSON, *The new politics of crime control*, pp. 15 y ss., y SULLIVAN, *The schizophrenic state: neo-liberal criminal justice*, pp. 29 y ss., en STENSON/SULLIVAN, *Crime, Risk and Justice (The politics of crime control in liberal democracies)*, Willan Publishing, 2001. Igualmente ORTNER/PILGRAM/STEINERT (HRSG.), *Die Null-Lösung: Zero Toleranz Politik in New York. Das Ende der Urban Toleranz, Nomos*, 1998.

Curiosamente en USA a la par que el derecho penal se “expande” para los clientes habituales —delitos contra la propiedad y violentos— de la justicia penal durante la década de los ochenta y noventa el derecho penal de la empresa se contrae y comienza a declinar la denominada *Golden Age of white collar crime prosecution*, que tuvo su apogeo a partir del final de la década de los sesenta y setenta. A partir de la publicación de la *Sentencing Guidelines for Organizations* de 1991 se produce un desplazamiento del riesgo penal (*risk shifting*). Ejecutivos y empleados díscolos (“wayward”) son los nuevos responsables penales, mientras que las empresas y directivos reciben condonaciones, indultos y rebajas en la pena gracias a su colaboración con la Administración de justicia. Sobre esta “reatracción” del derecho penal de la empresa en USA, vid. LAUFER/GEIS, *Corporate Crime and a new brand of cooperative regulation*, *Cahiers de Defense Sociale*, 2002, pp. 139 y ss.

11. Es cierto que en 1989, tras una importante reforma en la FCPA, el Senado de los Estados Unidos vuelve a insistir en la necesidad de globalizar la iniciativa y que en 1989 se crea, debido a estos impulsos, un grupo de trabajo en el interior de la OCDE con este fin. Ahora bien durante una larga primera fase sólo se trabaja nuevamente en instrumentos de *soft law*, que darían lugar, por ejemplo, en 1996, a la recomendación del Consejo de la OECD, relativa a la no deducibilidad fiscal de los sobornos a funcionarios extranjeros. Sólo en 1994, y las fechas vuelven a ser significativas, pues se ha producido ya el relevo entre la administración Busch sénior y Clinton, el Consejo de la OCDE toma una decisión en la que se apuesta claramente por la utilización del derecho penal; vid. SACERDOTI (not. 3), p. 215.

empresas y administradores obviamente no son consecuencia de una suerte de piadoso arrepentimiento colectivo de economías y sociedades capitalistas, cansadas de tantas ganancias a costa de explotar recursos y sociedades del tercer mundo, sino simplemente expresión de contar con reglas de gestión empresarial comunes en el marco, sobre todo, de un mercado bursátil y financiero globalizado. La prohibición de la corrupción como estrategia empresarial no es sino una regla de buen gobierno más cuyo cumplimiento se respalda, además, con sanciones penales¹².

5. Pero la experiencia de la FCPA no sólo es importante por su papel de antepasado. Su aplicación práctica, aunque escasa, y las discusiones doctrinales a las que ha dado lugar resultan de utilidad a la hora de interpretar los preceptos del Convenio y los preceptos nacionales que lo han traspuesto¹³ (II). En cualquier caso debe advertirse que, pese a la clara paternidad de la FCPA en relación a los preceptos del Convenio OCDE, los procesos de influencia son bidireccionales. El propio legislador americano en 1998 tuvo que reformar la FCPA con el fin de adaptarse a las exigencias del Convenio, que ha instaurado un sistema de supervisión y seguimiento (art. 12) para garantizar su aplicación efectiva¹⁴, en cuyo marco es probable que se acabe produciendo un proceso de influencia mutua entre los distintos ordenamientos, consecuencia del cual no es aventurado indicar que pueda producirse una reformulación de los delitos de corrupción internos. Como va a comprobarse, la represión de la corrupción internacional supone abordar los aspectos más complicados de la regulación de los delitos de cohecho, lo que lógicamente deberá tener alguna influencia en relación a los preceptos que sancionan la corrup-

ción interna. Lo novedoso del asunto es que por primera vez estos problemas deben ser y tienen que ser solucionados conjuntamente por los Estados que forman parte del Convenio. Es por ello previsible que las soluciones comunes que se generen acaben influyendo en la conformación de los tipos penales internos y que esto genere una armonización informal de estas figuras delictivas. Todo un ejemplo de lo que modernamente se conoce con el nombre de interlegalidad¹⁵.

II. Historia, desarrollo y aplicación de la FCPA

1. La autoridad moral de los Estados Unidos dentro del orden internacional, incuestionable al acabar la II Guerra Mundial, se fue resquebrajando paulatinamente durante las dos décadas posteriores. Los factores desencadenantes de este proceso fueron, obviamente, la propia política exterior americana, que apoyó y entronó con eficacia a dictadores en diversos países del mundo o efectuó más que cuestionables intervenciones militares en Corea o Vietnam, pero también la cuestionable actuación de las multinacionales americanas que, como la ITT en el Chile de Allende, no dudaban en favorecer económicamente a aquellas fuerzas políticas más "sensibles" a sus intereses. De hecho resultaba harto complicado en esta época distinguir entre actuaciones políticas y privadas o comerciales. Las multinacionales americanas colaboraron en más de una ocasión con los intereses políticos de los Estados Unidos, valga como ejemplo el caso de Montedison en Italia que durante dos décadas financió ilegalmente al Partido Demócrata Cristiano, por indicación de la

12. Sobre la "atmósfera" que generó el Convenio OCDE, PIETH, *Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität*, ZStW 109 (1997), p. 757; MANACORDA, (not. 5), pp. 17 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS (not. 4), pp. 29 y ss. Al respecto de la Corporate Governance con un análisis de los distintos Códigos de buen gobierno que se han elaborado en distintos países europeos (Alemania, Francia, Austria, Reino Unido) y por organismos internacionales, vid. BERRAR, *Die Entwicklung der Corporate Governance in Deutschland im internationalen Vergleich*, Nomos, 2001. Acerca de los Códigos elaborados por empresas y el tratamiento que en ellos se da a la corrupción, vid. GORDON/MIYAKE, *Business Approaches to Combating Bribery: A Study of Codes of Conduct*, OCDE, Directorate for financial and Enterprise Affairs, 2001.

La corporate governance y las iniciativas que en torno a ella se han generado aclaran y contextualizan también el nacimiento —o en algunos países renacimiento— de un delito cuyo merecimiento y necesidad de pena resulta complejo de comprender: la corrupción en el sector privado. Esta figura, que se ha reactivado gracias, nuevamente, a la presión de organizaciones internacionales (v. gr. Unión Europea, Consejo de Europa), intenta nuevamente dar cobertura penal a una regla de *corporate governance*. Y es que desde el punto de vista de la buena gestión y de la competencia, qué más da que la corrupción se desarrolle en el terreno público que en el privado. Esta conexión entre globalización, buen gobierno y corrupción privada puede encontrarse en el preámbulo o exposición de motivos del Proyecto de decisión marco relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (versión de 4 de enero de 2003).

13. La fuente más completa para analizar el "estado de transposición" del Convenio a la normativa nacional son los informes que sobre cada Estado se efectúan en el marco del proceso de evaluación al que se refiere el art. 12 del Convenio OCDE (<http://www.oecd.org/EN/document>).

14. Sobre este proceso de evaluación, que se acoge siguiendo el modelo que viene desarrollando el GAFI en relación a la transposición de la normativa internacional sobre blanqueo de capitales, vid. PIETH (not. 4), pp. 23 y ss.

15. Vid. VOGEL (not. 1), p. 140.

CIA, con el objetivo de frenar la ascensión y una posible victoria del Partido Comunista. En otros casos, la política exterior se elabora a partir de los intereses de las multinacionales, como ocurría por ejemplo en Honduras con la United Brand. No es de extrañar que esta política basada en la defensa a ultranza de los intereses comerciales americanos ("lo que es bueno para la General Motors es bueno para los Estados Unidos), en donde no importaba en absoluto la calidad democrática y el respeto a los derechos humanos de los países amigos ("Somoza es un hijo de puta, pero es nuestro hijo de puta"), acabase generando corrupción allí por donde pasaba y que ésta se interpretara como una consecuencia más de la misma. En los primeros años setenta tienen lugar, además, una serie de escándalos relacionados con la corrupción que ponen de manifiesto que ésta no era sólo un mal necesario localizado en países subdesarrollados. El escándalo *Lockheed*, uno de los más decisivos en la aprobación de la FCPA, mostró cómo la corrupción constituía una estrategia comercial de las empresas americanas que también se utiliza en países como Holanda, Japón o Italia, en donde la compañía había sobornado a importantes políticos. Y, finalmente, el asunto *Watergate* acabó por evidenciar cómo la vida política y comercial interna también estaba presidida por prácticas similiares. Este ambiente político constituye el primero de los impulsos legislativos que generó la FCPA, con la que se pretendía no sólo recuperar prestigio y autoridad moral en la política internacional, sino también, y éste era el espíritu post-Watergate, en la propia clase política y empresarial americana. No se trataba, además, de una ley que aspirase a conseguir efectos puramente simbólicos, pues con la llegada de los demócratas al poder en 1976 ciertamente se da un giro creíble a toda la política exterior americana que a partir de ese momento intenta elaborarse partiendo de parámetros de respeto a los derechos humanos y a la democracia¹⁶.

2. A todas estas circunstancias, por lo demás archiconocidas, debe sumársele la existencia, a partir

de la década de los sesenta, de un verdadero aumento de la corrupción en las relaciones comerciales internacionales, consecuencia de una situación de anomia en el sector, provocada por la irrupción de nuevos sujetos, nuevos productos extremadamente significativos desde el punto de vista económico y un entorno competitivo mucho más agresivo que el que había tenido lugar durante las décadas anteriores¹⁷. En efecto, tras el proceso de descolonización, que se produce tras la II Guerra Mundial, aparecen muchos nuevos Estados cuyas clases dirigentes carecían de la "socialización" necesaria en las normas comerciales internacionales y que, además, poseían un sistema muy débil de controles democráticos. Muchos de estos nuevos Estados debían procurarse infraestructuras básicas y comprar productos de transacciones tan opacas como armas. Por otro lado, algunos de estos países contaban con fuentes importantes de materias primas pero carecían de tecnología suficiente para explotarla, hecho por el cual debían recurrir necesariamente a concesiones de las que se beneficiaban grandes empresas de países terceros. Pero no sólo los demandantes, también los oferentes, las empresas multinacionales, presentan características que han de reseñarse: su gran capacidad económica, mayor que la de muchos de estos nuevos Estados, su estructura internacional, que de un lado les permite operar escogiendo de los diversos ordenamientos aquel que resulte más beneficioso para sus intereses, pero de otro les causa numerosos problemas de control, en el sentido de que las necesarias delegaciones de poder hacen complejo que sus directivos controlen la legalidad de los comportamientos de sus empleados. A este escenario debe añadirse el incremento paulatino de la competencia internacional. Los países europeos y Japón van recuperando su potencial económico, e igualmente en industrias como el armamento tampoco cabe olvidar la capacidad competitiva de los países socialistas y en especial la Unión Soviética¹⁸. Con lo anterior se ha descrito la segunda fuerza motriz que dio lugar a la creación de la ley: el intento de moralizar el comercio internacional o si se prefiere frenar la expan-

16. Acerca de esta "atmósfera anticorrupción", *vid.* por ejemplo los trabajos de EISENSTAD (pp. 537 y ss.), VAN KLAVEREN (pp. 557 y ss.), HEINDENHEIMER (pp. 573 y ss.), LE VINE (pp. 685 y ss.) y ROSENTHAL (pp. 701 y ss.) en HEINDENHEIMER/JOHNSTON/T.LEVINE (eds.), *Political Corruption. A Handbook*. Transaction Publisher. New Brunswick and Oxford. 1989. En relación a la génesis de la FCPA, aunque ya desde una perspectiva crítica con la misma que se corresponde con el nuevo escenario que surge en los ochenta, GREANIAS/WINDSOR, *The Foreign Corrupt Practices Act*, Lexington Books, 1982, e igualmente, aunque desde posiciones opuestas, CRAGG/WOOF (not. 9), pp. 182 y ss.

17. *Cfr.* LE VINE (not. 16), pp. 687 y ss., como este autor pone de manifiesto, el comercio internacional siempre había generado instrumentos restrictivos de la competencia.

18. Si bien no hay que perder de vista que en bastantes ocasiones la competencia en el exterior se producía entre las propias empresas americanas. En cualquier caso, lo cierto es que probablemente fruto de esta fuerte situación competitiva los pagos iban subiendo en cantidad. Así, por ejemplo, Lockheed pagó en 1.976.200 millones de dólares en sobornos, frente a los 100.000 dólares que pagó 10 años antes para realizar un negocio parecido en Indonesia; *vid.* CRAGG/WOOF (not. 9), p. 182.

sión de una conducta que, además de atentar contra otros bienes jurídicos, constituye una práctica de competencia desleal, en cuanto a que supone desplazar a los competidores utilizando un comportamiento contrario a la buena fe.

3. Para entender la complejidad del proceso que originó la FCPA e incluso su propia estructura interna hay que aludir todavía a dos aspectos más. La FCPA tiene como tercer objetivo la protección de la confianza de los inversores en el mercado bursátil. Cuando se producen los grandes escándalos de corrupción internacional, a los que se viene haciendo referencia, ante la carencia de preceptos penales específicos, la única intervención sancionadora posible era la que podía realizar la SEC a partir de los preceptos de la *Securities Exchange Act* de 1934. El pago de sobornos en casi todas las empresas implicadas se hacía mediante fondos ocultos que no figuraban en la contabilidad, lo que contravenía las exigencias de transparencia impuestas por la legislación del mercado de valores. Por otro lado, la existencia de estrategias comerciales basadas en la corrupción constituía, en opinión de la SEC, una información relevante para el mercado. Para los accionistas, presentes o futuros, no resulta desprovisto de importancia el conocer si una empresa basa su estrategia comercial en una política verdaderamente competitiva, fundamentada en la calidad y el precio de sus productos, o en la corrupción, e igualmente esta circunstancia no resulta desdeñable a la hora de evaluar la competencia técnica y la honestidad de los gestores sociales.

4. Finalmente, aunque no sin conexión con lo anterior, la FCPA coincide con el asentamiento de una nueva ética empresarial a la que ya se ha hecho referencia (*corporate governance, social responsibi-*

lity, good citizen corporation) y que tiene su reflejo en nuevas estrategias de dirección, organización y control interno mediante las que se pretende que las empresas aparezcan socialmente como "buenos ciudadanos", respetuosas de la legalidad y comprometidas con diversos intereses públicos. Esta nueva tendencia supuso que en muchas empresas aparecieran durante la década de setenta formas de organización y control interno (*vgr. Códigos de conductas*) tendientes a prevenir, detectar e incluso sancionar posibles infracciones¹⁹. En la mentalidad americana, sobre todo en la de aquellos años setenta, resultaba creíble que como alternativa al derecho penal y a la regulación estatal se pudiera confiar en los esfuerzos y la buena voluntad de las empresas. De hecho, la autorregulación era una estrategia política criminal que desde los años treinta, tras su creación, venía siendo aplicada por la SEC²⁰. Sin este trasfondo resulta complejo entender, al menos desde una mentalidad europea²¹, algunas alternativas a la actuación del derecho penal que se barajaron en el proceso de gestión de la ley, e igualmente esta nueva forma de gestión social resulta imprescindible para entender la importancia que en la ley tienen los preceptos contables, la creación de auditorías internas y la elaboración de los denominados *compliance programs*²², a través de los cuales la empresa establece una serie de medidas internas con el fin de cumplir con las disposiciones de la FCPA. Para las autoridades encargadas de aplicar la ley, la existencia de estos programas, o si se quiere más generalmente la constatación de que existe un compromiso de la sociedad infractora con el cumplimiento de la ley, tiene enorme importancia a la hora de la graduación de las sanciones e incluso en la apreciación de responsabilidad de sus directivos²³.

19. Cfr. GREANIAS/WINDSOR (not. 13) pp. 35 y ss.

20. La SEC realizó una notable presión para que esta nueva ética en la dirección empresarial se plasme en normas legales, precisamente la aprobación de la FCPA y la atmósfera post *Watergate* le daba una buena ocasión para ello; *vid. GRAGG/WOOF* (not. 13), p. 187.

21. El estudio de TIEDEMANN (*Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in den USA und in der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, Mohr, 1978), que tiene precisamente por su fecha este trasfondo, sigue siendo de obligada referencia a al hora de estudiar las diferencias entre ambos sistemas en el marco del derecho penal económico.

22. La importancia puede constatarse visitando las páginas en Internet de algunos despachos de abogados americanos en los que se insta ("se vende") la elaboración de estos programas a las empresas con el fin de no incurrir en responsabilidad por violación de la FCPA, *vid.*, por ejemplo, COHEN, *Corporate compliance programs to avoid FCPA Problems* (<http://www.gatlaw.com/pub/alerts>). Para una guía oficial acerca de cómo elaborar estos programas *vid. U.S. DEPARTMENT OF STATE, Fighting Global Corruption: Business Risk Management. General Elements of An Effective Corporate Compliance Program* (<http://www.state.gov/g/inl/rls/rpt/fgcrpt/2001/4146.htm>).

23. *Id.*, por ejemplo, con ulteriores referencias COLTON, "Foreign Corrupt Practices Act", *American Criminal Law Review*, vol. 38, p. 910. Críticamente sobre la importancia de los *compliance programs* y la *compliance industry*, *vid. LAUFER/GILBERT* (not. 11), pp. 142 y ss.; LAUFER, "Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance", *Vanderbilt Law Review*, vol. 52, pp. 1.382 y ss. En efecto, tras la elaboración y aprobación de la *Guidelines* en 1991 a que se hacía mención en la nota 11, la mera existencia de uno de estos programas supone ya una atenuación importante de la pena o incluso su exclusión. Se trata por tanto de una forma de comprar la impunidad a costa de alimentar una industria que en cierto modo supone una industria de la seguridad más, semejante a la de la seguridad privada.

5. Los factores que acaban de describirse son imprescindibles para entender el nacimiento e incluso el funcionamiento posterior de una regulación tan innovadora como la FCPA²⁴. Pero para terminar de comprender su estructura y la estrategia que adopta en la lucha contra la corrupción resulta necesario mencionar su proceso de elaboración, en el cual confluyen tres estrategias políticas criminales. La primera de ellas es la representada por los republicanos y que técnicamente se plasma en la propuesta realizada por la comisión Richardson (*Foreign Payments Disclosure Act*)²⁵. De acuerdo con esta línea, el derecho penal sólo debía desempeñar un papel muy secundario en la prevención y sanción de la corrupción internacional. La estrategia a seguir era la de estimular a las empresas a que revelaran ante la Secretaría de Comercio aquellos pagos que tenían como objetivo el conseguir mercados extranjeros²⁶. Esta obligación se jalonaba con diversas obligaciones de carácter contable y con sanciones de carácter civil. Dentro de las propuestas legislativas centradas en la política de *disclosure* como punto nuclear de la prevención de la corrupción, aparece por primera vez una medida que constituye otro de los puntos neurálgicos de la moderna política criminal: la no deducibilidad de los sobornos pagados en el extran-

jero²⁷. Esta perspectiva no era del todo rechazada por la SEC, quien de hecho en 1975 puso ya en marcha un programa de denuncia voluntaria (*Voluntary Disclosure Program*) al que podían acogerse aquellas empresas que hubieran realizado pagos ilícitos en el extranjero. La SEC apreciaba, sobre todo en esta discusión, una buena oportunidad para aumentar su poder de control sobre las empresas emisoras y de incrementar sus obligaciones contables. Esta estrategia en la lucha contra la corrupción, la del control contable, resultaba para la SEC mucho más atractiva que la de su incriminación directa que, además, desbordaba sus posibilidades de actuación. Por otro lado, los diversos escándalos pusieron de manifiesto cómo la *Securities Exchange Act* de 1934 carecía, por ejemplo, de sanciones eficaces para perseguir las falsificaciones contables²⁸. La *disclosure* como eje de la estrategia política criminal no satisfacía, sin embargo, a los demócratas ni en la versión "fuerte" que se reflejaba en las propuestas de la SEC²⁹ ni mucho menos en la pretendida por el gobierno Ford. Para los demócratas, que ganan las elecciones de 1976, la política de *disclosure* no resultaba suficiente para conseguir los objetivos, sobre todo, de regeneración moral de la política exterior americana, pues aunque ciertamente la revelación podía resul-

24. La importancia de este escenario puede comprobarse con la lectura del *Report of the Committee on Banking, Housing and Urban Affairs* del Congreso de 28 de marzo de 1977, texto en el que esta Comisión del Senado da el visto bueno a la última versión de la ley (su texto puede verse en <http://www.usdj.gov/criminal/fraud/fcpa/1977sen.htm>).

25. Creada por el presidente Ford el 10-2-1976, e integrada por miembros del Departamento de Justicia y de la SEC, la propuesta puede verse en GRANIAS/WINDSOR (not. 16), pp. 163 y ss.

26. Section 3, Foreign Payments Disclosure Act, S. 3741: "A person shall report to the Secretary, in accordance with regulation promulgated by Secretary, payments hereafter made on behalf of the person or their person's foreign affiliate to any other individual or entity in connection with: An official action, or sale to or contract with a foreign government, for their commercial benefit of the person or his foreign affiliate".

27. Esta previsión se preveía en la sección 7 de la *International Contributions, Payments, and Gifts Disclosure Act* —GRANIAS/WINDSOR (not. 16), p. 176—. Ya desde los cincuenta existía en los Estados Unidos la imposibilidad de deducir los sobornos internos [vid. *Internal Revenue Code Sec. 162 (c)*]. La no deducibilidad de los sobornos internacionales entra en vigor antes que la propia FCPA, mediante la *Tax Reform Act of 1976* (vid. GRANIAS/WINDSOR (not. 16), p. 49). La *International Contributions Act*, aunque incidía en la política de *disclosure*, suponía una versión más estricta, no sólo por la cuestión fiscal, sino porque también por ejemplo extiende la política de *disclosure* no sólo ante las autoridades públicas sino también ante los propios accionistas. Este proyecto, con el fin de continuar con la pista de la contienda política entre demócratas y republicanos entorno a la FCPA, procede de la Comisión presidida por el senador demócrata Church, creada en 1972 dentro del comité de asuntos exteriores del Senado con el fin de investigar la actuación de la ITT en Chile, tras salir y a la luz el asunto *Watergate* las tareas se amplían a la totalidad del fenómeno de la corrupción realizada por empresas internacionales. Y es que el caso *Watergate* no sólo pusieron de manifiesto la existencia de fondos ocultos en numerosas empresas para financiar la campaña presidencial de Nixon, sino también la existencia de fondos ocultos para financiar campañas políticas en diversos puntos del planeta. A esta comisión de investigación debe añadirse la establecida por la SEC ("Report on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices"), en la que alrededor de 400 sociedades admiten que han realizado diversos pagos a partidos políticos, por un total de más de 300 millones de dólares.

28. Las conexiones entre la FCPA de *Securities Exchange Act* de 1934 no radican únicamente en que el primer texto no es sino de una reforma del segundo. Ambos textos suponen sendos intentos de regeneración de la moral económica americana. La *Exchange Act* de 1934 es una de las expresiones del *New Deal* de Roosevelt, que sigue a la depresión de la Bolsa de 1929. El primer presidente de la SEC fue Joseph Kennedy.

29. La propuesta de la SEC (S.3418, 94th Congress, 2nd Session), basada también en la estrategia de la *disclosure*, tenía como finalidad principal intensificar las obligaciones contables y de auditoría interna de las empresas emisoras (vid. el texto en GRANIAS/WINDSOR (not. 16), p. 170).

tar suficiente en orden a generar transparencia y, por tanto, confianza en el mercado bursátil, seguía admitiendo como hecho fundamentalmente lícito, conforme al ordenamiento norteamericano, la práctica de la corrupción en el exterior. Desde las filas demócratas, la estrategia política criminal a seguir es la que se encarna en la propuesta legislativa presentada por el senador Proxmire. En ella se propone, con un texto ya muy similar al de la futura FCPA, una reforma de la *Securities Exchange Act* de 1934 que recoge el sistema de control contable propuesto por la SEC y una incriminación directa del pago de sobornos en el extranjero³⁰. Como puede apreciarse, de las cuatro estrategias que se barajaban (la revelación o *disclosure*, la contable, la incriminación directa y la fiscal) la única que se rechaza es la primera de ellas. En concreto en el diseño de la ley resulta esencial el dúo formado por la incriminación directa de la ley y las previsiones y sanciones en material contable. Sin duda, los dos pilares en que se sustenta la FCPA³¹. Esta estructura es la recogida más de dos décadas después por las distintas convenciones internacionales en material de corrupción y, en especial, por la de la OCDE. Ya desde la aprobación de la ley, debido a presiones del mundo empresarial que veía en la misma una importante desventaja para la economía americana, se obtuvo como compromiso por parte del gobierno impulsar la creación de un tratado internacional ante las Naciones Unidas³². Esta globalización representó la tercera de las estrategias claves en la elaboración de la FCPA, aunque obviamente no encontrara reflejo en su articulado.

6. La FCPA, en lo que respecta a la tipificación del cohecho, se elabora teniendo presente la rica

casuística de la corrupción internacional norteamericana de los sesenta y setenta. Desde el punto de vista de los ordenamientos europeos, contiene un tipo de corrupción con aspectos muy novedosos³³, no todos recogidos por el Convenio OCDE. La primera característica de la FCPA es su unilateralismo: se sanciona únicamente el cohecho pasivo, con independencia de lo que ocurra o de cuál sea la respuesta del país al que pertenece el funcionario público³⁴. Ciertamente, la FCPA no llega hasta el extremo de prescindir del principio de territorialidad, pero, sin embargo, consigue efectos parecidos a su supresión interpretándolo de una forma extraordinariamente amplia: para afirmar una conexión territorial basta por ejemplo con que se haya entablado una conversación por una compañía telefónica americana o se haya utilizado su servicio postal, bancario, etc. Con lo cual ciertamente se acaban abarcando todos los movimientos de comunicación entre el empresario y el agente público³⁵.

En segundo lugar, prescinde de toda diferenciación entre cohecho propio, impropio y tráfico de influencias. La descripción de la contraprestación que se pretende o espera del funcionario público extranjero se describe en los siguientes términos: (a) influir en cualquier acto o decisión que haya de adoptar en el ejercicio de sus funciones, incluyendo la realización u omisión de cualquier acto violando sus obligaciones legales (...) o (c) influirle a que utilice su influencia ante un gobierno extranjero o que la utilice con el fin de influir en un determinado acto o decisión³⁶. En tercer lugar, el círculo de los posibles sobornados resulta mucho

30. La propuesta original de Proxmire (S.3133, 94th Congress, 2nd Session), en la que se incriminaba directamente la corrupción de funcionarios extranjeros, esto es, descartaba la alternativa de la *disclosure*, acaba fundiéndose con la de la SEC (S. 3664), y con ello se conforman los "dos pilares" de la FCPA: la incriminación directa de la corrupción ("primer pilar") y el "pilar contable" o "segundo pilar".

31. Así expresamente en el Comité del Senado (not. 24), p. 7: "The accounting standards... are intended to operate in tandem with the criminalization provisions of the bill to deter corporate bribery".

32. La propuesta del mundo de los negocios ante la ley fue claramente la internacionalización de la normativa. No obstante ya desde los inicios concedores tan extraordinarios de los entresijos de la política internacional, como Kissinger, se mostraban bastante excépticos. Lo único que se consiguió tras esta presión fueron los códigos de conducta (*soft law*) de la OCDE para empresas multinacionales y otro aprobado por Naciones Unidas (vid. CRAGG/WOOF, p. 185).

33. Entre la innumerable bibliografía referente a la FCPA, me he limitado a los trabajos de BAUM, *American Criminal Law Review* (ACLR), vol. 38, Spring, 1998, núm. 3, pp. 823 y ss. LYNN DIER, ACLR, vol. 36, Summer, 1999, núm. 3, pp. 753 y ss.; COLTON, ACLR, vol. 38, Summer, 2001, núm. 3, pp. 891 y ss.; EISENBERG, ACLR, vol. 37, Spring, 2000, núm. 2, pp. 595 y ss. Resultan igualmente esclarecedores los Comentarios del Department of Justice (<http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/dojdocb.htm>).

34. PIETH, (not. 12), pp. 761 y ss.; 769.

35. PIETH, (not. 12), pp. 763 y s.

36. En concreto y en su versión original: "(A) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, including a decision to fail perform his official functions or (B) influencing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decisión of such government or instrumentality".

Dentro del derecho europeo esta definición vendría a coincidir con la contenida en art. 432-11 del Código Penal, en donde el delito de cohecho unifica las conductas del tráfico de influencias y prescinde de la distinción entre cohecho activo y pasivo: a) "soit pour accomplir os s'abstenir d'accomplir un acte de sa foncion"; b) "soit pour abuser de son influence".

más amplio que en cualquiera de los ordenamientos europeos, pues al lado de los funcionarios, noción que por cierto se define de forma amplia, se incluyen a miembros de partidos políticos y a candidatos³⁷. Con ello la FCPA aúna dos sectores que tradicionalmente han estado separados en los ordenamientos europeos, como es la financiación ilegal de partidos políticos y la corrupción. En su tercer apartado se contiene, finalmente, una incriminación aparentemente sin sentido: el pago a un tercero sabiendo que con dicha cantidad realizará alguna de las conductas anteriores. En cualquiera de los tipos penales europeos, esta cuestión se resuelve técnicamente de un modo más sencillo mediante la cláusula “por sí mismo o mediante tercero”, que se contiene en todos los delitos de corrupción. No obstante, el legislador americano identifica a través de esta previsión expresa un problema de tipo subjetivo (la ignorancia consciente) que hasta ahora ha pasado inadvertido en la mayoría de los sistemas pero que es esencial, como después veremos en el marco de la corrupción. Igualmente, la FCPA contiene también una especie de “causa de atipicidad” (*Routine Governmental Action*) y dos *defenses* en aquellos supuestos en los que los pagos resultan legales conforme al ordenamiento en el que se realizan o en los que resultan razonables (*reasonable and bona fide expenditure*), con el fin de promocionar un determinado producto o realizar un contrato.

El segundo pilar de la FCPA son las obligaciones y sanciones en material contable y de control interno que se aplican únicamente a los emisores de valores, pero no con carácter general a todas las empresas y sociedades americanas. Dos son las obligaciones que se imponen. La primera: la de llevar libros y registros con el grado de detalle que sea razonable, con el fin de reflejar de modo fiel las distintas transacciones que realice la empresa.

La segunda: la obligación de realizar controles internos, con el fin de asegurar a sus directivos que las distintas transacciones que se realizan están debidamente autorizadas o bien responden a las directrices generales. Este diseño responde a dos objetivos. De un lado, los distintos supuestos acaecidos habían puesto de manifiesto cómo la técnica más usual para realizar los pagos consistía en dinero en efectivo, para lo que era necesario la creación de “cajas negras” en la contabilidad de las empresas o encubrir los pagos a través de negocios ficticios como contratación de asesorías, informes, etc.³⁸. La sanción de las falsedades contables tiene como misión sancionar estas prácticas.

El segundo objetivo responde a los problemas de imputación característicos del derecho penal de la empresa. Las destinatarias de la FCPA son grandes empresas multinacionales, donde obviamente resulta harto complejo demostrar que el consejo de dirección, instalado en USA, conocía que un ejecutivo de la empresa en un lejano país asiático estaba pagando dinero a un despacho de abogados locales con el fin de que éstos a su vez sobornasen a diversas autoridades para obtener la adjudicación de una obra pública. Este problema se intenta solventar mediante una estrategia de incremento de las obligaciones contables y de control por parte del consejo de dirección, mucho más pragmática y eficaz probablemente que los arduos caminos dogmáticos del derecho penal europeo. El “pilar contable” de la FCPA facilita y clarifica enormemente la incriminación del directivo en casos de corrupción. Pues si ha cumplido correctamente con sus obligaciones de control contable y auditoría interna, habrá actuado con la diligencia debida (*reasonable detail/reasonable assurances*) y no será responsable por el comportamiento de su empleado; y si no los ha cumplido,

37. En los ordenamientos europeos los enlaces entre la financiación irregular de partidos políticos y la corrupción se han intentado captar a través del tráfico de influencia o mediante la contemplación expresa en la tipificación del cohecho de que la ventaja patrimonial pueda beneficiar a un tercero. Por el contrario, en la FCPA el soborno con el fin de que el funcionario realice alguna de las conductas descritas en la nota anterior, no sólo se incrimina en relación a funcionarios sino también en relación a “any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office”.

38. Las posibilidades de sancionar la constitución y el mantenimiento de “cajas negras” se ha empezado a discutir en nuestro país recientemente a partir del “Caso BBV”. En la doctrina y la jurisprudencia alemanas, además de la posibilidad de aplicar en estos casos los correspondientes delitos de falsedad en la documentación social, la constitución de cajas negras se considera un comportamiento encuadrable en el delito de administración desleal, con el argumento de que su constitución por parte de los administradores lesiona la capacidad de disposición del titular del patrimonio, vid. SCHÜNEMMAN, LK, § 266, marg. 146, y monográficamente WEIMANN, *Die Strafbarkeit der Bildung sog. Schwarzer Kassen gem. § 266 StGB (Untreue)*, Tübingen, 1996. En relación a la importancia de las “cajas negras” en el fenómeno de la corrupción, vid. COLLOMBO, “Die Rolle der schwarzen Kassen in der Vorbereitung eines Bestechungssystems”, en PIETH/EIGEN, *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr*, Luchterhand, 1999, pp. 148 y ss. En general acerca de cómo se realizan los pagos en la corrupción contemporánea y las distintas formas para crear cajas negras, BANNENBERG, *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle*, Luchterhand, 2002, pp. 236 y ss.

ya no es preciso detenerse a demostrar si conocía o no su comportamiento, pues siempre será posible la sanción por violación de las obligaciones contables³⁹. Las obligaciones de control contable e internos de la FCPA no se entienden si no se ponen en conexión con la política de *self regulation* y *corporate governance* a la que antes se hacía referencia. La FCPA, por tanto, pretendía, más allá de aspectos puramente represivos, que las empresas se autoorganizaran de tal modo que en su interior la corrupción se hiciera complicada⁴⁰.

7. No puede dejar de indicarse que la FCPA, desde el momento de su aprobación, fue un texto polémico. Desde el mundo de los negocios se lanzaron dos argumentos importantes contra la ley. El primero de ellos es que colocaba a las empresas americanas en una situación competitivamente difícil, pues tenían que asumir una norma de comportamiento desconocida por sus competidoras europeas⁴¹. De otro lado, las empresas, pero también instituciones, tan importantes como *American Bar Association* o el *American Institute of Certified Public Accountants* criticaban la ambigüedad de muchos pasajes de la ley y la falta

de seguridad jurídica⁴². Pero más allá de estas cuestiones de carácter técnico, el hecho que va a resultar decisivo para el futuro desarrollo de la ley es que, tres años más tarde de su aprobación, Carter es derrotado en las elecciones de 1980 por R. Reagan. Si la FCPA supuso uno de los ejemplos más palpables de una nueva política exterior americana basada en el compromiso con los derechos humanos, la política exterior que va a tener lugar tras 1980 se fundamenta nuevamente en la defensa a ultranza de los intereses económicos americanos y en la disuasión militar. El nuevo escenario en el que muy pronto aparecen supuestos de corrupción anudados a la política exterior (*Iran Gate*)⁴³ no era nada propicio para la puesta en marcha de una legislación tan novedosa y comprometida. La *realpolitik*, al ganar la Guerra Fría en la lucha contra el comunismo, vuelve a ser más importante en la política exterior americana que el respeto a los derechos humanos⁴⁴.

De hecho, el gobierno de Reagan se cierra, en 1988, con una reforma de la FCPA con objetivos claramente limitadores⁴⁵. De un lado, el tipo subjetivo se reduce a los supuestos claramente inten-

39. Vid., por ejemplo, acerca de la importancia práctica de estas disposiciones, el segundo informe de evaluación sobre la legislación americana realizado a partir del art. 12 del Convenio OCDE (Etats-Units: Phase 2. Octobre 2002) (<http://www.oecd.org/EN/document>).

40. En cualquier caso existen en USA serias dudas acerca de la efectividad de esta *self regulation*, pues la mayoría de las empresas carecen de controles internos, además muchos de los Códigos Éticos existentes no mencionan expresamente el problema de la corrupción, vid. CRAGG/WOOF (not. 9), pp. 191-192; GRENIAS/WINDSOR (not. 16), pp. 108 y ss.; PRASAD, *Impact of the Foreign Corrupt Practices Act of 1977 on U.S. Export*, Gerland Publishing Inc., 1993, pp. 31 y ss.

41. En cualquier caso son pocos los estudios que han podido concluir que la FCPA ha tenido una incidencia significativa en la economía USA, vid. por todos PRASAD, *Impact of the Foreign Corrupt Practices Act of 1977 on U.S. Export*, 1993, *passim*, y pp. 141 y ss., donde se exponen las conclusiones del trabajo; vid. además sobre este argumento y otros similares MALEM SEÑA (not. 9), pp. 129 y ss.

42. En este sentido, y en lo que se refiere a las obligaciones contables, se indicaba que el término de "*reasonable detail*" no suministra ningún parámetro claro en lo que concierne al grado de detalle con que han de elaborarse la contabilidad de la empresa, e igual ocurre en relación a la expresión "*reasonable assurances*" en lo que se refiere a los controles internos que han de desarrollarse por la empresa con el fin de prevenir infracciones a la Ley. En la parte material igualmente se critica desde un primer momento la ambigüedad de ciertas expresiones como "*obtain or retaining business*"; la compleja interpretación del tipo subjetivo, donde la expresión "*reason to know*" incluye en realidad supuestos que de acuerdo con la dogmática europea serían sin duda casos de imprudencia o, finalmente, la indeterminación de los pagos que pueden considerarse como justificados o atípicos. Sobre las críticas vid. GRENIAS/WINDSOR (not. 16), pp. 95 y ss.

43. El asunto *Iran Gate* es por lo demás todo un paradigma: si la administración Carter y su nueva política exterior suponen la retirada del apoyo americano a dictaduras como la de Somoza en Nicaragua. La era Reagan se inaugura con este escándalo con el que se trataba de encubrir la financiación ilegal del gobierno norteamericano a la "contra" nicaragüense en contra de la resolución del senado.

44. Cfr. CRAGG/WOOG (not. 9), pp. 194 y ss., donde pueden encontrarse más supuestos en los que la política exterior durante la era Reagan colisiona con la aplicación de la FCPA. Es igualmente importante señalar a estos efectos que la FCPA contiene una causa de justificación especial [Sec. 102 3 (A)] en virtud de la cual no se imponen sanciones cuando en materias que conciernen a la seguridad de los Estados Unidos se coopera con agencia como la CIA o la DEA.

45. La reforma se efectuó mediante la "*Omnibus Trade and Competitiveness Act*", cuya finalidad genérica consistía en reformar numerosas leyes comerciales americanas con el fin de incrementar la competitividad. Para un estudio más detallado de las reformas vid. PIEHL, *Bestechungsgelder im internationalen Wirtschaftsverkehr*, Verlag Recht und Wirtschaft, 1991, pp. 100 y ss., con numerosas referencias bibliográficas. Vid. igualmente CRAGG/WOOF (not. 9), p. 186, quienes señalan cómo la *Omnibus Trade Actes* una "*corporate friendly provisions*". El texto del Congreso en el que se exponen los motivos de la reforma (*Trade and competitiveness Act. Title V-Foreign corrupt practices amendments*) puede verse en (<http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/dojdocb.htm>).

cionales⁴⁶, aunque, como veremos, siguen admitiéndose como formas de dolo supuestos bastante cuestionables y, de otro, se admiten más casos de pagos justificados⁴⁷. En esencia, la lógica que encierra en este punto la reforma es que la legalidad del pago no debe examinarse de acuerdo con los parámetros americanos, sino en atención a los criterios legales e incluso sociales del país en el que se practica la corrupción. Dicho en otros términos, si en su versión original la FCPA pretendía que las empresas multinacionales americanas actuasen en el extranjero con los mismos patrones morales que lo hacían en el interior, y exportaran de este modo la moral de los negocios norteamericana, la reforma de 1988 vuelve a la vieja tesis de que la corrupción es algo que los hombres de negocios americanos encuentran en otros países y que no tienen otro remedio que adaptarse al medio⁴⁸. Otro aspecto clave de la reforma es que se incrementa el papel del Ministerio de Justicia en la definición del campo de incriminación, instaurándose un sistema de autodenuncia previa. Cualquier empresa antes de realizar un pago de cuya licitud no estuviera dudoso, podía consultarlo ante la oficina del *Attorney General*, quedando liberada de cualquier responsabilidad penal en el caso de obtener una respuesta positiva⁴⁹.

En este contexto, la aplicación de los preceptos de la FCPA tanto por parte de la SEC como por el Ministerio de Justicia es todo menos draconiana y debe esperarse a la llegada de los demócratas para que la lucha anticorrupción recupere sus viejos impulsos⁵⁰. Al órgano de bolsa en realidad sólo le interesó

la parte contable de la normativa anticorrupción. Aunque la SEC, en teoría, puede plantear una acusación contra emisores por la violación de la prohibición de sobornos, en realidad no utilizó nunca esta vía. Es más, durante mucho tiempo la aplicación de las sanciones relativas a deficiencias y falsedades en sistemas de contabilidad y auditoría no se aplicó en supuestos relacionados con la corrupción. Sólo en 1997 se inicia un nuevo proceso por violación de los preceptos contables directamente relacionado con la corrupción⁵¹. Hacía más de diez años que la SEC no había aplicado sanción en este ámbito⁵². Igual había ocurrido con el otro órgano encargado de aplicar la ley, el DOJ, que se había limitado a aplicar la FCPA a los casos de corrupción interna (*domestics concern*). En 1995, el Departamento de Justicia impone la multa más alta de la historia a un directivo de la empresa Lockheed (25 millones de dólares) y aplica por primera vez penas de prisión. El valor simbólico de que sea nuevamente la empresa Lockheed la elegida para señalar al mundo de los negocios era que una nueva era había comenzado, y que la FCPA volvía a entrar de nuevo entre las prioridades del Ministerio de Justicia no debe desdeñarse. Esta nueva situación contrasta con la vieja (1980) directriz del DOJ restringiendo los casos de aplicación de la ley a situaciones puramente internas y con la aplicación de la ley durante toda la década de los ochenta. A finales de 1986 sólo se habían iniciado 14 procesos por infracción del tipo de corrupción de la FCPA, todos ellos fueron sobreesidos⁵³. Los nuevos impulsos a la FC-

46. Sobre la importancia de este punto en la reforma vid. CRAGG/WOOF (not.9) p. 188.

47. Como después se verá, la amplitud de estas causas de justificación es probablemente mayor que la que permite el Convenio OCDE, como se pone de manifiesto en la evaluación de la legislación norteamericana, vid. OCDE, "Etats-Unis: Phase 2, Rapport de l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales", octubre, 2002 (<http://www.ocde.org/EN/document>), pp. 40 y ss.

48. Vid. por ejemplo la opinión contraria a la introducción de estas causas de justificación de ROSE ACKERMANN, *Corruption and government*, 1999, pp. 16 y ss.; acerca de la distinción entre "corrupción, regalos y propinas" y los denominados pagos de engrase, MALEM SEÑA (not. 9), pp. 28 y ss.; 132 y ss. Del lado de las empresas multinacionales la utilización del adjetivo imperialista, la defensa del relativismo cultural o del respeto a la diversidad, además de sarcástico, cobra todo su significado cuando se utiliza no sólo para justificar la corrupción, sino también la explotación laboral de menores o el desconocimiento de cualquier tipo de respeto al medio ambiente, vid. más detenidamente sobre este argumento MALEM SEÑA (not. 9), pp. 135 y s.

49. Vid. EISENBERG (not. 33), p. 608. El sistema se reforma en 1992 pues había dado lugar abusos por parte de algunas empresas que notificaron prácticas ya realizadas con el fin de que fueran autorizadas a posteriori y obtener de este modo la impunidad. En la reforma de 92, por cierto con los demócratas ya de nuevo en el poder, se establece simplemente una presunción refutable de legalidad en los casos en que haya existido consulta previa.

50. Vid. con referencias bibliográficas en not. 7 acerca del "despertar" de la FCPA, LYNN DIER (not. 33), p. 754.

51. SEC v. *Monte Edison S.p.A*, a este caso le sucede inmediatamente otro no menos significativo *Triton*, donde la SEC vuelve a imponer sanciones, vid. ulteriores referencias sobre la reciente actividad de la SEC, en EISENBERG (not. 33), p. 596, not. 8, e igualmente en <http://www.sec.gov>, en donde puede encontrarse información detallada acerca de los últimos procedimientos emprendidos por la SEC.

52. LYNN DIER (not. 33), p. 754, especialmente not. 6.

53. Vid. ROSENTHAL (not. 16), p. 713. Más pruebas acerca de la casi nula aplicación de la FCPA durante buena parte de la década de los ochenta y noventa, CRAGG/WOOF (not. 10), pp. 192 y ss.

PA por parte del gobierno de Clinton se evidencian igualmente en su actividad internacional, con el fin de aprobar una normativa global anticorrupción que, como sabemos, ha dado origen, de modo directo, a las Convenciones OCDE, OEA, y en la nueva reforma del texto que tuvo lugar en 1998 con el fin de adaptar su normativa a las exigencias de esta normativa. Si la reforma de 1988 fue claramente restrictiva, la demócrata de 1998 tiene claramente la intención de ampliar los supuestos de aplicación de la FCPA⁵⁴.

8. La exposición de los avatares de la FCPA ejemplifica con extraordinaria claridad las estrechas relaciones entre derecho, política y negocios y la existencia de llamativas diferencias políticas criminales entre las diversas opciones ideológicas. La cuestión a plantearse, a partir de esta constatación, pensando en la efectividad de una normativa internacional como la de la OCDE, radica en establecer instrumentos que permitan la aplicación del Convenio con independencia de los avatares políticos de cada país. En una materia como la "gran corrupción", en donde los actores implicados pertenecen al mundo de la economía pero también al de la alta política, ello resulta de especial importancia, pues muchos procesos pueden alterar las relaciones internacionales o incluso afectar a la situación política interna. La Convención OCDE ha establecido un instrumento novedoso en la historia de los acuerdos penales internacionales, como es un sistema de evaluación recíproca (art. 12) que si se realiza de forma seria puede servir para frenar las interferencias de la política⁵⁵. A ningún país firmante del Convenio le apetece que se publicite su escaso entusiasmo en la represión de la corrupción, materia a la que la opinión pública es altamente sensible⁵⁶. No obstante, deben establecerse medidas más contundentes para generar una aplicación independiente de la Convención. En este sentido, podría pensarse en utilizar la capacidad y poder de presión de determinadas organizaciones no gubernamenta-

les, permitiendo que por ejemplo actuaran como *amicus curiae* o como acusación popular en los procesos sobre corrupción internacional con el fin de paliar las posibles "desviaciones" del Ministerio Público como consecuencia de presiones políticas. Con ello, lo dispuesto en el art. 5 de la Convención en relación a que ésta ha de ser aplicada por órganos independientes sin interferencias de consideraciones económicas o políticas dejaría de ser un mero *desideratum*.

III. Puntos difíciles en la incriminación de la corrupción en el comercio internacional

1. La experiencia práctica de más de dos décadas en la aplicación de la FCPA y, sobre todo, los informes de evaluación de la aplicación del Convenio OCDE han puesto de manifiesto una serie de cuestiones especialmente complejas a la hora de tipificar estas conductas. Los aspectos debatidos coinciden con los puntos más complejos de los delitos de cohecho nacionales. La apuesta por la flexibilidad o equivalencia del Convenio, en el sentido de dejar en manos de los Estados miembros la acuñación de las concretas fórmulas legislativas, no resuelve por sí sola estas cuestiones en cuanto a que, como se señala en los Comentarios, "la condena de una persona por el delito no debe exigir la prueba de elementos aparte de aquellos cuya prueba se requeriría si el delito estuviera definido como lo está en este apartado"⁵⁷.

2. El art. 1.4 del Convenio ofrece una definición autónoma de agente público. A diferencia de otros acuerdos internacionales como los de la UE, que se remiten al derecho interno a los efectos de fijar quiénes han de considerarse funcionarios públicos, la Convención OCDE propone un concepto autónomo, por lo que resulta indiferente que el agente público extranjero sea o no funcionario, de acuerdo con el derecho de su país. Esta circunstancia

54. La reforma que se aprobó el 21-10-98 amplió, en conformidad con las exigencias del OCDE, el círculo de autores, la descripción de la conducta típica y el concepto de funcionario público, *vid.* al respecto el "primer informe" de evaluación de la legislación USA realizado por la OCDE ("Etats-Unis: Examen de l'application de la Convention et de la recommandation de 1997"), en <http://www.ocde.org/EN/document>. Igualmente resulta de utilidad GERLACH, Asociete Director, Division of enforcement U.S. Securities and Exchange commission, de 10-9-1998 (H.R.4353) ante el Subcomité del congreso encargado de estudiar la reforma (<http://www.sec.gov/news/testimony/testarchive/1998/tsty1198.txt>).

55. Al respecto PIETH (not. 4), pp. 13 y ss.

56. No hay que desdeñar la importancia de estos mecanismos informales de presión para el cumplimiento de compromisos internacionales. Un buen ejemplo de su eficacia es por ejemplo la actuación del GAFI en relación a los denominados "territorios no cooperativos", *vid. supra* not. 97.

57. Comentarios al Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Adoptados por la conferencia negociadora el 21 de noviembre de 1997, puntos 1 y 2. Al respecto PIETH (not. 12), p. 770 y (not.4) pp. 20 y ss.

puede dar lugar a que, conforme al Convenio y al ordenamiento que lo aplica, sea delictivo un comportamiento atípico para el agente público según su ordenamiento de referencia. Lo que ocurrirá por ejemplo si el "agente" a los efectos del Convenio OCDE es simplemente un empresario privado según la legislación de su país⁵⁸. El sentido de una definición autónoma resulta también importante a la hora de decidir qué se entiende por "funcionarios de organizaciones internacionales". En relación a esta cuestión, además del propio concepto de funcionario, resulta ya polémico el de "organización internacional". Así la FCPA, por ejemplo, que también incrimina el soborno de funcionarios de organismos internacionales, considera como tales sólo a aquellas que han sido incluidas en una lista elaborada por decreto del ejecutivo⁵⁹. Resulta por ello significativo que en este punto se haya querido establecer un criterio autónomo basado en el idea de "paternidad": son organizaciones públicas aquellas que han sido formadas por los Estados o descendan de éstas.

2.1. El concepto de agente público, en sintonía con las tendencias de política criminal de ordenamientos como el alemán, es igualmente un concepto amplio o funcional, en el que se relaja notablemente la exigencia de integración orgánica en la administración. Pese a ello, este concepto funcional sigue sin resolver con claridad los grupos de casos en que (a) el Estado encarga a un agente privado la realización de funciones públicas o (b) crea o participa en una sociedad privada.

2.1.1. Al respecto de los supuestos encuadrables en (a) el Convenio indica que: "por agente público

se entiende... cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero". Posteriormente, en los Comentarios (p. 11), el término función pública se define como "cualquier actividad de interés público, delegada por un país extranjero, tal como la ejecución de un tarea delegada por éste en relación con la contratación pública". De lo anterior se deduce que para ser agente son necesarios dos elementos: la delegación bajo cualquier forma, por ejemplo, un contrato privado, y el ejercicio de una actividad de interés público. Así, por ejemplo, habrán de ser considerados funcionarios públicos los miembros del despacho de arquitectos que supervisan la ejecución de una determinada obra pública o que asesoran a un ayuntamiento en la fase de concurso público o los miembros de una ONG que ejecutan un programa de ayuda al desarrollo con fondos públicos. Dado que el concepto de interés público resulta inacotable, el eje de la discusión en estos supuestos debe girar en relación a si, además del "encargo" o delegación, es preciso que el privado realice la tarea de interés público dotado de una *autoritas* semejante a las que dispondría de realizarla la administración o si resulta necesario, al menos, constatar unos niveles mínimos de vinculación con la administración de tal forma que aparezca realmente ante los ciudadanos como una *longa manu* de la administración⁶⁰.

2.1.2. En referencia los casos del supuesto (b), el Convenio los aborda a partir del concepto empresa pública, término que debe interpretarse, según los comentarios, como "empresa, independiente

58. La sanción en estos casos depende fundamentalmente del lugar de comisión del delito y el fundamento de la competencia. Si ésta se deriva del principio de territorialidad, la única defensa posible consistiría en invocar lo dispuesto en el punto 7 de los Comentarios ("no habrá delito, si el beneficio estaba permitido o exigido por las leyes escritas o los reglamentos del país del agente extranjero"). Aunque a mi juicio esta causa de justificación o atipicidad no resulta de aplicación fuera del territorio del agente público extranjero. Cuando la competencia del país se fundamenta en el principio de personalidad activa, las posibilidades de sancionar estos supuestos resultan menores, primero, por la defensa a la que acaba de aludirse y, segundo, debido al principio de doble incriminación. No obstante, los Comentarios (punto 25) señalan que la doble incriminación se cumple cuando el hecho es "ilícito en el lugar en que se perpetró, aunque sea en virtud de una ley penal diferente". Esta relajación resulta especialmente de interés en aquellos casos en que la conducta del "agente público" no sea abarcada por los delitos de corrupción pública, sino por otros patrimoniales como la administración desleal o el de "corrupción privada".

59. Entre las que no se encontraba, por ejemplo, la UE, por eso no es casual que en los Comentarios (not. 57), p. 6, se indique expresamente que entre las organizaciones internacionales se incluirán expresamente: "las organizaciones de integración económica regional tales como las Comunidades Europeas".

60. En la evaluación del ordenamiento alemán, donde tras la reforma de 1997 se ha acogido en el § 11.(1).2 un concepto especialmente amplio de funcionario público, se indica que el concepto de funcionario que se contiene en el § 2.1 de la Ley de cohecho internacional es más amplio que el concepto "interno". De hecho, en los casos que acaban de citarse se negaría la cualidad de funcionario público conforme a los delitos de cohecho internos o que responden al Convenio de la Unión Europea, *vid.* al respecto con ulteriores referencias LACKNER, en LACKNER/KUHL, StGB, 24 Auf, C.H Beck, 2001, § 11 6. Extensamente sobre esta problemática, aunque desgraciadamente sin hacer referencia alguna a la dimensión internacional del concepto de funcionario público, puede verse HENRICH, *Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht*, Duncker & Humboldt, 2001, especialmente pp. 365 y ss. Fundamental sobre este aspecto LENCKNER, *Privatisierung der Verwaltung und Abwahl des Strafrechts*, ZStW (1996), pp. 502 y ss.

de su forma legal, sobre la que un gobierno o gobiernos ostenten la mayoría del capital, controlan la mayoría de los derechos de voto anejos a las acciones emitidas por la empresa o pueden nombrar a una mayoría de los miembros del órgano de administración o de gestión o del consejo de supervisión de la misma". Como puede verse, con este concepto se abandona un criterio funcional (funciones públicas) y se adopta uno basado en la existencia de poder de control sobre la entidad privada, entendiendo, además, el control de una forma muy amplia, pues basta por ejemplo con que se pudiera nombrar a los miembros del Comité de vigilancia u organismo análogo de la empresa. La única limitación que aportan los Comentarios al Convenio en este punto es que, pese al control estatal, la empresa debe considerarse privada si "funciona sobre una base comercial normal en el mercado correspondiente... una base que sea sustancialmente equivalente a la de la empresa privada, sin subvenciones preferentes ni otros privilegios". El criterio, como puede apreciarse, prescinde de si existe o no una función pública que cumplir y tampoco resulta absolutamente decisivo el que la empresa participe en el mercado. Pues resulta necesario, además, que esta participación sea sin privilegios. Por ello y de acuerdo con el Convenio, por ejemplo, serían funcionarios públicos los miembros de una compañía aérea privatizada, pero controlada por el Estado, si éste continúa subvencionándola o ha promulgado una legislación que le otorga ventajas competitivas significativas.

2.1.3. La "bipartición" del fundamento del concepto de funcionario público, dependiendo del grupo de casos, resulta una directriz política criminal altamente interesante de *lege ferenda*, a la hora de conformar este criterio en el derecho interno. Probablemente resulta equivocado abordar con un mismo criterio, el de la "función pública", dos supuestos de hecho completamente diferentes. Este doble criterio —funcional/orgánico y

control— confirma, además, que la idea clave a la hora de fijar los límites entre la corrupción pública y la privada es el de la corrupción como forma de abuso de poder. Por ello en el caso (a) es necesario constatar no sólo el encargo, sino la utilización de poderes semejantes a los de la administración. Mientras que en el caso (b) lo relevante es que el comercio se produzca en empresas que aún gozan de un poder relevante en el mercado como consecuencia de la intervención estatal.

3. El segundo aspecto complejo, pero a la par novedoso, del Convenio es la descripción de la conducta. La imagen del cohecho de la que se parte es ciertamente la tradicional. Punto de partida de la descripción típica es el "contrato" (*do ut des*) entre particular y agente público. El ofrecimiento o la entrega de un beneficio indebido se ha de hacer con el fin de que el agente público realice un acto determinado. Con ello se dejan de lado direcciones políticas criminales que se han seguido en algunos países europeos como Alemania (§ 331 StGB) o España (art. 426 CP) en los que se incrimina la entrega de una contraprestación sin un fin determinado, sino únicamente en atención a las funciones desempeñadas por el funcionario público⁶¹. Esta modalidad de cohecho no es, por tanto, abarcada por el Convenio y resultan impunes los actos con los que se intenta, por ejemplo, crear un buen clima con la administración o agradecer determinados servicios pasados (*cohecho subsequens*). Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los países europeos, el acto que se solicita o que ofrece el funcionario público no tiene por qué ser un acto contrario a sus obligaciones (*breach of duty*), ni tampoco antijurídico o delictivo tal como ocurre en el ordenamiento español, sino que basta con que sea un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales tendente a que se obtenga o conserve un contrato u otro beneficio irregular.

De lo anterior no debe desprenderse, sin embargo, que el Convenio toma como modelo el cohe-

61. Vid. para el derecho español, acerca del cohecho impropio, vid. RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho: problemática jurídica penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 268 y ss. Acerca de la importancia en la reforma alemana de 1977 de la "relajación de la imagen contractual" del cohecho en relación al delito de aceptación de ventajas (§331 StGB), vid. por todos DÖLLING, *Empfehlen sich Änderung des Straf- und Strafprozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen*, C.H.Beck, München, 1996, pp. 62 y ss. En el derecho suizo (art. 332 quinquies del CP) se han seguido también recientemente los pasos de la reforma alemana de 97, JOSITSCH, "Der Tatbestand des Anfütters im Korruptionsstrafrecht", en *ZStrR*, 2001, pp. 60 y ss.

En otros países, como es singularmente el caso de Francia e Italia, la relajación de la imagen contractual del cohecho se ha realizado por vía jurisprudencial, facilitando la prueba del "pacto" entre el funcionario público y el particular. Así en los casos en que exista una relación continuada entre ambos, lo que es frecuente en los casos de corrupción contemporánea, no es necesario demostrar a qué concreta contraprestación del funcionario atiene la ventaja recibida; vid. para Francia, el Primer informe de evaluación de la OCDE ("Francia. Examen de l'application de la convention et la recommandation de 1997", pp. 3 y ss); para Italia, FIANDACA, "Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione", *RIDPP*, 2000, pp. 887 y s.

cho impropio. Pues como demuestra la exclusión de los "pagos de engrase" (*vid. supra.* 7), no se desea sancionar el soborno en relación a actos reglados. La superación de la distinción entre el cohecho propio y el impropio tiene sentido sobre todo en relación a los actos discrecionales tan importantes en el seno de la contratación pública e igualmente en relación a actos políticos procedentes de cualquier nivel de la administración (leyes, reglamentos, etc.). La "corrupción de parlamentarios" es, por tanto, una conducta indudablemente típica a los efectos del Convenio. Igualmente, la superación del modelo de infracción del deber como criterio conformador del cohecho tiene que ver también con la superación de la distinción entre los delitos de cohecho y tráfico de influencias. Pues la interpretación amplia que ha darse al término "cualquier uso de la posición del agente público", permite abarcar supuestos de tráfico de influencias⁶².

La influencia en este punto de la FCPA es evidente. La superación de la dicotomía cohecho propio/impropio (actos ilícitos/lícitos) resulta a mi juicio político criminalmente acertada⁶³. En estos supuestos en los que la corrupción se mueve en los terrenos de la intervención del Estado en la economía, ya sea como oferente o demandante, ya sea como autoridad reguladora de los mercados, la licitud o ilicitud del comportamiento comprado o solicitado al funcionario público no es un criterio útil para medir la gravedad de la conducta. Pues además de la lesión de la imparcialidad o objetividad de la administración, existen otros intereses relevantes, económicos (la no distorsión de la competencia o la competencia leal) o políticos (la preservación de la democracia en países con instituciones débiles) ante los cuales resulta secundaria la distinción lícito o ilícito. Pero, sobre todo, lo que hace perder valor a la distinción es que en la corrupción "comercial" los actos con los que se trafica son decisiones públicas discrecionales o políticas, complejas de medir con los parámetros de justo/injusto⁶⁴. En relación a estos comportamientos, la sola oferta o recepción de una ventaja patrimonial posee ya el grado de injusto suficiente como para poder "desentenderse" de lo

acertado de la decisión final. Igualmente, y como tercer argumento, debe también repararse en que el funcionario corrupto o que se intenta corromper es generalmente un alto cargo dentro de la administración o la política. Una incriminación del delito de cohecho relacionada con las funciones del funcionario público o autoridad sobornada, resulta probablemente más acertada que otra que equipara al conserje y al ministro y determina la gravedad de la pena, atendiendo además a un criterio "igualitario": el de la contrariedad al derecho del acto con el que se trafica.

4. El significado de la expresión obtener o conservar un contrato u otro beneficio irregular, otro de los puntos neurálgicos de la descripción típica, sólo puede entenderse a la luz de los debates existentes en torno a la FCPA. En efecto, en su redacción original, este texto hacía referencia exclusivamente a "obtaining or retaining businnes". Lo que respondía al hecho de que el legislador tenía como imagen típica a la hora de redactar este precepto la corrupción en relación a contratos públicos. Debido a esta redacción muy pronto se empieza a polemizar acerca de la tipicidad de comportamientos como el soborno para reducir derechos de aduana de forma ilícita, la obtención de una licencia o autorización, la confección de una determinada normativa beneficiosa para la empresa, etc. Estas cuestiones se plantean expresamente en la reforma de 1988 (Reagan) y se rechaza expresamente ampliar el tipo penal a través de una ampliación que comprendiese otros beneficios irregulares. La mención del Convenio a los "beneficios irregulares" tiene precisamente como finalidad acabar con esta polémica, incluyendo casos como a los que se acaba de hacer referencia⁶⁵. En modo alguno se pretende restringir la primera modalidad, en el sentido de que la obtención o conservación del contrato debiera también provocar beneficios irregulares. Esta interpretación explica por qué en los Comentarios al Convenio se menciona expresamente, como hecho típico, la compra o el intento de compra del funcionario con el fin de que actúe para que a una empresa le sea adjudicado un determinado contrato, aunque ésta fuera de verdad la que presentó la mayor oferta.

62. *Vid. expresamente* Comentarios (not. 57), p. 8. Debido a esta interpretación "amplia" del ejercicio del cargo, países como Francia que en el cohecho interno incluyen el ejercicio de influencias como conducta expresa, no lo hacen en la tipificación de la corrupción internacional por entender que se incluye en la definición de la conducta típica realizada por el Convenio; [*vid. Evaluación* (not. 61), p. 9].

63. De otra opinión, MANACORDA (not. 5), pp. 265 y ss., 339 y s.

64. Sobre esta cuestión *vid. las consideraciones, novedosas en nuestra doctrina, de RODRÍGUEZ PUERTA, El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios, Aranzadi, 1999, pp. 66 y ss.; 169 y ss., 223 y ss.*

65. *Vid. OCDE, "Etats-Unis: Phase 2" (not. 47), pp. 36 y ss.*

No obstante, esta expresión sigue presentando una importante zona de penumbra, pues no está suficientemente aclarado cuál es la extensión de la expresión "beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales" y en concreto si ésta abarca supuestos en los que no existe un beneficio económico concreto y determinado, sino, por ejemplo, modificaciones legislativas en orden a "dulcificar" la legislación medioambiental o de protección del trabajador. En la traslación del Convenio, algunos ordenamientos, como el alemán, han optado claramente por una interpretación restrictiva, pues el beneficio irregular al referirse a "transacciones comerciales" debe ser concreto. En otras adaptaciones del Convenio, como la española o la francesa, donde se habla de "realización de actividades económicas internacionales" (art. 445 bis CP) o "commerce international" (art. 435-3 Code Penal) quizás es posible *de lege lata* una interpretación amplia.

5. A partir de cuanto se lleva dicho, es posible apuntar otra nueva característica política criminal del Convenio que surge de poner en conexión el concepto amplio de funcionario público con la descripción de la conducta típica. Este "cóctel" consigue que muchos comportamiento que en otros sistemas habrían de caer bajo la corrupción privada hayan de ser considerados a priori como típicos conforme al Convenio. El Convenio, por tanto, redefine los límites entre corrupción pública y privada y reconduce al estatus más severo, tanto por penas como por el mayor número de conductas incriminadas, de la corrupción pública, espectros que en otros sistema caen dentro de la corrupción de empleados o resultan atípicos. Retomando ejemplos anteriores: constituye delito conforme al Convenio el hecho de que una compañía aeronáutica española soborne al presidente de la compañía aérea extranjera, que por disponer de un amplio régimen de ayudas públicas ha de considerarse funcionario público, con el fin de que sea la beneficiaria en la compra de aviones. E igualmente si una empresa farmacéutica ofrece dinero al responsable de una ONG con el fin de que en la campaña de vacunación que están llevando a cabo en un país africano adquieran sus productos. La difuminación de los límites entre corrupción pública y privada se produce también en relación a otro grupo de casos: el ejercicio de influencias políticas en el mundo de la economía privada. Pues el Convenio abarca los supuestos en los que se soborna al funcionario público de un

tercer Estado con el fin de que influya sobre una empresa privada y así que ésta adopte una decisión favorable para un determinado operador económico.

Tal como se apuntó ya al comentar la definición del concepto de funcionario público, esta extensión resulta acertada política y criminalmente, pues de nuevo en estos casos, aunque la influencia acabe ejerciéndose sobre privados, lo relevante es que se comercia con un poder que procede del ejercicio de un determinado cargo público. Dicho con un ejemplo: el Secretario de Economía que intercede ante el Banco X, para que se conceda un préstamo inusual a C, que previamente le ha concedido una importante participación en sus negocios, comercia con un poder que proviene del puesto público que ocupa, y este criterio —y no el mucho más ambiguo de ejercicio de funciones públicas— es el determinante en última instancia para trazar la línea divisoria entre ambos tipos de corrupción. Esta directriz política criminal resulta de especial interés en la actualidad donde, y también en gran medida por iniciativa internacional, se ha abierto el debate referente a la sanción del cohecho en el sector privado⁶⁶. La tipificación de la corrupción privada requiere lógicamente plantearse si resulta necesario distinguir entre corrupción pública y privada y, segundo, de contestarse afirmativamente esta cuestión, cuál es el criterio para hacerlo y por qué seguramente la corrupción pública ha de sancionarse con mayor severidad. La idea de abuso de poder, que apunta el Convenio, suministra a mi juicio un criterio políticamente válido para justificar esta distinción.

6. A la vista de la extensión de la conducta, cabe decir que la transposición del Convenio en el ordenamiento español resulta errónea⁶⁷. En primer término porque el legislador ha operado con una distinción entre cohecho propio e impropio que resulta contrario al modelo legislativo propuesto en el Convenio, lo que hace dudosa la inclusión de corrupción en relación a actos políticos y discrecionales dentro del ámbito típico, e igualmente también es más que dudosa la inclusión del tráfico de influencias. Es cierto, no obstante, en este punto que en los Comentarios se propone, a modo de compromiso entre el modelo del *breach of duty* y el elegido por el Convenio, que se entienda que "todo agente público tiene el deber de ejercitar su discernimiento o discreción de manera imparcial y ésta fuera una definición autónoma que no exi-

66. Sobre la corrupción privada *vid.* mi trabajo: "La corrupción en el sector privado", *Revista Penal*, julio 2002, 10, pp. 55 y ss.

67. En este sentido también RODRÍGUEZ PUERTA (not. 4), p. 1.804. De otra opinión, FABIÁN CAPARRÓS (not. 4), p. 68.

giera la prueba del derecho del país de ese agente determinado". Esta interpretación se ve dificultada por la remisión penalógica que el art. 445 bis hace del art. 423, pues de ésta se deduce que sólo se sancionan supuestos de cohecho propio, en los que se exige la compra de un acto ilícito, y desde esta perspectiva no deja de ser discutida la ilicitud en relación a actos discrecionales y políticos⁶⁸. Pero lo que hace criticable fundamentalmente la transposición del Convenio a nuestro derecho es la falta de eficacia preventiva general que deriva de la remisión al art. 423 e igualmente las consecuencias negativas que del bajo nivel punitivo se derivan en lo concerniente a la extradición, el blanqueo de capitales y el régimen de cooperación establecido⁶⁹.

7. Uno de los equilibrios más difíciles de guardar en la incriminación de la corrupción en el comercio internacional, y que como se ha visto ha sido de objeto de gran polémica en relación a la FCPA, reside en encontrar un punto de equilibrio entre la realidad jurídica y social del país al cual pertenece el funcionario público y la del Estado al que pertenece el ejecutivo o la empresa sobornan-

te. Aunque el Convenio no menciona este punto, en sus Comentarios (pto. 7) se indica que no habrá delito (a) "si el beneficio estaba permitido o exigido por las leyes escritas o los reglamentos del país extranjero, incluida la jurisprudencia" e igualmente que tampoco constituyen delitos (b) "los pequeños pagos de facilitación", aquellos que en algunos países "se hacen para inducir a los agentes públicos a que cumplan con sus funciones, tales como expedir licencias o permisos" y ello pese a que los mismos "suelen ser ilegales en el país extranjero". La explicación que sobre este último punto ofrecen los comentarios es que su tipificación como delito, en el marco de la corrupción internacional, no parece "una actuación complementaria práctica ni eficaz".

7.1. Más allá de la naturaleza jurídica de estas previsiones⁷⁰, la primera de las cuestiones que plantea esta previsión es determinar cuál ha de ser la extensión de los pagos de facilitación. En este punto puede arrojar bastante luz la comparación de lo dispuesto en el Convenio con las disposiciones de la FCPA. En este texto, y dejando de lado los pagos legales (a), se prevén excepciones dife-

68. En este sentido, el Informe de Evaluación del derecho español ("Espagne. Examen de l'application de la convention et de la recommandation de 1997", p. 6: "Il semble que tous les acte et omissions d'un agent public étranger couverts par la Convention ne le soient pas par l'article 445 bis. En particulier, on peut demander si una sanction est applicable en cas d'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, qui ne constitue ni una infraction ni un acte injuste aus terme de la legislation du pays de l'agent public étranger". Más información sobre cohecho en relación a este tipo de comportamientos en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, *La definición et la preuve de la corruption en Espagne. Transparence Internaciona (France)/Cercle des Comparatistes Droit et Fiance*, 2003, pp. 7 y ss., y RODRÍGEZ PUERTA (not. 64), pp. 223 y ss. En la jurisprudencia del TS existe una incipiente línea que incluye en el cohecho propio los actos que guardan relación con actos discrecionales y políticos [vid., por ejemplo, STS de 28-3-2001 ED 2001/1439, caso Urralburu y 19-12-2000, en relación a un supuesto de transfuguismo político (compra-venta de votos)].

69. Vid. sólo las consideraciones que se efectúan en el Informe de Evaluación acerca de nuestra legislación (not. 67), pp. 26 y ss., donde resulta fácil comprobar que la normativa española suspende rotundamente la evaluación en varios puntos. A esta "desidia" y "desgana" legislativa que ha demostrado el Gobierno en la traslación del Convenio OCDE debe sumársele la "desobediencia" a la Acción Común de la UE de 1988, referente a la incriminación de la acción privada; el "olvido" del I Protocolo al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la CE, que exigía la equiparación de funcionarios comunitarios y de otros países miembros en los casos de corrupción que afectasen a los intereses financieros de la Comunidad (1996); la "ignorancia" del Convenio UE de 1997, relativo a la corrupción de funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros y el "menosprecio" al Convenio del Consejo de Europa sobre corrupción, que al día de hoy sigue sin ser firmado por nuestro país por razones imposibles de comprender (Gibraltar!). El sumatorio arroja como claro resultado que el actual gobierno (y aquí no cabe imputación alguna al Parlamento, pues existe una mayoría absoluta) no secunda, antes al contrario, los esfuerzos que desde la comunidad internacional se están haciendo para combatir la corrupción.

Vid. sobre la postura del Gobierno español en relación a la no firma al Convenio del Consejo de Europa, la respuesta de la Ministra de Asuntos Exteriores, a la interpelación del Diputado del Grupo Mixto Saura Laporta, en DS Congreso de los Diputados núm. 225 de 12/02/2003, p. 11.445 (en <http://www.congreso.es>). Como se desprende del debate también aquí estamos al lado de los países que "valen", como Armenia, Azerbayán, Liechtestein y San Marino, todos ellos conocidos "territorios no cooperativos", en el lenguaje GAFI, o "paraísos fiscales" en la terminología tradicional.

70. En cuanto a que su forma de actuar en el derecho interno puede ser bien diversa. En unos casos el tipo penal puede haber sido redactado de forma tal que ya a priori queden fuera del mismo. Cuando esto no ocurra pueden actuar como causas de justificación, de atipicidad, defensas, etc. En el caso del derecho español probablemente el Gobierno al trasladar el Convenio estimó que esta previsión legitimaba su opción de sancionar exclusivamente el cohecho propio. No obstante, ya se ha demostrado cómo esta decisión ha sido equivocada en relación a los actos discrecionales, políticos y tráfico de influencias. Pero es que igualmente y si se lee con detenimiento esta previsión se refiere solamente a supuestos de pequeños pagos (pago al empleado de teléfono para que instalen pronto la línea), pero no por ejemplo al pago millonario con el fin de que se conceda con rapidez la autorización —incluso de acuerdo con un acto reglado— para instalar una gran empresa.

rentes. En primer lugar, los denominados *Routine Governmental Action* o —coloquialmente— *greasy payment*. Se trata de sobornos “instrumentales” tendentes no a hacer negocios corruptos, sino necesarios para que una empresa pueda desarrollar sus actividades con normalidad. Este concepto resulta extraordinariamente elástico, pues puede incluir desde el soborno al empleado de la compañía telefónica para que agilice el proceso de concesión de línea hasta el soborno a una autoridad local, a través por ejemplo de la financiación de su campaña electoral, con el fin de que otorgue con rapidez una determinada licencia.

Las críticas que los evaluadores de la OCDE han realizado en este punto a la legislación americana resultan de utilidad para precisar cuáles son los *greasy payment* admitidos. El Convenio establece en este punto dos límites. El primero de ellos, cuantitativo. Los pagos de facilitación no deben suponer nunca grandes cantidades de dinero. Esto implica, trasladándolo a nuestra terminología, que los casos de cohecho impropio deben ser sancionados cuando se trata de sumas considerables de dinero y ello aunque el comportamiento “comprado” sea un acto debido por parte del funcionario público. El segundo límite es de índole técnica: los pagos referentes a comportamientos discrecionales resultan en cualquier caso prohibidos. Por tanto, los sobornos relativos a licencias o autorizaciones que conllevan un ámbito de discrecionalidad han de entenderse en cualquier caso prohibidos⁷¹.

Al lado de estos pagos de facilitación o engrase, la FCPA considera también impunes los denominados “pagos de buena fe” que se realizan con la finalidad, por ejemplo, de promocionar un producto. El ejemplo arquetípico sería la invitación, por parte de una multinacional, a miembros del gobierno con el fin de que vieran una determinada instalación industrial semejante a la que tienen que autorizar para que se instale en su país. La atipicidad de este caso, aunque la invitación sea más “generosa” de lo razonable, resulta clara en el marco del Convenio OCDE al requerir que la ventaja se prometa o entregue en atención a una determinada contraprestación. Por otro lado, si se

repara en el tipo de corrupción a que responde el Convenio, la “gran corrupción”, a la vista de la entidad de los negocios, este tipo de generosidad (invitaciones a la Ópera, final de la Liga...) por alta que sea no resulta un precio proporcional⁷². Normalmente constituirán el primer paso, o una primera toma de contacto, a partir del cual puede surgir el verdadero “pacto corrupto”.

8. Dentro del ámbito de las posibles causas de justificación que pueden operar en este terreno deben plantearse aquellos supuestos en que la empresa alegue que el pago de sobornos estuvo motivado por la extorsión⁷³. Lo que supone plantearse, además, las relaciones entre este delito y la concusión que aparece en algunos ordenamientos (Italia) o, más genéricamente, los de extorsión y amenazas. En este último supuesto, el más común, ya que en la mayoría de los sistemas se carece de un delito de concusión, la existencia de un delito de extorsión por parte del funcionario público no empece a la tipicidad de la conducta de quien abona el soborno⁷⁴, lo que hace necesario el plantear la posible justificación de su comportamiento a partir de la aplicación del estado de necesidad, pues se plantea un conflicto de intereses entre el interés legítimo del empresario a hacer negocios, que puede reconducirse a la libertad de empresa, y de otro los intereses, bienes jurídicos, tutelados mediante el delito de corrupción (libre competencia, funcionamiento de la administración de justicia, etc.). Pese a esta posibilidad, los Comentarios al Convenio parecen descartar a priori la aplicación del estado de necesidad en cuanto que señalan expresamente que “constituye también delito... la supuesta necesidad de pago con el fin de obtener o conservar contratos u otros beneficios irregulares”.

La compatibilidad de esta afirmación con la regulación del estado de necesidad resulta acertada sin más cuando existe una posibilidad real de denunciar ante las autoridades competentes la extorsión. La denuncia constituye siempre una alternativa menos lesiva. Ahora bien, esta posibilidad de denuncia no existe, o sólo existe sobre el papel, en bastantes países en los que ni el Poder Judicial ni el resto de las autoridades de

71. RAPPORT (not. 47), pp. 40 y ss.

72. Acerca de este criterio vid. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción*, Edersa, 1996, pp. 137 y s., p. 156 y s.; OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 336 y ss., p. 344 y s.

73. Especialmente rica en ejemplos y reflexiones doctrinales es la realidad italiana, vid. FIANDACA (not. 61), p. 883, y FORTI, “L’insostenibile pesantezza della “tangente ambientale”: inattuallità di disciplina e disagi applicative nel rapporto corruzione concusione”, *RIDPP*, 1996, pp. 476 y ss. Sobre la corrupción extorsiva vid. MALEM SEÑA (not. 41), p. 133.

74. Para el derecho comparado vid. FORTI (not. 73), pp. 498 y ss.; en nuestra doctrina por todos y con ulteriores referencias OLAIZOLA NOGALES, “Cohecho y amenazas: la relación entre ambos delitos” (a propósito de la STS de 17 de mayo de 1992), *Poder Judicial*, núm. 40, pp. 425 y ss.

persecución penal (Policía, fiscales) presentan una grado de independencia y objetividad mínima, esto es, en aquellos casos en que la extorsión proviene de administraciones de Estados totalitarios o "repúblicas bananeras"⁷⁵. En este espacio, para la aplicación del estado de necesidad deben distinguirse diversos grupos de casos. La constelación mayoritaria es probablemente la denominada *tangente ambientale*, en la que dado el carácter sistemático y generalizado del pago de sobornos no es posible hacer negocios de otro modo ("todos lo hacen"). En este tipo de corrupción, el mercado probablemente permanece inalterado: "si todos los potenciales oferentes ofrecen pagos (de igual medida aproximada), no hay razones para suponer que la decisión final que se alcanza sea muy diferente de la que se obtiene en una competencia perfecta"⁷⁶. En términos de estado de necesidad, el argumento de defensa sería el siguiente: el conflicto de intereses se plantea entre, de un lado, una administración de justicia altamente deteriorada y un mercado en el que el pago de sobornos no genera mayores distorsiones, luego parece que el interés en hacer negocios, la libertad de empresa, resulta de mayor valor. A mi juicio, este razonamiento resulta inmantenible si se examina a la luz del fundamento del estado de necesidad: el principio de solidaridad⁷⁷. No existe razón alguna para que toda una colectividad deba ser solidaria con quien, con el fin de hacer negocios, coadyuva con la política de corrupción de un determinado gobierno e incide aún más en la degradación de la competencia y de los otros intereses afectados por la corrupción. Con mucha más claridad aún puede afirmarse la irrelevancia del estado de necesidad en aquellos casos en los que la extorsión está en conexión con la obtención de una ventaja irregular para el empresario (*vgr.* mantener una

concesión pública que fue otorgada de forma irregular, no denunciarle por delito fiscal, etc.). Tampoco aquí existe ninguna buena razón para que el resto de la comunidad sea solidaria con él y esté dispuesta a asumir los males sociales que se derivan del soborno. A la vista de estas consideraciones, el único grupo de casos en los que probablemente cabría la aplicación del estado de necesidad sería aquel en que el particular es extorsionado para pagar un precio desproporcionado por un servicio público al cual tiene derecho, si bien, y como ya se ha indicado, estos supuestos en gran medida caen fuera del ámbito típico del Convenio. En conclusión: la aserción de los Comentarios tendente a descartar la aplicación del estado de necesidad resulta acertada.

9. Las destinatarias principales de la prohibición de corrupción en el comercio internacional son sin duda alguna las empresas multinacionales. Por ello en este ámbito delictivo se plantean de forma singularmente aguda los problemas de imputación del derecho penal de la empresa y muy especialmente el relativo a la imputación a los directivos de la multinacional de los hechos de corrupción realizados por sus ejecutivos en el extranjero o incluso por directivos y ejecutivos de sus empresas filiales en relación a las cuales puede decirse que existe una dirección unitaria del grupo⁷⁸. Esta cuestión resulta relativamente sencilla cuando existe inducción por parte del ejecutivo; se demuestra que la corrupción es parte de la estrategia comercial de la empresa, lo que es fácil de constatar cuando se ha organizado una cierta infraestructura, por ejemplo la creación de cajas negras, de la que son conscientes los ejecutivos; o simplemente cuando existe una autorización expresa del superior⁷⁹. En relación a estos casos, tanto en la doctrina como en la práctica, más allá

75. Otro argumento que con carácter general podría esgrimirse contra el estado de necesidad afectaría a aquellos casos en los que la corrupción extorsiva se produce, dentro de una relación continuada de corrupción entre el agente público y el empresario [FIANDACA (not. 61), pp. 886 y s.]. En estos supuestos podría descartarse la aplicación del estado de necesidad indicando que la situación de peligro ha sido causada por el "extorsionado". No obstante, a diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa, el estado de necesidad sólo se excluye cuando la situación de necesidad se ha provocado intencionalmente. En estos casos el empresario, que comienza por ejemplo una relación corrupta con la administración de un Estado con altos índices de corrupción y escaso nivel de garantías jurídicas, puede ser consciente del riesgo que corre de ser extorsionado en algún momento de la relación. Esta circunstancia supondría, a lo sumo, una creación casi intencional (similar al dolo eventual) del peligro, pero no de la situación de necesidad (*vid.* MUÑOZ CONDE, *Parte General*, Tirant lo Blanch, 4 ed., 2000, p. 379).

76. *Cfr.* MALEN SEÑA (not. 9), pp. 130 y ss.

77. Con ulteriores referencias *vid.* por todos KUHL, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4 Auf., § 8, marg. 9.

78. Dentro del derecho penal económico el criterio de "dirección unitaria de grupo" está ampliamente admitido como justificación para saltar por encima de las formas jurídicas y admitir la existencia de una única empresa (unidad económica). En el marco de la imputación individual, esto significa que los directivos de la empresa madre son directivos —de hecho— de la filial, lo que desde un punto de vista material resulta también adecuado por ser quienes detentan el poder real de dirección. Sobre el criterio de "dirección unitaria de grupo" y la "unidad de empresa" que constituyen creaciones del derecho sancionador de la competencia comunitario, *vid.* NIETO MARTÍN, *Fraudes Comunitarios*, Praxis, 1996, pp. 216 y ss.

79. A este comportamiento se refiere expresamente el Convenio (art. 1.2), entre las conductas de complicidad se incluye "la autorización del acto de corrupción", cuya calificación como acto de autoría o complicidad puede resultar dudosa.

de la posibilidad de inducción se están imponiendo soluciones como la autoría mediata y, especialmente dada la estructura de estos casos, la coautoría⁸⁰. Los problemas comienzan, sin embargo, cuando sólo existe o sólo se consigue probar que el directivo conocía la práctica corrupta y que simplemente la ha tolerado, pues, como es sabido, no están suficientemente aclarados los fundamentos de la responsabilidad en comisión por omisión del superior por no impedir conductas delictivas realizadas por los subordinados⁸¹.

Resolver este grupo de casos resulta de vital importancia para la eficacia del Convenio. Repárese en que el comportamiento descrito en el tipo ("ofrezca, prometa o conceda") se realizará normalmente en el extranjero y que los criterios de competencia fijados por la ley son el de territorialidad y personalidad activa, lo que implica que las posibilidades del aplicación son muy reducidas en aquellos casos en los que el "ejecutivo" que actúa en un país extranjero no es nacional. La posibilidad de sancionar la comisión por omisión al directivo, ya sea como autor o como partícipe, conectaría el hecho de la corrupción con el ordenamiento en el que reside el directivo y tiene su sede la multinacional, pues al menos una parte de la acción destinada a impedir la corrupción debiera haberse realizado en este país, en el que en cualquier caso se produce, además, la infracción de deberes.

Aunque ni los comentarios al Convenio ni los Comentarios se pronuncian sobre este supuesto, resulta posible mantener la existencia de un deber de garantía por parte de los directivos de la multinacional en el marco de la corrupción internacional. Para ello debe repararse en la finalidad que se pretende a partir del art. 8 del Convenio en el que se establecen una serie de deberes de organización (contabilidad, controles y auditorías, etc.) que incumben a la empresa y a su titular. Tal como se desprende de la elaboración de la FCPA y del papel de sus incriminaciones contables, su finalidad

radica en establecer deberes de aseguramiento al titular del establecimiento sobre los activos patrimoniales de la empresa, que vienen a considerarse a los efectos de delitos como el de corrupción como una auténtica fuente de peligro. La instauración de un sistema contable que no permita la creación de "cajas negras", que asegure que el pago de sobornos no se encubre contablemente mediante una operación simulada, la necesidad de establecer controles internos y externos de auditoría no hacen sino concretar específicos deberes de vigilancia. Esta perspectiva, la de los activos patrimoniales como fuente de peligro unida a la fundamentación del deber de garantía en deberes de organización, permite establecer directamente la responsabilidad omisiva de los dirigentes y resta importancia al hecho de que quien realiza la conducta en sí sea realizada por una persona "autorresponsable", como es el empleado, pues los deberes de garantía sobre el patrimonio empresarial persisten, y están pensados sobre todos, para controlar los riesgos que se derivan de su utilización por parte de terceros. Los deberes contables que se desprenden por el artículo 8 delimitan igualmente cuáles son el contenido y los límites del deber de garantía. Cuando éstos se cumplen de modo razonable, el dirigente ha realizado todo lo que era normativamente necesario para mantener, dentro de los márgenes de riesgo permitido, el foco de peligro y, por tanto, no incurrirá en responsabilidad penal alguna.

10. El problema de la imputación de los directivos de la empresa madre depende en gran medida de la imputación subjetiva, esto es, de la prueba de que al menos conocían lo que sus ejecutivos estaban realizando en el extranjero, pues el Convenio OCDE se reduce, como es sabido, a comportamiento doloso. El diseño del tipo subjetivo en esta incriminación no sólo es importante por este motivo, sino que también lo es por la importancia de los "intermediarios", de los terceros en la corrupción transnacional. En efecto, cuando una

80. Las construcciones citadas no sólo se encuentran en estudios doctrinales (vid. últimamente MUÑOZ CONDE, "Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico", en *Derecho penal económico*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, pp. 208 y ss.), sino que han pasado a constituir derecho jurisprudencial. En nuestro país resulta emblemática a los efectos del delito de cohecho la STS 7-11-2001 (ED 2001/38689) en donde considera coautor al directivo de la empresa farmacéutica que había efectuado los sobornos pese a que no ha estado presente en el momento de la ejecución, con el argumento, ya presente en otras decisiones, de que la coautoría no exige la realización por sí mismo "de los elementos materiales integradores del núcleo típico" y que "el cerebro de una actuación delictiva, es decir, quien la planifica y dirige a distancia, y gestiona el aprovechamiento del delito es coautor". Esta doctrina volcada sobre los supuestos de corrupción significaría que el directivo: "planificando el ilegal sistema de sobornos a los facultativos para incrementar sus beneficios y proporcionando las instrucciones y los medios al autor material, que actuó con su conocimiento y consentimiento, para realizar la entrega de las dádivas constituye un supuesto de autoría conjunta".

81. Una panorámica de los distintos intentos puede verse recientemente en WALTER, *Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht*, Peter Lang, 2000.

empresa desea hacer negocios en un país y desconoce no sólo la realidad de su ordenamiento jurídico, sino su cultura empresarial, lo más usual es que busque un agente de negocios en ese país, una asesoría jurídica o consultoría, que conozca los usos y costumbres del foro y que en su caso tenga el grado de relaciones sociales que resultan imprescindibles en algunos países para "hacer negocios". Las relaciones con este intermediario suelen plasmarse en un contrato de prestación de servicios, en el marco del cual la empresa realiza ciertas entregas de dinero a modo de provisión de fondos y de esta forma figuran en su contabilidad⁸². El problema en el marco de la corrupción internacional se plantea cuando estas consultoras, abogados, personas influyentes o cualquier otra suerte de intermediario recurren al soborno para conseguir o facilitar determinados negocios de su mandante y cuando, con posterioridad, la empresa alega que ella no conocía estas prácticas, aduciendo que el objeto del contrato de prestación de servicios era simplemente la celebración de un determinado "negocio" sin mencionarse los medios, o simplemente que si ha existido soborno esto no se ha realizado con sus medios, sino con los propios del intermediario. Antes de abordar la cuestión referente al elemento subjetivo, veamos brevemente el significado e importancia que puede tener esta última alegación relativa a los "medios materiales".

10.1. Es frecuente que entre el intermediario y la empresa se establezca una suerte de *joint venture*, en virtud de la cual el negocio se plantee como una actividad conjunta en la cual el intermediario también ha de arriesgar y adelantar fondos en cuanto a que las ganancias van a ser posteriormente compartidas. Dentro de estos casos no es además infrecuente que el intermediario decida incluir en el futuro negocio al propio agente público extranjero, ofreciéndole como contraprestación a su comportamiento ("promesa de... beneficio indebido") una parte futura en las ganancias⁸³. En este supuesto no es posible afirmar la autoría de los directivos a partir de la comisión por omisión. Pues el deber de garantía se fundamenta en relación a los fondos de la empresa y aquí el ter-

cero opera con sus propios bienes o simplemente con promesas de beneficios, que no tienen el grado de concreción necesarias para considerarlas expectativas patrimoniales integrantes del patrimonio de la empresa interesada en el negocio.

Ahora bien, enfocar estos supuestos como casos de omisión supone, a mi juicio, un error, porque más bien lo que ocurre es que existe una aportación fundamental por parte de la empresa consistente en su disponibilidad para realizar el negocio futuro, esto es, un comportamiento activo, sin el cual no tendría sentido alguno la *joint venture* con el intermediario y, ocasionalmente, incluso el agente público. La importancia de esta contribución es tal que puede admitirse su dominio del hecho o la inducción. Dentro del ordenamiento español, conduciría a iguales efectos prácticos el calificarle de cooperador necesario, pues en virtud del art. 1.2 los Estados miembros están obligados a "tomar las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad... (en) un acto de corrupción de un agente público en el extranjero". Obsérvese además que el objetivo principal de este apartado radica en sancionar comportamientos de complicidad con independencia de la sanción del autor, del "intermediario", cuyo comportamiento no cae dentro del ámbito de aplicación territorial de la norma⁸⁴.

10.2. Más complejo es el problema referente al elemento subjetivo. Para entender esta cuestión conviene nuevamente analizar el debate acaecido en el marco de la FCPA. Como anteriormente se indicó, en la FCPA se describe expresamente la corrupción realizada mediante intermediario⁸⁵, con la intención, sobre todo, de conformar un tipo subjetivo más amplio. En la redacción originaria el dolo del autor podía afirmarse no sólo cuando los directivos eran conscientes de la posterior actuación corruptora del intermediario, sino también cuando "tenía razón para saber" —*reason to know*— que el dinero entregado a un tercero iba a tener como destino la corrupción de un agente público. Pese a que esta previsión no tuvo gran relevancia práctica, constituyó uno de los aspectos más discutidos de la ley, en cuanto que doctrinalmente se entendía que con ello la FCPA había in-

82. Sobre estas cuestiones, desde el punto de vista del derecho internacional privado, PIEHL (not. 45), *passim*. En este punto la cuestión es la validez del contrato de servicios que encubre una práctica corrupta, e igualmente este contrato de servicios será uno de los instrumentos más normales para intentar deducir fiscalmente el soborno. Acerca de la importancia de los intermediarios vid. también GRAF LAMBSDORFF, "Korruption als mühseliges Geschäft-ein Transaktionskostenanalyse", en PIETH/EIGEN, *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr*, Luchterhand, 1999, pp. 71 y ss.

83. Sobre estos casos, a caballo entre el cohecho y la cooperación por parte del funcionario, vid. RODRÍGUEZ PUERTA (not. 61), p. 194.

84. Vid. FABIÁN CAPARRÓS (not. 4), p. 100.

85. Vid., además, Comentarios, p. 9.

roducido un *standard of negligencia*, en virtud del cual el mandante estaría obligado a asegurarse del comportamiento del mandatario, lo que implicaba tomar medidas para asegurarse de la honorabilidad y profesionalidad de los intermediarios elegidos⁸⁶. En suma: en su redacción originaria la FCPA proponía una línea política criminal tan novedosa como la sanción del cohecho imprudente. La reforma Reagan de 1988 reduce el elemento sujeto a comportamientos conscientes (*knowing*). Ahora bien, cuando se examinan las interpretaciones de la FCPA inmediatamente se constata cómo, entre las formas de dolo que se incluyen bajo esta expresión, aparece el denominado *conscious disregard* o *wilfull blindness*; esto es, supuestos que podríamos calificar de ceguera consciente o intencionada ante los hechos. Estas figuras servirían para solucionar los casos en los que, aunque falta un conocimiento positivo de los hechos, existen evidencias que para cualquier persona supondrían conocer que se está teniendo lugar la realización del tipo penal⁸⁷.

Desde el punto de vista de los ordenamientos continentales, el tratamiento de este supuesto resulta complejo. De un lado, podría considerarse estrictamente procesal: sería otra forma de designar la prueba de indicios mediante la que se prueba todo elemento subjetivo, estableciendo que no resulta creíble la alegación de “no conocimiento” cuando de los hechos objetivos que se conocen resulta razonable apreciar la existencia de conocimiento. Seguramente a través de este expediente pueden solucionarse buena parte de los casos de “ceguera intencionada ante los hechos” y este criterio es el que se sigue por ejemplo en algunos de los instrumentos de armonización del derecho penal elaborados por la UE en los que se suele incluir una cláusula señalando que para determinar

si una acción u omisión es intencionada “se podrán tener en cuenta las circunstancias de hecho objetivas”⁸⁸. Ahora bien, de otro lado, esta problemática puede también ser abordada desde el punto de vista material y cuestionarse si esta forma de “ceguera” no podría constituir un supuesto más de dolo, heredero del antiguo *dolus ex re* o *dolus indirectus*. Y en este sentido no sólo se han manifestado recientemente en la doctrina autores como Jakobs⁸⁹ o Martínez Buján Pérez⁹⁰, sino el propio legislador quien, por ejemplo, en los delitos contra el honor menciona el “temerario desprecio hacia la verdad” como forma subjetiva, la cual, por cierto, proviene también de la jurisprudencia norteamericana.

Aunque la valoración de esta cuestión desborda con mucho los límites de este trabajo, estimo que la asimilación o inclusión en el dolo de situaciones en las que el desvalor se busca y se describe mediante una expresión tan escasamente objetivable como “el desprecio” o —pese a su plasticidad— “la ceguera” hace que el proceso penal, la prueba, verse sobre facetas de la personalidad del autor, lo que no es compatible con el principio de responsabilidad por el hecho⁹¹. Ahora bien, también ha de reconocerse en este punto que existen expresiones mucho más objetivas, como la de “desconocimiento intencionado”, que no incurrirían en este reproche. En cualquier caso, antes de lanzarse a un debate dogmático tan complejo como el de la existencia de una cuarta forma de dolo, habría que analizar si ello resulta necesario, sobre todo teniendo en cuenta que en bastantes supuestos, al igual que ocurre con determinadas alegaciones de error de prohibición, no se dará por probada la ausencia de dolo y será posible afirmar el dolo eventual.

86. Vid. “Trade and Competitions Act” (not. 45), p. 919 [Standard of Liability for Acts of Third Parties (Agents)]. Sobre la importancia de este punto en la reforma vid. CRAGG/WOOF (not. 10), pp. 186 y 188.

87. Con referencias, EISENBERG (not. 33), p. 604, y los Comentarios a la FCPA del Department of Justice (not. 33), p. 4 (Third Party Payments), no obstante, de esta versión oficial no se desprende que se haya eliminado completamente el ámbito de la imprudencia: “U.S. companies are encouraged to exercise due diligence and to take all necessary precautions to ensure that they have formed a business relationship with reputable and qualified partners and representatives. Such due diligence may include investigating potential foreign representatives and joint venture partners to determine if they are in fact qualified for the position”.

88. Convenio relativo a la protección de los intereses financieros, art. 1.4; al respecto de esta cuestión DANNECKER, “Strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft gegen Täuschung”, ZStW (108), 1996, p. 601.

89. Vid. JAKOBS, “Gleichgültigkeit als dolus indirectus”, ZStW (114), 2002, pp. 584 y ss. La tesis principal de JAKOBS consistirá en tratar como dolosos aquellos casos en los que el autor demuestra que no conoce determinados aspectos del tipo, relevantes para adoptar una decisión porque no le interesan lo más mínimo para adoptarla. Vid. además sobre el sentido de la figura del *dolus ex re* a principios del XIX y el tratamiento de estos problemas en la actualidad, VOLK, “Dolus ex re”, en *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, pp. 611 y ss.

90. Vid. MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, “Imputación subjetiva”, *Derecho penal económico*, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 115-116, y ya antes en *Derecho penal económico*, Parte General, Valencia, 1998, pp. 167 y ss., especialmente p. 169.

91. Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, “El ‘desprecio’ como elemento subjetivo de los tipos penales y el principio de responsabilidad por el hecho”, *Revista Penal*, núm. 11, 2003, p. 117.

IV. El futuro

1. La aprobación y puesta en marcha del Convenio OCDE no debe constituir sino un primer paso en la sanción de la corrupción internacional. La introducción de un sistema de evaluación detectará, sin duda, problemas comunes y puntos débiles en la formulación de la incriminación que deban solucionarse. Igualmente en las propias negociaciones del Convenio se dejaron ya de lado aspectos aún no suficientemente aclarados, como las relaciones entre corrupción y la financiación ilegal de partidos políticos, con el fin de abarcar aquellos supuestos en los que la entrega de dinero se realiza a miembros del partido, y así posteriormente influyan en la administración⁹². También se apunta como futuro punto de reflexión el soborno de candidatos, con el fin de que cuando lleguen al poder realicen determinados actos en favor del sobornante⁹³. Si se observan estos casos, resulta fácil comprobar cómo en realidad de lo que se trata es de la recepción al completo de la FCPA, que incluye desde sus orígenes tanto los casos de financiación ilegal como los de candidatos *in spes*.

2. Un tema ulterior que entronca también con la problemática práctica del texto norteamericano es la determinación de la responsabilidad de las empresas madres por los hechos cometidos por las filiales, tema en el que el grupo de trabajo de la OCDE recomienda extender las obligaciones de diligencia que actualmente pesan sobre empleados a las sociedades filiales extranjeras. Hasta ahora en la experiencia norteamericana estos casos se han resuelto por la SEC a través del "pilar contable" de la FCPA⁹⁴. Esta pretensión exige a mi juicio desarrollar la directriz política criminal sobre la que se asienta el art. 8: la *corporate governance* y la estrategia de la cooperación entre empresas y gobiernos con el fin de reducir la corrupción. De tal modo que se incentiven penalmente, a través de excusas absolutorias, cláusulas de desistimiento activo o preceptos relativos a la medición de la pena a aquellas empresas y directivos que colaboren con la administración de justicia en el descubrimiento de comportamientos que hayan acaecido en el interior de la empresa o

de una sociedad filial. Igualmente, el perfeccionamiento del "pilar contable" resulta necesario para evitar lagunas de punibilidad derivadas del principio de territorialidad y, sobre todo, de las deficiencias de la colaboración internacional. De muchos países no desarrollados donde se realiza el "pacto corrupto" será difícil obtener una colaboración pronta y fiable. La estrategia de la responsabilidad contable ayuda a localizar la conducta delictiva, la falsedad en los balances o en la contabilidad, en el interior del territorio. De la misma forma, el desarrollo de la obligación de adoptar medidas de organización (art. 8) con el fin de prevenir y descubrir la corrupción servirá para concretar y fundamentar tanto la responsabilidad de los directivos como de la propia empresa (art. 3.2) sobre el fundamento de la responsabilidad por defecto de organización. Si estos deberes de organización se extienden a las empresas filiales, la fundamentación de la responsabilidad de la empresa madre y sus directivos no será distinta ni más compleja que la responsabilidad de la empresa por actos cometidos por sus propios empleados. Unido al desarrollo del "pilar contable" se encuentra también la pregunta relativa a los deberes de colaboración con la justicia penal (*vgr.* deber de denuncia, límites en la investigación de hechos ilícitos) que tienen los agentes externos que intervienen en los procesos de control de la empresa (*vgr.* auditores de cuentas)⁹⁵.

3. El tercer bloque de cuestiones que seguramente será objeto de atención en los próximos años es el relativo a las ganancias ilícitas procedentes de la corrupción. El Convenio en su art. 3.3 establece la necesidad de establecer el embargo y confiscación tanto del "soborno" como del "producto de la corrupción", y el art. 7 se ocupa del blanqueo de capitales e impone una obligación de asimilación a los Estados miembros: sólo cuando un Estado miembro considere como delito conexo al blanqueo de capitales la corrupción de sus funcionarios nacionales está obligado a incluir la corrupción de agentes extranjeros. Esta fórmula, que obedece a la resistencia de Japón y Corea⁹⁶, debe sin duda superarse. En la actualidad y como complemento indispensable para la eficacia de estas disposiciones se elaboran medidas contra el

92. *Vid.*, por ejemplo, la evaluación de Francia (not. 61), p. 7, en donde se indica que en el caso del "hombre del partido" que controla la administración existe un funcionario de hecho, al menos en aquellos Estados en los que existe un sistema de partido único.

93. *Cfr.* PIETH (not. 4), p. 25.

94. *Vid.* a título de ejemplo el caso citado en el Segundo Informe de Evaluación USA (not. 39), p. 15.

95. Sobre el papel de los auditores de cuentas, *vid.* BROOKS, "The Role of Auditors in the Fight Against Corrupt Behaviour", en PIETH/EIGEN, *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr*, Luchterhand, 1999, pp. 393 y ss.

96. PIETH, "Korruptionsgeldwächse", en *Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid, Schulthess*, 2001, p. 444.

abuso de los “paraísos fiscales y jurídicos” en los que es posible localizar tanto de los “fondos negros” destinados a preparar la corrupción como las ganancias procedentes de la misma. El GAFI, organismo al que pertenecen todos los miembros de la OCDE, procede a una evaluación continuada de los territorios “no cooperativos” en la lucha contra el blanqueo de capitales y aplica de presión con el fin de que supriman aquellos aspectos legales que conducen a una opacidad⁹⁷. Uno de los aspectos más importantes en la estrategia de la OCDE en la lucha contra la corrupción radica en haber generalizado la prohibición de deducción de los sobornos a efectos fiscales, lo que también supone una clara influencia de la política criminal americana. En la actualidad, casi todos los países miembros han introducido medidas tendentes a prohibir la deducción de sobornos, lo que implica colateralmente la posibilidad de incidir a través

del delito fiscal y contable en la lucha contra la corrupción y permitir que la administración tributaria pueda hacer indagaciones acerca de la exactitud con que se han consignado determinadas partidas (p. ej., Provisiones de fondos, gastos derivados de contratación de servicios de consultoras abogados, etc.). La no deducibilidad de los sobornos plantea numerosos problemas jurídicos tales como las relaciones entre el proceso penal y el tributario (¿es necesario para declarar la incorrección de la deducción que se haya sancionado ya el comportamiento de corrupción o cabe que la administración tributaria declare independientemente su no deducibilidad?), su naturaleza jurídica (¿se trata de una sanción encubierta?) y políticas criminales (¿es necesaria la extensión de no deducibilidad a la corrupción privada?) que seguramente en el futuro habrá de ser objeto de futuras intervenciones y desarrollos⁹⁸.

97. Vid. GAFI, *Rapport visant à identifier les pays ou territoires non cooperatives*, 21 de julio de 2000 (<http://www.fatf.gaf.org>), e igualmente PIETH, (not. 96), pp. 454-455.

98. Vid. Sobre estas cuestiones, las distintas contribuciones a DANNECKER/LEITNER (not. 4).