

CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO

RAMÓN GARCÍA ALBERO

*Catedrático de Derecho penal
Universidad de Lérida*

MIRIAM CUGAT MAURI

*Profesora Titular de Derecho penal
Universidad Autónoma de Barcelona*

I. LA PERSECUCIÓN INTERNACIONAL DE LA CORRUPCIÓN

La persecución de la corrupción pública, tradicionalmente confiada a las autoridades nacionales, ha sido objeto últimamente de diversas iniciativas y Convenios Internacionales a cuyo cumplimiento España no se puede sustraer¹⁸⁸. Cada uno de ellos con un radio de acción y unos objetivos político-criminales distintos, en función de los fines y cometidos que caracterizan a cada Comunidad u Organización internacional promotora.

La normativa de la UE para la persecución de la corrupción inicialmente surge como una forma de protección de los intereses financieros, apareciendo en un Protocolo (de 1996) al Convenio (de 1995) específicamente destinado a tal fin, aunque con posterioridad se desgaja de aquél para constituir el objeto autónomo de otro Convenio (de 1997)¹⁸⁹:

El Primer Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión europea, del Convenio relativo a la protección de los

¹⁸⁸ Entre los citados en el Preámbulo al Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa: «*Se félicitant des développements récents qui contribuent à améliorer la prise de conscience et la coopération au niveau international dans la lutte contre la corruption, y compris des actions menées par les Nations Unies, la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, l'Organisation mondiale du commerce, l'Organisation des Etats américains, l'OCDE et l'Union européenne*».

¹⁸⁹ Preámbulo: «*CONSIDERANDO que el Consejo, mediante Acto de 27 de septiembre de 1996, estableció un Protocolo que se refiere, en particular, a la lucha contra los actos de*

intereses financieros de las Comunidades europeas, hecho en Bruselas el de 27 de septiembre de 1996 (DO C 313, de 23 de octubre de 1996, p. 2-10) (en vigor desde 17/10/2002), («BOE» de 29 de julio de 2003).

El Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 26 de mayo de 1997 (DO C 195 de 25/06/1997, p.2-11), («BOE» de 28 de marzo de 2006).

Sobre el mismo, véase también el Informe explicativo sobre el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo el 3 de diciembre de 1998 (DO C 391 de 15/12/1998, p. 1-12).

En ambos textos UE el objeto de regulación se restringe al cohecho propio antecedente, activo y pasivo.

Además y con posterioridad, en el ámbito europeo se adoptan otros instrumentos internacionales orientados a la lucha contra la corrupción.

Este es el caso del Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa.

Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa, Estrasburgo, 27 de enero de 1999, STE núm. 173 (en vigor desde 01/07/2002).

Protocolo adicional a la Convención penal sobre la corrupción del Consejo de Europa, Estrasburgo, de 15 de mayo de 2003 (en vigor desde 01/02/2005).

De éste lógicamente desaparece cualquier referencia a la protección de los intereses financieros de la Comunidad europea, ampliando el abanico de intereses afectados y correspondientemente protegidos¹⁹⁰.

Así mismo, este Convenio amplía el objeto de regulación:

En primer lugar, no limita la norma al cohecho propio, pues no exige como el Convenio UE que el acto «negociado» sea «contrario a los deberes oficiales» del funcionario, sino simplemente un acto en el ejercicio de sus funciones.

corrupción en los que estén implicados funcionarios, ya sean comunitarios o nacionales, y que causen o puedan causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas;

CONSIDERANDO que, a los efectos de la mejora de la cooperación judicial en materia penal entre los Estados miembros, procede ir más allá de dicho Protocolo y establecer un Convenio que contemple todos los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o funcionarios de los Estados miembros en general».

¹⁹⁰ Preámbulo: «*Soulignant que la corruption constitue une menace pour la prééminence du droit, la démocratie et les droits de l'homme, sape les principes de bonne administration, d'équité et de justice sociale, fausse la concurrence, entrave le développement économique et met en danger la stabilité des institutions démocratiques et les fondements moraux de la société*».

En segundo lugar, el elenco de delitos va más allá del cohecho, pues también incluye: formas de corrupción privada, blanqueo, infracciones contables (todo ello objeto de otras ponencias) y por fin, el tráfico de influencias (que a diferencia de otros ordenamientos, ya contiene el Código penal español).

En el ámbito internacional supracomunitario se aprueban también otros Convenios, para cuya transposición nos remitimos a las consideraciones vertidas en otro trabajo suscrito por nosotros mismos que también se presenta a esta Comisión:

En primer lugar, el Convenio OCDE de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997 (en vigor desde 15/02/1999) (ratificado por España el 3 de enero de 2000, publicado en el «BOE» 22 de febrero de 2002) (LO 3/2000 de 11 de enero de introducción artículo 445 bis, «BOE» 12 de Enero de 2000).

En segundo lugar, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 21 de noviembre de 2003.

A pesar de que estos Convenios sean tratados en otro trabajo paralelo a éste, a continuación hacemos una breve referencia al contenido de los mismos para que aquí quede constancia de lo que está en el punto de mira de estas variadas iniciativas internacionales y puedan conocerse los puntos de conexión entre las mismas.

Respecto del primero, el objeto del Convenio OCDE se ciñe a una sola forma de corrupción: el cohecho, y sólo en un contexto: las transacciones internacionales. Especialidad que le ha valido que fuera incorporado en una figura autónoma del tipo básico de cohecho (art. 445, antes 445 bis). Todo lo cual apunta a una figura delictiva fundamentalmente orientada a la protección del mercado, coherentemente con los fines que animaron la *Foreign Corrupt Practices Act* americana, precursora del Convenio.

Respecto de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, no puede olvidarse que está íntimamente unida a los trabajos y correspondiente Convención de la ONU dirigida a la persecución de la delincuencia organizada transnacional. En cuanto a los delitos a los que se refiere, éstos abarcan: el soborno (que tampoco queda expresamente restringido a la modalidad de cohecho propio), malversación de caudales, tráfico de influencias (en sentido estricto, es decir, la última de las modalidades que recoge el CP español), el abuso de funciones, el enriquecimiento ilícito, el soborno en el sector privado, la malversación en el sector privado, el blanqueo del producto del delito, el encubrimiento y la obstrucción a la justicia.

Resumiendo, de todos los Convenios Internacionales se nos solicita la propuesta de adaptación del CP a los Convenios UE. Por lo tanto, a continuación sólo exponemos las deficiencias del Código a la vista de lo que éstos exigen y los posibles problemas de transposición de los mismos.

El Convenio UE que debe transponerse es el *Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén*

implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997, definitivamente publicado en el «BOE» núm. 74 de 28 de marzo de 2006.

En cambio, no sucede así con el *Primer Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades europeas*, hecho en Bruselas el de 27 de septiembre de 1996 que se limitaba a la persecución de la corrupción que pudiera afectar a los intereses financieros de las Comunidades europeas, y que por lo tanto, ha quedado superado por el citado más arriba.

Tampoco analizamos aquí la obligaciones diamantes del Convenio penal sobre corrupción del Consejo de Europa. La tardanza en su firma (10 de mayo de 2006) ha provocado que hasta ahora no se considerara urgente la adaptación del Código penal al mismo. Sin embargo, a la vista de que ha sido recientemente firmado, se tendrán en cuenta las obligaciones que incorpora en el trabajo paralelo que presentamos para la adaptación del Código penal a todos los Convenios sobre corrupción que obligan a España, y muy especialmente, el Convenio OCDE, para cuyo análisis nos remitimos al trabajo ya citado.

II. Adaptación del Código Penal español a los requerimientos del *Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la unión europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea*.

Conclusiones a las que llegamos a partir de la comparación entre lo que exige el Convenio y lo que regula el Código penal vigente:

1. *No se precisan modificaciones en punto a las conductas típicas de corrupción*: las obligaciones se contraen a la tipificación del cohecho propio antecedente, sin incluir el impropio antecedente¹⁹¹ ni el subsiguiente.

Justificación: El Código penal español cumple sobradamente con las obligaciones internacionales, pues castiga más de lo que en ellas se exigen. Por lo tanto no se aprecia laguna punitiva alguna. Otra cosa es la bondad de la técnica legislativa empleada y que podría mejorarse con una reducción de las modalidades típicas (como proponemos en el otro trabajo presentado), pero de la que en todo caso no depende el cumplimiento de las obligaciones internacionales pertinentes.

2. *Es precisa una adaptación penológica* para satisfacer la exigencia del artículo 5 del Convenio, que exige que «al menos en los casos graves» se prevean penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición. Es decir, no inferiores a un año de privación de libertad en su grado máximo o a una pena más grave, que es lo que exige el Convenio de Extradición pasiva.

¹⁹¹ Éste sí incluido en el Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa, la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, y el Convenio OCDE.

Esto afecta exclusivamente al artículo 421 CP –cuando el soborno tenga por objeto que la autoridad o funcionario *se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo*–, que sólo tiene prevista pena de multa e inhabilitación.

Propuesta de modificación: «las penas serán de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva o *prisión de seis meses a tres años* e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años»

Justificación: introducir la pena privativa de libertad para que sea posible la extradición e incluso la aplicación de la Euroorden que aprobada en 2002 no podía estar prevista por el Convenio de 1997 (máximo con mínimo de tres años, *ex artículo 9*, para eludir el control de doble tipificación), excluyendo tal hipótesis de las manifestaciones del *minima non cura praetor* (Convenio de extradición).

Para ello, se debe prever la pena de prisión como alternativa a la de multa de modo que no sea de obligatoria imposición en los casos menos graves, pero previendo un límite máximo de la misma que posibilite la aplicación de los mencionados instrumentos de cooperación judicial.

3. *Sería conveniente*, para evitar problemas de interpretación, proceder a la *modificación del artículo 24* del Código penal, *para aclarar que el concepto denota también al funcionario comunitario* conforme al artículo 1 del Convenio.

Justificación: La redacción actual del artículo 24 permite interpretar que el concepto de funcionario público incluye el comunitario, pues éste no lo es de ninguna organización internacional ajena a España, sino de la que forma parte la misma. Desde esta concepción, la especial referencia que hace el artículo 24 CP a los *Diputados ... del Parlamento europeo* debe interpretarse como una afirmación *ex abundantia*, pero sin efectos excluyentes de lo que no nombra.

4. A diferencia de lo que ocurre con el funcionario comunitario que puede considerarse implícitamente incluido en el artículo 24, no sucede lo mismo con el *funcionario extranjero al servicio de otro país miembro de la UE*, que *sí debe necesariamente incluirse* entre los sujetos activos del cohecho pasivo u objeto de cohecho activo.

A tal fin caben dos posibilidades:

a) ampliar el concepto de funcionario público del artículo 24 CP para que incluya los del resto de países miembros de la UE, con lo que automáticamente se operaría una extensión indirecta del ámbito de aplicación de todos los tipos penales contra la Administración Pública de los que pudieran ser autores;

b) dedicar un artículo específico del Título XIX a la extensión del ámbito de aplicación del delito de cohecho a los funcionarios públicos extranjeros, posibilidad que nos parece la mejor.

Propuesta de modificación: aprovechar el artículo 422 que contiene previsiones relativas al ámbito de aplicación subjetiva del delito de cohecho para

incluir la referencia al funcionario extranjero: «Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública, así como a los funcionarios nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea»

Justificación: Con esta modificación se cumple con el Convenio UE, quedando abierta la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación subjetiva a otros delitos (como por ejemplo, el tráfico de influencias) si hay voluntad política para ello. En este sentido apuntaría la firma del Convenio penal sobre corrupción del Consejo de Europa este mismo mes de mayo.

5. Se propone la *modificación del artículo 23 de la LOPJ*, para introducir un nuevo apartado específicamente dirigido a la protección de los intereses comunitarios, que sería el nuevo apartado 6 del artículo 23 LOPJ.

Hay que descartar otras posibilidades, en las que la ampliación de la jurisdicción para proteger los intereses comunitarios se incluya en preceptos dirigidos a proteger intereses de otra índole, como:

a) el apartado 3 del artículo 23 destinado a la protección de intereses españoles.

b) el apartado 4 del mismo artículo 23, que se orienta a la protección de intereses propios de la Comunidad internacional en sentido amplio. Por lo tanto, se descarta como posibilidad más idónea el recurso a la cláusula del apartado h) por el que se extiende la jurisdicción española a cualquier hecho que según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España (Número redactado según LO 3/2005, de 8 de julio).

Propuesta de modificación: introducción de un nuevo apartado 6 en el artículo 23 LOPJ del siguiente tenor:

Artículo 23.6. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

a) *de cohecho activo cuando la infracción se cometa contra cualquier funcionario comunitario o de un Estado miembro de la Unión o contra los miembros de la Comisión de las Comunidades Europeas, del Parlamento Europeo, del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas, siempre que estos últimos sean al mismo tiempo nacionales españoles.*

b) *de cohecho pasivo, cuando el autor de la infracción sea un funcionario comunitario al servicio de una institución de la Comunidad Europea o de un organismo creado de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, que tenga su sede en el Estado miembro de que se trate.*

Justificación: Necesaria adaptación a los criterios de competencia del artículo 7 del Convenio:

1. *Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia respecto a las infracciones que haya tipificado de acuerdo con las obligaciones que se derivan de los artículos 2, 3 y 4 cuando:*

a) *la infracción se cometa, total o parcialmente, en su territorio;*

b) *el autor de la infracción sea uno de sus nacionales o uno de sus funcionarios;*

c) *la infracción se cometa contra una de las personas mencionadas en el artículo 1 o contra un miembro de las instituciones de la Comunidad Europea mencionadas en el apartado 1 del artículo 4 que sea al mismo tiempo nacional de ese Estado;*

d) *el autor de la infracción sea un funcionario comunitario al servicio de una institución de la Comunidad Europea o de un organismo creado de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, que tenga su sede en el Estado miembro de que se trate.*

2. *En el momento de la notificación prevista en el apartado 2 del artículo 13, todo Estado miembro podrá declarar que no aplicará una o varias de las normas de competencia contempladas en las letras b), c) y d) del apartado 1 del presente artículo o que sólo las aplicará en casos o en condiciones particulares.*

Los criterios de atribución de competencia de las letras a) y b) se cumplen con los principios de territorialidad y personalidad, respectivamente.

Sin embargo, es precisa una modificación legislativa para cumplir con los criterios de los apartados c) y d).

i) Empezando por las previsiones de la letra c) del artículo 7 del Convenio, primer inciso:

En este precepto se obliga a España a perseguir las infracciones que se cometan *contra una de las personas mencionadas en el artículo 1.*

Es decir, España debe tener competencia para perseguir el cohecho activo *contra todo funcionario, tanto comunitario como nacional, así como todo funcionario nacional de otro Estado miembro, fuera del territorio español y por parte de sujeto extranjero, pues para el resto de supuestos ya existen los criterios de territorialidad y personalidad.*

De estos supuestos el artículo 23 LOPJ sólo cubre aquéllos en que se afecta la Administración pública española [art. 23.3.h)], es decir, el cohecho dirigido a corromper al funcionario público nacional.

Para cubrir el resto de supuestos, es decir, cohecho activo contra funcionario público comunitario o nacional de otro Estado miembro, debe ampliarse la jurisdicción española en el sentido indicado, es decir, recogiendo expresamente en el nuevo apartado 6 del artículo 23 LOPJ.

ii) Respecto de la letra c) del artículo 7, segundo inciso del Convenio:

En este precepto se obliga a España a perseguir las infracciones *contra un miembro de las instituciones de la Comunidad Europea mencionadas en el apartado 1 del artículo 4 que sea al mismo tiempo nacional de ese Estado.*

Es decir, el cohecho activo contra los *miembros de la Comisión de las Comunidades Europeas, del Parlamento Europeo, del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas* (que son los citados por el

artículo 4.1 del Convenio), siempre que sean nacionales españoles (como prevé el artículo 7.c) del mismo Convenio).

Para ello se propone la extensión de la jurisdicción española por la vía del nuevo apartado 6 del artículo 23.

iii) Respecto de la letra *d)* del mismo artículo 7 del Convenio:

Este precepto obliga a España a tener competencia para perseguir los supuestos de cohecho pasivo en que *el autor de la infracción sea un funcionario comunitario al servicio de una institución de la Comunidad Europea o de un organismo creado de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, que tenga su sede en el Estado miembro de que se trate.*

Estos supuestos tampoco quedan incluidos en el actual apartado *h)* del artículo 23 LOPJ que sólo se refiere a los delitos *perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración pública española.*

Por consiguiente, para cumplir con este mandato europeo debe también ampliarse la jurisdicción española mediante la mención específica a estos supuestos en el apartado 6 citado.