

Apuntes de Derecho Penal Económico III

**Ricardo Preda del Puerto
(coordinador)**

Apuntes de Derecho Penal Económico III

Ricardo Preda del Puerto
(coordinador)

Programa de Democracia
Más Justicia



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

CIRD
Centro de Información
y Recursos para el Desarrollo

HICED
Instituto de Estudios para la
Consolidación del Estado de Derecho

FICHA TÉCNICA

Apuntes de Derecho Penal Económico III

Coordinador:

Ricardo Preda del Puerto

Autores:

Manuel A. Abanto Vásquez
Marcio Battilana Estigarribia
Eduardo Demetrio Crespo
Ricardo Preda del Puerto
Nicolás Rodríguez García
Klaus Tiedemann

Cuidado de Edición:

Dora Cristaldo Raskin

Diseño y Armado:

Horacio Cristaldo Raskin

Edición: ICED

Impresión: AGR Servicios Gráficos S.A.

Primera edición

2.000 ejemplares

www.iced.org.py

(595 21) 222 370

Francisco Zurbarán 892c/ Sgo. Gautó

Asunción - Paraguay

Año 2013

Cita recomendada: PREDA, Ricardo, coordinador (2013). Apuntes de Derecho Penal Económico III. Asunción, Paraguay: ICED.

ISBN 978-99953-932-5-0

Distribución gratuita

“Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Los conceptos y opiniones expresadas en la misma corresponden a los autores y no reflejan necesariamente el punto de vista de USAID ni del Gobierno de los Estados Unidos”.

Programa de Democracia Más Justicia



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

CIRD
Centro de Información
y Recursos para el Desarrollo

ICED
Instituto de Estudios para la
Consolidación del Estado de Derecho

PRESENTACIÓN

Este volumen de “Apuntes de Derecho Penal Económico” representa el último capítulo de una trilogía que ha instalado en la comunidad jurídica paraguaya diversos aspectos de esta disciplina que en los últimos años ha tenido un importante desarrollo en varios países. Nuevamente cuenta con el valioso aporte de destacados juristas nacionales e internacionales.

En esta edición de Apuntes de Derecho Penal Económico III, se ha extendido el enfoque hacía el tratamiento de los delitos de corrupción, tanto desde un punto de vista de fondo, como en su persecución. Es así que el profesor Abanto Vázquez nos introduce en tema con su artículo La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado.

Seguidamente, un artículo del Profesor de la Universidad de Salamanca, Nicolás Rodríguez García, titulado: Más sombras que luces ante la futura creación de una fiscalía europea anticorrupción, desarrolla cómo se presentan obstáculos cuando se quieren crear órganos supranacionales de persecución penal, en este caso, una Fiscalía Anticorrupción Europea. La experiencia de aquellos lugares, será de suma utilidad para cuando en este lado del mundo pretendamos emprender ese tipo de proyectos que, particularmente, considero que podrían contribuir enormemente a reducir los niveles de impunidad para ese tipo de casos.

En esa misma temática, Marcio Battilana, consultor de ICED, trae un interesante trabajo acerca de los denominados Task Force (equipos conjuntos de investigación) así como de los mecanismos de cooperación internacional en materia de persecución de delitos económicos y corrupción.

El cuarto artículo se titula La competencia como bien jurídico del derecho penal y fue escrito por el reconocido profesor alemán Klaus Tiedemann. El trabajo resulta por demás interesante para nosotros, más aún que se promulgó la ley 4956/13 “Defensa de la Competencia”,¹ el cual contiene sanciones para los ataques contra la competencia, si bien éstas no trascienden del ámbito puramente administrativo.

¹ Promulgada el 21 de junio de 2013.

De la Universidad de Castilla la Mancha, el Profesor Eduardo Demetrio Crespo, colabora con ICED mediante el artículo denominado: Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas. El trabajo versa sobre las diferentes teorías que se han formulado con carácter general en orden a la fundamentación de una posible responsabilidad por omisión (impropia) de los directivos por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados.

El último trabajo, es un análisis del art. 196 de nuestro Código Penal, con el fin de proponer algunas definiciones para el complejo hecho punible de Lavado de dinero, el cual muchas veces es confundido con las reglas de prevención, las cuales no contienen realmente normas penales. Previamente se expone el origen de este delito en nuestra legislación y se expone acerca de algunas teorías acerca de qué bien jurídico protege, pues si bien la discusión no se agota con esto, representa un punto de partida para quien quiera profundizar el tema.

Tanto esta publicación, como los seminarios organizados en la Capital y en ciudades del interior de nuestro país,² con profesores extranjeros y nacionales de primer nivel, son desarrolladas por el ICED con el apoyo del Centro de Información y Recursos para el Desarrollo (CIRD) y el patrocinio de la Agencia de los Estados Unidos de América para el Desarrollo Internacional (USAID), con el objeto de contribuir en la difusión del Derecho Penal Económico, como objeto de estudio.

Los libros Apuntes de Derecho Penal Económico, representaron los primeros esfuerzos académicos en nuestro país sobre esta nueva especialidad de la ciencia penal. Por tal motivo, espero que estos tres volúmenes se constituyan en la piedra fundamental de un gran edificio teórico-práctico y que, en pocos años, una gran producción de trabajos de investigación sobre estos temas contribuyan a consolidar un verdadero estado de derecho en Paraguay.

Ricardo Preda Del Puerto

² Caaguazú, Ciudad del Este y Encarnación.

Índice

PRESENTACIÓN 3

Ricardo Preda del Puerto

I. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN UN MUNDO GLOBALIZADO 9

Manuel A. Abanto Vásquez

1. El fenómeno de la corrupción 11
2. Incremento y dañosidad de la corrupción 14
 - 2.1. Los diversos tipos de “corrupción de funcionarios públicos” según la criminología 14
 - 2.2. Medición del avance de la corrupción 17
 - 2.3. Bien Jurídico tutelado y la dañosidad de la corrupción de funcionarios 23
3. La lucha contra la corrupción 26
4. Tratamiento penal tradicional de la corrupción 28
 - 4.1. Los tipos de cohecho 30
 - 4.2. Tipos, accesorios y residuales 32
 - 4.3. Tratamiento de la corrupción de políticos 33
 - 4.4. El tratamiento de la llamada “corrupción privada” 35
5. Problemas jurídico-penales en la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos 38
 - 5.1. Vacíos de punibilidad y posibilidades 38
 - 5.2. Otros problemas 44
6. La lucha internacional contra la corrupción 55
7. Resumen y tendencias 65
8. Bibliografía 68

II. MAS SOMBRAS QUE LUCES ANTE LA FUTURA CREACIÓN DE UNA FISCALÍA EUROPEA ANTICORRUPCIÓN 73

Nicolás Rodríguez García

1. Contextualización criminológica e institucional 75
2. Antecedentes legislativos de la fiscalía europea 91
 - 2.1. El “Corpus Juris” de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros comunitarios 92
 - 2.2. La Conferencia Intergubernamental de Niza y la

modificación del Tratado de la Unión Europea.....	100
2.3. El “Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo”	105
2.4. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa	113
3. Base Jurídica de la futura Fiscalía Europea a tenor del art. 86 TFUE.....	116
4. Reflexión final	120

III. MECANISMOS DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN LA INVESTIGACIÓN DE DELITOS ECONÓMICOS Y DE CORRUPCIÓN..... 123

Marcio Battilana Estigarribia

1. Introducción	125
2. Contexto de las labores investigativas	126
3. Grupos Interdisciplinarios de cooperación institucional	129
4. Investigación de casos de corrupción y delitos económicos transfronterizos	131
5. Experiencia europea.....	134
6. Equipos conjuntos de investigación y su rol en la investigación penal internacional.....	138
7. Relación del Ministerio Público con los equipos conjuntos de investigación	145
8. Ministerio Público Europeo	148
9. Red judicial europea en materia penal	153
10. Experiencia Latinoamericana en cooperación judicial penal	155
11. Equipos conjuntos de investigación en latinoamérica	156
12. Ministerio Público Latinoamericano	158
13. Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional.....	160
14. Reflexiones finales	162
15. Bibliografía	164

IV. LA COMPETENCIA COMO BIEN JURÍDICO DEL DERECHO PENAL 169

Klaus Tiedemann

1. Introducción	171
2. Primera Parte.....	172

3. Segunda Parte.....	177
4. Tercera Parte.....	186
5. Cuarta Parte.....	190

V. RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN DE LOS DEIRECTIVOS DE LAS EMPRESAS 191

Eduardo Demetrio Crespo

1. Introducción	193
2. ¿Posición de garante como consecuencia de la existencia de deberes jurídicos extrapenales.....	195
3. ¿Posición de garante como consecuencia de un deber de protección?	195
4. ¿Posición de garante como consecuencia de un deber de vigilancia	196
4.1. Basado en el comportamiento anterior.....	196
4.2. Basado en la responsabilidad sobre las fuentes de peligro propias de la empresa.....	207
4.3. Basado en la idea de la competencia organizativa	211
5. Basado en la idea del “Dominio” o “Control del Dominio”	217
5.1. Clases de Dominio	217
5.2. El Dominio sobre el fundamento del resultado.....	218
5.3. ¿Criterios normativos complementarios?.....	222
6. Conclusiones	223
7. Bibliografía	224

V. EL ANÁLISIS DEL ART. 196 DEL CÓDIGO PENAL, LAVADO DE DINERO 231

Ricardo Preda del Puerto

1. Introducción.....	233
2. La aparición del Lavado de Dinero en la legislación paraguaya.....	234
3. Análisis del art. 196 del Código Penal Paraguayo.....	236
3.1. Aspectos generales	236
3.2. Bien jurídico protegido	237
3.3. Tipo objetivo	239
3.4. Tipo subjetivo.....	242
4. Reglas de prevención	243
5. Consideraciones finales.....	244
6. Bibliografía	245

I

“La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado”.¹

Por: Dr. jur. Manuel A. Abanto Vásquez¹

¹ Esta exposición ha sido elaborada a partir de un trabajo de investigación más amplio, denominado: “La lucha contra la corrupción mediante el Derecho penal” que se llevó a cabo en Alemania (Munich y Freiburg i. Br.) bajo el auspicio de la Fundación Alexander von Humboldt entre octubre de 2001 y diciembre de 2002. El trabajo, en una versión muy resumida, fue expuesto en el “Coloquio Internacional Humboldt” llevado a cabo en Montevideo en abril del 2003 y fue publicado el 2004, junto con las exposiciones de los demás participantes, por la editorial Tirant lo blanch de Valencia en el libro titulado: “El derecho ante la globalización y el terrorismo”.

² El Prof. Dr. Manuel Abanto, es profesor en varias Universidades del Perú e investigador del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo (Alemania).

Ha dictado más de 30 cursos y conferencias en América Latina y Europa.

Publicó varios libros y artículos en revistas especializadas y ha realizado más de 20 traducciones de textos jurídicos del alemán al español.

1. EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

La corrupción de funcionarios públicos es un delito que muestra preocupantes niveles de incremento. El problema se presenta en todo tipo de Estado, económicamente desarrollado o subdesarrollado, de economía liberal o de economía regulada, de estado liberal o de estado religioso, de sistema parlamentario o de monarquía. En tal medida se puede decir que la “corrupción de funcionarios públicos” siempre ha sido “global”. Pero el proceso de “globalización” que se produce en la actualidad,³ en la medida en que trae consigo una aceleración de las interrelaciones individuales y empresariales y un desregulación a nivel internacional, favorece más que nunca el incremento de muchas formas de criminalidad, entre ellas, de la corrupción.⁴ Por su parte, las ciencias penales recién en los últimos años han prestado especial atención al fenómeno de la corrupción.

Ante esta situación, se observa últimamente una mayor actividad de los Estados tanto a nivel nacional como internacional. Así, se han reformado en muchos países, con menor o mayor acierto, las leyes nacionales, pero también se ha actuado de manera coordinada con otros Estados, buscando armonizar y uniformar la respuesta penal y extrapenal en las respectivas leyes internas (similares tipos de cohecho, armonización de la cooperación policial y judicial,

³ Así se suele entender al proceso de apertura de mercados, creación de zonas económicas y aceleración de la comunicación, del intercambio de bienes, conocimiento y tecnología, así como de la movilidad de las personas y empresas; esto tendría el efecto, en el aspecto económico, de incrementar la competencia y favorecer los procesos de concentración económica y, en el aspecto político, de quitar poder a los gobiernos locales para decidir libremente los destinos de sus propias economías (mayor influencia del marco macroeconómico).

⁴ Cfr. PIETH, c. más ref., p. 757.

etc.), y esforzándose por encontrar medios de carácter internacional en la lucha contra la corrupción. Anteriormente había reinado una pasividad increíble, explicable únicamente o bien por la ingenuidad del legislador de cerrar los ojos ante el problema existente, o bien por la influencia de los que dominan los aparatos de poder y están involucrados en estructuras corruptas. En Alemania, p. ej. durante mucho tiempo ha dominado la convicción sobre la “incorruptibilidad” del funcionario público alemán, heredero del legendario “funcionario prusiano” del siglo XIX. Ahora, tras tantos escándalos, tal convicción ha demostrado no ser más que una ilusión.⁵ Por cierto, el campo político no son raros los casos de “autoengaño”; aún en estos días es común el discurso político que asegura a los ciudadanos haber erradicado la corrupción de un país y, por tanto, no necesitar preocuparse más por ello.⁶

Entre los países industrializados correspondería sobre todo a Italia el triste papel de servir de modelo de sociedad donde imperaría el más alto nivel de corrupción. La corrupción y la mafia alcanzaron allí tal poder económico y político que, luego de la gran ofensiva contra la corrupción (“manos limpias”) de principios de los 90, no habría quedado después ningún partido tradicional importante en las esferas del poder, dado que muchos de sus líderes habían sido o están siendo aún procesado por corrupción y otros delitos aún más

⁵ ÜBERHOFEN, 1999. p. 9 y s.; SCHAUPENSTEINER, NSTZ 1996, p. 1 y s.; ídem, Kriminalistik 1994, p. 514; RÜGEMER, c. numerosos ejemplos de la jurisprudencia, p. 458 y ss.

⁶ Cfr. las críticas del fiscal español Carlos CASTRESANA a la política anticorrupción española de los últimos años bajo la creencia de incompatibilidad entre el partido gobernante y la corrupción. Esto ha llevado no solamente a que desde el C. P. de 1995 (promulgado durante el régimen político anterior) no haya ninguna mejora sustancial, sino que incluso se haya descuidado gravemente reforzar la política de lucha contra la corrupción pese a indicios claros de una economía sumergida probablemente amparada por una corrupción galopante. Hasta marzo de 2003 España ni siquiera había firmado la Convención Penal (y la civil) contra la Corrupción de 1999, dada en el marco del Consejo de Europa. Ver en “El Mundo” de 03-03-2003, p. 20 y s. También BACIGALUPO destaca la atención pública y judicial que han merecido casos de corrupción a nivel político-institucional en España (tanto bajo el gobierno socialista como el conservador), sobre casos de financiamiento ilegal de partidos políticos relacionados con la contratación estatal o fraudes fiscales, así como los casos de “corrupción privada”; ver c. ref., p. 716 y s.

graves.⁷ Y también miembros del actual gobierno tienen procesos pendientes por corrupción, de los cuales evidentemente tratan de librarse a través de dudosas maniobras legislativas ad-hoc (leyes de cambio de jurisdicción, acortamiento de plazos de prescripción, reintroducción de inmunidad política).⁸ Tampoco Alemania ofrece un panorama alentador. Como ya se dijo antes, después de décadas de tranquilidad aparente bajo el sobreentendido de que en Alemania la corrupción no sería un grave problema, a principios de la década de los 90 del siglo XX llegaron a los tribunales una serie de casos de corrupción de miembros de las más altas esferas políticas y la industria.⁹ Después de muchas discusiones previas, en 1997 se promulgó la “Ley de lucha contra la corrupción” de 13-08-1997, que introdujo muchos cambios en tipos de cohecho del C. P. alemán.¹⁰ Con esta ley se ampliaron los tipos penales y crearon nuevos (p. ej. la corrupción privada), además de otros cambios del marco penal y las consecuencias jurídicas. Paralelamente se dieron cambios en leyes extrapenales para eliminar alicientes legales a la corrupción. El objetivo de la reforma consistía en mejorar la persecución penal de la conducta corrupta ante las exigencias de la práctica penal y los desarrollos jurídicos internacionales (reforma de los tipos tradicionales de cohecho y ampliación del círculo de autores) y destacar la importancia de la protección de la libre competencia (introducción del tipo de “cohecho privado”).¹¹ Pero aún después de ello han continuado los escándalos tras descubrirse nuevos casos graves de corrupción, vacíos de punibilidad y problemas interpretativos. También en Alemania, al igual que en muchos otros países, las reformas no han sido suficientes.

⁷ Ver ref. sobre el caso italiano en ÜBERHOFEN, p. 19; SCHAUPENSTEINER, *Kriminalistik* 1994, p. 517 (recuadro). También KILLIAS ofrece un cuadro de la burocracia y corrupción cotidianas en Italia que podría encajar perfectamente en muchos países latinoamericanos; p. 247 y ss.

⁸ Ver, con un cuadro de los procesos archivados, suspendidos y pendientes contra Silvio Berlusconi, en: *Der Spiegel*, n° 26 de 23-06-03, p. 118.

⁹ Ver c. ej. el análisis de la situación alemana antes de la reforma de 1997 en SCHAUPENSTEINER, *NSiZ* 1996, p. 409 y ss. Se constataba, entonces, sobre todo un alarmante incremento de la corrupción estructural; ídem, p. 411, col. izq.

¹⁰ Véase BANNENBERG, p. VII, 16 y s., 36 y s. También en ÜBERHOFEN, con un amplio análisis histórico y crítico de la legislación penal alemana antes y después de la reforma de 1997, p. 73 y ss.; OTTO, p. 219 y s.

¹¹ Cfr. c. más ref., BANNENBERG, p. 17.

2. INCREMENTO Y DAÑOSIDAD DE LA CORRUPCIÓN

2.1 Los diversos tipos de “corrupción de funcionarios públicos” según la criminología

En la criminología se conocen distintos tipos de corrupción de funcionarios públicos. El nivel más bajo es el de la llamada corrupción ocasional (o “corrupción directa”), o sea como fenómeno individual que puede afectar a cualquier individuo; en determinadas situaciones los individuos pueden reaccionar con ofertas espontáneas de corrupción.¹² Este tipo de corrupción refleja, en especial, el estado en el que se encuentran los valores de una sociedad, pues tanto el número de la oferta como, en especial, de la aceptación de sobornos será especialmente significativo en sociedades donde la “cultura de la corrupción” ha alcanzado niveles alarmantes. En Alemania, en una investigación realizada por el gobierno de la región de Baden-Württemberg para el período de 1991, se obtuvo como resultado que de los 81 casos de corrupción ocasional perseguidos como delitos, la mayoría se refería al “cohecho activo”, específicamente a intentos de soborno a policías para evitar una persecución penal, mayormente por el delito de conducción bajo estado de ebriedad; en la gran mayoría de los casos, los policías rechazaron las ofertas y formularon la denuncia penal correspondiente.¹³ Pero también la corrupción puede afectar a determinada rama de una industria o institución; en este caso se habla de *corrupción estructural*.¹⁴ Muchas veces los funcionarios y los interesados se conocen y actúan planificadamente durante un largo período de tiempo. Especialmente interesante es la corrupción que proviene de o se produce en el campo empresarial, y sobre todo en la rama de la construcción. Aquí, cuando el Estado interviene como convocador de grandes obras públicas a través de licitaciones o concursos, muchas veces los procesos de

¹² DÖLLING, asumiendo la terminología oficial, en “Empfehlen sich Änderungen...”, p. C 20; OSTENDORF, p. 615.

¹³ Ver en DÖLLING, “Empfehlen sich Änderungen...”, p. C 20.

¹⁴ La distinción entre corrupción ocasional, estructural y del sistema es propuesta por OSTENDORF, p. 615.

decisión o control de sus funcionarios se ven influenciados por sobornos provenientes de parte de los empresarios interesados o intermediarios.¹⁵ El nivel más grave de corrupción es el que se conoce como corrupción institucionalizada (o del sistema), o una corrupción que funciona como criminalidad organizada. Aquí el delito es particularmente difícil de combatir cuando, más allá de manifestarse como “corrupción directa” (es decir, en la que participan sujetos identificables), ante una ausencia de valores (anomia social), los actos de agentes no identificados desnaturalizan o perturban el funcionamiento de los órganos del Estado (actuación irregular), el cual deviene en ineficaz.¹⁶

Los organismos internacionales y los países anglosajones suelen distinguir más bien entre *corrupción pequeña* (petty corruption) y *gran corrupción* (grand corruption).¹⁷ La primera abarca los casos de bagatela, corrupción ocasional y las “estrategias de sobrevivencia de funcionarios públicos mal remunerados”; la segunda abarca los casos de corrupción de las élites de poder, empresas, políticos, etc. Y se dice usualmente que la primera casi no existiría en los países industrializados, aunque sí distintos niveles de la segunda; y que en los países del tercer Mundo, en cambio, donde el funcionario público mal remunerado se ve obligado muchas veces a escoger entre la integridad y los propios intereses personales de

¹⁵ El caso más reciente es el de los cárteles en la industria de la construcción en Colonia y otras ciudades de Renania del Norte - Westfalia (Wuppertal, Bonn, etc.). Se habría sobornado a funcionarios municipales para asegurarse el otorgamiento de la buena pro para la construcción de plantas de tratamiento de basura y de centrales combinadas de energía y calefacción, así como las licencias de funcionamiento a determinadas empresas operadoras; ver, entre otras publicaciones alemanas, “Süddeutsche Zeitung”, n° 58 (9/10 de marzo de 2002), p. 2; n° 64, p. 2 (16/17 de marzo de 2002); “Der Spiegel”, n° 11 (11/03/02), “Der Müll, die Partei und das Geld”, p. 22 y ss.; n° 12 (18/03/02), “Nach Art der Mafia”, p. 22 y ss.; n° 13 (25/03/02), “Ein bisschen schämen”, p. 92 y ss. Incluso se ha llegado a decir que en la región de Colonia la política habría tenido una “estructura mafiosa” donde la política estaba a la venta de las empresas interesadas; ver “Der Spiegel”, n° 26 (24/06/02), “Klein-Palermo am Rhein”, p. 72 y s.

¹⁶ Cfr. DU PUIT, p. 102 y s., con ejemplos históricos de corrupción en el Perú, ya desde inicios de la era republicana, p. 103 y ss.

¹⁷ EIGEN/PIETH, en Pieth /Eigen, p. 2; ROSE-ACKERMANN en Pieth/Eigen, p. 40, 41 y s.; BANNENBERG, p. 326; c. más ref. ÜBERHOFEN, p. 39.

supervivencia o de un mínimo nivel de vida decorosa, se encontrarían presentes por igual ambos tipos de corrupción.¹⁸

El carácter indesligable de la corrupción con la esencia misma del ser social desde los albores de la civilización, así como su aparición en todas las formas de organización sociales pone en evidencia también que, para controlarla, no puede bastar con recurrir al Derecho penal: tras un consenso social sobre su reprochabilidad y la voluntad política de contenerla, debe formarse una cultura de anticorrupción en la política, la administración, la economía y toda la sociedad, a la vez que se respetan en la práctica los valores fundamentales de coexistencia social; el Derecho penal solamente vendrá a reforzar la ya existente desvaloración general de la corrupción.¹⁹

Pero, para llegar a esto (sobre todo cuando se ha llegado al nivel más alto de corrupción: la corrupción institucional), tiene que darse antes una amplia, abierta y honesta discusión sobre la problemática.²⁰ Aquí parece radicar el principal problema de los intentos de controlar la corrupción en países del Tercer Mundo: después de períodos de amplia corrupción política, no se discute abiertamente sobre las causas mismas del problema, sino se tienden a repetir los mismos errores, creyendo que bastarían las medidas penales. Además, las mismas estructuras que favorecieron el incremento incontrolado de la corrupción²¹ permanecen inalteradas (incluso los mismos agentes corruptores se apropian del discurso de la “lucha contra la corrupción”). No es raro, entonces, que, pasada la euforia

¹⁸ BANNENBERG constata que los países afectados por la petty corruption también sufren el problema de la grand corruption debido a una probable carencia de estructuras propias de un estado de derecho, así como un sistema de dirección estatal justo y efectivo; ver p. 449.

¹⁹ Cfr. DÖLLING, “Empfehlen sich Änderungen...”, p. C 7 y s.

²⁰ DÖLLING, “Empfehlen sich Änderungen...”, p. C 8 y s.

²¹ Una de estas causas es la tradicional burocracia, que muchas veces obliga a los administrados a recurrir a amigos y contactos para “solucionar” problemas que la misma cultura burocrática (reglamentación excesiva, falta de iniciativa de los funcionarios, etc.) crea. Ver KILLIAS (quien toma como ejemplo a Italia), p. 247 y ss., 249.

inicial, más adelantes se vuelva a los mismos niveles de corrupción. La problemática de la corrupción no pasa aquí se constituir un mero discurso político empleado conyunturalmente.²²

2.2 Medición del avance de la corrupción

Hasta hace muy poco, la Criminología no había tomado en serio el problema de la corrupción (al igual que la criminalidad organizada y la económica); no solamente había un considerable retraso en la investigación teórica, sino también en las investigaciones empíricas sobre la corrupción.²³ A esto se suman las dificultades provenientes de la naturaleza de este tipo de criminalidad. Así, puede parecer extraño que muchas estadísticas arrojen cifras reducidas de corrupción, en contra del sentir general de la población. La explicación de ello no está en que haya menos corrupción de la que se piensa. Lo que sucede es que en la corrupción usualmente no existe una víctima concreta interesada en la persecución penal, tal como existe en otros delitos: en el “pacto injusto” participan el funcionario público y el interesado, y normalmente, por temor a la pena, ninguno de ellos quiere que los hechos sean descubiertos. Al desaparecer la “víctima” concreta, tampoco existe el informante típico que pueda activar la persecución penal y, como resulta difícil hayan testigos de los hechos, puede suponerse que la cifra oscura de este tipo de criminalidad sea muy elevada.²⁴ Esta suposición se ve reforzada por el hecho de haberse constatado que los casos de corrupción descubiertos han aumentado significativamente en

²² DÖLLING menciona además que el término “corrupción” también puede ser utilizado como arma política para legitimar futuros gobiernos ilegítimos (y a la larga corruptos) como en el caso de los nazis (contra la República de Weimar) y juntas militares de países subdesarrollados; ver c. ref. en “Empfehlen sich Änderungen...”, p. C9.

²³ Describiendo la situación en Alemania, BANNENBERG, c. más ref., p. 61.

²⁴ Esta constatación es alegada unánimemente en la doctrina; ver DÖLLING, “Empfehlen sich Änderungen...”, p. C 16; HETTINGER, NJW, 1996, p. 2266, col. izq.; ÜBERHOFEN, p. 216; SCHAUPENSTEINER, Kriminalistik 1994, p. 518, col. izq.; BANNENBERG, p.59, 61, 447 y s. En un 90 % de los casos, los hechos fueron conocidos por la Policía gracias a la denuncia de terceros; solamente en un 10 % de los casos, la Policía inicia investigaciones por otros motivos; BANNENBERG, p. 59.

aquellas ocasiones en que, por alguna razón, se ha investigado intensamente en algún sector (efecto de “reacción en cadena”). Por este motivo, la criminología clasifica estos delitos dentro del grupo de los “delitos de supervisión y control”.²⁵ Son escasos los casos en los que el funcionario público no se ha dejado corromper y ha denunciado los hechos; estos constituyen normalmente casos de bagatela y de “corrupción ocasional”. Los demás casos, en especial aquellos en los cuales los funcionarios y los interesados han estado relacionados durante mucho tiempo, solamente pueden ser descubiertos gracias al azar, a la autodenuncia de alguno de los participantes (por distintos motivos), a denuncias anónimas (que no pocas veces son ignoradas por las autoridades administrativas) o a investigaciones periodísticas.²⁶

La naturaleza del fenómeno “corrupción” hace que las investigaciones empíricas se basen sobre todo en “estimaciones subjetivas”, o sea desde la perspectiva de las autoridades encargadas de la persecución penal.²⁷ Pero también se han destacado otras dificultades prácticas en la investigación empírica de la criminalidad de corrupción: dificultad de acceso a los expedientes por un exceso de celo de las autoridades basándose en la protección de datos, falta de cooperación de las autoridades pese a la existencia de una autorización de superiores jerárquicos, amplitud de los expedientes que suelen incluir un gran número de inculpadados y extenderse por varios años, problemas de método en la recopilación de los datos, etc.²⁸

Para medir el grado de *corrupción nacional* (por contraposición a la “internacional”), puede procederse de manera muy distinta. Los datos pueden provenir de casos policiales, casos que llegan a ser investigados por la Fiscalía, casos que son procesados penalmente, casos que han tenido una condena penal y según encuestas de opi-

²⁵ DÖLLING, “Empfehlen sich Änderungen...”, p. C 14; HETTINGER, c. ref., p. 2266, col. izq.; cfr. también ÜBERHOFEN, quien no utiliza la terminología de “delitos de supervisión y control”, p. 226 y s.

²⁶ BANNENBERG, p. 59, 482.

²⁷ BANNENBERG, p. 61; ÜBERHOFEN, p. 227.

²⁸ BANNENBERG, p. 64 y ss.

nión pública. Los datos obtenidos deben ser valorados con mucho cuidado, pues algunas circunstancias podrían falsear los resultados. P. ej. las *denuncias policiales* podrían ser muy bajas debido a que los casos de corrupción mayormente son denunciados directamente a la Fiscalía; y también los casos investigados por la fiscalía podrían ser pocos precisamente a la existencia de una corrupción institucionalizada que desincentivaría las denuncias o investigaciones de oficio contra funcionarios corruptos. Y por último tampoco el número de casos procesados penalmente o que hayan llevado a condenas penales está libre de distorsiones: si la corrupción es institucional, ni los procesos penales ni las condenas que existan reflejarán el grado de corrupción en dicha sociedad. El Perú de los últimos años puede ser un ejemplo de ello: pese a la conocida corrupción en el Poder Judicial, las denuncias, condenas e incluso las investigaciones del órgano de control interno fueron mínimas. Por último, dado que no todas las denuncias policiales necesariamente implican que se haya producido de verdad un caso de corrupción punible, ellas pueden tampoco ofrecer más que un dato inicial. Es más, pese a que la cuota de esclarecimiento policial de los delitos puede ser elevadísima (con la denuncia, usualmente aparece el nombre de los implicados), la insuficiencia de pruebas hace que la formalización de las denuncias ante la justicia común se produzca pocas veces o, realizado esto, que pocas veces se inicie un proceso penal.²⁹

La *estadística de la persecución penal*, a diferencia de la policial, sí arroja datos relacionados directamente con la comisión de ilícitos penales. Aquí hay que distinguir entre estadísticas referidas a los casos de juzgamiento y los casos de condena. En Alemania, aunque la tendencia haya sido siempre creciente, no se observa un incremento sustancial de los casos juzgados año a año por cohecho

²⁹ Así, mientras que en Alemania, las cuotas de esclarecimiento policial (en el sentido de determinar al sospechoso del hecho) de los delitos de cohecho siempre han sido elevadísimas (entre el 90 y el 99 %), las de inicio formal de procesos penales ha sido muy baja (menos del 50%), de los cuales, muchos casos terminaron con archivamientos debido a la falta de prueba de elementos objetivos de los tipos, sobre todo del “acuerdo ilícito”. Ver más datos y ref. en DÖLLING, “Empfehlen sich Änderungen...”, p. C 38; BANNENBERG, p. 55.

pasivo y activo en los últimos años. De todos los casos juzgados (p. ej. en 1993, 200 de cohecho activo y 87 de cohecho pasivo), se llegó a una condena en la mayoría de los casos (las dos terceras partes de los cohechos pasivos y las cuatro quintas partes de los cohechos activos); para los casos de “corrupción privada” existentes en Alemania hasta 1997 en una ley especial (art. 12 UWG), en cambio, no se tenía estadísticas específicas hasta 1995 pero la tendencia era decreciente (143 casos -de ilícitos contra la leal competencia- en 1993 frente a 260 en 1990).³⁰ Para 1999 se tenían: 905 casos de cohecho pasivo impropio (art. 331), 687 de cohecho pasivo propio (art. 332), 363 casos de cohecho activo impropio (art. 333), 958 de cohecho activo propio (art. 334) y 39 casos de cohecho propio agravado (art. 335). De los 2952 casos en total resultaron 1,773 “sospechosos” de actos de corrupción; sin embargo dicho año no hubo ninguna condena por dichos hechos (lo cual no excluye que se haya producido alguna en los años siguientes).

En estas estadísticas resalta que el porcentaje de condenas por casos juzgados de delitos de “corrupción” es, en Alemania (y probablemente también en todos los demás países), significativamente más bajo que el de los demás delitos.³¹ El que el índice de los procesos penales por delitos de cohecho sea tan bajo en relación con los demás delitos (entre 0,05 y 0,04 % desde 1994 hasta 1999³²) se

³⁰ Datos presentados en DÖLLING, “Empfehlen sich Änderungen...”, p. C 14 y s.

³¹ Según los datos de DÖLLING (“Empfehlen sich Änderungen...”, p. C 39) para Alemania en 1993, el 64% de los procesados por cohecho pasivo fueron condenados, mientras que el porcentaje de condenas en los demás delitos era del 82 %; esta diferencia de “efectividad condenatoria” sería incluso mayor que en la época anterior (75 contra 80 % de los casos entre 150 a 1989). Aunque el porcentaje de condenas por “cohecho activo” se acerca al de los demás delitos, el elevadísimo porcentaje de archivamientos en la Fiscalía (o sea, antes de llegar al juicio oral), en cambio, hace que pierda significado el número de condenas producidas (83 % de los casos juzgados en 1993). La situación es más grave todavía en los casos de “corrupción privada” (y otros delitos contra la competencia desleal), donde las condenas de los casos juzgados solamente llegó en 1993 al 59 %. Por lo tanto, podría concluirse que habría un incremento notable de impunidad al interior de la justicia penal alemana. Esta conclusión también es respaldada por ÜBERHOFEN en su investigación de los datos hasta 1996, p. 222 y s.

³² Ver datos y ref. en BANNENBERG, p. 53; también ÜBERHOFEN, p. 223.

explica en parte por el hecho de que no abarcan casos “mixtos”, es decir aquellos en los que también se juzgan otros delitos más graves (estafa, fraude fiscal, etc.); pero también por los ya mencionados fenómenos que producen la elevada cifra oscura de criminalidad en estos delitos.³³ También debe tenerse en cuenta que los datos pueden relativizar la fuerza expresiva de la estadística anual por el hecho de que no siempre las estadísticas de una autoridad encargada de la persecución de la corrupción incluye los datos de la labor de otra autoridad; p. ej. las estadísticas policiales no suelen incluir las investigaciones directamente realizadas por la Fiscalía, sobre todo si se trata de actos de corrupción relacionados con delitos económicos, en los cuales, además, el número de inculpados suele incrementarse o reducirse conforme avanzan las investigaciones.³⁴ Las estadísticas, por lo demás, dependen mucho de la labor investigadora de la Policía y la Justicia. Mientras más dirijan estas su atención a descubrir e investigar casos de corrupción, mayor será el porcentaje de casos de corrupción por año, sin que ello quiera decir todavía que haya habido un aumento dramático de la corrupción en el país o sector investigados.

En el caso de la *corrupción internacional*, también pueden diferir las técnicas de medición. Los resultados también se obtienen a través de encuestas, pero estas varían según si se refieren a las experiencias propias de corrupción activa o pasiva (encuesta de autores) o a las estimaciones o suposiciones de la difusión de prácticas corruptas (encuesta subjetiva). Esta última técnica es la utilizada por la ONG “Transparency International” para establecer sus “rankings” de corrupción por países. Esta organización publica, desde 1995, un “Corruption Perception Index” (CPI) y, desde 1991, un “Bribe Payers Index” (BPI). Mientras el primer índice se refiere a la percepción que se tiene sobre el grado de corrupción de los funcionarios públicos en determinados países (la parte tomadora), el segundo toma en cuenta más bien la disponibilidad a cometer actos de corrupción (la parte oferente). En ambos casos se trata

³³ DÖLLING, “Empfehlen sich Änderungen...”, p. C 16.

³⁴ Cfr. BANNENBERG, p. 60.

siempre de mediciones subjetivas; las preguntas se dirigen a distintas personas (empresarios, analistas, público en general). Dado que la corrupción es un “factor de riesgo” en las inversiones, los datos obtenidos interesan sobre todo a los potenciales inversionistas y empresas.³⁵

Según los índices del CPI –sobre una base de 90 o más países-, en general, los países con menor grado de corrupción pasiva³⁶ - son los países escandinavos, Nueva Zelanda, Canadá, Singapur y Holanda. Alemania figura en 1999 en el puesto 14, en 2000 en el puesto 17, en 2001, en el 20 y en 2002 en el puesto 18. España no queda bien situada; en 1999, puesto 23; en 2000, puesto 20; en 2001 y 2002, puesto 22. El país mejor ubicado de Sudamérica es Chile (1999: puesto 19; 2000: puesto 18; 2001: puesto 18; 2002: puesto 17). Perú ocupa los puestos de la mitad inferior de la tabla (1999: puesto 40; 2000: puesto 41; 2001: puesto 44; 2002: puesto 45), mientras que Argentina (puesto 57 en 2001 y 70 en 2002) y Brasil (puesto 46 en 2001 y 45 en 2002) han quedado incluso peor ubicados. El puesto de USA no es tampoco muy halagüeño: en 1999, puesto 18; en 2000, puesto 14; 2001, puesto 17; 2002, puesto 16.

En cuanto al BPI de 1999,³⁷ para el cual se entrevistaron a personalidades de países en vías de desarrollo (empresarios, cámaras de comercio, estudios de abogados, etc.) sobre las prácticas corruptas de empresas de 19 países industrializados, el resultado fue que todos ellos presentaban cierto grado de corrupción activa. Suecia (en la lista no figuran otros países escandinavos), Australia y Canadá ocuparon otra vez los primeros lugares en cuanto a menor corrupción activa. El último lugar (puesto 19) lo ocupó China, mientras que Alemania y USA no pasaron de la mitad de la tabla (puestos 9 y 10 respectivamente). España solamente tuvo el lugar 12 e Italia el 16. En cuanto a los sectores más afectados por la corrupción

³⁵ Cfr. BANNENBERG, p. 41.

³⁶ Ver estos resultados en el portal electrónico de Transparency International: www.transparency.org. Los datos hasta el 2000 pueden encontrarse también en BANNENBERG, p. 42 y ss.

³⁷ Ver el cuadro y ref. en BANNENBERG, p. 47.

(Bribery in Business Sector),³⁸ el mayor grado de corrupción estaría en la contratación con el Estado y la construcción (1,5 puntos), seguido por la industria de armamentos y de defensa (2 puntos); más atrás siguen el sector energético (3,5 puntos), la industria y minería (4,2 puntos), el sector salud (4,6), las telecomunicaciones y el servicio postal (4,6), etc. En el último BPI (no hubo otro desde 1999), la situación no ha cambiado sustancialmente. El primer lugar lo ocupaba ahora Australia (8.5 puntos), seguido de Suecia y Suiza (8.4 puntos ambos). Alemania continúa en el noveno lugar junto con Singapur (6.3 puntos cada uno); España mejoró una posición, pues ahora ocupa el puesto 11 (5.8 puntos), mientras que Estados Unidos empeoró un poco para ocupar el puesto 13, junto con Japón (5.3 puntos). Italia constituye el país europeo occidental peor situado con el puesto 17 (4.1), mientras que Rusia se sitúa en el último lugar (puesto 21 con 3.2 puntos). La incidencia de la corrupción por sectores no mucho, salvo por el puntaje, en los primeros lugares: contratación estatal y construcción, 1.3; armamento y defensa, 1,9; sector energético, 2,7; etc.

2.3 Bien jurídico tutelado y la dañosidad de la corrupción de funcionarios

Si la incidencia de la corrupción de funcionarios es tan significativa, y si ella va en aumento, resulta casi evidente la necesidad de hacer algo. Por cierto, para que la intervención estatal recurra al Derecho penal se necesita algo más que una mera constatación estadística pues –como es sabido– el Derecho penal implica un grave recorte de derechos individuales. Para admitir el recurso al Derecho penal, usualmente se exige que exista un “bien jurídico” importante, que las conductas que lo afectan sean suficientemente graves (“merecedoras de pena”) y que no exista otra posibilidad de controlar (satisfactoriamente) estas conductas (“necesidad de pena”).

En la doctrina penal se sostienen distintas fundamentaciones acerca del *bien jurídico* afectado por la corrupción. Algunos

³⁸ Ver en BANNENBERG, p. 48.

buscan sustentar un solo bien jurídico afectado en todos los casos de corrupción; otros (mayoritariamente en España) prefieren referirse a un bien jurídico general en todos los delitos contra la administración pública, y “bienes jurídicos específicos” en cada caso específico. El primer supuesto se presenta en parte de la doctrina hispanoamericana moderna y alemana que afirma la protección de la “imparcialidad de la actuación funcional”; en el segundo caso, se sostiene, como bien jurídico general, el correcto funcionamiento de la administración pública, y como bienes jurídicos específicos según el tipo de cohecho (o corrupción) que se trate: la imparcialidad de la actuación funcional, el carácter público de la función, etc.³⁹ A partir del bien jurídico afectado (o bienes jurídicos afectados), se ha afirmado prácticamente de manera uniforme el *merecimiento y la necesidad de pena* de los casos más conocidos de cohecho, pues tanto el funcionamiento de la administración pública como la confianza de los administrados (que redundará a su vez en dicho funcionamiento) se ven gravemente afectados con los actos de corrupción; en última instancia, la corrupción socava las bases mismas del sistema político y económico de la sociedad.⁴⁰ A ello se suman, sobre todo en casos de “corrupción estructural”, perjuicios económicos y al sistema mismo de economía de mercado, cuando la corrupción va unida a estafas y fraudes de todo tipo.⁴¹

En algunos casos de cohecho, sobre todo en los que intervienen sujetos, cuya cualidad de “funcionario público” (en el sentido penal) resulta dudosa (casos de “privatización de la función pública”),

³⁹ Ver las ref. en ABANTO, “Los delitos contra la administración pública”, 1ra. ed., p. 368 y ss. En Alemania predomina la primera tendencia, aunque con la precisión de que se quería proteger la “confianza de los administrados en un funcionamiento correcto de la administración” (que se vería afectada ya con actos que den incluso la “apariencia” de corrupción); en cambio la posición de CRAMER (protección primaria de la corrección del ejercicio funcional y, según cada tipo específico distintos “puntos de vista”) se acerca, más bien a la segunda posición; ver en Schönke/Schröder, p. 2568, n. marg. 1.

⁴⁰ Esto lo destacan muchos autores alemanes; ver BOTTKE, p. 215, col. der.

⁴¹ En Alemania p. ej. se calculaba, antes de la reforma de 1997, que el perjuicio causado por los fraudes de licitación en el campo de la construcción ocasionaban perjuicios al Estado por un valor de 4 a 10 mil millones de marcos (aproximadamente 2 a 5 mil millones de euros) anualmente; ver en SCHAUPENSTEINER, NSTZ 1996, p. 411, nota 13; también en Kriminalistik 1994, p. 516, col. der.

parte de la doctrina discute la “necesidad de la pena”, pues —afirma ella— podría bastar la intervención del Derecho disciplinario al interior de la administración. Pero, ya la mera existencia de tantos casos de corrupción, pese a la existencia de un Derecho disciplinario, demuestra que su supuesto efecto “intimidante” o “disciplinario” no puede ser suficiente, aparte de que con la tendencia en aumento a la privatización de la función pública, muchos sujetos, que sí son funcionarios públicos para el Derecho penal, no están sometidos al Derecho disciplinario de la administración.⁴² Aisladamente también se deniega el merecimiento y la necesidad de pena (y por tanto, la punibilidad) en los casos de cohecho impropio (compraventa de actos funcionariales conformes a la ley) y del cohecho subsiguiente (promesa o entrega de ventajas con posterioridad a la conducta funcional). En algunas legislaciones ni siquiera ha previsto la punibilidad del “cohecho subsiguiente”. Muchas legislaciones (p. ej. Perú) solamente prevén la punibilidad del cohecho “pasivo” subsiguiente más no del cohecho “activo” subsiguiente. Pero la justificación de la punibilidad del “cohecho subsiguiente”, sobre todo cuando se trata del cohecho “pasivo”, se basa en la “peligrosidad” de la conducta: tales formas de cohecho encubrirían auténticos cohechos antecedentes o formarían parte de una estrategia amplia de establecer contacto con el funcionario (la “alimentación” del funcionario) para futuros acuerdos ilegales.

⁴² Cfr. los argumentos de ÜBERHOFEN a favor de una ampliación de la punibilidad para nuevos casos de corrupción, p. 53 y s.

3. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Como se ha visto, hay casi unanimidad en afirmar que la corrupción, por lo menos la de funcionarios públicos, tiene un contenido de injusto que justifica su represión penal. Sin embargo, por razones de “ultima ratio” corresponde al Derecho penal constituir el medio extremo para luchar contra ella. En esto existe concordancia en la doctrina penal. En efecto, si como manifiestan las investigaciones criminológicas, la corrupción de funcionarios públicos se ve condicionada por una serie de factores, una lucha eficaz contra ella tiene que basarse en un concepto global que incluya numerosas medidas en distintos niveles, entre ellos el administrativo, contravencional, constitucional, policial, etc..⁴³ Entonces, más allá de la mera represión, una lucha contra la corrupción que busque buenos resultados a largo plazo tiene que incidir en la “prevención”. Las recomendaciones que se hagan al respecto deberían, sin embargo, basarse en investigaciones empíricas no solamente de los “causas de la corrupción”, sino también de los “efectos preventivos de medidas ya adoptadas”; pero precisamente este último tipo de investigación es casi inexistente.⁴⁴ En cambio, en contra de algunas opiniones aisladas, no sería recomendable renunciar a la persecución penal y solamente incidir en la prevención a través de reforzar el funcionamiento eficaz de la administración.⁴⁵

⁴³ En esto se basó la amplia doctrina alemana para sugerir la reforma penal de 1997; ver DÖLLING, c. más ref., “Empfehlen sich Änderungen...”, p. C 42 y ss.; SCHAUPENSTEINER, *Kriminalistik* 1994, p. 518. Este último autor insiste en la necesidad de una concepción global basada en cuatro pilares: intensificación de la persecución penal, mejora de los controles preventivos (en la administración y en las empresas); eliminación de vacíos legales (penales), y el aislamiento social de la corrupción (refuerzo de la desaprobación ético-social); ver en *NStZ* 1996, p. 412 y ss.

⁴⁴ BANNENBERG, p. 447. En Alemania, p. ej. solamente se han llevado a cabo encuestas a la administración central y regional, pero las respuestas de la primera no pasan de expresar buenos deseos sin ninguna afirmación basada en datos objetivos, y la segunda solamente se refería al estado de la implementación (y no al éxito o al fracaso) de las medidas recomendadas para la lucha contra la corrupción (que por lo demás llevaban retraso); ver ídem, p. 467 y s.

⁴⁵ En este sentido BANNENBERG, p. 448 y s. KILLIAS critica, en cambio, la argumentación recargadamente moral de la problemática y sugiere, más bien, una descriminalización procesal (renuncia a la persecución penal, exención de

Ciertamente, las medidas que puedan adoptarse en países menos afectados por la corrupción pueden diferenciarse de las que sean recomendables en países crónicamente afectados por estas conductas, pero eso no quiere decir que también en los primeros no se pueda y deba recurrir al Derecho penal como última medida en los casos más graves.⁴⁶ Precisamente para estos casos más graves (los de corrupción estructural y los de redes de corrupción), incluyendo los de aparente bagatela (“alimentación” de funcionarios públicos), se han elaborado recomendaciones basadas en la experiencia de haber observado previamente las causas o circunstancias que posibilitan la comisión de prácticas corruptas o su ocultamiento y los sectores más propensos a la corrupción según la realidad de cada país.⁴⁷ Para la “corrupción ocasional” debe bastar la “sensibilización” de los ciudadanos y funcionarios a través de diversas medidas que cimenten en las conciencias el rechazo a estas conductas (publicidad de los casos, capacitación de los funcionarios para que eviten circunstancias que acompañan la corrupción, creación de

pena) según una serie de casos: cuando la conducta sea disculpable según las circunstancias (falta de provecho propio y derecho a la ventaja obtenida), no se hayan afectado gravemente bienes jurídicos (casos de bagatela) o la persecución penal resulte injusta (cuando el funcionario público y otros partícipes no son perseguidos penalmente en su propio país); p. 253 y s.

⁴⁶ BANNENBERG, p. 449 y s. y nota 897.

⁴⁷ En Alemania los sectores con más riesgo de corrupción serían: la autoridad de extranjería (por la existencia de una fuerte inmigración), las autoridades de asistencia social (dada la cantidad de prestaciones sociales), las oficinas veterinarias (por el elevado consumo y producción industrializada de carne), los examinadores de la aptitud para conducir vehículos, y los policías encargados de investigar la corrupción organizada. Estos resultados provienen de la reciente investigación de BANNENBERG, p. 450. El caso de la “alimentación al funcionario” (Anfüttern) ha merecido especial atención por la doctrina, pero todavía no se ha encontrado una formulación satisfactoria en los tipos penales; ver las críticas a los proyectos anteriores a la reforma alemana que no preveían el caso (la versión final tampoco lo hizo) de SCHAUPENSTEINER, NStZ 1996, p. 414, col. der. Críticamente también RÜGEMER, quien menciona, además de los conocidos, una serie de casos (por cierto, discutibles) de “corrupción legalizada”, p. 466 y s. ARZT, en cambio, desde una perspectiva económica quiere excluir el Derecho penal de estos casos (la estructura venal sería preferible a su lucha porque ésta crearía más criminalidad y corrupción), y centrarse en eliminar los estímulos que posibilitan la venalidad; p. 507.

una ética económica en las empresas),⁴⁸ así como el riesgo a la represión administrativa y penal.

En este marco expositivo no se puede incidir más en cuanto a las medidas extrapenales. En lo que sigue habrá que restringir la exposición a la parte relacionada con la lucha penal contra la corrupción.

4. TRATAMIENTO PENAL TRADICIONAL DE LA CORRUPCIÓN

Hasta ahora se ha hablado de “corrupción de funcionarios públicos”. Sin embargo, ya de lege lata, el término “corrupción de funcionarios públicos” no guarda identidad con el de “cohecho”, término usualmente empleado en las legislaciones penales de habla hispana. En el C. P. peruano, bajo la denominación “corrupción de funcionarios públicos” se entiende tanto al “cohecho” (arts. 393 a 396, 398 a 399) como también a las “negociaciones incompatibles con el cargo” (art. 397), el “tráfico de influencias” (art. 400), y el “enriquecimiento ilícito” (art. 401). El término “corrupción”, por sí mismo, insinúa, por lo visto un fenómeno que va más allá del mero “cohecho” (la compraventa ilícita entre un funcionario público y un particular). A esto se añade que también se hable de “corrupción privada”, o sea de aquél caso en el cual ninguna de las partes reúne la cualidad de “funcionario público”.

Debido a estas dificultades, para poder extraer conclusiones sobre si determinada legislación (penal y extrapenal) está suficientemente preparada para la lucha contra la corrupción, se hace necesario buscar una definición previa de la “corrupción” que englobe todos los casos no deseables socialmente. Para esto se ofrecen muchas definiciones, entre las cuales las más interesantes centran el injusto en los elementos “ineficiencia” o en el “abuso de poder”. P. ej., la definición de BOTTKE asume la primera posición: la corrupción constituiría materialmente un *actuar colusivo de portadores de un poder especial para obtener ventajas especiales para ambas*

⁴⁸ BANNENBERG, p. 452 y s.

*partes, conducta que atenta contra los presupuestos de una óptima prestación de servicios a la sociedad por subsistemas obligadas a ello.*⁴⁹ Y en el segundo sentido se manifiesta ÜBERHOFEN: la “corrupción” sería el *abuso de poder de integrantes de un poder especial, cuya función es la de servir al interés general, pero que acuerdan ventajas no objetivas con los interesados manipulando una prestación de servicios y recibiendo a cambio una ventaja.*⁵⁰ El problema de la primera definición está en que vincula el reproche penal en la “ineficiencia” de las conductas, lo cual desemboca en una perspectiva de “análisis económico del derecho” que ha sido rebatida en otro lugar por ir en contra con principios básicos del Derecho penal.⁵¹ La segunda tesis, al vincular el término “abuso de poder” con otros elementos que le dan más precisión describe mejor el fenómeno investigado sin rebasar los presupuestos tradicionales del Derecho. El hecho de que describa solamente una parte del pacto injusto (el abuso de quien tiene el “poder”) no es grave; la otra parte, la de quien contribuye a dicho abuso está integrada implícitamente en el concepto: el cohechador activo es un “partícipe necesario”, cuya conducta, por técnica legal tradicional, ha sido tipificada de manera autónoma.⁵² Luego, el sujeto activo

⁴⁹ Cfr. BOTTKE, ZRP 1998, p. 215.

⁵⁰ ÜBERHOFEN, 1999, p. 48, 51, 455.

⁵¹ Al respecto ver, c. más ref. ABANTO, “Derecho penal económico”, 1997, p. 78 y ss., 98 y ss. 102 y s. ARZT destaca las bondades de un análisis económico de la criminalidad auténtica y de aquella (menos dañina, según él) que se aprovecha de una estructura “venal” (conducta legal), para destacar cuándo los sujetos prefieren la primera a la segunda; ver p. 501 y s. El autor deja entrever que un análisis tal llevaría a exigir la tolerancia (y control) de la estructura venal en vez de combatirla con el Derecho penal, pues esto último solamente llevaría a la comisión de delitos más graves o a una estabilización e incremento de la venalidad; ver c. ej. ídem, p. 502.

⁵² El problema de la “participación necesaria” (mejor: “intervención necesaria”) es materia de muchas controversias y malentendidos. Por lo menos hay consenso en que existe un grupo de delitos en los que, además de la conducta del autor, se necesita la de otro (la propia víctima, un interesado, un beneficiado) para que la conducta del primero pueda ser típica. Esta segunda conducta puede resultar impune por distintos motivos (la víctima de la muerte a petición, la víctima de la usura, el comprador de reproducciones ilegales, etc.), pero también puede haber sido tipificada de manera expresa (p. ej. la “aceptación de nombramientos ilegales”, el “cohecho activo”, el “aborto etc.”); ver ampliamente al respecto y c. más ref. de la literatura alemana y española en ABANTO VÁSQUEZ, “Participación necesaria...”, p. 11 y ss.

de los delitos como “integrante de un poder especial” (Angehörige besonderer Macht) podría ser tanto un funcionario público como también un político o funcionario de empresas privadas o incluso un profesional libre; y el “abuso de poder” se referiría a decisiones no objetivas o antijurídicas que atentan contra la ley o regulaciones similares (p. ej. las de las profesiones libres) y que son tomadas debido al influjo ejercido por ventajas.⁵³

La definición previa de “corrupción” es suficientemente amplia para emplearla en el análisis, pero no sería recomendable introducirla de lege lata, a manera de tipo penal genérico, pues ello atentaría contra el principio de legalidad al no poder definir con claridad el contenido de la conducta reprochable penalmente.⁵⁴ El concepto elaborado de “corrupción” solamente describe de manera muy general una situación no deseable a partir de la cual se puede trabajar tanto de lege lata como de lege ferenda.

4.1 Los tipos de cohecho

El “cohecho” en su acepción más clásica consiste básicamente en una especie de “compraventa” de la función pública (do ut des). Es decir, una especie de contrato ilegal entre el funcionario y otro, en el que ambos acuerdan libre y voluntariamente un intercambio de prestaciones: el funcionario, una determinada actividad o inactividad funcional y el otro, la entrega de un bien o la realización

⁵³ Así lo entiende también BANNENBERG, p. 16.

⁵⁴ ÜBERHOFEN, p. 455. VOLK (quien, por lo demás, hace acertadas críticas a los tipos tradicionales) somete a discusión un tipo genérico que diga: “Aquél que, en una decisión, no respete las reglas y solicite, se haga prometer u obtenga, para sí o para un tercero, una ventaja, será penado con...”; ver. p. 424 y ss. Pero finalmente reconoce que este tipo no sería aplicable en todos los niveles (p. ej. en el ámbito empresarial privado) por falta de “reglas de decisión vinculadas con el ámbito externo” que el sujeto activo pueda infringir puniblemente; ver ídem, p. 424 y ss., 428. En todo caso, esta propuesta implicaría un cambio de paradigma de la sanción penal a determinado tipo de corrupción (básicamente: de funcionarios públicos) hacia la de cualquier tipo de “intercambio ilegal de ventajas” en cualquier ámbito de la vida (administración pública, política, comercio, deportes, educación, investigación, etc.), basándose en una desvaloración social ya existente de todos estos casos y que el Derecho penal no responde por igual. Un cambio de tal magnitud tiene que ser analizado con mucho cuidado en todas sus consecuencias.

de una prestación a favor del primero. A este núcleo del injusto, contenido en la modalidad de “recibir” o “aceptar” “bienes, dádivas o ventajas” se agrega una modalidad de ejecución (aparentemente) unilateral: el “solicitar”. Esta modalidad, según parte de la doctrina, no implicaría propiamente un “pacto injusto” y, por ello, la parte activa (el particular) ni siquiera tendría que conocer la solicitud para que esta modalidad se vea consumada;⁵⁵ pero la “contractualidad sui generis del cohecho (que la distingue de los casos de “exacciones ilegales”) sí podría existir si se exigiera, para la consumación de esta modalidad, que el funcionario haya “solicitado” bajo el supuesto de querer ofrecer algo a cambio de una contraprestación. Algunas legislaciones (España) exigen que la contraprestación al funcionario público tenga contenido económico; otras (Alemania, Perú, etc.), se refieren ampliamente a “ventajas”, las que pueden tener contenido económico o no. El elemento “contractualidad” o “bilateralidad” sui generis (existente incluso en la modalidad de “solicitar”) distingue el “cohecho” de la “concusión” y de las “exacciones ilegales”; estos últimos tipos penales —de diferente manera— existen en Perú, España y muchos países latinoamericanos, pero no en Alemania).

Ahora bien, la técnica legal ha preferido expresar por separado el injusto de las dos partes del “pacto injusto” en sendos tipos penales; para el caso del funcionario público, se trata de los tipos de “cohecho pasivo”, para el otro, de “cohecho activo”. Y cuando el pacto injusto entre funcionario e interesado se refiere a una violación de deberes funcionariales, se trata de un “cohecho propio”, cuando no existe tal violación, se trata de un “cohecho impropio”. Consecuentemente, suelen existir tipos penales de “cohecho pasivo propio”, “cohecho pasivo impropio”, “cohecho activo propio” y “cohecho activo impropio”. Por último, cuando el pacto injusto presupone un cumplimiento “futuro” por parte del funcionario, se habla de

⁵⁵ Ver últimamente, c. ref. de la doctrina alemana, KARGL, quien sin embargo, critica la admisión interpretativa de un “pacto injusto” (y por lo tanto de “contractualidad”) en la modalidad de “solicitar”; ver p. 773 y s. Más ref. latinoamericanas y europeas en ABANTO VÁSQUEZ, “Los delitos contra la administración pública”, p. 378 y ss., 398 y s.

un “cohecho antecedente”, cuando tal pacto injusto se produce en un momento posterior a la actividad del funcionario, se trata de un “cohecho subsiguiente”. Por lo general las legislaciones penales reprimen ambos casos en el “cohecho pasivo”; en el caso del “cohecho activo”, a veces se considera que el “cohecho subsiguiente” no tendría suficiente injusto penal (p. ej. en el C. P. peruano).

Por último, en todos los casos de “cohecho”, los tipos penales exigen que una de las partes reúna la cualidad de “funcionario público”. Es decir, se trata de delitos especiales. El concepto penal de funcionario público suele ser definido en la propia ley penal y es más amplio que el concepto proveniente del Derecho administrativo. Comprende dos elementos: el acceso a la función (por mandato legal, nombramiento o elección) y el ejercicio de funciones públicas.

4.2 Tipos accesorios y residuales

En las legislaciones penales lainas se prevén, además, tipos penales relacionados con el abuso del funcionario público en el ejercicio de sus actividades funcionariales. Estos tipos penales no necesariamente guardan un parentesco cercano con el “cohecho”. Así, en el caso de la “concusión” y las “exacciones ilegales”, el atentado no solamente se dirige a la administración pública, sino también a la libertad individual: los tipos abarcan casos de extorsión cometidos por el funcionario público en el marco del ejercicio de sus actividades funcionariales. En el “fraude al Estado”, se trata más bien de un caso de “estafa”, punible ya en la etapa previa a la producción del perjuicio patrimonial: la mera “colusión” entre el funcionario y el interesado en un negocio a nombre del Estado. En las “negociaciones incompatibles” se reprime en realidad la “incompatibilidad” del interés privado con el ejercicio de una función concreta, o sea se reprime un “peligro” de perjuicios patrimoniales a los intereses de la administración. Y el tipo de “enriquecimiento ilícito” constituye un tipo de dudosa constitucionalidad por tener características de “delito de sospecha”; el injusto penal consistiría en el no poder demostrar la legalidad del incremento patrimonial del funcionario público.

Estos tipos penales, aunque puedan presentarse en el marco del ejercicio funcionariales, no constituyen, en estricto sentido, tipos de “corrupción”. De todos ellos, por lo menos el tipo de “conculsión” parece contener suficiente injusto penal como para justificar un tipo autónomo. Los demás casos, no solamente no parecen ser necesarios, sino también no parecen describir un verdadero injusto penal, sino uno meramente administrativo (“negociación incompatible”) o incluso una mera sospecha (“enriquecimiento ilícito”).⁵⁶

En cambio, el “tráfico de influencias” se acerca más al injusto típico del “cohecho”: se reprime con este tipo penal la “compraventa” de la influencia que se tenga o pueda tener en funcionarios públicos; o sea, se adelantan las barreras del derecho penal para reprimir conductas que pudieran influir efectivamente en el ejercicio funcional. La práctica ha demostrado la urgente necesidad de reprimir estas conductas, aunque la técnica penal empleada por el legislador no siempre ha sido exitosa en todas partes. En Alemania la doctrina se recomienda la introducción de un tipo penal correspondiente, tomando el ejemplo de las legislaciones española, francesa y suiza.

4.3 Tratamiento de la corrupción de políticos

La protección penal de un sistema democrático no puede descuidar el sistema electoral, que constituye precisamente la base de la formación periódica de dos poderes del Estado: el legislativo y el ejecutivo. Con este motivo las legislaciones suelen introducir tipos penales que buscan proteger la “corrección de los procesos electorales” en el sentido de garantizar elecciones y votaciones objetivas.⁵⁷

⁵⁶ Este tipo penal merece un análisis crítico más amplio que no puede hacerse aquí. Me remito a lo expresado, c. más ref. en “Los delitos contra la administración pública”, 1ra.ed., p. 475 y ss. En Argentina, debe destacarse el acertado y crítico análisis de SANCINETTI. Por lo demás, en la doctrina penal latinoamericana se suele aceptar acriticamente la existencia de este tipo penal, e incluso algunos instrumentos internacionales (La Convención Interamericana de 1996) recomiendan su inclusión, pese a que un tipo penal que hace de la “no-justificación” de un incremento patrimonial (considerable) un injusto penal atenta evidentemente contra una serie de principios básicos del derecho penal.

⁵⁷ Así en Alemania y otros países europeos (Austria, Francia, Holanda, Liechtenstein, Suiza), ÜBERHOFEN, p. 211; 465.

Esto indica ya que aquí están en juego bienes jurídicos algo distintos de los existentes en los delitos de corrupción de funcionarios.

En Alemania, p. ej. existe un gran número de tipos delictivos encargados de sancionar penalmente diversas conductas que atenten contra los órganos e instituciones encargadas de garantizar directamente el funcionamiento del sistema democrático (arts. 105 y ss.). Pero solamente en dos tipos delictivos existe un paralelo con los tipos tradicionales de “corrupción de funcionarios”: en la “corrupción de electores” (art. 108b) y en la “corrupción de parlamentarios” (art. 108e).⁵⁸ En ambos casos no está en juego el correcto funcionamiento de la administración pública, sino solamente el efectivo funcionamiento del sistema electoral; la corrupción es empleada como medio para falsear un proceso electoral o votaciones en órganos constitucionales. Esto es evidentemente importante, pero deja de lado un grupo de conductas que implican vender y comprar funciones públicas durante el funcionamiento mismo de estos órganos. También en el Perú existen tipos penales similares como delitos contra la voluntad popular (arts. 354 y ss).

Más allá de esta protección directa del sistema electoral mismo existe, sin embargo, la necesidad de proteger el “funcionamiento” mismo de la actividad legislativa cuando los propios representantes populares pretendan “vender” su función o cuando los interesados pretendan comprarla. Ahora bien, la peculiaridad de la función pública de los representantes populares en las distintas formas de gobierno hace que la aplicación de los tipos tradicionales de “cohecho” no resulten adecuadas y, por ello, muchas veces no resulten aplicables a casos graves y evidentes de “venta” de la función parlamentaria. Al mismo tiempo se ha demostrado que la gravedad de estas conductas exige una respuesta penal. Si el injusto de la corrupción se mide según la función que vende el funcionario, éste debe ser ciertamente más grave en la medida en que el acto de corrupción tienda a atentar directamente contra las

⁵⁸ Un análisis amplio de ambas figuras puede verse en ÜBERHOFEN, p. 211 y ss. El contenido de estos artículos dice lo siguiente (traducción libre):

estructuras mismas del estado de derecho: la actividad judicial,⁵⁹ la actividad legislativa, la ejecución de leyes. Luego, el “cohecho” del parlamentario no solamente debe ser punible, sino merecería una agravación de pena en relación con el cohecho del “funcionario público” de inferior jerarquía.

En la mayoría de los países el parlamentario también suele ser considerado “funcionario público” en sentido penal, y puede ser abarcado por los tipos “comunes” de cohecho pasivo. Luego, tal como ocurre en Francia, Suiza, Bélgica y Holanda, la conducta corrupta del parlamentario no se tiene que dirigir a restringir a falsear el resultado de votaciones y elecciones (como se exige en el art. 108e C. P. alemán, en Austria o Liechtenstein), además de incluir el “cohecho subsiguiente”.⁶⁰

4.4 El tratamiento de la llamada “corrupción privada”

Los supuestos de *corrupción privada* se asemejan al “cohecho” tradicional en cuanto a que se influye secretamente en una persona cualquiera, en cuyas manos está la decisión de un asunto o que debe contribuir con sus esfuerzos o conocimientos acostumbrados a un resultado positivo esperado; pero esta persona no tiene la cualidad de “funcionario público”, sino en todo caso de un “funcionario privado” que actúa en el marco de cualquier actividad empresarial (un concurso de méritos, una competencia de calidades, una competencia deportiva, etc.). Una modalidad de esta figura es la que está estrechamente vinculada con los delitos contra la leal competencia: el soborno de empleados privados para obtener al-

⁵⁹ Éste es y ha sido siempre el fundamento en Alemania para la autonomía y mayor penalidad de la corrupción del y al juez, ver ÜBERHOFEN, p. 175 y s.

⁶⁰ ÜBERHOFEN, p. 465. Cada vez son más fuertes las críticas a la “corrupción legalizada” del parlamentario en el sistema alemán; es probable que, debido a la presión internacional (debe firmarse próximamente la Convención de las Naciones Unidas en Viena que prevé la punibilidad amplia de la corrupción de parlamentarios) en un futuro no muy lejano en Alemania o bien se modifique el art. 108e o se amplíen los tipos tradicionales de cohecho para comprender las conductas de parlamentarios que hasta ahora han sido considerado legales, ver sobre esto, c. ej., en “Der Spiegel” n° 27 (de 23-06-03), “Die Vettern der Wirtschaft”, p. 36 y ss.

guna información sobre la empresa para la cual trabajan (“soborno comercial” o “revelación de secretos”).⁶¹ La dañosidad de estas prácticas ha sido destacada en la doctrina;⁶² la empresa afectada puede sufrir perjuicios de todo tipo, dependiendo del objetivo de la maniobra corruptora: si se sobornó al empleado para obtener condiciones favorables en la contratación, la empresa del sobornado podría recibir una contraprestación de menor calidad o pagar un precio superior al del mercado; si el soborno buscaba que el empleado revelara secretos empresariales, la afectada perderá el valor que estos secretos importen, etc.

Precisamente en la actualidad se tiende a reprimir penalmente estas conductas de “cohecho privado”. En Alemania con la reforma de 1997 se han trasladado las figuras penales, que antes estaban en el art. 12 de la “Ley contra la competencia desleal”, al art. 299 y 300 del C.P. (“cohecho pasivo y activo en el tráfico comercial”). Estos “nuevos” tipos penales se refieren a “atentados contra la competencia”.⁶³ Además, se ha introducido la figura nueva de “acuerdos restrictivos contra la competencia en licitaciones” en el art. 298 C. P., supuesto que antes solamente se perseguía como infracción administrativa,⁶⁴ pues se ha considerado que la dañosidad social

⁶¹ Sobre esto, FERREIRA DELGADO, quien por lo visto considera insuficiente la punición de estas conductas como delito de “violación de reserva industrial” (art. 238 C. P. colombiano) y que sería necesaria una tipificación específica que reprima al sujeto activo como “corruptor”; p. 80 y s., esp. p. 81; c. más ref. ABANTO, “Derecho penal económico”, 2000, p. 400 y ss.

⁶² TIEDEMANN, “Welche strafrechtliche Mittel”, p. C 63; remitiéndose al primero, DÖLLING, “Empfehlen sich Änderungen...”, p. C 27.

⁶³ Se buscaba con esto evidentemente una mayor efectividad preventivo-general ante la constatación del incremento de la corrupción en el sector empresarial; al respecto, c. más ref. DÖLLING, “Empfehlen sich Änderungen...”, p. C 24; BANNENBERG, p. 25 y s.; TIEDEMANN, c. más ref., Leipziger Kommentar, 11era. ed., art. 299, p. 157 y ss.

⁶⁴ La sanción de los “cárteles de licitación” era hasta la reforma meramente administrativa, pues los intentos de subsumir de las conductas bajo el tipo penal de “estafa” fracasaban ante la ausencia del elemento “perjuicio patrimonial”; ver al respecto, entre otros, TIEDEMANN, Leipziger Kommentar, 11ra ed., art. 298, n. marg. 4 y ss., p. 130 y s.; BANNENBERG, p. 22 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho de la libre competencia”, p. 123 y ss. Ver sobre estos y otros cambios legislativos realizados por la “Ley de lucha contra la corrupción” de 20-08-1997, desde una perspectiva del Derecho de la competencia, KLEINMANN/BERG, p. 277 y ss.

de estas conductas es más grave de lo que se suponía: el atentado contra la libre competencia es muy fuerte además de vincularse a actos de auténtica corrupción de funcionarios.⁶⁵

Por cierto que aquí, aunque es indiscutible la intervención penal dado el paralelo existente entre el injusto de la “corrupción privada” y el del “cohecho” tradicional (compraventa de sujetos con una posición de poder, defraudando la confianza de los que dependen de tal posición), las conductas previstas, por el bien jurídico protegido, se alejan del grupo de delitos contra la administración pública y se vinculan, más bien, a la protección de la libre y leal competencia.

Luego, el problema de la llamada “corrupción privada” se sale del campo aquí estudiado. Ciertamente, también este grupo de conductas tiene el mismo denominador común, desde una perspectiva amplia, con la corrupción de funcionarios públicos pero atacan en primer plano intereses más específicos que el correcto funcionamiento de la administración pública.

⁶⁵ Cfr. BANNENBERG, p. 23.

5. PROBLEMAS JURÍDICO-PENALES EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

A partir de este marco tradicional en la lucha contra la corrupción, y tomando en cuenta el concepto amplio anteriormente expuesto, veamos ahora algunos de los más notorios y graves vacíos que se presentan y las posibilidades de mejoras legislativas. En este reducido marco expositivo, esta tarea solamente puede emprenderse de manera resumida.

5.1 Vacíos de punibilidad y posibilidades

a) El problema de la cualidad “funcionario público”

Según la definición adoptada por la legislación penal correspondiente, existen casos problemáticos que suelen escapar de la tipicidad tradicional:

El funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales no puede ser abarcado, pues el bien jurídico solamente puede referirse al correcto funcionamiento de la administración pública nacional o, a veces expresamente, ya el concepto de “funcionario público” se refiere, directa o indirectamente a funcionarios “nacionales”.⁶⁶

El funcionario político, especialmente el “parlamentario” resulta impune cuando realice actos paralelos a los del cohecho común. Según la legislación nacional particular, a veces se entiende que éste queda, sistemáticamente, excluido de los tipos penales de “cohecho”, pues para él se aplicarían tipos penales específicos. Y estos tipos penales pueden ser insuficientes (p. ej. en Alemania). Pero también, en otras legislaciones nacionales, donde se entiende que el parlamentario se encuentra abarcado por el concepto penal de “funcionario público”, muchas veces los tipos penales no aclaran en qué consiste su

⁶⁶ También en Alemania ha sido éste el impedimento para aplicar los tipos de cohecho a delitos cometidos en el extranjero; ver KORTE, p. 81.

conducta injusta y en qué medida esta escapa de la parcialidad típica de sus funciones. Esto puede llevar a la inaplicación de los tipos penales.

El concepto suele referirse a personas que ya ostentan la cualidad de funcionario público, mas no a quienes que tienen expectativas de ello; p. ej. el candidato a parlamentario.

Ciertamente, estos problemas pueden solucionarse precisando más la definición de funcionario público (para efectos penales), pero también hay que cuidarse de una excesiva precisión. Debe existir aún un espacio para una correcta interpretación desde la perspectiva del bien jurídico tutelado. Y es que a veces, una excesiva precisión legal puede llevar a efectos no deseados de sobrerepresión o de vacíos. Si se extendiera demasiado el concepto de funcionario público, el concepto perdería nitidez y cualquiera podría ser penado por “cohecho”; lo mismo ocurriría si la conducta típica se ampliara tanto que comprendiera cualquier acceso a ventajas por parte del funcionario, y conductas normales, cotidianas e inocuas podrían resultar siendo calificadas como delictivas. Este peligro se ha mostrado ostensiblemente en las discusiones a propósito de la reforma alemana de 1997.⁶⁷ Por otro lado, debe tenerse cuidado con la ubicación de la definición de “funcionario público”. La técnica usada en algunos países (p. ej. en Alemania) de colocar el concepto en la parte general tiene el defecto de restringir sus posibilidades de desarrollo, pues vincula la interpretación a otros tipos penales de la parte especial.⁶⁸

b) Otros elementos típicos discutibles

No solamente el elemento normativo “funcionario público” presenta problemas de interpretación. También se ha discutido mucho sobre el elemento “provecho propio” y “ventaja inmaterial”.

⁶⁷ Refiriéndose a las propuestas relacionadas con el concepto de funcionario público, ver p. 419 y s.

⁶⁸ En este sentido advierte KORTE, aunque también plantea la posibilidad futura de desvincularse por completo de este concepto (o sea convertir el cohecho en delito común). 88, col. izq.

En el caso del *provecho propio*, cuando el tipo penal no especifica nada, la doctrina mayoritaria ha entendido tradicionalmente que el tipo penal solamente abarcaría casos de provecho propio del funcionario público; es decir quedarían excluidos los casos en los que el funcionario quiera la ventaja para un tercero. Posteriormente se ha interpretado que también existiría este provecho propio del funcionario cuando se vea favorecido de manera “mediata”. Aquí a veces se llega incluso a una coincidencia entre provecho propio “mediato” y “ventaja inmaterial” (directa), pues se puede decir que el funcionario se vería ya favorecido él mismo (espiritualmente) cuando la ventaja material la obtenga un tercero (p. ej. un partido político, una empresa, etc.). Con esto se pierde precisión y se puede llegar a la analogía.

Por otro lado, dado que algunos tipos penales se refieren simplemente a “cualquier ventaja”, la doctrina ha hecho la distinción entre ventajas materiales (o sea con contenido objetivo, mensurable económicamente) y *ventajas inmateriales*.⁶⁹ Pero estas últimas no han podido ser definidas, pues algunas veces esconden auténticas ventajas materiales (en el sentido de mensurables económicamente) como en el caso del favor sexual (existe un mercado de ello) o bien van demasiado lejos y abarcan conductas altruistas o inocuas (la mera satisfacción propia, la vanidad, etc.). Especialmente actual es el problema de la ventaja inmaterial en el caso de los “fondos de terceros” o los “auspicios” en la actividad de algunos funcionarios públicos (particularmente médicos, investigadores de instituciones científicas o universidades).

El elemento “ventaja” también trae consigo el problema de determinar su magnitud. Tampoco este problema ha podido ser solucionado hasta ahora. En la doctrina⁷⁰ dominan ahora opiniones que

⁶⁹ Ver últimamente en KARGL, c. ref., p. 678, 770 y s.

⁷⁰ Ver ampliamente, c. ref. en ABANTO VÁSQUEZ, “Los delitos contra la administración pública”, 1ra. ed., p. 382 y ss. También últimamente ver KARGL, p. 772, 778 y ss., quien manifiesta que tras la “adecuación social” se encontraría más bien una “interpretación teleológica” (por lo visto en el sentido de aplicar los criterios de la imputación objetiva, especialmente el de la “finalidad de la protección”).

admiten la “adecuación social” o la “imputación objetiva” para excluir de la tipicidad algunos casos de ventajas mínimas; aunque aisladamente se ha afirmado también que debería bastar cualquier tipo de ventaja o se ha propuesto introducir cuantías para las ventajas materiales.

Finalmente, en el caso del *cohecho impropio* (pasivo o activo) se critica hasta ahora la falta de definición del bien jurídico afectado. Nuevamente aquí los casos de “fondos de terceros”, “auspiciadores” y otros, parecen probar el carácter más bien inocuo de estas conductas. La doctrina dominante ha justificado la existencia de este tipo penal con el argumento de la protección a los bienes jurídicos “confianza de los administrados” ante la “apariencia de infracción de deberes funcionariales”.⁷¹ Esta fundamentación ha sido criticada, y no sin razón, pero ello no afecta a la punibilidad del cohecho impropio, pues ella podría fundamentarse mejor con el bien jurídico específico (u objeto del bien jurídico) “imparcialidad del ejercicio funcional” (y también el “carácter público de la función”). Estos bienes jurídicos también subyacen a la punibilidad del “cohecho subsiguiente”, entendido éste como tipo de peligro.⁷²

c) La punibilidad del “tráfico de influencias”

Muchas veces se producen actos previos al “cohecho” que, desde la perspectiva penal, pueden tener igual contenido de injusto que éste y, sin embargo, quedar impunes. El caso más evidente es el del llamado “tráfico de influencias”, el cual ocurre cuando se ofrece en venta la “influencia” que se pueda tener en el funcionario público que tiene a su cargo un asunto de interés para el potencial comprador.

⁷¹ Debido a esto y a la existencia en el tipo penal alemán de una posibilidad de solicitar autorización al superior jerárquico (que realitiza el injusto penal y atenta contra la legalidad), la crítica de KARGL contra la doctrina alemana dominante resulta acertada, ver p. 790 y ss. Ver también VOLK, quien contrapone irónicamente a la “apariencia de sobornabilidad” (*Anschein von Käuflichkeit*) en los delitos de cohecho, la alternativa de la “apariencia de funcionalidad pública” (*Anschein von Amtlichkeit*); p. 419 y s.

⁷² En ese sentido argumenta buena parte de la doctrina española y peruana; ver ref. en ABANTO VÁSQUEZ, “Los delitos contra la administración pública”, 1ra. ed., p. 368 y ss.

Como los tipos de “cohecho” no abarcan estos casos, en muchos países se han introducido ya desde hace algún tiempo (Francia, Austria, España, Perú, Argentina) tipos penales que describen esta conducta y la sancionan penalmente. Sin embargo, no en todos los países la técnica legal ha sido buena. En Perú, p. ej. se ha desconocido que el “tráfico de influencias”, al igual que en el “cohecho” y en otros tipos penales (muerte a petición, aborto, usura, venta ilegal de reproducciones ilícitas, etc.), constituye un “delito plurisubjetivo” o “de participación necesaria”, es decir, el injusto penal el autor principal se da recién cuando se presenta una conducta de otro (la víctima, el favorecido, un tercero). En el tráfico de influencias esta conducta es la de la parte compradora. Luego, si no se ha previsto expresamente esta conducta o si el tipo legal no está formulado como para abarcarla (como en Francia), entonces, respetando el principio de legalidad, la parte compradora debe quedar impune siempre que su “aporte” se haya restringido al “mínimo necesario”; recién si hiciera algo más que “comprar” la influencia, podría ser punible como inductor o cómplice del delito de tráfico de influencias cometido por el traficante.⁷³

En el marco de la Unión Europea se ha previsto también la introducción de un tipo de “traffic d’influences” en los países miembros. Alemania todavía presenta este vacío, pero en el futuro va a tener que modificar su legislación penal para introducir este tipo penal.

d) La punibilidad de la “corrupción política”

Como ya se ha visto arriba (4.3), los tipos penales tradicionales de “cohecho” han sido pensados teniendo en mente a funcionarios públicos de inferior jerarquía, mas no a los llamados “funcionarios políticos”. En el caso de estos últimos (comoquiera que se les defina), o bien se ha previsto un tipo específico muy restringido (que al mismo tiempo impide la aplicación de los tipos de cohecho, o bien se ha pretendido, sin más reflexión, que para ellos sería posible

⁷³ Al respecto, c. más ref. y ampliamente ABANTO VÁSQUEZ, “Delitos plurisubjetivos”, p. 11 y ss.

la aplicación de los tipos usuales de cohecho. En Alemania se ha optado por la primera solución y se tiene desde hace algún tiempo el tipo penal de “corrupción de parlamentarios” en el art. 108e del C.P., el cual solamente se refiere al caso de aquél que “intenta” comprar o vender votos (tipo de “emprendimiento”) para una elección o decisión en el Parlamento Europeo o en una representación popular de la Federación, los Estados federados, las municipalidades o las asociaciones comunales. Sin embargo este tipo penal ha recibido muchas críticas de la doctrina alemana por considerarlo meramente simbólico: excluye muchos casos presentes en la práctica y exige demasiados elementos para la configuración del injusto.⁷⁴

En otros países (como Perú, España y muchos otros), se ha creído que podría ser aplicable para los funcionarios políticos (sobre todo los parlamentarios) los tipos usuales de cohecho. Pero en la práctica se ha visto que ello es muy difícil. Por un lado, aparte de casos muy concretos (p. ej. la votación en el Congreso) no está claro cuándo el funcionario público ha vendido la actividad funcional, y por otro lado no siempre aparece tan clara la “ventaja” obtenida por éste.⁷⁵

En todo caso, este último modelo es, por el momento, preferible al alemán, pues por lo menos da la posibilidad de incluir al parlamentario en la punibilidad de actos de cohecho, si bien existe todavía un problema de interpretación legal. Lo ideal sería prever por separado la tipicidad de la conducta de los parlamentarios y otros funcionarios políticos, con un propio marco penal (más grave que el de los casos comunes de cohecho) y con una precisión apropiada del injusto penal (pero sin que éste sea tan restringido como en Alemania).

⁷⁴ Ver la crítica de BARTON, p. 1098, 1099 y ss.; más ref. ÜBERHOFEN, quien sin embargo recomienda mantener el tipo penal (p. 207) y propone algunas modificaciones: incluir la punibilidad de acuerdos y recepción posterior de donativos (cohecho subsiguiente), ampliar la enumeración de funciones parlamentarias vendibles (en el tipo: votaciones y elecciones) a los discursos, solicitudes y preguntas en el Parlamento, y extender la punibilidad a las actividades dentro de los grupos parlamentarios; ver p. 207 y s.

⁷⁵ Esta problemática la trató específicamente en relación con un famoso caso reciente de la jurisprudencia peruana, donde además estaba en duda la cualidad de funcionario público del Parlamentario al momento de vender su cambio de partido político (transfuguismo); ver, c. más ref. en “El transfuguismo político”, p. 79 y ss.

5.2 Otros problemas

a) El marco penal

Aunque tradicionalmente se ha previsto la pena de privación de libertad para los casos de cohecho pasivo, su máximo suele ser muy bajo, incluso en los tipos agravados. Las posibilidades reales de llegar a aplicar una verdadera pena de privación de la libertad disminuyen también debido a una serie de circunstancias favorables a los autores: atenuaciones de pena, prescripción, etc. Y esta benignidad del Derecho penal en el trato con la corrupción es tradicional. Mientras más antigua es la legislación penal revisada, más tolerancia muestra hacia las diferentes conductas corruptas. La situación no parece haber cambiado sustancialmente en la actualidad, incluso tras los casos más escandalosos de corrupción ocurridos en países con legislaciones penales muy influyentes.⁷⁶

⁷⁶ En Alemania, p. ej. antes de la reforma alemana de 1997, dado que las penas eran bajísimas, las propuestas para un incremento “cuidadoso” de la pena se sostenían en la necesidad preventivo-general y en la comparación con otros tipos penales que tuvieran un contenido de injusto similar al cohecho; en este sentido, c. más ref. ÜBERHOFEN, p. 150 y ss. Con la reforma de 1997 se ha elevado sustanci el marco penal, aparte de haberse ampliado los alcances de los tipos. Las modificaciones han sido consideradas como un gran adelanto en la doctrina alemana. Pero aún así, dado que la elevación del marco penal parte de una situación de extrema benignidad para la corrupción, todavía no puede hablarse de un verdadero efecto preventivo general de estas penas, menos aún cuando se compara estas penas con las previstas para otros delitos en el propio C. P. alemán (hurto, fundación de agrupaciones terroristas) o con tipos de corrupción de otras legislaciones penales. La distinta valoración de la política penal en Alemania se debe a la tendencia allí existente de evitar, en general, la prisión. Además, con el marco penal introducido sigue siendo difícil para aplicar la prohibición de trabajar para la administración pública o participar en procesos de elecciones públicas, pues en pocos casos se cumple con el requisito administrativo del “delito grave” (mínimo legal de un año): en el cohecho pasivo propio agravado del juez o árbitro (art. 332, segundo párrafo) y en los supuestos más graves de cohecho propio (art. 335). En los años posteriores se ha confirmado este déficit preventivo-general. Según una investigación de BANNENBERG, además de una elevada “cifra oscura”, de los pocos casos que llegan a motivar un proceso penal, más de la mitad (el 57 %) termina con un sobreseimiento; los casos de condena son pocos, y menos aún los que llevan a una privación de libertad (22,8 %), la cual, además, generalmente no sobrepasa los dos años y suele ser “suspendida condicionalmente”; ver p. 274 y ss., 483.

Pero no es por cierto solamente en la pena en donde debe incidir una adecuada política criminal que busque luchar exitosamente contra la corrupción. Especialmente en casos de “corrupción estructural” parece prometer éxito la adopción de *medidas o consecuencias accesorias*, similares a las de Derecho penal económico, teniendo en cuenta la gran similitud entre el funcionario corrupto de alto nivel y el “homo oeconomicus”. En parte, muchas legislaciones ya han previsto medidas penales cuya fundamentación proviene del “análisis económico del Derecho”. P. ej. en España y Alemania es aplicable, para todos los delitos en general, el “comiso de ganancias”, con lo cual se reduce el aliciente económico para delinquir.⁷⁷ Claro que no basta con la previsión legal si previamente no se difunde entre los operadores de la norma el conocimiento de la aplicabilidad (y su debida reglamentación) de esta medida. En Alemania, p. ej., las investigaciones empíricas muestran que, pese a la existente regulación sobre el “comiso” o la *confiscación de ganancias*, no se suele aplicar esta medida; en cambio es común que los autores (salvo los de personalidad estafadora) admitan o incluso soliciten (en la espera de atenuaciones de pena) la reparación de daños, el pago de deudas tributarias, multas, etc. que tienden a reducir las ganancias ilícitas.⁷⁸

Debido a la similitud con la delincuencia económica, puede pensarse en la idoneidad de otras medidas provenientes de las investigaciones del Derecho penal económico. Así, en la delincuencia económica los casos de “irresponsabilidad organizada” y de impunidad por falta de pruebas de la comisión de un delito (o contravención) cometido por un órgano directivo o miembro de este órgano, o un representante de la empresa pese a la existencia comprobada de los hechos y sus consecuencias dañosas, merecen como respuesta, en el Derecho alemán (arts. 30, 130 OWiG): se aplica una *sanción contravencional a la empresa* misma por violación de sus propios deberes o cuando el titular de la empresa omite prever

⁷⁷ En España (art. 127) y en Alemania (art. 73) es aplicable para todos los delitos; en el Perú solamente es posible interpretar un comiso similar precisamente para los delitos de corrupción a través del art. 426 C. P.).

⁷⁸ BANNENBERG, p. 323, 483 y s.

las medidas necesarias para evitar la comisión de infracciones por parte de sus empleados (“deficiencia en la organización”). Y, en caso de que una misma conducta constituya una contravención y un delito (sobre todo el de “acuerdos de cártel en licitaciones públicas” según el nuevo art. 298 C. P. alemán), las investigaciones y la sanción administrativa contra la empresa solamente la realiza la autoridad de cárteles, mientras que la justicia penal ordinaria se ocupa de los individuos (es posible, sin embargo, que la primera entregue el caso completo a la Fiscalía).⁷⁹ Este sistema ha merecido aplausos casi por toda la doctrina. Se critica, sin embargo, que todavía sería incompleto porque seguiría permitiendo la impunidad en algunos casos. Quienes consideran que la impunidad de este sistema alemán de responsabilidad contravencional solamente deriva de la falta de previsión de una vinculación con el hecho delictivo de funcionarios de menor jerarquía (el art. 30 OWiG presupone un delito o una contravención cometido por altos directivos) solamente exigen ampliar el artículo para prever estos supuestos.⁸⁰ Y quienes ven que precisamente el art. 30 OWiG presupone una vinculación con hechos probados de altos directivos, cuando precisamente esto es lo que en la práctica no puede probarse, exigirán una auténtica responsabilidad penal de la empresa. Pese a las críticas (que yo también considero acertadas desde una perspectiva político-criminal), con la regulación alemana actual ya sería posible aplicar sanciones contravencionales a empresas en algunos casos de “corrupción”: aquellos en los que se demuestre que altos directivos, aunque sin dolo, violaron deberes empresariales y permitieron así que se cometan actos de corrupción o cuando no tomaron las medidas necesarias para evitarlo (p. ej. no evitaron que se repitan actos de corrupción por parte de empleados menores, aunque estos hayan actuado en interés de la empresa).⁸¹

⁷⁹ Al respecto ver c. ref. de la doctrina alemana ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico”, 1997, p. 159 y s.; también con literatura reciente, BANNENBERG, p. 416 y ss.

⁸⁰ Así, BANNENBERG, rechazando con ello la necesidad de una responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas, p. 416 y s., 422, 487.

⁸¹ Interpretación de BANNENBERG, p. 418.

El tema de la auténtica *punibilidad de la persona jurídica*, recomendada desde hace tiempo de manera general para el Derecho penal y de manera especial para el Derecho penal económico, se ha sido discutido hasta el cansancio. Son conocidos los argumentos dogmático-penales a favor y en contra de tal medida,⁸² así como también es conocido que, además de su tradicional aplicación en los países anglosajones, su introducción ha sido recomendada por organismos internacionales y últimamente muchas legislaciones han seguido tal recomendación.⁸³ En especial se dice que en los delitos económicos, se presentaría como regla general una situación de impunidad derivada de la organización compleja y jerárquica al interior de las empresas (irresponsabilidad organizada) los directores y altos ejecutivos ni siquiera necesitan estar al tanto de los actos concretos que los subordinados realizan para incrementar las ganancias de la empresa, pese a que precisamente estos actos pueden implicar la comisión de delitos. Pero las observaciones sobre irresponsabilidad penal referidas a los delitos económicos también, por lo visto, no son trasladables a la corrupción de funcionarios por parte de miembros de empresas (corrupción estructural). Y es que, es casi imposible que exista una irresponsabilidad penal absoluta, pues los ejecutores de los actos de corrupción, debido a las carac-

⁸² En contra: la incapacidad de acción, de culpa así como de motivación a través de la pena de la empresa, la sobrecarga procesal, la suficiencia de la responsabilidad contravencional de la empresa; a favor, la posibilidad de que la culpabilidad y el efecto preventivo recaigan en los órganos que dirigen la empresa, la introducción de penas y medidas compatibles con la naturaleza de la empresa, la necesidad político-criminal de penar a la empresa ante la impunidad de muchas conductas por irresponsabilidad individual, la existencia de nuevos tipos penales que van más allá de las categorías dogmático-penales tradicionales, la realidad del actuar empresarial que llevaría a cometer delitos como estrategia competitiva, la realidad de la moderna organización empresarial donde p. ej. a medida que se avanza en la escala jerárquica desaparece el elemento subjetivo sobre el injusto cometido; las dificultades de la prueba del delito debido a que las decisiones empresariales se toman con un sistema de “división de trabajo” que excluye la responsabilidad de los individuos (“irresponsabilidad organizada”), etc. Ver ref. sobre estas posiciones en: “Derecho penal económico”, 1997, p. 159 y ss.; nuevas ref. en BANNENBERG, p. 411 y ss.

⁸³ En Alemania existen muchos proyectos recientes que han buscado introducir la punibilidad de la empresa. Pero la Comisión del Parlamento concluyó en marzo de 2000 con el rechazo a tal medida; ver ref. en BANNENBERG, p. 410 y s.

terísticas propias de estos delitos y a su modo de comisión (entrega de sobornos a funcionarios de diversas jerarquías, prolongada duración de la red, establecimiento de cuentas bancarias secretas para el pago de los sobornos, vinculación de la corrupción con otros delitos como acuerdos de cártel, estafa y administración desleal, etc.) necesariamente habrán actuado con dolo.⁸⁴ En el caso de los superiores jerárquicos, la prueba de su participación no es fácil. Según la experiencia práctica, estos tratan de eludir su responsabilidad trasladándola a los subordinados ejecutores inmediatos de las prácticas corruptas; se escudan en su desconocimiento de dichos hechos y en que los hechos habrán sido cometidos por trabajadores criminales que habrían actuado a espaldas de la dirección de la empresa y que por ello son despedidos. Al parecer, a este nivel de la empresa el efecto preventivo general de los tipos penales es prácticamente nulo, pues, aparte de las mínimas posibilidades de descubrir los hechos, las posibilidades de reprimir penalmente a estos directivos son casi imposibles debido a muchas razones: falta de prueba de su conocimiento de los hechos, buenas posibilidades de defensa, influencias políticas y en medios de comunicación, etc.⁸⁵ Aquí podría pensarse en la necesidad introducir la responsabilidad penal de personas jurídicas, siempre que su configuración garantice un verdadero efecto preventivo y que las penas estén ajustadas a la realidad empresarial.⁸⁶ La Convención de la OECD (firmada por varios países, entre ellos Alemania) recomienda la introducción de la punibilidad de personas jurídicas en delitos de cohecho (activo) en el tráfico internacional (art. 2).

Otra interesante medida recomendada en general para los delitos económicos, pero también imaginable para los de cohecho, es la publicación especial de los nombres (personas naturales o jurídicas) de los que fueran procesados o condenados por delitos de cohecho.⁸⁷

⁸⁴ Cfr. BANNENBERG, p. 414 y s.

⁸⁵ BANNENBERG, p. 415.

⁸⁶ BANNENBERG considera sin embargo suficiente la responsabilidad contravencional; ver p. 416 y ss., 487. A favor de la punibilidad de las empresas involucradas en delitos de cohecho, ÜBERHOFEN, p. 156, 174, 463.

⁸⁷ En particular para los delitos de cohecho, ÜBERHOFEN, p. 156; en general para los delitos económicos ver ampliamente ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", 1997, p. 208 y ss.

También podría pensarse en establecer *otras sanciones de carácter administrativo* a la empresa responsable, sea que éstas las ordene directamente el juez penal o por la autoridad administrativa, previa notificación de la sentencia por el juez penal. Ejemplo: si se demostrara el pago en exceso por la compra de armamentos a una empresa extranjera, operación donde intervinieron determinados funcionarios, pero a los cuales no se les puede demostrar actos de “cohecho”, podría inscribirse a la empresa en un registro especial con el objetivo de reducir o excluirla de contratar con el Estado. O también puede pensarse en el “embargo en forma de intervención”, es decir que la administración pública pueda “supervisar” a la empresa embargada durante un tiempo a través de un “interventor” a fin de impedir que los responsables penalmente sigan dirigiendo la empresa indirectamente (p. ej. mediante testaferros o contratos de asesoramiento), la hagan quebrar dolosamente o incluso cambien la personalidad jurídica; a la vez que se garantizaría el pago de indemnizaciones y multas.⁸⁸ Otra medida recomendada es la “disolución de la personalidad jurídica” como medida extrema ante empresas cuya finalidad es precisamente cometer delitos. Esta medida no es del todo inútil como se ha criticado. Es cierto que la finalidad criminal no es propia de personas jurídicas en el sentido estricto, sino más bien de organizaciones criminales o de empresas ficticias (p. ej. las famosas empresas-buzón),⁸⁹ pero como ya muestra la mención de las empresas ficticias, puede haber empresas legalmente constituidas que desde el principio o con posterioridad se dediquen a una finalidad delictiva (p. ej. una empresa exportadora que luego de un tiempo se dedica a exportar armamento a zonas de conflicto; o un bar cuyos principales ingresos derivan del proxenetismo encubierto, un banco que establece sus mayores ganancias con el blanqueo de dinero, la estafa o el insider trading).

⁸⁸ Especialmente sobre estas dos medidas ver SCHAUPENSTEINER, NSStZ 1996, p. 413; el mismo en Kriminalistik 1996, p. 308

⁸⁹ BANNENBERG, p. 421 y s.

b) Problemas y medidas procesales

La mejor técnica en la tipificación de los delitos no sirve de mucho si no va acompañada de un Derecho procesal eficiente. Pero la práctica demuestra una peculiaridad de los delitos de corrupción: la mayor dificultad se encuentra en el descubrimiento de los hechos, sobre todo si se trata de la corrupción estructural (por falta de víctimas concretas y denuncias privadas); una vez descubiertos los hechos, el “esclarecimiento” policial es relativamente fácil pues el descubrimiento suele ir acompañado de suficiente información.⁹⁰ Entre las medidas propuestas para optimizar el descubrimiento, esclarecimiento y el procesamiento de los delitos de corrupción, se han recomendado las siguientes: la admisibilidad de la interceptación (“escucha”) telefónica, la admisión de reglas de “testigo de la corona” (o “testigo principal”), el ofrecimiento de reserva a algunos testigos (darles categoría de “informantes”), la autodenuncia, la obligación de denunciar actos de corrupción y cooperar con la justicia que se impone a otras autoridades, la participación de un ombudsman.

Además, se necesita una *adecuada implementación de la persecución penal* a través de oficinas y personal especializado, recursos suficientes, establecimiento de redes de información en todo el país y una adecuada neutralización de las influencias que pudiera ejercer la política en los órganos de justicia. Muchos procesos penales de corrupción vinculados con la actividad empresarial son extremadamente complejos; el develamiento de las relaciones entre la administración y las empresas exige conocimientos especiales que jueces y fiscales por sí solos no pueden lograr.⁹¹ A esto se agrega la

⁹⁰ En Alemania la cuota de casos descubiertos esclarecidos es del 90 %; ver BANNENBERG, p. 426 y s.

⁹¹ Incluso en Alemania, país donde la justicia dispone de cierto personal con especialización en la lucha contra la delincuencia, se ha constatado la gran dificultad de trabajo todavía existente en los procesos penales sobre corrupción, en especial de los referidos a la corrupción estructural; ver BANNENBERG, p. 435 y ss. Este problema ha sido más grave aún en las zonas de la anterior Alemania Democrática, donde la administración instalada para integrar la zona a la Alemania occidental y otras actividades propias de la coyuntura (p. ej. subvenciones, privatización de empresas, devolución de propiedades a sus

presión de tiempo debido a los plazos que hay que cumplir según las leyes procesales y penales (duración de la prisión preventiva, duración del proceso, prescripción de la acción). Para salvar contrarrestar problemas, en concreto se propone las siguientes medidas: creación de competencias especializadas en la lucha contra la corrupción (policía, fiscalía y juzgados); implementación de estos grupos con especialistas en materias económicas, contables, administrativas; recopilación y profundización sistemática de los datos obtenidos; empleo de redes informáticas entre las autoridades judiciales y otras que puedan aportar datos sobre las materias investigadas; intercambio de experiencias entre autoridades de distintas jurisdicciones, colaboración en las investigaciones de otros funcionarios especializados (p. ej. en infracciones de cárteles, tributarias, bancarias, contralores, etc.), cuidadosas y coordinadas labores de investigación (a veces bajo reserva absoluta) tanto en las etapas previas como en las posteriores (p. ej. para determinar dónde se encuentran las “ganancias ilícitas” que se van a decomisar) a fin de impedir que los investigados –sin fueran inocentes- se vean perjudicados por informaciones filtradas a la prensa, o – si fueran culpables- puedan eliminar pruebas u ocultar su patrimonio ilícitamente obtenido, etc..⁹²

c) La prescripción y la inmunidad parlamentaria

En su origen (el parlamentarismo inglés) y por su sentido, la *inmunidad parlamentaria* fue un privilegio del Parlamento (no del parlamentario en particular) para evitar que el Ejecutivo influya en él (es decir en su “libertad de discusión y decisión, así como en su conformación representativa) afectando así su funcionabilidad, y a través de esto (como “reflejo”, de manera mediata) también sirve de protección para el propio parlamentario contra “persecuciones tendenciosas”. Ése fue el sentido original que inspiró a muchas constituciones políticas (art. 46, segundo párrafo de la GG alemana,

titulares, etc.) se ha visto rápidamente integrada en una red de corrupción con empresarios y otras personalidades locales que la justicia penal en gran parte no ha podido alcanzar; ver ídem, p. 436.

⁹² Ampliamente, c. más ref., BANNENBERG, p. 438 y ss., 487 y s.

art. 71, segundo párrafo de la Constitución española, art. 93, tercer párrafo, Const. peruana de 1993). Pero últimamente la doctrina y la jurisprudencia constitucionales alemanas destacan más el derecho del parlamentario a la inmunidad y el respeto a su estatus, motivo por el cual el Parlamento, en su decisión de levantarla, no debe ser arbitrario.⁹³ La doctrina tradicional entendía que, como primordialmente se trataría de proteger el funcionamiento del Parlamento, en primer lugar solamente éste puede decidir sobre el levantamiento de la inmunidad, y, en segundo lugar, no se tendría que basarse para ello en razones propias del Derecho penal (constatación del injusto penal, valoración de pruebas), sino en una ponderación de intereses de su relación con los otros poderes.⁹⁴ Con la nueva doctrina, amparada por una reciente decisión constitucional (BVerfG, sentencia del 17-12-2001), ahora el Parlamento va a tener que examinar los motivos de la persecución penal, aunque no ha quedado claro cuán lejos debe ir la “intensidad” de este examen, sino solamente se han establecido algunas situaciones en las que el Parlamento podría constatar una arbitrariedad del órgano de persecución penal contra el Parlamentario; sólo se ha reafirmado que el Parlamento no debe realizar un examen jurídico-penal amplio, pues en tal caso se convertiría en una instancia jurisdiccional adicional exclusiva de los parlamentarios.⁹⁵

⁹³ Así se entiende también en Alemania; ver SCHULZE-FIELITZ, art. 46, n. marg. 1; MAUNZ, art. 46, n. marg. 26; BROCKER, p. 44; RANFT, c. más ref. p. 275; TRUTE, p. 148, col. der. Se ha reafirmado esta doctrina en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Alemán (B VerfG, Urteil vom 17.12.2001-2 BvE 2/00); ver el texto de la resolución en JZ 3/2003, p. 145-148. La réplica a la crítica doctrinaria es sencilla: ella presupone una relación ideal entre el Derecho escrito y la realidad constitucional (o sea una relación armoniosa entre los miembros del parlamento y los demás poderes), ver p. 146, col. izq. y s.

⁹⁴ Refiriéndose a la doctrina tradicional, TRUTE, p. 149, col. izq. En España se mantiene, en cambio, la doctrina tradicional; para el levantamiento de la inmunidad o la denegación del pedido el las cámaras del Parlamento “no han de valorar jurídicamente los hechos, sino ... tienen que emitir un juicio de oportunidad política, no de culpabilidad jurídica”; ver SORIANO, p. 29, col. izq. V. También BACIGALUPO critica esta práctica y el vacío de la jurisprudencia constitucional de 1985 (vigente aún), en la que se basa este entendimiento: sólo exige expresamente una fundamentación jurídica objetiva (y no solamente política) del rechazo del levantamiento de la inmunidad, pero no de admisión; ver p. 724.

⁹⁵ Ver el análisis de TRUTE, p. 149, col. der. y s.

Independientemente de la discusión sobre la naturaleza de la “inmunidad parlamentaria” (¿simple prerrogativa o privilegio?), hay una suerte de consenso en la mayor parte de la doctrina acerca de la necesidad de que esta medida continúe existiendo, pues el peligro latente de las persecuciones tendenciosas contra los parlamentarios es indesligable de todo sistema de división de poderes. Esta afirmación se sostiene incluso a pesar de existir otras medidas modernas de protección del Parlamento frente al Ejecutivo (p. ej. el “voto de desconfianza”; la garantía del juicio penal a través de la Corte Suprema)⁹⁶ y de la importante crítica de parte de la doctrina, basada sobre todo en experiencias recientes de notoria impunidad penal.⁹⁷

Además, desde la perspectiva de la doctrina dominante, la “inmunidad” como “protección” de su titular ante persecuciones tendenciosas motivadas políticamente, también parece ser necesaria para los miembros del tercer poder del Estado: los magistrados del Tribunal Constitucional (art. 201, segundo párrafo Const. Peruana de 1993). Y también, en cierta medida, para el máximo funcionario del Ejecutivo, el presidente de la República (Canciller federal en Alemania). No se entiende en cambio por qué deberían gozar de esta inmunidad otros altos funcionarios del Ejecutivo como los Ministros de Estado (salvo que sean, al mismo tiempo, parlamentarios), el Fiscal de la Nación (o Fiscal General) o los miembros de la Corte Suprema. En resumen, aunque todavía puede sostenerse la necesidad de la “inmunidad parlamentaria”, en la actualidad parecen haber opciones a dicha medida que reduzcan las posibilidades de abuso e impunidad de los políticos.⁹⁸

⁹⁶ Ver ref. en RANFT, quien también muestra las posibilidades prácticas actuales de tal “persecución tendenciosa”, sobre todo en caso de parlamentarios comprometidos, tanto de la mayoría como de la minoría parlamentaria; ver p. 275, col. izq.

⁹⁷ Las críticas se remontan a Kelsen y todavía tienen defensores; ver ref. en TRUTE, nota 2, p. 148. En España ver las críticas de SORIANO, citando además bibliografía hispana en ese sentido, p. 28 y ss.

⁹⁸ P. ej. es interesante la propuesta de SORIANO, quien recomienda eliminar la inmunidad parlamentaria, pero conservar la competencia del Tribunal Supremo el cual (esto es nuevo) deberá recabar previamente un informe motivado de la cámara parlamentaria sobre las implicancias políticas del proceso; ver p. 32. col. izq.

La “inmunidad parlamentaria” plantea otros problemas que no pueden analizarse adecuadamente aquí. P. ej. el problema de su aplicación práctica en el marco del Derecho procesal penal (¿impide incluso las investigaciones previas al inicio formal del proceso?),⁹⁹ el de los efectos procesales de la “inmunidad parlamentaria” (dado su carácter de “impedimento procesal” expreso de rango constitucional, ¿pueden o no aprovecharse las pruebas obtenidas en las investigaciones ya llevadas a cabo?),¹⁰⁰ y el de su extensión al “Derecho penal en sentido amplio” (¿también se necesitaría el levantamiento de la inmunidad antes de iniciar procesos administrativos contra el parlamentario?).¹⁰¹

⁹⁹ Tradicionalmente se ha entendido en Alemania que, salvo delitos flagrantes, también se necesitaría la autorización del parlamento para las investigaciones previas; ver por todos y c. más ref., MAUNZ, art. 46, n. marg. 41. También sigue esta línea BROKER, p. 45. En cambio, otra posición cree que cumple mejor la finalidad de impedir “persecuciones tendenciosa”, el que la policía y la Fiscalía puedan reunir previa y libremente el material necesario para poder fundamentar luego el pedido de levantamiento de inmunidad; además, al hacerse las investigaciones discretamente, se evitaría tanto la publicidad (en perjuicio del parlamentario) como la posibilidad de eliminación de pruebas; ver c. más argumentos, RANFT, p. 275, col. der. Y s.

¹⁰⁰ La doctrina alemana mayoritaria opina que, como la inmunidad no está destinada a proteger a la persona del parlamentario (para éste solamente existiría un “reflejo jurídico” de dicha finalidad), sino la funcionabilidad del Parlamento, no habría necesidad de prohibir tal aprovechamiento de las pruebas. Pero una doctrina minoritaria, que apoya la jurisprudencia alemana, argumenta que incluso los “reflejos jurídicos” podrían ser suficientes para fundamentar una prohibición de aprovechamiento de pruebas obtenidas en un proceso antijurídico, pues también en estos casos se habría atentado contra la finalidad protegida por estas prohibiciones de aprovechamiento (la protección de intereses superiores); en concreto “la funcionabilidad” y el “prestigio” del Parlamento; además, si no se admitiera esta prohibición, se correría el peligro de que los órganos de justicia violen conscientemente las reglas sobre la inmunidad para asegurar pruebas con miras a una posterior persecución penal. Siguiendo esta doctrina, BROCKER, p. 52 y ss.

¹⁰¹ Una parte importante de la doctrina exige, para evitar abusos en contra del Parlamento, la extensión del privilegio también al Derecho administrativo (ver ref. en BROCKER, p. 48 y ss.); la jurisprudencia alemana y otro sector de la doctrina, en cambio, creen que las investigaciones administrativas no perjudicarían la funcionabilidad del Parlamento y podrían ser necesarias para reunir elementos previos a la determinación de un injusto penal.

Otro de los problemas prácticos más importantes en la lucha contra la corrupción de altos funcionarios políticos se presenta con la prescripción de la acción (eventualmente, aunque con menos frecuencia, también con la prescripción de la pena). Se ha llegado a tal punto que ésta constituye una de las “armas de defensa” más útiles para lograr la impunidad de los casos más escandalosos de corrupción de altos funcionarios públicos.¹⁰² Dado que los plazos fijados en la ley apuntan a la “seguridad jurídica” y no tienen que ver, en realidad, con la definición del injusto penal, su modificación no debería tener consencuencias similares a las de las modificaciones de la ley penal favorable al reo.

6. LA LUCHA INTERNACIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN

Cuando se trata de proteger el normal funcionamiento de la administración pública y de los poderes del Estado (y además, accesoria o principalmente la competitividad de las empresas nacionales) no bastan los tipos tradicionales de “cohecho” pues, debido al “principio de territorialidad”, la persecución penal tradicionalmente se limita a los actos de corrupción cometidos dentro del territorio nacional, en los que participan funcionarios nacionales. Y sin embargo, también pueden atentar contra el correcto funcionamiento de la administración pública nacional (u otros intereses adicionales) aquellos *actos de corrupción de funcionarios en el extranjero* cometidos por nacionales o contra nacionales, o incluso los cometidos enteramente por extranjeros en el extranjero, cuando los efectos de estos actos también se dejan sentir en el territorio nacional. O también pueden darse casos de corrupción a “funcionarios públicos” que no gozan el status de funcionarios nacionales, pese a que los actos se cometen dentro del país; p. ej. el

¹⁰² P. ej. los procesos penales contra el ex-presidente peruano Alan García Pérez (1985-1990) prescribieron uno tras otro, mientras el procesado se encontraba refugiado en Francia. Igualmente, algunos casos seguidos por las justicia italiana contra Silvio Berlusconi han prescrito y otros amenazan con prescribir, incluso gracias a oportunas leyes dadas por el propio gobierno del investigado para reducir los plazos de prescripción de la acción penal de los delitos materia de las investigaciones en su contra.

soborno a funcionarios de organizaciones internacionales con sede en el país. Es lo que se conoce como “corrupción transnacional” o “corrupción internacional”. Para reprimir estos actos no sirve de mucha ayuda recurrir a las reglas del Derecho internacional penal (“principio real o de intereses”, “principio de personalidad activa”) que, subsidiariamente al “principio de territorialidad” prevé la mayoría de las legislaciones penales, pues, por un lado, la propia estructura de los tipos penales nacionales deja impune muchas conductas de corrupción cometidas en el extranjero y, por otra parte, las reglas materiales, procesales y de extradición suelen ser muy diferentes en cada país y pueden oponerse a la persecución penal.¹⁰³ A esto se suma que, en la práctica, solamente en casos excepcionales salen a la luz casos de corrupción de gobernantes y altos funcionarios extranjeros (y más raros son aún los casos de recuperación de pérdidas, y casi imposible los de condena) por parte de empresarios de países industrializados.¹⁰⁴

Como se suele señalar, la *dañosidad* de este tipo de corrupción estriba en sus implicancias político-sociales, pues no es raro que las empresas transnacionales elaboren su estrategia previendo partidas especiales para actividades corruptoras y se aprovechen de su poder para presionar y chantajear a la clase política de los países huéspedes. Además, como se ha reconocido, aquí no solamente se afecta al país del funcionario corrupto, sino también al país de quien realiza el acto de corrupción, pues su industria pierde confianza internacional con la consiguiente afección del sistema competitivo nacional.¹⁰⁵ En tal medida se observa un paralelo entre la lucha internacional contra la corrupción y la lucha contra otros delitos de carácter internacional donde el interés común de todos los países en la persecución penal es evidente.¹⁰⁶

¹⁰³ Ver el análisis, al respecto, de PIETH, c. más ref. y ejemplos, p. 761 y ss.

¹⁰⁴ Expone sistemáticamente estos casos (muerte o derrocamiento de un político corrupto, peleas entre los herederos de un político corrupto muerto, demanda de indemnización de un intermediario en una transacción comercial corrupta, denuncia por parte de empresas competidoras, etc.), c. ej. RÜGEMER, p. 464 y s.

¹⁰⁵ Ver TIEDEMANN, “Poder económico y delito”, p. 65; también incide en el propio interés de los países (industrializados) en castigar a los cohechadores activos nacionales, PIETH, p. 773 y ss.

¹⁰⁶ PIETH ilustra esto haciendo un paralelo con la prostitución y el abuso a menores de edad; p. 773 y ss.

En algunos momentos, la corrupción de funcionarios extranjeros llegó a ser considerada una operación usual y legítima de estrategia competitiva. Así, bajo una contradicción valorativa y de acción no era extraño constatar que en las grandes empresas industriales, al lado de una sección encargada de negocios nacionales que se cuidaba de evitar la corrupción de funcionarios nacionales, hubiera otra sección encargada de negocios internacionales, donde la corrupción de funcionarios extranjeros no solamente era tolerada, sino incluso esperada por la dirección, siempre que sirviera los intereses de la empresa.¹⁰⁷ En la actualidad se está cambiando de una protección exclusivamente nacional del funcionamiento de la administración pública (sin importar o incluso fomentando, por otras razones, la corrupción de la extranjera) a la protección internacional. Especialmente escandalosa fue la situación en Alemania hasta antes de la reforma, pues incluso el Derecho tributario permitía a sus empresas nacionales deducir tributariamente aquellos “gastos” hechos en actividades corruptoras en el extranjero.¹⁰⁸

Por cierto que también existía una situación especial en el marco internacional que favorecía estas tendencias. Las relaciones económicas internacionales han creado un ambiente de presión para las empresas, las cuales, en medio de la lucha competitiva a nivel internacional, no pocas veces se verían “obligadas” a recurrir a la corrupción, lo cual, por razones de puestos de trabajo, impulso a la economía y otras metas políticas y económicas, no siempre es visto con malos ojos por los gobiernos de las empresas corruptoras.¹⁰⁹ Por eso la salida de esta situación solamente puede lograrse mediante una *lucha internacional contra la corrupción*. A través de convenios y tratados internacionales, las naciones buscan no

¹⁰⁷ Cfr. OSTENDORF, p. 617, col. izq.

¹⁰⁸ Ver ref. en KORTE, p. 88, col. der., planteando una serie de posibilidades de conflicto de la nueva regulación alemana (mucho más restrictiva que antes) sobre la deducción de pagos (sobornos) en el extranjero. Ver en NJW 2000, p. 2880, col. izq.; también sobre la situación anterior a 1996 ver DÖLLING, *Empfehlen sich*, p. C 47, TIEDEMANN, en “Multinationale Unternehmen”, p. 45. Ver resumen de la situación desde el 2000 (que solamente exige una “conducta antijurídica” y una relación de delitos para la no-deducción tributaria) en BANNENBERG, p. 26 y s.

¹⁰⁹ Cfr. OSTENDORF, p. 617, col. izq.

solamente una mejor cooperación para controlar estos delitos (p. ej. a través del intercambio de informaciones y medios de prueba, extradición, cooperación policial y judicial, etc.), sino también se obligan a “armonizar” las legislaciones internas y mejorarlas, sea introduciendo nuevos tipos penales o reformando los existentes o adoptando las medidas procesales necesarias. Con esto se abandona el argumento de la “neutralidad política” con los países huéspedes, entendidos estos mayormente como países del Tercer Mundo,¹¹⁰ los países industrializados cerraban los ojos frente a la corrupción causada o cocausada por empresas transnacionales en estos países, así como a la corrupción que también existía y existe aún en sus propios países.

Todavía a mediados de los años 70 del siglo XX, las Naciones Unidas se preocupaba paternalmente de los abusos de empresas transnacionales en países huéspedes de economía subdesarrollada, abusos que, entre otras cosas, se manifestaban principalmente como “prácticas restrictivas de la competencia” y “actos de corrupción” en dichos países.¹¹¹ Por ese motivo se emitió la Recomendación de 1975. Pero no se veía el problema en “casa”, es decir, que los actos de corrupción partían precisamente de ciudadanos de los países industrializados. El primer paso decisivo lo dieron los EE. UU. Como respuesta a una serie de escándalos en el que se vieron envueltos empresas estadounidenses, el gobierno norteamericano emitió la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) en 1977, la cual influyó en las legislaciones nacionales e internacionales. Esta ley –vigente todavía– persigue penalmente, en territorio nacional, entre otras conductas, los actos de corrupción de funcionarios públicos (en sentido amplio) y políticos (miembros de partidos y candidatos para un cargo político) llevados a cabo por ciudadanos o empresas norteamericanos incluso en el extranjero, siempre que el acto de corrupción tienda a influir en medidas oficiales y decisiones relacionadas con transacciones comerciales (p. ej. la obtención

¹¹⁰ Cfr. BANNENBERG, p. 28; HUBER, p. 43, col. izq.

¹¹¹ Al respecto ver más ref. en TIEDEMANN, “Multinationale Unternehmen”, p. 24 y ss., 32 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, “El Derecho de la Libre Competencia”, p. 66 y ss., 68; BANNENBERG, p. 28.

de contratos o buenas pro). Incluso se persigue a extranjeros o empresas extranjeras que hayan cometido estas conductas en el extranjero en el marco de actividades competitivas de empresas norteamericanas (principio de los “efectos en el mercado nacional”), siempre que tengan domicilio en los Estados Unidos.¹¹² Entre otras particularidades de la ley norteamericana están: la tipicidad del pago a terceros intermediarios de los funcionarios, la exclusión de la “corrupción menor” (petty corruption), o sea la que procura un mejor y rápido trabajo de empleados públicos; la exclusión de pagos legales según las reglas del país (salvo los pagos a políticos, así la ley nacional los considere legales); la previsión de prisión para personas naturales y fuertes multas (hasta 2 millones de dólares por infracción) u otras sanciones fuertes (exclusión de contratar con el Estado, pérdidas de privilegios como exportador, etc.) para las empresas; la previsión de obligaciones contables (publicables por la Supervisión de la Bolsa de Valores estadounidense) que prueben la existencia de pagos y la responsabilidad de la dirección de la empresa.

La influencia de la FCPA en otros países industrializados no fue, sin embargo, inmediata. Hubo que esperar 20 años hasta que a través de la OECD (Organization of Economic Cooperation and Development), 33 países (entre ellos Alemania y España) firmen el 17 de diciembre de 1997 el “*Convenio sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en el tráfico comercial internacional*” (hasta 2002 habían firmado 34 países y tres más habían iniciado el procedimiento). En gran medida ha sido decisiva la insistencia de los EE. UU. para llegar a esta Convención, pues —a fin de equilibrar la desventaja competitiva de sus propias empresas derivada de la FCPA— buscó convencer a otros países de introducir reglas similares. Con ese motivo en 1988 dirigieron “recomendaciones urgentes” a la OECD, las que finalmente se materializaron en la Convención de 1997. En ella se recomienda, de

¹¹² Al respecto ver ampliamente en TIEDEMANN, “Multinationale Unternehmen”, p. 32 y ss.; igualmente en “Poder económico y delito”, p. 62 y ss.; c. más ref. y una exposición resumida del contenido de la ley estadounidense, BANNENBERG, p. 23 y ss.; brevemente sobre la aplicación de la ley en la justicia estadounidense, ABANTO, “Derecho de la Libre Competencia”, p. 61 y ss.

manera similar a la ley norteamericana, introducir la represión del soborno a funcionarios públicos extranjeros en cualquier país del mundo (y no solamente de los países signatarios del Convenio) con el objeto que éste, mediante comisión u omisión en el ejercicio de sus funciones, le ayude a conseguir o mantener un contrato en el tráfico comercial internacional o cualquier otra ventaja injusta.¹¹³ Solamente se busca la represión del cohechador activo (el dador), no del cohechador pasivo (el funcionario público extranjero), pues la punibilidad de éste queda en manos de la nación correspondiente. El objetivo del Convenio es sobre todo de carácter económico: se busca conseguir un equilibrio en las condiciones de competencia basado en la reciprocidad; especialmente en países del Tercer Mundo, se ayudaría así a proteger la economía, la administración y la democracia.¹¹⁴ Para su cumplimiento se han establecido mecanismos de autoevaluación y evaluación mutua con planes temporales predeterminados. Entre las ya mencionadas carencias de la Convención figura también la no previsión de reglas especiales sobre jurisdicción penal que obligue a los países signatarios a aplicar el principio de “nacionalidad” (personalidad) y perseguir los delitos de cohecho activo en el propio país del cohechador activo (que usualmente, en el marco de la competencia internacional, suele sobornar a funcionarios extranjeros en el extranjero), pues las reglas sobre extradición son de difícil aplicación.¹¹⁵

En los años posteriores, algunos países firmantes han cumplido con adecuar sus leyes penales nacionales al texto de la Convención de la OECD; Alemania p. ej., lo hizo el 10 de setiembre de 1998 través de la *Ley (alemana) de lucha contra la corrupción internacional* (por sus siglas en alemán: IntBestG), pero la parte penal de esta ley no entró en vigor hasta 15 de febrero de 1999, fecha en que Alemania firmó la Convención.¹¹⁶ La IntBestG remite

¹¹³ AAI respecto, críticamente, ZIESCHANG, p. 106 y s.; también, c. más ref. KORTE, p. 85 y ss.

¹¹⁴ BANNENBERG, p. 38.

¹¹⁵ KORTE, p. 85, col. der.

¹¹⁶ Ver sobre esta ley, KORTE, p. 85 y ss.; BANNENBERG, c. más ref., p. 36 y s.; ÜBERHOFEN, p. 86 y s.

ampliamente al tipo penal de del art. 334 StGB (o sea los casos de actos de soborno a funcionarios públicos para que éste después realice una actividad funcional que viola sus deberes), define el concepto de “funcionario público” para los efectos de la ley (art. 2, § 1 IntBestG), describe la punibilidad de corrupción activa a parlamentarios extranjeros cuando se relacionen con actividades del tráfico comercial internacional (art. 2, § 2 IntBestG), extiende la validez del Derecho penal alemán a delitos cometidos en el extranjero (§ 3), posibilita la aplicación de los tipos penales de blanqueo de dinero (§ 4). En resumen, con esta ley se reprime el “cohecho activo propio antecedente” a funcionarios públicos extranjeros cometidos por alemanes en el extranjero en el marco de actividades de tráfico comercial internacional. Se critica a esta ley que no se refiera a la “corrupción privada” (en el extranjero), limite la acción típica a conductas ligadas con contratos y ventajas en el tráfico comercial internacional, la limitada percepción penal de parlamentarios y la falta de verdadera responsabilidad penal de las empresas (solamente se admite la responsabilidad contravencional).¹¹⁷ Por otro lado, se admite que la efectividad práctica de esta ley probablemente sea insignificante pues para la punibilidad del “cohecho activo” cometido en el extranjero podría no existir interés en otros países de colaborar en la punibilidad de determinada empresa o de sus miembros,¹¹⁸ pero, por otro lado, se destaca su “efecto simbólico” positivo, pues –como toda norma penal- puede contribuir a “crear claridad sobre normas y conductas prohibidas para imponer las correspondientes normas de conducta en las empresas e influir en la competencia”.¹¹⁹ Es interesante, por último, que la IntBestG vaya más lejos que la propia ley penal alemana cuando se trata de la “corrupción de parlamentarios”. En efecto, la ley interna solamente pena la “corrupción de parlamentarios” (art. 108e StGB) referida a la compra o venta de votos de representantes populares comunitarios, federales, regionales o municipales en una votación;

¹¹⁷ Cfr. BANNENBERG, p. 37; también críticamente en especial frente a los vacíos relacionados con el “cohecho activo impropio” de funcionarios extranjeros o de organizaciones internacionales, GÄNßLE, p. 544 y ss.

¹¹⁸ Cfr. BANNENBERG, p. 37.

¹¹⁹ BANNENBERG, p. 37 y s.

en cambio el art. 2 IntBestG se refiere a la corrupción “activa” a parlamentarios extranjeros para conseguir o preservar ventajas injustas en el tráfico comercial internacional. La descripción de la IntBestG (limitada por cierto al “cohecho activo”) no precisa una “compra concreta de votos” ni una “infracción de deberes funcionariales”, sino solamente un “pacto injusto” entre el corruptor activo y el parlamentario extranjero.¹²⁰

Los convenios para la lucha contra la corrupción también pueden tener *carácter regional*. P. ej. los países miembros de la Unión Europea se han obligado, a través de diferentes instrumentos, a introducir en sus ordenamientos jurídicos nacionales la punibilidad de la corrupción activa y pasiva de funcionarios de la Unión Europea (o sea de funcionarios supranacionales).¹²¹ Entre los instrumentos más importantes¹²² están la Directiva sobre “protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas” (a través de los actos del Consejo Europeo de 27-09-96 y 19-06-97), “Corrupción de funcionarios de la Unión Europea” (acto del Consejo de 26-05-97) y sobre todo la “Convención jurídico-penal del Consejo de Europa sobre corrupción” de 27-01-1999. Esta última trata de armonizar el Derecho penal de los países miembros comprometiéndolos a establecer similares tipos penales y normas procesales sobre corrupción, así como colaborar entre ellos en la lucha contra estos delitos. Entre otras novedades está la posibilidad (todavía no aceptada en Alemania) de introducir un tipo penal amplio referido al “tráfico de influencias”. Y también el Corpus Iuris de la Unión Europea, que prevé normas materiales y procesales de carácter penal, que orientan la armonización de las legislaciones penales

¹²⁰ Cfr. BANNENBERG, p. 37.

¹²¹ Los tipos penales sobre “corrupción” vigentes en Alemania no abarcaban tampoco a funcionarios de otros países de la Unión Europea (se refieren a “funcionarios nacionales”), ZIESCHANG, p. 106, col. izq.

¹²² Ver un análisis de estos instrumentos en HUBER, c. más ref., p. 43 y ss.; también, con un análisis crítico de los elementos típicos desde la perspectiva penal, VOLK, p. 428 y ss.; GÄNßLE analiza críticamente la Ley de corrupción de funcionarios en la Unión Europea que dio cumplimiento, en Alemania, al protocolo de 27-09-1996 sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y constata como vacío la impunidad del cohecho impropio; ver p. 546 y s.

de los países miembros, ha previsto una disposición referida a la corrupción, pero relacionada con la protección de los intereses financieros de la Unión (art. 3 y s.).

En Latinoamérica se ha buscado también comprometer a los países de la región en una amplia lucha contra la corrupción. En la *Convención Interamericana contra la corrupción de 29-03-1996*,¹²³ además de recomendar mejoras en la represión de la corrupción nacional, también se menciona la “corrupción internacional” (art. VII) y se recomienda, a los países que no lo previeran, introducir un tipo penal de “enriquecimiento ilegítimo”. Por cierto que la Convención no prevé, en cambio, un tipo legal de “corrupción de funcionarios privados”, sino solamente la corrupción de funcionarios públicos por nacionales, residentes extranjeros y empresas domiciliadas en el país, relacionada con actividades de naturaleza comercial o económica.¹²⁴ Salta a la vista que esta tipificación es menos completa que la norteamericana, pues por un lado se refiere solamente a actividades económicas y no también a las políticas (que indirectamente pueden tener por trasfondo un interés económico) y, por otro lado, excluye los sobornos otorgados por extranjeros no domiciliados en el país, y los sobornos de nacionales o extranjeros cometidos en el extranjero, pero con efectos para la competitividad en el mercado peruano. Pero la deficiencia más grave de esta Convención es que no ha previsto mecanismos para garantizar su eficacia.¹²⁵ Así p. ej. el Estado peruano ha ratificado esta Convención el 24 de marzo de 1997, pero hasta ahora ha incumplido con introducir cambios en la legislación penal nacional en el sentido de la Convención.

¹²³ Como sostiene HUBER, esta Convención significó el primer instrumento internacional de adhesión a la política estadounidense de la lucha internacional contra la corrupción iniciada con la FCPA de 1977; p. 42, col.der.

¹²⁴ El Artículo VIII de la Convención dice lo siguiente: “Soborno transnacional: Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial...”.

¹²⁵ Acertada crítica de HUBER, p. 42, col. der.

La profusión de instrumentos de Derecho internacional público, referidos todos al mismo tema (la lucha contra la corrupción) ha creado no pocas confusiones. Pero debe tenerse en cuenta los distintos contextos en el que surgieron estos tratados y sus diferencias metodológicas. Así mientras que algunos se refieren a la lucha contra la corrupción que pueda tener efectos para la competitividad de las empresas, o sea la corrupción privada y la corrupción transnacional (p. ej. la FCPA o la Convención de la OECD)), otras tienen por objeto proteger intereses financieros de un grupo de países (las Convenciones de la Comunidad y de la Unión Europea) y otras buscan mejorar en general la lucha contra la corrupción del funcionario público nacional y extranjero (la Convención Interamericana, la Convención del Consejo de Europa). También la metodología diferencia los distintos documentos: mientras que unos solamente crean el marco para que cada país firmante resuelva el problema a su manera dentro de su legislación nacional (“equivalencia funcional”), otros buscan más bien armonizar o unificar las bases jurídicopenales en la lucha contra la corrupción. Un ejemplo del primer caso sería la Convención de la OECD; el segundo supuesto se presenta en la Convención del Consejo de Europa.¹²⁶

El aporte de estos instrumentos es variado. En algunos casos han propuesto verdaderas mejoras en la lucha contra la corrupción. P. ej. ampliando el concepto de “funcionario público” para comprender también a funcionarios extranjeros (en general o de un grupo de países) o miembros de organizaciones internacionales; o incluyendo el beneficio (mediato o inmediato) a terceros en la acción típica del cohecho. O también proponiendo la introducción de nuevos tipos penales como los de “corrupción privada” o “tráfico de influencias”. Finalmente, también debe destacarse como aspecto positivo que se prevea la sanción de personas jurídicas en todas las convenciones. En otros casos, los resultados son discutibles. Como cuando se propone la introducción del dudoso tipo penal de “enriquecimiento indebido”. También resulta criticable la falta de consenso sobre el concepto de “funcionario público” que ha

¹²⁶ HUBER, p. 46 y s.

llevado a que los instrumentos más recientes restrinjan de manera importante sus alcances; la Convención del Consejo de Europa o la de la OECD p. ej. no incluyen como funcionario público a jefes de partidos políticos, funcionarios políticos ni a aspirantes a funcionarios públicos (como sí hace la FCPA norteamericana). En otros casos, la falta de mecanismos de control del cumplimiento de los acuerdos por parte de los países signatarios hace que el Convenio no pase de ser una mera declaración de intenciones (es el caso de la Convención interamericana de 1996).

7. RESUMEN Y TENDENCIAS

Como resultado de lo expuesto, se pueden observar actualmente las siguientes tendencias en el Derecho penal de los países

a) En el campo nacional:

- En todos los países existen proyectos de reforma penal relacionados con la lucha anticorrupción. Se ha demostrado que los medios legales existentes, penales y extrapenales, no han sido suficientes para contener el avance de la corrupción. Este fenómeno ya no se considera como un problema típico de países subdesarrollados.
- Mayormente, en países de tradición románica, con una gran variedad de tipos penales, se está tratando de mejorar la técnica legislativa en los tipos penales de “cohecho” y en otros similares. P. ej. se especifica que el “beneficio” del cohecho no tiene que dirigirse solamente al funcionario público, sino también a terceros.
- En países de tradición germánica, además de perfeccionar los tipos penales existentes, se ha recomendado la introducción de nuevos tipos penales para cubrir vacíos de punibilidad: el “tráfico de influencias”, la “concusión”. Se ha rechazado hasta ahora la introducción de un tipo penal de “enriquecimiento ilícito”.
- En todos los países se están tratando de superar los casos de impunidad derivados de la construcción de los tipos de cohecho como “delito especial”. Así, o bien se amplía aún

más el concepto penal de “funcionario público” para abarcar expresamente a privados que realicen prestaciones por encargo de la administración pública, o bien se crean tipos penales específicos para estos sujetos. Y también se trata de ampliar el concepto de funcionario público para incluir en él a funcionarios de organizaciones internacionales.

- Se comprende la necesidad de mejorar la aplicabilidad del Derecho penal a conductas corruptas de funcionarios políticos, sea comprendiendo a estos dentro del concepto “funcionario público” o previendo para ellos tipos penales específicos.

b) En el campo internacional:

- El interés por luchar contra la corrupción de funcionarios públicos ha ido en aumento y ha merecido el interés de las organizaciones internacionales. Pero este “despertar” ha sido motivado por razones económicas, más que por razones jurídico-penales o éticas.
- Los esfuerzos por reprimir en todo el mundo la corrupción activa de funcionarios públicos extranjeros han culminado en instrumentos de Derecho internacional público. Los países firmantes se han obligado a reprimir estas conductas. Pero existen muchas diferencias de objetivos y metodología entre los distintos convenios. En no pocos casos, la lucha contra la corrupción se orienta a evitar perjuicios económicos de los países signatarios o desventajas competitivas de sus empresas en mercados extranjeros.
- También regionalmente existen esfuerzos para luchar contra la corrupción de funcionarios. Son destacables los esfuerzos de la Unión Europea y de Latinoamérica. Pero mientras que en el primer caso existen mecanismos de presión y control para el cumplimiento de los acuerdos suscritos, en el caso latinoamericano las mejoras en el Derecho interno dependen hasta ahora solamente de la buena voluntad de los gobiernos firmantes.

Por cierto que el incremento de la efectividad material y procesal en la lucha contra la corrupción no debe darse sacrificando prin-

cipios jurídicos básicos. La presión social, atizada por los medios de comunicación masiva, muchas veces predisponen (“condena pública anticipada”) a la justicia penal a decidir en determinado sentido, sin la suficiente reflexión crítica, hasta llegar a condenas mal motivadas o amparándose en tipos penales o interpretaciones de dudosa constitucionalidad.¹²⁷ Estos “triumfos de la justicia” también son simbólicos, pues, por un lado socavan el respeto de principios jurídicos y derechos individuales, llevando a un Derecho penal autoritario¹²⁸ y, por otro lado, tampoco pueden sostenerse a la larga. En las instancias más elevadas o, a más tardar, en las instancias internacionales, tales sentencias tienen todas las posibilidades de ser revocadas. El Derecho penal, y sobre todo el que se refiere a la corrupción de funcionarios, tiene sus limitaciones. Es tarea nuestra aprender de los errores del pasado para llenar los vacíos y luchar con más eficacia contra la corrupción de funcionarios públicos. En ese camino, la justicia “rápida” y al “gusto del cliente” es la decisión equivocada.

¹²⁷ En España ha destacado este fenómeno, sobre todo en el campo procesal penal, BACIGALUPO, p. 718 y ss. Critica el autor algunos defectos procesales que afectan al inculpaado; p. ej. la imposibilidad de apelar allá al mandato de detención, del cual se ha hecho mucho abuso últimamente. Pero también critica los “procesos paralelos” de los medios de comunicación, los cuales no aceptan una decisión judicial distinta de la condena anticipada efectuada por ellos y llevan a cabo campañas contra algunos jueces poniendo en duda su “imparcialidad” e “independencia”; p. 722. También en el Perú, en el marco de la avalancha de procesos penales contra funcionarios públicos del anterior régimen, se observa, a veces, una tendencia a “castigar” a los “corruptos” ya con un mandato de detención apresurado, a veces, innecesario (o por lo menos insuficientemente inmotivado en la resolución correspondiente), pero aplaudido por la opinión pública y los medios de comunicación; algunas pocas veces estas resoluciones han sido revocadas por el Tribunal superior. En otros casos, se ha recurrido a basar los procesos (y algunas sentencias) en tipos penales de fácil aplicación pero de dudosa constitucionalidad (p. ej. el “enriquecimiento ilícito” o el “abuso de autoridad innominado”) o con interpretaciones dudosamente extensivas del tipo tradicional de “cohecho”.

¹²⁸ En las leyes penales y procesales sobre terrorismo y tráfico de drogas se encuentran precedentes de las tendencias hacia un modelo de “control” (movimiento del “law and order”), el cual, bajo influencia de los medios de comunicación, se manifiesta ahora en el tema de la corrupción de funcionarios; BACIGALUPO, p. 726 y s. También en Italia, en el marco de los procesos penales contra la mafia y altos funcionarios corruptos se han cometido excesos y atentados contra principios del Derecho penal; ver al respecto críticamente contra dudosas interpretaciones judiciales, SGUBBI, p. 115 y ss.

8. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: “Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. Una aproximación a la discusión”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n° 34, abril 2003, p. 11 y ss.; “El transfuguismo político: “¿delito de cohecho?””, revista “Cátedra”, UNMSM, n° 8, Lima, 2001, p. 79 y ss.; “Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano”, Lima, 1ra. ed. (2001), 2da. ed.(2003); “Derecho penal económico. Parte especial”, Lima, 2000; “Derecho de la libre competencia”, Lima, 1997; “Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas”, Lima, 1997.

ARZT, Gunther: “Filz statt Kriminalität”, L. H. a G. Kaiser, tomo I, Berlín 1998, p. 495 y ss.

BACIGALUPO, Enrique: “Politische Korruption und Strafverfahren”, *ZStW* 111 (1999), p. 715 y ss.

BANNENBERG, Britta: “Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle. Eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse”, Neuwied, Kriitel, 2002.

BARTON, Stephan: “Der Tatbestand der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB), *NJW* 1994, p. 1098 y ss.

BOTTKE, Winfried: “Korruption und Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland”, *ZRP* 1998, p. 215 y ss.

BROCKER, Lars: “Umfang und Grenzen der Immunität des Abgeordneten im Strafverfahren”, *GA* 2002, p. 44 y ss.

CRAMER, Peter: Comentarios a los arts. 331 y ss. del C. P. alemán, en: Schönke/Schröder, “Strafgesetzbuch. Kommentar”, 26ta. ed., Munich, 2001, p. 2568 y ss.

DÖLLING, Dieter: “Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?”, en: “Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages”, tomo 1: “Gutachten C”, tomo 2: “Sitzungsberichte”, Karlsruhe, 1996, p. C 20.

DU PUIT, José: “Corrupción en el Perú: breve reseña histórica”, Anuario Derecho Penal 95, Lima, 1996.

FERREIRA DELGADO, Francisco: “Delitos contra la administración pública”, Bogotá, 1985.

GÄNßLE, Peter: “Das Antikorruptionsstrafrecht – Balsam aus der Tube der symbolischen Gesetzgebung-?”, NStZ 1999, p. 543 y ss.

HETTINGER, Michael: “Das Strafrecht als Büttel?”, NJW 1996, p. 2263 y ss.

HUBER, Bárbara: “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional”, Revista penal, n° 11, 2003, p. 41 y ss.

KARGL, Walter: “Über die Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität bei der Vorteilsannahme (§ 331 StGB)”, ZStW 114 (2002), p. 763 ff.

KILLIAS, Martin: “Korruption: Vive la Repression! - Oder was sonst?”, L. H. a Hans Joachim Schneider, Berlín-Nueva Yorkt, 1998, p. 239 y ss.

KLEINMANN, Werner/ BERG, Werner: “Änderungen des Kartellrechts durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.08.1997”, Betriebsberater 1998, p...

KORTE, Matthias: “Der Einsatz des Strafrechts zur Bekämpfung der internationalen Korruption”, Wistra 1999, p. 81 y ss.

MAUNZ, en Maunz/Dürig: “Grundgesetz”, actualizado a agosto de 2000.

OSTENDORF, Heribert: “Bekämpfung der Korruption als rechtliches Problem oder zunächst moralisches Problem?”, NJW 1999, p. 615 y ss.

PIETH, Mark: “Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität”, ZStW 109 (1997), p. 756 y ss.

PIETH, Mark/EIGEN, Peter (eds.), “Korruption im internationalen Geschäftsverkehr. Bestandsaufnahme, Bekämpfung, Prävention”, Neuwied, 1999.

RANFT, Otfried: “Staatsanwaltschaftliche Ermittlungstätigkeit und Immunität der parlamentarischen Abgeordneten”, ZRP 1981, p. 271 y ss.

ROXIN, Claus: “Derecho procesal penal”, Buenos Aires, 2002.

RÜGEMER, Werner: “Die deutsche Justiz und die Korruption”, en: Kritische Justiz, n° 30 (1997), Alemania, p. 458 y ss.

SANCINETTI, Marcelo A.: “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público –art. 268 (2), C.P.–”, 2da. ed., Buenos Aires, 2000.

SCHAUPENSTEINER, Wolfgang: “Bekämpfung von Korruptionsdelinquenz”, Kriminalistik 1994, p. 514 y ss., “Gesamtkonzept zur Eindämmung der Korruption”, NStZ 1996, p. 409 y ss.

SCHLÜCHTER, Ellen: “Zur (Un-)Lauterkeit in den Volksvertretungen”, L. H. a Friedrich Geerds, Lübeck, 1995, p. 713 y s.

SCHULZE-FIELEITZ, en: Dreier, “Grundgesetz”, tomo II, 1998.

SGUBBI, Filippo: “Los delitos contra la administración pública. Reflexiones dogmáticas y político-criminales a la luz de la reciente evolución del Derecho penal italiano”, CPC, n° 70 (2000), p. 115 y ss.

SORIANO, Ramón: “La inmunidad de los parlamentarios: más privilegio que garantía”, Revista: “Jueces para la democracia”, n° 43 (marzo 2002), Madrid, p. 28 y ss.

TIEDEMANN, Klaus (edit.), “Multinationale Unternehmen und Strafrecht”, Colonia, 1980; “Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?”, Munich, 1972; “Poder económico y delito”, Barcelona, 1985; Leipziger Kommentar, 11ra. ed. (2001), art. 298, 299.

TRUTE, Hans-Heinrich: Observaciones a la sentencia del BverfG de 17-12-2001 (2 BvE 2/00), JZ 2003, p. 148 y ss.

ÜBERHOFEN, Michael: “Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich”, Freiburg im Breisgau, 1999.

VOLK, Klaus: “Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung”, en: L. C. a Heinz Zipf, Heidelberg 1999, p. 419 y ss.

ZIESCHANG, Frank: “Das EU-Bestechungsgesetz und das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung”, NJW, 1999, p. 105 y ss.

II

Más sombras que luces ante la futura creación de una Fiscalía Europea Anticorrupción*

Por Nicolás Rodríguez García¹

* Este trabajo se enmarca en la investigación desarrollada en dos Proyectos de Investigación financiados por el Ministerio de Educación (DER2012 32638: “Recuperación de activos derivados del crimen organizado y la corrupción. Implementación de criterios internacionales en Latinoamérica a la luz de la experiencia europea”) y por las Universidades de São Paulo y Salamanca (“Criminalidad económica y corrupción. Análisis a la luz de las iniciativas internacionales y de los ordenamientos jurídicos brasileño y español”) para el periodo 2011 2015.

¹ Profesor Titular —Catedrático acreditado— de Derecho Procesal. Director, en la Universidad de Salamanca, del “Grupo de Estudio sobre la Corrupción” y de la “Escuela de Posgrado Estado de Derecho y Buen Gobierno” [<http://buengobierno.usal.es>].

1. CONTEXTUALIZACIÓN CRIMINOLÓGICA E INSTITUCIONAL

La tradicional idea del Estado nación tiene, en ámbitos geográficos progresivamente integrados, sus días contados, al menos en su concepción originaria. Muy atrás quedan ya los años en los que los pueblos europeos se enfrentaban entre sí en guerras fratricidas, desconocidas por las generaciones más jóvenes —que lamentablemente casi ni las recuerdan por sus estudios de historia—, las cuales sí están viendo como algo *natural* el proceso integrador europeo a todos los niveles, incluido el judicial y el policial. Un movimiento de cambio influenciado por las acciones del crimen organizado —cuyo factor principal ya no es la figura del delincuente, sino las relaciones entre las personas— y por un enfoque más centrado en los riesgos como punto de partida para una actuación eficaz del sistema penal,² campo en el que mucho ha tenido que decir el Ministerio Público en su constante evolución y adaptación a la nueva realidad criminológica y a las necesidades de justicia sentidas por los ciudadanos,³ para que en última instancia se consiga una vigencia efectiva del principio de seguridad jurídica.

Expresiones como *desperate times call for desperate measures*, incorporada al refranero castellano como *a grandes males, grandes remedios*, sintetizan perfectamente no tanto el *cuándo* —complicado por numerosos condicionantes políticos y técnico

² ALBRECHT, H. J., “La delincuencia organizada transnacional y los instrumentos internacionales de control”, *Revista Catalana de Seguretat Publica*, núm. 8, 2001, pág. 87.

³ Vid. la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos”, de 10 de junio de 2009 —COM(2009) 262 final—.

jurídicos— sino el *por qué*, el *cómo* y el *hasta dónde* del objeto de estas reflexiones sobre el papel que puede —y debe— jugar el Ministerio Público en la prevención y persecución de la delincuencia financiera más allá de su ámbito territorial nacional,⁴ o incluso una Fiscalía unificada con facultades de actuación efectivas en más de un país.

Y es que si como se dice en el Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 la corrupción — amén de otras formas de criminalidad con las que está relacionada, como la delincuencia organizada, la delincuencia económica y el blanqueo de capitales— ha dejado de ser un problema interno de cada país al haberse convertido en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías,⁵ por lo que la cooperación internacional de los países para reprimirla a corto plazo y prevenirla en el futuro se ha convertido en un imperativo, también así sentido por la ciudadanía.⁶ En esta política, se reputa

⁴ En el caso español se ha tratado de impulsar una actuación coordinada y armónica del Ministerio Fiscal en las relaciones con terceros países con el Real Decreto 1735/2010, de 23 de diciembre, por el que se modificó la plantilla del Ministerio Fiscal para el año 2010 añadiendo una plaza de Fiscal de Sala Coordinador de Cooperación Penal Internacional — siguiendo el modelo de especialización adoptado en otras materias como medio ambiente y urbanismo, delitos económicos, extranjería, menores, criminalidad informática y protección y tutela de las víctimas en el proceso penal—, cuyas facultades y funciones fueron reguladas en la Instrucción 1/2011 del Fiscal General del Estado de 9 de marzo de 2011.

⁵ Efecto que hay que medir no sólo a partir de las cantidades económicas que son detraídas de sus legítimos propietarios —del ámbito público y del privado—, sino también considerando como la proliferación de estas conductas, generadoras en última instancia de inseguridad jurídica, son un incentivo negativo para los posibles inversionistas extranjeros. Con relación a esta línea argumental vid. GÓMEZ JARA DÍEZ, C., “Crisis financiera de la deuda soberana europea y Derecho penal europeo: ¿una forma de recuperar la confianza de los inversores internacionales?”, *La Ley*, núm. 8102, 2013, págs. 1 y ss.

⁶ Baste para ello hacer un repaso de los Eurobarómetros elaborados por la Comisión Europea en 2005, 2008, 2009 y 2012 sobre la corrupción y el fraude, y las actitudes de los ciudadanos europeos hacia estas prácticas ilegales, en los que por un lado se evidencia la disconformidad con las políticas preventivas y represivas de los gobiernos nacionales (en 2012, el 68% es la media europea del rechazo a las acciones nacionales, porcentaje que en el caso de España llega al 78%), y por otro lado también se censura importantemente que la Unión Europea esté apoyando de manera efectiva a los países a reducir la corrupción (en 2012 sólo están de acuerdo el 22% de los ciudadanos en la media europea, y el 23% de los españoles encuestados).

como fundamental la actuación de la Fiscalía, no sólo de la nacional de cada uno de los países en su propio ámbito territorial, o cuando mucho en cooperación con sus homónimos de otros países, sino en especial la que pueda ser desarrollada a través de nuevas Fiscalías creadas a nivel supranacional⁷ e internacional.⁸

Como es fácil de imaginar, tamaño objetivo debiera ser abordado en primera instancia de manera regional o subregional. En este punto, una vez más, la Unión Europea viene dando muestras de por dónde deben ir las iniciativas y las cesiones nacionales de ámbitos de su soberanía⁹ tan sensibles como el penal, aspirando a

⁷ Vid. BARGIS, M., “Il Pubblico Ministero nella prospettiva di un ordinamento europeo”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2004, núm. 3, págs. 745 y ss.

⁸ Y en este ámbito indudablemente hay que tener siempre en cuenta la experiencia desarrollada por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en sus años de existencia, en especial por las dosis —controladas— de independencia que atesora y por la relación que se establece entre los Estados y la Corte a partir de los principios de complementariedad, territorialidad y cooperación internacional. Sobre ello vid. ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., “La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales nacionales: ¿tiempos de «ingeniería jurisdiccional»?”, VV.AA., *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, 2000, págs. 383 y ss.; AMBOS, K., “The status, role and accountability of the Prosecutor of the International Criminal Court: A comparative overview on the basis of 33 national report”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8, núm. 2, 2000, págs. 89 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J. L., *El Tribunal Penal Internacional: investigación y acusación*, Valencia, 2003; OLÁSOLO ALONSO, H., “The prosecutor of the ICC before the initiation of investigations: A quasi judicial or a political body?”, *International Criminal Law Review*, vol. 3, núm. 2, 2003, págs. 87 y ss.; BUJOSA VADELL, L. M. *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Barcelona, 2008, págs. 242 y ss.; AMBOS, K., BOCK, S., *El régimen procesal de los fiscales en los Tribunales Penales Internacionales*, Madrid, 2013.

⁹ En el art. 1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) se deja claro que en la construcción de la Unión los Estados van a tener que ceder —y atribuir— competencias para alcanzar los fines comunes. En este sentido, ya hace muchos años VERVAELE, J. A. E., “El Ministerio Fiscal Europeo y el Espacio Judicial Europeo. Protección eficaz de los intereses comunitarios o el inicio de un Derecho Procesal penal europeo?”, PALOMO DEL ARCO, A. (dtor.), “Sistemas penales europeos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. IV, 2002, pág. 318, afirmó que el espacio europeo requiere de una protección penal de determinados bienes jurídicos que vaya más allá de la noción de Estado nación y de sus ius puniendi y que proteja los bienes jurídicos de la propia UE (los intereses financieros, el euro, los fraudes y la corrupción interna en el seno de las instituciones de la UE), los bienes jurídicos puestos en peligro por la criminalidad transnacional, así como los bienes jurídicos relativos a los aspectos transnacionales del mercado interno, la unión aduanera, y las política comunes vinculadas a la competencia, medio ambiente, alimentación, seguridad, etc.

que el *mercado único europeo* de capitales, mercancías, servicios y trabajadores se extienda a las actuaciones policiales y judiciales, y al cumplimiento de sus resoluciones,¹⁰ evitando que puedan existir *refugios seguros o paraísos penales*.¹¹ En esencia, la vigencia del principio de territorialidad ha dejado de ser sólo una cuestión *jurídica* para convertirse en un problema *ideológico*,¹² cuya superación exige de grandes dosis de voluntad política.¹³

Medio siglo después de su creación el sentido y finalidad de la Unión Europea difiere notablemente de las premisas con las que SCHUMAN elaboró su Declaración de 9 de mayo de 1950. En ella, se exhortaba a los países europeos que así lo quisieran a someterse bajo una única autoridad común el manejo de sus respectivas producciones de acero y carbón, dejando a un lado las tensiones y rivalidades nacionales; por tanto, una propuesta de verdadera integración en una organización supranacional, un plus

¹⁰ Hay que tener en cuenta en esta materia la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, incluida la financiación del terrorismo”, de 5 de febrero de 2013 —COM(2013) 45 final—, que como sus predecesoras continúa con la aplicación de un enfoque basado en los riesgos, con el fin de fortalecer el mercado interior, reduciendo la complejidad de las operaciones transfronterizas, proteger los intereses de la sociedad de la delincuencia y los actos terroristas, preservar la prosperidad económica de la Unión Europea, ofreciendo un entorno empresarial eficiente, y contribuir a la estabilidad financiera, protegiendo la solidez, el correcto funcionamiento y la integridad del sistema financiero.

¹¹ Como en otras muchas cuestiones, siguen siendo oportuno recordar a BECCARIA cuando afirmaba que “...[d]entro de las fronteras de un país no debe haber lugar alguno independiente de las leyes. La fuerza de éstas debe seguir a cada ciudadano, como la sombra sigue al cuerpo... [L]a certeza de no encontrar un palmo de tierra que perdone los verdaderos delitos, sería un medio eficacísimo para prevenirlos” (BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, trad. P. Andrés Ibáñez, Madrid, 2011, pág. 245).

¹² Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., “Derecho Penal y Unión Europea: Territorio y competencia. El Espacio Judicial Europeo”, VV.AA., “Derecho penal europeo. Jursprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos”, *Estudios de Derecho Judicial*, vol. 155, 2009, pág. 662.

¹³ Así es destacado, en materia de combate al fraude y a la corrupción, en la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre Una política global de la UE contra la corrupción”, de 28 de mayo de 2003 —COM(2003) 317 final—.

frente a las puntuales colaboraciones bilaterales o multilaterales que con diversos contenidos y alcances venían desarrollando algunos países europeos. Siendo así, en la actualidad no se entiende que la integración económica, y política, se pueda llevar a efecto sin un mínimo de integración jurídica que garantice la vigencia de principios como la libertad, la democracia y el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.¹⁴ Y para que ello sea factible se han eliminado tanto barreras físicas, suprimiendo los controles fronterizos en el interior de la Unión, como barreras técnicas, adoptando el principio de reconocimiento mutuo como criterio basilar en la producción normativa de cooperación penal¹⁵ —y civil—. ¹⁶

¹⁴ Los principios económicos y comerciales fijados en 1951 en el Tratado que institucionalizó la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA) por el grupo de los seis —Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos—, han dado paso a una organización que se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías, valores que son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres (art. 2 TUE). Por ello, en la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre «Una política global de la UE contra la corrupción»” de 28 de mayo de 2003 se afirma que puesto que la corrupción socaba todos estos principios, el respeto sin límites de estos valores comunes representa efectivamente la mejor garantía contra la extensión de prácticas corruptas.

¹⁵ Sobre el mismo vid. BUJOSA VADELL, L. M., “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales penales: Estado de la cuestión en la Unión Europea”, GALGO PECO, A. (dctor.), “Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional”, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XIII, 2003, págs. 449 y ss.; MORÁN MARTÍNEZ, R. A., “Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, 2003, vol. III, págs. 475 y ss.; HOYOS SANCHO, M. DE, “El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 22, 2005, págs. 807 y ss.; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, M., “El principio de reconocimiento mutuo y el futuro de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados miembros”, Revista de Derecho de la Unión Europea, núm. 10, 2006, págs. 155 y ss.; RODRÍGUEZ MEDEL NIETO, C., “El principio de reconocimiento de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea”, Abogacía, núm. 6, 2010, págs. 107 y ss.

¹⁶ Esta posición institucional de equilibrio es puesta de manifiesto en el art. 3.2 TUE, al afirmar que la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.

Constadas las limitaciones de los convenios y tratados internacionales con contenido jurídico penal, en especial desde el cambio de siglo, desde Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, el Consejo de Europa, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y la Unión Europea, principalmente, se ha intentado dar un nuevo impulso en los niveles nacional, supranacional e internacional a la prevención y lucha contra el fraude, la corrupción y la delincuencia económica. De manera temporalmente concurrente se han generado numerosos instrumentos internacionales, conocidos por todos, y que han condicionado el quehacer de los legisladores nacionales en muchos campos del Derecho para incorporar ideas y principios renovadores en la regulación de procedimientos de contratación pública, en materia contable y de auditoría, en el ámbito fiscal —prohibiendo específicamente la posibilidad de deducir fiscalmente las cantidades pagadas como soborno—, protegiendo a sectores concretos especialmente sensibles a las conductas corruptas —como el de la salud—, diseñando políticas y medidas de asistencia y ayuda a terceros países, etc.

El sistema penal europeo¹⁷ no ha sido ajeno a este movimiento reformador, que viene buscando dotar de mayor eficacia a los instrumentos penales —materiales, procesales y orgánicos— que se ha dado, tratando de reducir los márgenes interpretativos de los países,¹⁸

¹⁷ Recordar cómo pese a que el auge actual e indiscutible que en la ejecución de la política criminal europea tiene la Unión, siendo buen reflejo de ello las disposiciones contenidas en los Tratados y el vasto elenco de Directivas y Decisiones Marco aprobadas en los últimos años, no se puede obviar el papel fundamental que desde mitad del siglo XX ha tenido en su diseño el Consejo de Europa no sólo en materias tales como el medio ambiente, la corrupción o la cibercriminalidad, por citar algunas, sino también en la protección de los derechos humanos y en la fijación del contenido y los estándares de protección de derechos y garantías; en palabras de HUBER, un verdadero ‘thinktank’ (HUBER, B., “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional”, trad. M. Ontiveros Alonso, *Anales de la Facultad de Derecho* (Universidad de La Laguna), núm. 19, 2022, pág. 101). A este respecto vid. RUIZ VADILLO, E., “Algunas consideraciones sobre la contribución del Consejo de Europa al desarrollo y perfeccionamiento del Derecho Penal”, *Revista General de Derecho*, núm. 489, 1985, págs. 1715 y ss.; y específicamente con relación al rol que el Ministerio Público debe jugar en el proceso penal vid. CONSEJO DE EUROPA, *What Public Prosecution in*

en muchas ocasiones generadores de divergencias, incertidumbres y, en última instancia, de inseguridad jurídica,¹⁹ entre otras materias en la protección de las finanzas comunitarias,²⁰ en cuya política de actuación cumple un papel fundamental el Ministerio Público.²¹

En primer término, la Unión Europea se ha marcado la prioridad de fijar estándares mínimos sobre los elementos constitutivos de las conductas típicas, las inculpaciones y las sanciones que pueden serles aplicables a determinados *eurodelitos*,²² en especial, aquellos que atenten a los intereses financieros comunitarios.

Europe in the 21st. Century, Strasbourg, 2000; ID., The role of Public Prosecutor in the criminal justice system, Strasbourg, 2001. Incluso más, porque como destaca RODRÍGUEZ SOL, L., “La cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia económica y financiera”, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 36, 2011, pág. 6, para comprender correctamente la naturaleza y funcionamiento del ‘Espacio Judicial Europeo’ es necesario referirse a tres círculos de países, los dos primeros de ellos ya comentados —los del Consejo de Europa y los de la Unión Europea—, y el tercero relativo a los países que se han incorporado a las normas sobre asistencia judicial del Convenio de Schengen.

¹⁸ Ello es así porque como señaló TERRADILLOS BASOCO, J. M., “La Constitución para Europa: un reto político criminal”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 20, 2005, pág. 29, ni el legislador ni los juzgadores, nacionales y europeos, disponen de un marco normativo homogéneo, ni manejan un lenguaje dogmático común, los cuales son presupuestos básicos de todo proceso de unificación normativa.

¹⁹ Así se ha reconocido implícitamente por los autores del “Manifiesto sobre política criminal europea” (<https://sites.google.com/site/eucrimpol/>), quienes en el elenco de principios de política criminal señalan en último término al ‘principio de coherencia’, básico para que en última instancia el Derecho Penal pueda ser aceptado, y que obliga a que el legislador europeo, antes de aprobar un acto jurídico, compruebe su coherencia con los ordenamientos penales nacionales y con el ordenamiento europeo y fundamente de forma explícita, a partir de esta comprobación, que no existe contradicción alguna.

²⁰ Buen ejemplo de ello lo tenemos con el Convenio Europeo sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 26 de julio de 1995, como pone de relieve MORALES PRATS, F., “¿Hacia un Derecho Penal Internacional? Reflexiones político criminales a propósito del Corpus Iuris de la Unión Europea: Aspectos sustantivos y procesales”, VV.AA., Hacia una Justicia Internacional, Madrid, 2000, pág. 409.

²¹ Recordar en este punto la relevancia de la Recomendación (2000) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, de 6 de octubre de 2000, relativa al papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal.

²² Con relación a los mismos, y al proyecto de estudio que sobre ellos han desarrollado diversos juristas europeos vid. TIEDEMANN, K. (dtor.), *Eurodelitos. El Derecho Penal económico en la Unión Europea*, Cuenca, 2004.

Junto a ello, aunque se sigue viendo como utópico —o al menos muy lejano en el tiempo— la creación de un Derecho Procesal penal comunitario,²³ es innegable que la ininterrumpida elaboración por parte de las instituciones europeas de normas procesales penales ancladas en Programas estructurados y mantenidos en el tiempo,²⁴ está provocando una progresiva comunitarización de la normativa procesal penal nacional, al menos con relación a al-

²³ RVid. HIRSCH, J. J., “Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y del derecho procesal penal en la Unión Europea”, BAIGÚN, D. (coord.), Estudios sobre Justicia Penal: Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, Buenos Aires, 2005, págs. 657 y ss.; GASCÓN INCHAUSTI, F., “En torno a la creación de un derecho procesal penal europeo”, Revista Española de Derecho Europeo, núm. 23, 2007, págs. 371 y ss.; WOUTERS, J., BASU, S., “The creation of a global criminal justice system: The European Union and the International Criminal Court”, RYNGAERT, C. (edit.), The effectiveness of International Criminal Justice, Antwerp, 2009, págs. 117 y ss.

²⁴ Sentados los principios basilares generales de la política de la Unión Europea en el ámbito de la Justicia y los Asuntos de Interior en el Consejo Europeo de Tampere de 1999, con posterioridad se han desarrollado a partir del “Programa de Tampere” (1999-2004), el “Programa de La Haya: Consolidación de la Libertad, la Seguridad y la Justicia en la Unión Europea” (2004-2009) —DOUE C 53/1 3.3.2005— y el “Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano” (2010-2014) —DOUE C 115/1 4.5.2010—. En este último, el Consejo Europeo insta a los Estados miembros y, en su caso, a la Comisión, a aumentar la capacidad para investigaciones financieras y combinar todos los instrumentos disponibles en Derecho fiscal, civil y penal; debe llevarse a cabo un análisis financiero científico poniendo en común recursos, en especial con miras a la formación. La confiscación de las ganancias ilícitas debería ser más eficaz, y tendría que reforzarse la cooperación entre los organismos de recuperación de activos; determinar las ganancias ilícitas de forma más eficaz y confiscarlas y, cuando sea posible, plantearse su reutilización siempre que se encuentren en la Unión; fomentar el intercambio de información entre las unidades de información financiera (UIF) en su lucha contra el blanqueo de capitales. En el marco del sistema europeo de gestión de la información, sus análisis podrían alimentar una base de datos sobre operaciones sospechosas, por ejemplo en Europol; movilizar y coordinar las fuentes de información para identificar las transacciones en efectivo sospechosas y confiscar las ganancias ilícitas en consonancia con el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito del Consejo de Europa de 1990, por ejemplo mediante legislación que establezca si el origen de los ingresos es lícito o no; mejorar la persecución de la evasión fiscal y la corrupción en el sector privado, y la detección precoz del abuso fraudulento del mercado —como los delitos de iniciado y la manipulación del mercado—, así como la malversación de fondos; facilitar el intercambio de prácticas idóneas desde el punto de vista preventivo y policial, en especial en el marco de la Red de Organismos de Recuperación de Activos y de la Red Europea contra la Corrupción.

gunos delitos, con la consiguiente pérdida de identidad de cada ordenamiento jurídico penal nacional. Y para constatarlo basta con echar una mirada a los preámbulos y exposiciones de motivos de las reformas procesales penales aprobadas en los últimos años en materias como la responsabilidad penal de personas jurídicas, la orden de detención y entrega, la obtención de pruebas, la creación de equipos conjuntos de investigación, el decomiso de bienes y productos del delito, el reconocimiento y ejecución de sentencias penales, o recuperación de activos. No obstante, esta *aproximación* —que no unificación— *legislativa* no es suficiente para allanar las asimetrías de las normas procesales nacionales en cuestiones esenciales como el derecho de defensa u otras garantías procesales fundamentales.²⁵

Con relación a la regulación específica del ámbito criminal, destacar el “Programa específico «Justicia Penal» (2007 2013), integrado en el “Programa general «Derechos fundamentales y justicia»” —DOUE L 58/13 24.2.2007— cuyo art. 15 se decida monográficamente a la protección de los intereses financieros comunitarios y en el que entre otras cosas la Comisión se compromete a asegurar que estos intereses quedarán protegidos mediante la aplicación de medidas de prevención del fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal, mediante la realización de controles efectivos y la recuperación de las cantidades pagadas indebidamente y, en caso de que se detectaran irregularidades, mediante la imposición de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, objetivo de trabajo que es casi literalmente reproducido para los próximos años en el art. 12 de la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el Programa de Justicia para el periodo 2014 a 2020” —COM(2011) 759 final—.

²⁵ NIEVA FENOLL, J., “El principio de justicia universal: Una solución deficiente para la evitación de hechos repugnantes”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2013, núm. 1, pág. 136, radica en esta circunstancia de que los órganos jurisdiccionales nacionales desconfían del respeto de las garantías procesales por parte de los órganos penales extranjeros la lentitud en el avance de la cooperación judicial penal. En esta materia hay que tomar muy en cuenta las cuestiones planteadas en el “Libro Verde de la Comisión sobre garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea”, de 19 de febrero de 2003 —COM(2003) 75 final—, pero que desafortunadamente no se vio continuada con la aprobación de una Decisión Marco en la materia, a pesar de que el 28 de abril de 2004 el Consejo presentó una Propuesta —COM(2004) 328 final—. Un amplio comentario sobre la misma puede verse en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*, Valladolid, 2007, y más en general en esta materia vid. HOYOS SANCHO, M. DE (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: Garantías esenciales*, Valladolid, 2008.

Por último, puesto que la Unión y los Estados miembros están obligados a combatir el fraude y cualquier otra actividad ilegal que perjudique a los intereses financieros de la Unión Europea,²⁶ la Comisión creó en 1999 la OLAF (Oficina Europea de Lucha contra el Fraude), competente para llevar a cabo investigaciones sobre el fraude al presupuesto comunitario, la corrupción y las faltas graves en las instituciones europeas, siendo además la encargada de presentar a la Comisión Europea el diseño global de

Con la Resolución de 30 de noviembre de 2009 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales el Consejo ha querido dar un nuevo impulso en orden a la fijación de estándares procesales comunes mínimos para que, entre otras cuestiones, se favorezca la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, si bien, cambiando en la forma de proceder: constado y reconocido el fracaso de recoger en un único texto la regulación de las garantías procesales del imputado, el Consejo ha optado por abordarlas de manera individualizada y gradual —según el orden “orientativo” recogido en el Anexo—, siguiendo, dando a cada una el tratamiento particular que necesita pero sin que ello signifique que se rompa la filosofía de conjunto que se identificó en el Libro Verde y que se plasmó en la Propuesta de Decisión Marco de 2004. Siendo así, a partir del calendario y las acciones recogidas en la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos. Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo” —COM(2010) 171 final— se han elaborado y/o aprobado hasta la fecha la “Directiva 2010/64/UE de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales” —DOUE L 280/1 26.10.2010—, la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención” —COM(2011) 326 final—, y la “Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales” —DOUE L 142/1 1.6.2012—.

²⁶ Conforme al principio de subsidiariedad, la Unión Europea está legitimada para intervenir cuando los Estados miembros no logren hacer que se respete el Derecho de la Unión o si se constata la existencia, en este ámbito, de divergencias significativas entre los Estados miembros que den lugar a incoherencias en su aplicación. De hecho, el art. 325 TFUE establece que se deben tomar medidas que tengan un efecto disuasorio y que sean capaces de ofrecer una protección eficaz y equivalentes en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión. En esta política de prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros comunitarios están llamados a cumplir un papel relevante la Comisión, el Parlamento, el Consejo y el Tribunal de Cuentas, pero sin dejar a un lado a los Estados miembros, quienes manejan más del 80% de los fondos comunitarios por lo que en la defensa de los intereses financieros de la Unión están

la política de lucha contra el fraude en la Unión.²⁷ Y conforme se ha ido avanzando en la cooperación policial y judicial de los países se ha reforzado a Europol, y se han creado Magistrados de Enlace, la Red Judicial Europea y Eurojust, considerado como el *centro de la política penal europea*²⁸ y que viene actuando como el verdadero motor —al menos en la teoría²⁹— de la coordinación y cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la investigación y persecución de los delitos, en particular casos de fraude y corrupción, blanqueo de capitales y la participación en una organización delictiva.

obligados a adoptar las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propias finanzas nacionales. Siendo así:

- a) por un lado, se trata de un campo plenamente apto para la instauración de mecanismos e instrumentos penales en orden a su protección efectiva, la cual ya fue enfatizada con carácter general por la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Hacia una política de Derecho Penal de la UE: garantía la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho penal”, de 20 de septiembre de 2011 —COM(2011) 573 final—; y
- b) por otro, nos encontramos ante una materia propicia para ser objeto de regulación por medio de Directivas, materia en la que se está trabajando en los últimos meses: “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal”, de 11 de julio de 2012 —COM(2012) 363 final—.

²⁷ Pese a que las actuaciones que realiza son sólo de tipo administrativo, la valía de la OLAF en la política europea antifraude a nivel administrativo queda acreditada a partir de algunos datos de su actividad desde su creación: como resultado de más de 3.500 investigaciones ha recuperado más de 1.800 millones de euros para el presupuesto de la Unión, y ha colaborado con las autoridades policiales y judiciales nacionales en la investigación de casos de corrupción y fraude que han dado lugar a penas de prisión por un periodo acumulado de más de 900 años.

²⁸ JIMENO BULNES, M., “La conclusión del Tratado de Lisboa: avances y concesiones en materia de cooperación judicial penal”, *Diario La Ley*, núm. 7023, 2008, pág. 3.

²⁹ Tal y como verifica en su trabajo GUTIÉRREZ ZARZA, M. A., “Delincuencia organizada, autoridades judiciales desorganizadas y el aún poco conocido papel de Eurojust”, ARANGÜENA FANEGO, C. (dтора.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: Últimos avances en la cooperación judicial penal*, Valladolid, 2010, págs. 72 y ss. Más allá de ello, y con relación a España, hay que tomar en consideración la Instrucción 3/2011, de 24 de octubre de 2011, del Fiscal General del Estado sobre el nuevo régimen de intercambio de información derivado de la Decisión del Consejo de la Unión Europea de 16 de diciembre de 2008 por la que se refuerza Eurojust.

Esta política de aproximación vertical de las legislaciones internas de los Estados miembros de la Unión Europea no es global, para la totalidad de los ilícitos penales previstos de manera uniforme en los códigos nacionales. Se circunscribe a aquellas conductas en las que está presente una doble condición: su *gravedad*, para la estabilidad y seguridad de las sociedades y las instituciones en el plano político, social y económico, lo que en última instancia es generadora de alarma social,³⁰ y su dimensión *transfronteriza*, la cual se ha venido retroalimentando a consecuencia de las divergencias de los ordenamientos jurídico penales y en lo refractarias que se han venido mostrando las autoridades administrativas, policiales y judiciales de los países ante las peticiones de colaboración y asistencia de sus homólogos de otros países, con base en una concepción rígida del principio de soberanía³¹ y en una defensa a ultranza de su visión nacional de los derechos fundamentales en materia de Justicia.³²

³⁰ Esta expresión viene siendo utilizada con frecuencia para legitimar muchas de las iniciativas legales —penales y procesales— aprobadas en los últimos años, tanto a nivel nacional como supranacional e internacional. En ocasiones, ha sido un uso extralimitado y desnaturalizado, puesto que como gráficamente denuncia GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, GÓMEZ COLOMER, J. L., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pág. 65, “...resulta sencillo identificar llamativos supuestos de leyes reactivas, activistas, aparentes, gratuitas, autoritarias, apaciguadoras e identificativas. Es decir, aquellas leyes rápidamente aprobadas para calmar a la población, que mostrando la capacidad de reacción y de coacción del Estado, persiguen esencialmente conformar la creencia social de que éste actúa y resuelve. Así mismo tratan de exhibir una total identificación del legislador (y del gobierno que es quien lo explota) con problemas de los ciudadanos, aunque muchas veces adolecen de graves defectos técnicos y son aprobadas sin recursos materiales”.

³¹ Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción”, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, Salamanca, 2004, págs. 241 y ss. Como pragmáticamente refleja MAIHOLD, G., “Crimen organizado y seguridad en América Latina”, *Política Exterior*, septiembre/octubre, 2011, pág. 96, “la falta de congruencia entre una amenaza de carácter transnacional y las respuestas de alcance nacional garantiza la supervivencia de las estructuras criminales, que siempre encuentran otro lugar en el que establecerse”.

³² En este punto ha sido determinante el surgimiento de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que si bien no forma parte del articulado de los dos Tratados Europeos tienen el mismo valor jurídico que ellos y vincula a los

Este escenario desventajoso para las autoridades nacionales en la investigación, el enjuiciamiento y la ejecución de las condenas penales viene tratando de ser superado a través de la articulación de variados instrumentos de cooperación policial y judicial internacional en materia penal que contribuyan a intensificar la comunicación y las acciones entre las autoridades con competencias penales de los países de la Unión, una política que con el paso de los años aspira a generar un clima de confianza mutua en el seno del Poder Judicial de los países que derive en un sistema de cooperación que tenga, entre otros, los siguientes caracteres: *institucional* (que vaya más allá del contacto puntual y personal de policías, fiscales y jueces de los diversos países), *profesionalizado* (por estar encomendada la cooperación a instituciones, personas y equipos técnicos especializados), *desformalizado* (tanto por los trámites a superar por las peticiones de cooperación, más simplificados y agilizados, como por dejar de ser catalogados como *actos de política exterior* de los países, sometidos a los juicios políticos de los gobiernos, y sí más como *actos judiciales* a realizar en un ambiente de confianza mutua entre los Estados y sus autoridades respectivas), *participado* (no hegemónica, creando espacios de reflexión y debate para que muchos países analicen los problemas y retos a los que se enfrenta la cooperación jurídica internacional en el ámbito penal, lo que no significa negar la relevancia que en esta actuación tienen que tener los países más desarrollados), y *efectivo* (para cuyo alcance es muy relevante que junto a un alto nivel de integración en el funcionamiento de los Estados se genere un espacio de confianza mutua que trascienda de ellos y cale en todos los profesionales implicados directa o indirectamente en la implementación y

Estados cuando apliquen el Derecho de la Unión; en materia de Justicia (Capítulo VI), se enuncian el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47), la presunción de inocencia y derechos de la defensa (art. 48), los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas (art. 49) y el derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito (art. 50). Vid. MANGAS MARTÍN, A. (dtora.), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo, Madrid, 2008, págs. 739 y ss.; OLIVA SANTOS, A. DE LA (dtor.), La justicia y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Madrid, 2008.

ejecución de los instrumentos de cooperación). En esencia, que lo que se busca es el fomento del lado aplicado de la cooperación policial y judicial, que en el ámbito de la delincuencia económica más que una *opción* es una *necesidad*,³³ y siempre con el debido respeto a los derechos y garantías fundamentales.³⁴

El tener que actuar de esta manera se viene haciendo especialmente patente en el sector de la delincuencia financiera en los últimos veinte años, tal y como se volvió a destacar justo con el cambio de siglo.³⁵ Así, en el viejo art. 29 del Tratado de la Unión Europea se incluía la prevención y la lucha contra la corrupción —más o menos organizada— dentro de los objetivos para lograr la creación y salvaguardia de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia mediante una mayor cooperación judicial, policial y aduanera y la aproximación, cuando proceda, de las normas penales. De esta forma, con experiencias positivas como las tenidas en materia medioambiental ha ido creciendo el convencimiento de que en la aplicación efectiva de las políticas de la Unión Europea, y en la materia que estamos tratando de manera singular, tiene mucho que decir el Derecho Penal y el Derecho Procesal penal, siempre dentro del camino que a lo largo de los años ha ido delineando con sus resoluciones el Tribunal de

³³ Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “El progresivo diseño de espacios judiciales penales comunes para enfrentar la impunidad de la corrupción”, VV.AA., *Direito Penal Econômico e da Empresa*, vol. IV, São Paulo, 2011, págs. 797 y ss.; RODRÍGUEZ SOL, L., “La cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia económica y financiera”, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 36, 2011, págs. 3 y ss.

³⁴ Vid. WILSHER, D., “Inexplicable wealth and illicit enrichment of public officials: A model draft that respects human rights in corruption cases”, *Crime, Law & Social Change*, vol. 45, 2006, págs. 27 y ss.

³⁵ En el documento “La prevención y el control de la delincuencia organizada. Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio” —DOUE C 124/1 3.5.2000— se pone de manifiesto como la delincuencia organizada “no se desarrolla al azar”, y las posibilidades de cometer actos de corrupción o delitos económicos dependen en gran medida de “la presencia de delincuentes motivados, de la existencia de la oportunidad de delinquir y de la orientación de la tarea de los que tratan de controlar la delincuencia organizada”. A consecuencia de ello, “los Estados miembros deben estudiar la forma de hacer más difícil la comisión de los delitos, de asegurar que la comisión de delitos implica mayores riesgos para el delincuente (en particular, el riesgo de ser descubierto y detenido) y de reducir o eliminar los posibles beneficios que reporta al delincuente la comisión del delito”.

Justicia de la Unión Europea, defensor a ultranza, entre otros, de los principios de subsidiariedad, necesidad y proporcionalidad, los cuales actúan como limitantes en la ampliación del ámbito de aplicación del Derecho Penal europeo: sólo debe actuar cuando exista un *interés legítimo suficiente*, esto es, cuando las conductas ilícitas lesionen gravemente la esencia de un interés considerado fundamental —como el financiero—, siempre que con esa actuación legislativa no atente a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal.³⁶

Este camino no ha sido fácil. Hasta el Tratado de Lisboa de 2007, con el que se han superado gran parte de las divergencias nacionales surgidas con ocasión del proyecto de Constitución Europea y que ha generado la aprobación de los Tratados, en los que la relación entre la *Seguridad* —objetivo básico en los años precedentes— y la *Justicia* ha salido más reforzada y equilibrada, diversos inconvenientes institucionales han lastrado los intentos de creación de un área de justicia penal europea, entre ellos dos: el papel residual que en todo el proceso venían teniendo la Comisión y el Parlamento Europeo, y la regla de la unanimidad de los gobiernos de todos los países de la Unión en la toma de decisiones, lo que en la práctica se ha traducido en que la mayor parte de las ocasiones sólo se han puesto de acuerdo para fijar el *mínimo común denominador* en las iniciativas legales. En los nuevos Tratados podemos encontrar determinadas mejoras³⁷ en el ámbito de la justicia penal,

³⁶ Para evitarlo el art. 83.3.I del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea concede a los Estados el conocido como “freno de emergencia”: Cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario.

³⁷ Todas ellas pueden ser calificadas como mínimos, ya que como se señala en el art. 82.2.III TFUE nada impide que los Estados miembros de la Unión mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de los derechos y las libertades de los ciudadanos.

siempre teniendo en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros, entre ellas:

- a) La apertura de la posibilidad de establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza —derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes—, limitaciones en las que encaja a la perfección la corrupción activa y pasiva, tanto en el sector público como en el privado, así como otros delitos de naturaleza económica —fraude, delitos fiscales y contables, lavado de activos...— con los que guarda íntima relación.
- b) La aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en cuestiones como el establecimiento de normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas, para lo cual es fundamental aprobar normas sobre la admisibilidad mutua de pruebas, los derechos de las personas durante el procedimiento penal y los derechos de las víctimas de los delitos; prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros; apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia; y facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones.
- c) El fortalecimiento del papel a desarrollar por Eurojust, llamada a apoyar y reforzar la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros o que deba perseguirse según criterios comunes, basándose en las operaciones efectuadas y en la información proporcionada por las autoridades de los Estados miembros y por Europol.
- d) La creación de una Fiscalía Europea que ayude a las instituciones europeas, y a los países, en la efectividad de la política de asegurar que los fondos de la Unión, cada día más limitados y repartidos entre veintisiete países, son usados de manera

legítima, y que la moneda única, y los ciudadanos, no sucumban a las acciones de los grupos de delincuencia organizada. Los que actúen de manera desviada tienen que ser castigados, y también privados de sus ingresos ilícitos no sólo por la ilegitimidad de su actuación sino también porque una parte importante de las ganancias que han obtenido son reinvertidas —vía soborno— para tratar de eludir, o al menos dificultar, las responsabilidades penales —y otras— por sus conductas.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA FISCALÍA EUROPEA.

El citado Tratado de Lisboa no es la primera ocasión en la que la Unión Europea ha depositado su esperanza en que la eficacia de la persecución penal de los *eurodelitos* mejore sustancialmente los niveles de protección nacional cuando por fin se cree una Fiscalía Europea. Al contrario, sobre esta institución han pivotado sucesivas iniciativas legislativas adoptadas en orden a la creación de un espacio judicial europeo en el ámbito penal, siendo su estudio un buen termómetro para medir las dificultades, tensiones, avances y compromisos políticos empeñados en este fin de integración jurídica y judicial concreta.

El repaso, sucinto, a la evolución legislativa da buena muestra de la política de los *pequeños pasos* con la que se ha ido construyendo y redibujando la Unión Europea —y su política criminal en materia de lucha contra el fraude y la corrupción³⁸—, pudiéndose apreciar en las distintas etapas importantes divergencias que van desde la propia oportunidad de crear la Fiscalía a su encaje institucional, y también a cuestiones tanto orgánicas como materiales y procedimentales. Por tanto, dando por asumido el fin y su necesidad —crear la Fiscalía Europea para superar las ineficiencias inherentes al control parcelado del fraude y la corrupción a

³⁸ Sobre esta cuestión vid. el sugerente trabajo de NIETO MARTÍN, A., “¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?”, *Revista Penal*, núm. 19, 2007, págs. 120 y ss., que critica la inexistencia en Europa de un programa político criminal propio.

escala nacional por Fiscales y/o Jueces de Instrucción—, la base normativa, las negociaciones políticas y los sucesivos procesos de adhesión de países hacen que a mitad de 2013 todavía no haya una fecha cierta para asistir a la *eterna promesa*³⁹: el nacimiento y la actuación de la Fiscalía Europea en la represión —y prevención— del *eurofraude* y, por qué no, de otros delitos *complejos* con los que compartan gravedad y dificultades de persecución más allá de las fronteras de cada uno de los países.

2.1. El “Corpus Juris” de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros comunitarios.

Por encargo del Parlamento Europeo, un grupo de penalistas y procesalistas europeos presentaron en 1996 un proyecto legislativo de unificación normativa para la tutela penal de bienes jurídicos comunitarios: el “Corpus Juris”.⁴⁰

³⁹ Ha habido una pérdida continua de oportunidades, y un incumplimiento de las expectativas generadas periódicamente, la última con ocasión de la Presidencia Europea española en el primer semestre de 2010, que entre otras encomiendas estaba encargada de allanar las dificultades que frenaban su implantación, objetivo no logrado porque pasados los meses —y años— casi todo sigue igual, y todavía no ha visto la luz en avanzado 2013 la Comunicación que en esta materia se comprometió a hacer la Comisión. No obstante, de enorme utilidad resultó el proceso de reflexión colectiva acerca de esta institución impulsado desde la Fiscalía General del Estado, recogida en ESPINAR RAMOS, J. A., VICENTE CARBAJOSA, I. (dtores.), *La futura Fiscalía Europea*, Madrid, 2009.

⁴⁰ El texto original, presentado en junio de 1996, fue objeto de una profunda revisión a partir de las consultas y estudios surgidos en orden a analizar las posibilidades de su implantación en los Estados miembros de la Unión Europea, siendo su texto objeto de modificaciones importantes, las cuales fueron presentadas en mayo de 1999 en el Instituto Europeo de Florencia. A consecuencia de ello, la producción científica de penalistas, procesalistas e internacionalistas sobre el Corpus Juris y su impacto en los ordenamientos e instituciones nacionales creció vertiginosamente, como señalamos a título ejemplificativo con algunas de las contribuciones más relevantes: ANGELIS, F. DE, SICURELLA, R., “Vers un espace judiciaire européen? Un Corpus Iuris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l’Union européenne”, *Revue du Marché Unique Européen*, 1997, núm. 1, págs. 121 y ss.; VV.AA., *Verso uno spazio giudiziario Europeo. Corpus Iuris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell’Unione europea*, Milano, 1997; BACIGALUPO ZAPATER, E., “El Corpus Europeo y la armonización del Derecho Procesal penal de la Unión europea”, VV.AA., *Curso de Derecho Penal económico*, Madrid, 1998, págs. 411 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, A., “Hacia la unificación del Derecho Penal comunitario: El Corpus Juris europeo”, *La Ley*, 1998, núm. 1, págs. 1916 y ss.; DONA,

Con un claro enfoque dogmático y académico, más que político e institucional, el texto presentado se articuló en 35 preceptos circunscritos a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, y en él se reúnen la descripción básica de ocho ilícitos

G., "Towards a european judicial area? A Corpus Juris introducing penal provisions for the purpose of the protection of the financial interest of the European Union", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6, núm. 3, 1998, págs. 282 y ss.; GARCÍA ARÁN, M., "Hacia un Derecho Penal Europeo: la propuesta del «Corpus Iuris»", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 1, 1999, págs. 167 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., "El Ministerio Público Europeo en el 'Corpus Iuris'", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 418, 1999, págs. 1 y ss.; SICURELLA, R., "Le corpus juris: proposition d'un modèle d'espace judiciaire européen", *Recueil Dalloz*, núm. 22, 1998, págs. 223 y ss.; VV.AA., *Hacia un Espacio Judicial Europeo. Corpus Iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, Madrid, 1998; VV.AA., *Transnational enforcement of the financial interest of the European Union. Developments in the Treaty of Amsterdam and the Corpus Juris*, Antwerp, 1999; DELMAS MARTY, M., VERVAELE, J. A. E. (eds.), *The implementation of the Corpus Iuris in the Member States. Penal provision for the protection of European Finances*, 4 vols., Bruxelles, 2000; DELMAS MARTY, M., "Il Corpus Juris delle norme penali per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea", *Questione Giustizia*, 2000, núm. 1, págs. 164 y ss.; ID., "Necesidad, legitimidad y factibilidad del Corpus Iuris", *La Ley*, núm. 5028, 2000, págs. 1 y ss.; BERNARDI, A., "Corpus Iuris e formazione di un Diritto penale europeo", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2001, núm. 2, págs. 283 y ss.; MOCCIA, S., "Diritto penale straniero, comparato, comunitario. La politica criminale del Corpus Juris: dal Corpus Juris al diritto penale europeo?", *L'Indice Penale*, 2001, núm. 4, págs. 1425 y ss.; VERVAELE, J. A. E., "L'Union européenne et son espace pénal européen: les défis du modèle Corpus Juris 2000", *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2001, núms. 9 10, págs. 775 y ss.; ID., "La UE y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Corpus Juris 2000 y de la Fiscalía Europea", *Revista Penal*, núm. 9, 2002, págs. 134 y ss.; PIATTOLI, B., *Cooperazione giudiziaria e Pubblico Ministero Europeo*, Milano, 2002; LOURIDO RICO, A. M., "La creación de un Ministerio Público Europeo en el marco de la cooperación judicial penal de la Unión Europea", *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 2002, núms. 3 4, págs. 145 y ss.; BARGIS, M., NOSENGO, S. (coords.), *Corpus Juris, Pubblico Ministero Europeo e cooperazione internazionale*, Milano, 2003; GRASSO, G., SICURELLA, R. (coords.), *Il Corpus Juris 2000: un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003; BACIGALUPO ZAPATER, E., SILVA CASTAÑO, M. L. (eds.), *Un Derecho Penal para Europa. Corpus Juris 2000: Un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, Madrid, 2004; PICOTTI, L. (coord.), *Il Corpus Juris 2000: nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "Cooperação judicial penal e Ministério Público Europeu", *Revista dos Tribunais*, vol. 834, 2005, págs. 456 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J. L., "La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto 'Corpus Iuris')", *Revista Latinoamericana de Derecho*, núms. 9 10, 2008, págs. 115 y ss.

penales⁴¹, normas de teoría general de infracciones y sanciones penales aplicables a esos delitos, disposiciones relativas al desarrollo procedimiento penal y los principios en los que se inspira.⁴²

Con el paso de los años se ha podido ver como muchas de las iniciativas legislativas europeas posteriores presentadas a partir de decisiones marco y directivas en materias tales como garantías procesales de la defensa, detención y entrega, prueba, embargo y comiso, etc., arrancan en su concepción originaria del esfuerzo unificador y equilibrado entre las tradiciones jurídicas de los países implicados plasmado en el “Corpus Juris”; incluso el principio de reconocimiento mutuo, eje vertebrador de toda la cooperación judicial penal europea actual, ya fue dibujado en sus aspectos básicos en materia probatoria.⁴³ Así sucede, también, en la materia objeto de este trabajo, puesto que en los arts. 18 y siguientes se preveía la creación de un Ministerio Público Europeo, único punto de convergencia en la arquitectura institucional comunitaria en materia penal al negarse la posibilidad de

⁴¹ Los mismos pueden ser agrupados en función de que puedan ser cometidos, bien sólo por funcionarios nacionales y/o comunitarios —corrupción, malversación de fondos públicos, abuso de funciones y revelación de secretos—, bien por cualquier ciudadano —fraude a los intereses financieros de las Comunidades Europeas y delitos afines, fraude en concursos y subastas públicas, blanqueo de capitales y encubrimiento, y asociación de malhechores—.

⁴² Son tres: el ‘principio de territorialidad europea’, el ‘principio de garantía judicial’ y el ‘principio de contradicción’ del proceso, a los que hay que sumar el principio general de ‘aplicación complementaria de la legislación nacional’ en atención al carácter de mínimo de los preceptos del “Corpus Juris”.

⁴³ La consagración del principio de reconocimiento mutuo en materia probatoria no se hace de manera nominal y explícita, pero si se vislumbra en los efectos que se le quiere dar en todo el espacio judicial europeo a las pruebas obtenidas según la legislación interna de un país. En concreto, hay que analizar el Derecho nacional del país en el que la prueba haya sido obtenida para excluir aquélla que haya sido obtenida ilegalmente; superado este control de legalidad interna, así como el de legalidad supranacional —la prueba no puede tampoco haber violado derechos y garantías previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o en reglas europeas—, no cabe oponerse a su utilización y eficacia en un país distinto al de su obtención en caso de que la misma pueda ser calificada de ilegal conforme a las previsiones normativas y criterios jurisprudenciales nacionales.

crear una jurisdicción europea⁴⁴ específica⁴⁵ lo que conduce, por un lado, a que el control de la legalidad de las actuaciones y la autorización de medidas limitativas de derechos fundamentales —medidas cautelares penales y civiles, pruebas periciales, o diligencias de investigación como escuchas telefónicas o entradas y registros— competan a Jueces de las Libertades o de Garantías, integrantes de la planta judicial interna de los países, y a que el enjuiciamiento de los eurofraudes se tenga que llevar a cabo por órganos jurisdiccionales nacionales.⁴⁶

El Ministerio Público Europeo se regula como una autoridad de la Unión Europea cuya organización y actuación tiene que estar presidida por el principio de independencia, tanto con relación a las instituciones, órganos y organismos comunitarios como respecto a los diferentes Estados miembros; una independencia que solamente es enunciada, si bien de manera imperativa,⁴⁷ lo que choca con regulaciones nacionales en las que en mayor o medida

⁴⁴ La idea clave en esta materia es la creación de un espacio judicial único para hacer frente a la investigación, la persecución, el enjuiciamiento y la ejecución de las condenas relativas a los ocho ilícitos ya señalados.

⁴⁵ Quien necesariamente tiene competencias en estas ocho infracciones es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en concreto:

a) a título prejudicial, sobre la interpretación del “Corpus Juris” y de las disposiciones aplicativas;

b) a petición de un Estado Miembro o de la Comisión, y sobre todo en los conflictos entre Estados Miembros o entre la Comisión y un Estado Miembro, en relación a la aplicación del “Corpus Juris”.

c) a petición del Ministerio Público Europeo, del acusado o de una autoridad judicial nacional, sobre los conflictos de competencia relativos a la aplicación de las reglas que establecen el principio de territorialidad europea, en lo relacionado con el Ministerio Público Europeo, o bien, a petición del Ministerio Público Europeo, en lo relativo a las garantías judiciales, por parte de los órganos judiciales nacionales; a petición del acusado, sobre la elección de jurisdicción de enjuiciamiento.

⁴⁶ A consecuencia de la trascendencia y complejidad del Derecho Penal económico, a las exigencias constitucionales comunes en los países de que los órganos jurisdiccionales sean ‘independientes’ e ‘imparciales’, de ellos se pide en el art. 26 que sean además ‘profesionales’ —para excluir cualquier margen de actuación en esta materia a los jurados— y ‘especialistas’ en materias financieras y económicas.

⁴⁷ Recordar en este punto como el art. 11.1 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 considera esencial para lograr buenos resultados en el combate a la corrupción que no sólo los integrantes el Poder Judicial, sino también del Ministerio Público —incluso cuando no forme parte del mismo— deben gozar de independencia; y de forma equivalente los órganos de prevención de la

la organización de la fiscalía se hace con base en el principio de dependencia jerárquica.⁴⁸ Además, de la organización del Ministerio Público Europeo se predica su interdependencia⁴⁹ y su unidad de actuación.⁵⁰

Haciéndose eco el “Corpus Juris” de la estructuración del proceso penal y reparto de roles más común en la mayoría de los Estados,⁵¹ esto es, de cómo se viene implementando de manera

corrupción (art. 6.2). Sobre esta cuestión vid. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, New York, 2006, págs. 29 y ss.; y más en general DÍEZ PICAZO JIMÉNEZ, L. M., “¿Debe el Ministerio Fiscal ser independiente?”, Revista de Occidente, núm. 227, 2000, págs. 103 y ss.; LANZAROTE MARTÍNEZ, P. A., “El principio de dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal y la proyectada reforma de su estatuto orgánico”, Estudios Jurídicos, 2006, págs. 1 y ss.; VALDÉS SOLÍS IGLESIAS, E., “Garantías actuales de los representantes del Ministerio Fiscal y reformas necesarias para una mayor independencia en garantía de los derechos de los ciudadanos”, Diario La Ley, núm. 7851, 2012, págs. 1 y ss.

⁴⁷ Principio de actuación de la Fiscalía que como es sabido en España se encuentra recogido en el art. 124.2 de la Constitución. Con relación al mismo vid. PAUNER CHULVI, C., “El Ministerio de Justicia y la Fiscalía en Francia: el proyecto de reforma sobre su dependencia jerárquica”, Revista del Poder Judicial, núm. 55, 1999, págs. 189 y ss.; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., “El principio de dependencia jerárquica”, VV.AA., “Presente y futuro del Ministerio Fiscal: Apuntes para la reforma de su Estatuto”, Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, 2000, vol. V, págs. 589 y ss.

⁴⁸ Se concreta en un deber de actuación solidaria de los diferentes Fiscales Europeos Delegados, quienes deben auxiliarse mutuamente en el desempeño de su función.

⁵⁰ A partir de la caracterización del Ministerio Público Europeo como indivisible, se derivan tres consecuencias con implicaciones institucionales y operativas:

- a) que todo acto realizado por uno de sus miembros tiene que ser considerados como realizado por el Ministerio Público Europeo;
- b) que todos los actos que sean competencia del Ministerio Público Europeo — en especial los interrogatorios de los imputados, la aportación de documentos y datos informatizados, la solicitud a los órganos judiciales de prácticas de pruebas periciales, los registros, embargos e incautaciones, y escuchas telefónicas, el interrogatorio de testigos, la notificación de cargos al acusado, y la solicitud de una orden de detención o de puesta bajo el control judicial— podrán ser realizados por cualesquiera de sus miembros;
- c) que con acuerdo del Fiscal General Europeo, o al menos bajo su control en casos de urgencia, cada uno de los Fiscales Europeos Delegados podrá ejercer sus funciones sobre el territorio de cualquiera de los Estados miembros con la asistencia del aparato administrativo y judicial del Fiscal Europeo Delegado con sede en ese Estado Miembro.

⁵¹ Como destaca FIANDACA, G., El Derecho penal entre la Ley y el Juez, Madrid, 2013, pág. 96, nos encontramos ante un contexto histórico social y político ideológico que actúa como caldo de cultivo común para la implantación generalizada de

general el sistema acusatorio en los países europeos e iberoamericanos,⁵² al Ministerio Público Europeo se le encomiendan, en todo el territorio europeo, las funciones de ser el director de la fase de investigación criminal, ejercer la acusación pública,⁵³ decidir si la causa llega o no a juicio oral ante la jurisdicción de enjuiciamiento,⁵⁴ y ejecutar las sentencias de condena que se dicten. A todas estas fases del proceso penal europeo en el “Corpus Juris” se les da una regulación básica, en las que se combinan aspectos europeos —que giran alrededor del Ministerio Público Europeo— y nacionales —en materia de control de legalidad, autorización de

un modelo de proceso que está potencialmente influenciada tanto por los modelos de Estado y por las concepciones de vez en cuando dominantes en cuanto a los fines de la intervención penal, como por los modelos de organización judicial.

⁵² Vid. VV.AA., *Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*, Bogotá, 2003; AMBOS, K., MONTEALEGRE LYNETT, E., *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de Derecho comparado*, Bogotá, 2005; GÓMEZ COLOMER, J. L., «Adversarial system, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica», *Revista del Poder Judicial*, núm. extr. 19, 2006, págs. 25 y ss.; VV.AA., *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid, 2008; ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Madrid, 2012. Y específicamente con relación al rol que en el sistema acusatorio juega el Ministerio Fiscal vid. DUCE, M. J., “El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios”, *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, núm. 6, 2005, págs. 173 y ss.; VV.AA., *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, Santiago de Chile, 2012.

⁵³ En la práctica casi en régimen de monopolio ya que, por un lado, se excluyen —por su omisión— otras partes acusadoras tales como las víctimas de los delitos o los actores populares que bien pudieran intervenir en la defensa de los intereses colectivos afectados, y por otro, los fiscales nacionales sólo ejercitan la acción penal cuando los intereses nacionales estuvieran igualmente afectados en la causa. Como es claro a la vista de una formulación tan genérica surgen dudas en torno a la apreciación nacional de esa afección, a su eventual control, y a su coordinación —o subyugación— a la estrategia protectora de los intereses comunitarios.

⁵⁴ Ello tanto en caso de entender que lo más adecuado es solicitar al órgano judicial el sobreseimiento de las actuaciones como porque prospere alguna de las alternativas a la persecución propuestas por el Ministerio Público Europeo, por razones justificadas, comunicadas de inmediato a los denunciantes —y no al imputado, que tampoco lógicamente tiene que prestar su consentimiento, ni al Juez, que no tiene forma de visar este archivo unilateral de la Fiscalía—, entre las que se puede encontrar la recuperación de activos o la reparación de los daños causados. Por tanto, una excepción al principio de legalidad procesal que tiene que presidir la actuación del Ministerio Público Europeo, el cual se puede volver a flexibilizar antes de la vista pública si el Ministerio Público Europeo consiente en que las autoridades

medidas limitativas de derechos fundamentales, juicio, recursos y ejecución—, siendo la gran cuestión a despejar quién y cómo determina la nacionalidad de las autoridades judiciales competentes,⁵⁵ y cómo se resuelven los eventuales conflictos entre los países para conocer —o no— de un litigio en concreto.⁵⁶

nacionales que hayan solicitado la persecución de los hechos pueda transigir en casos que no estén excluidos —reincidencia, tenencia de armas, uso de documentos falsos o fraude de cuantía superior a 50.000 €—, siempre y cuando el acusado haya reconocido libremente su culpabilidad y el acuerdo pase el control de legalidad por parte del juez nacional de las libertades.

⁵⁵ En primer término, son los distintos países los responsables de designar, dentro de su planta judicial y conforme a sus reglas nacionales de competencia, qué órganos jurisdiccionales —independientes e imparciales, y en la medida de lo posible profesionales y especializados— son los que van a enjuiciar los hechos delictivos encuadrables en alguno de los ocho eurofraudes. De entre todos ellos, la atribución final de la competencia se debe hacer en favor de uno sólo, debiendo ser de aquella jurisdicción que parezca más apropiada para el interés de una buena administración de justicia, siendo el Ministerio Público Europeo, después de consultar a los Fiscales Europeos Delegados y a los fiscales nacionales que hayan colaborado y/o realizado por delegación. En la toma de esta decisión el Ministerio Público Europeo puede barajar alguno de los criterios listados —sin prelación ni carácter exhaustivo—: el Estado en el que se encuentren mayor número de pruebas; el Estado de residencia o de nacionalidad del acusado, o de los principales acusados; el Estado en el que el impacto de la infracción sea más grave. Como fácilmente se puede colegir, estamos ante un problema de gran enjundia jurídica y con gran repercusión jurídica y económica práctica para los Estados a la que la Unión Europea siempre había querido hacer frente y que por figurar en la agenda de actividades legislativas pendientes del art. 82 TFUE necesarias para desarrollar la cooperación judicial en materia penal ha tratado de solventar, con relativo acierto, en la “Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales” —DOUE L 328/42 15.12.2009—. Sobre la misma vid. GONZÁLEZ CANO, M. I., “Consideraciones generales sobre el Libro Verde de la Comisión Europea relativo a los conflictos de jurisdicción y el principio non bis in idem en los procedimientos penales”, MUÑOZ CONDE, F. (dtor.), Problemas actuales del Derecho penal y la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, Valencia, 2008, págs. 1193 y ss.; MARTÍN DÍZ, F., “Conflictos entre jurisdicciones nacionales concurrentes y delincuencia organizada transfronteriza en la Unión Europea: Problemas y soluciones procesales”, Justicia. Revista de Derecho Procesal, 2008, núms. 1-2, págs. 175 y ss.; RAFARACI, T., “«Ne bis in idem» y conflictos de jurisdicción en materia penal en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea», ARANGÜENA FANEGO, C. (dtora.), Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal, Valladolid, 2010, págs. 122 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “De la extensión y límites de la jurisdicción a la prevención y resolución de conflictos de jurisdicciones penales”, PÉREZ CEPEDA, A. I. (dtora.), El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites, Valencia, 2012, págs. 139 y ss.

⁵⁶ Por mucho que se diga que el principio de territorialidad europea determina la existencia de un *espacio judicial único*, más que un *conflicto de competencia* se trata

Por razones económicas y de simplificación funcional,⁵⁷ este Ministerio Público se estructura de forma descentralizada, de manera similar a lo que acontece en muchos de los países europeos: por un lado, se preveía que hubiera un director de la Fiscalía —el Fiscal General Europeo— ubicado en Bruselas, y un Fiscal Europeo Delegado por cada uno de los Estados miembros, quienes realizarán su función, en principio, en la capital del país al que pertenezcan, sin que nada impida que puedan desplazarse a cualquier otra demarcación judicial en la que tuviera su sede el órgano judicial competente encargado de enjuiciar el asunto; además de esta organización de fiscales con dedicación exclusiva a estas materias, en el desempeño de sus funciones pueden contar con la asistencia de los fiscales nacionales —especializados orgánica o funcionalmente, en la medida de lo posible—, quienes están obligados a atender las peticiones de asistencia o de cooperación jurisdiccional, y que incluso pueden ver que tanto ellos como la policía y las autoridades aduaneras reciben delegaciones provisionales para actuar en algunas materias.

En conclusión, que en el “Corpus Juris” el Ministerio Público Europeo no fue lo único que se reguló, pero probablemente sí de las cuestiones más importantes, tanto visto aisladamente como unido al resto de medidas legislativas sustantivas y procesales necesarias para explicar su creación y funcionamiento.

de un *conflicto de jurisdicción*, que al Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede serle planteado, bien por el Ministerio Público Europeo o por la autoridad judicial nacional sobre la aplicación de las reglas que establecen el principio de territorialidad europea, bien a petición del acusado en relación a la elección de la jurisdicción de enjuiciamiento.

⁵⁷ No obstante, ello no es óbice para que en este modelo de configuración del Ministerio Público Europeo puedan surgir roces, o al menos desajustes y faltas de coordinación, por ejemplo, entre las actuaciones ordenadas —o delegadas— por el Fiscal General Europeo, o por los Fiscales Europeos Delegados y los Fiscales nacionales que por sus normas de reparto tengan atribuido en conocimiento de un asunto en concreto, situaciones que podrán alcanzar cotas máximas en aquellos países en los cuales la investigación siga siendo responsabilidad exclusiva de los Jueces de Instrucción, tal y como acontece —hasta ahora— en España.

2.2 La Conferencia Intergubernamental de Niza y la modificación del Tratado de la Unión Europea.

Los quince países de la Unión Europea, reunidos en Niza en febrero de 2000 con ocasión de la Conferencia Intergubernamental sobre las reformas institucionales, se marcaron en la agenda de trabajo el objetivo de reforzar la protección de los intereses financieros de la Comunidad, y el rol que en ello puede desempeñar un Fiscal Europeo. Así, se planteó la necesidad de dotar de fundamento jurídico tanto su creación como el procedimiento a seguir para enjuiciar de manera uniforme determinadas infracciones —también unificadas— así como las eventuales consecuencias jurídicas que se pudieran contener en sentencias de condena. La propuesta,⁵⁸ por tanto, se concretaba en incluir en el Tratado de la Comunidad Europea los rasgos básicos del fiscal europeo, dejando para el Derecho derivado la regulación de las demás cuestiones —sustantivas y procesales— necesarias⁵⁹ para su actuación práctica, y todo ello en coherencia y armonía con la función jurisdiccional ejercitada en los países por órganos nacionales del orden penal.

Acorde con estas ideas, y buscando una base legal en la que fundamentar la introducción del Fiscal Europeo, la Comisión defendió en la Conferencia la adición al art. 280 del Tratado de la Comunidad⁶⁰ de un nuevo precepto (art. 280 bis), cuya regulación hacía alusión a un grupo reducido de cuestiones:

⁵⁸ La misma no estaba exenta de dudas políticas acerca de la legitimidad de dejar fundamentalmente en manos del Ejecutivo europeo —la Comisión— la competencia para desarrollar el ámbito de actuación del Fiscal, su estatuto, las reglas de procedimiento..., por lo que tampoco quedaba descartada la vía de poder elaborar un Convenio internacional en cuya aprobación tuvieran la necesaria participación los parlamentos nacionales.

⁵⁹ Como el estatuto del Fiscal Europeo, las normas sustantivas relacionadas con los delitos y las penas en materia de protección de los intereses financieros comunitarios, las normas sobre admisibilidad de las pruebas y sobre el desarrollo del procedimiento penal, y las normas relativas al control jurisdiccional de los actos ejecutados por el Fiscal Europeo en el cumplimiento de sus funciones.

⁶⁰ En este art. 280 se ha venido fijando la estrategia de la Unión Europea en la protección de los intereses financieros comunitarios, con una clara limitación de partida que intentaba ser superada por el nuevo art. 280 bis: las medidas que se puedan adoptar no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni

- a) El nombramiento del Fiscal Europeo⁶¹ lo haría el Consejo, previo informe favorable del Parlamento Europeo, a propuesta de la Comisión,⁶² y ello por ser la encargada principal de vigilar por las finanzas comunitarias.
- b) El ámbito de aplicación se sigue circunscribiendo, lacónicamente, a la protección de los intereses financieros comunitarios, y sin que se lleguen a precisar nominalmente a qué tipos penales se está refiriendo y cuáles son las penas imponibles. No obstante, un punto referencial básico en esta materia es el Convenio —y los Protocolos Adicionales⁶³— relativo a la pro-

a la administración nacional de la justicia. Más allá de ello, la actuación en este ámbito está focalizada en cinco puntos:

- 1) La Comunidad Europea y los Estados miembros tienen que combatir el fraude y toda otra actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad mediante medidas que tengan un efecto disuasorio y que sean capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros.
- 2) Para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad los Estados miembros adoptarán las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros.
- 3) Los Estados miembros tendrán que coordinar sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude, y para ello organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes.
- 4) El Consejo, previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros.
- 5) La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para la aplicación de todas estas acciones.

⁶¹ Por tanto, un órgano unipersonal —Fiscal y no Fiscalía—, del que no se dice mucho más en cuestiones básicas tales como su estructura, la necesaria comunicación y coordinación con los fiscales nacionales estructura tiene, como se coordina con los nacionales, si tiene delegados en cada uno de los países, etc.

⁶² Tampoco se dice nada más en este punto, por lo que no se sabe si la Comisión presenta a un único candidato para que informe el Parlamento, o un listado con varios nombres todos los cuales tienen que ser baremados para que al final —sin resultar vinculado— decida el Consejo; ni tampoco se aclara los criterios que usará la Comisión para confeccionar su propuesta —que debiera ser motivada—, ni si en su elaboración tomará en cuenta la opinión —o incluso si recabará información— de los Ministerios Públicos nacionales en orden, entre otras cuestiones, a conocer el mayor número posible de los antecedentes de cada una de las personas propuestas para que en ella se pueda dar el mayor nivel posible de independencia.

⁶³ Protocolos de 27 de septiembre de 1996 y de 10 de junio de 1997.

tección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 26 de julio de 1995, en el que se identifican acciones y omisiones intencionadas en materia de ingresos y gastos que afecten a las finanzas comunitarias, y se define la corrupción pasiva y activa y el blanqueo de capitales, así como las sanciones a imponer a todas ellas, dejando que sean los Estados quienes ejecuten la política legislativa de asimilación incorporando todas las conductas fraudulentas a su Derecho Penal interno.

- c) El Fiscal Europeo será competente para investigar, acusar y enviar a juicio a los autores o cómplices de las infracciones tipificadas, y ejercer ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción pública relativa a estas infracciones.
- d) El Fiscal Europeo será elegido entre personalidades que ofrezcan todas las garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus países de origen. En caso de que ya no cumpliera las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones, o si hubiera cometido una falta grave, podrá ser destituido por el Tribunal de Justicia, a petición del Parlamento, el Consejo o la Comisión. Y aunque no se dice nada más, esta misma garantía y su contenido material en buena lógica tiene que ser extendible para los Fiscales Europeos Delegados de cada país, que son los que en la práctica actúan y son más susceptibles de ser sugeridos y/o presionados por las autoridades locales para reorientar su trabajo en un determinado sentido, riesgo que se podría conjurar impidiendo la doble dependencia: mientras ejerce su cargo como Fiscal Europeo Delegado la autoridad nacional tiene que dejar de prestar sus servicios en la fiscalía de su país.
- e) Se establece un mandato, por un periodo único no renovable, de 6 años.

El resultado de la Conferencia de Niza difirió notablemente de lo inicialmente previsto: esta propuesta de incorporar al Tratado de la Comunidad del art. 280 bis no fue respaldado por los

países, temerosos de las repercusiones prácticas que para sus sistemas penales podrían derivarse, pero sí se aprobó la creación de Eurojust como estructura central comunitaria que coordine la investigación y las actuaciones judiciales nacionales en el enjuiciamiento de la delincuencia organizada transfronteriza.⁶⁴ Un cambio de política nada baladí, puesto que ante la ineficacia de las instituciones y mecanismos tradicionales de asistencia recíproca la Unión Europea ha priorizado el reforzamiento de la *asistencia y cooperación* policial y judicial de los países⁶⁵ en una suerte de cooperación vertical apoyada fundamentalmente en el principio de reconocimiento mutuo, cuya implementación podía ser mucho más rápida⁶⁶ por generar en la Unión Europea de quince países menos estridencias políticas e institucionales que la Fiscalía Europea, manifestación de una más *agresiva* cooperación *horizontal* entre los países que vivifica la *unificación* en la persecución penal de la corrupción y el fraude.

⁶⁴ Con esta filosofía se varió la redacción del art. 31.2 del Tratado de la Unión Europea, estableciéndose que el Consejo Europeo fomentará la cooperación mediante Eurojust a través de tres líneas de actuación:

- a) capacitándole para que contribuya a una adecuada coordinación entre las autoridades nacionales de los Estados miembros encargadas de la persecución del delito;
- b) impulsando que colabore en las investigaciones relativas a asuntos de delincuencia transfronteriza grave, especialmente en casos de delincuencia organizada, teniendo en cuenta en particular los análisis de Europol;
- c) favoreciendo que tenga una estrecha cooperación con la Red Judicial Europea con objeto, en particular, de facilitar la ejecución de las comisiones rogatorias y de las solicitudes de extradición.

⁶⁵ No sólo por medio de Eurojust, sino también con Europol, la Red Judicial Europea y los Magistrados de Enlace. Vid. PRADA SOLAESA, J. R. DE, “Las técnicas de cooperación judicial reguladas en el Convenio celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 de la Unión Europea: los Magistrados de Enlace, la Red Judicial Europea y Eurojust. El Ministerio Fiscal español y la coordinación en materia de cooperación internacional”, Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, 2001, vol. II, págs. 613 y ss.; ESCALADA LÓPEZ, M. L., “Instrumentos orgánicos de cooperación judicial: magistrados de enlace, red judicial europea y Eurojust”, JIMENO BULNES, M. (coord.), La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: Instrumentos procesales, Barcelona, 2007, págs. 95 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Cooperación judicial penal en la Unión Europea: Algunas experiencias orgánicas para hacer frente a la delincuencia grave con dimensión transfronteriza”, BUJOSA VADELL, L. M., (coord.), Hacia un verdadero Espacio Judicial Europeo, Granada, 2008, págs. 271 y ss.

⁶⁶ De hecho, pocos días después de la Conferencia Intergubernamental, a iniciativa de los gobiernos de Alemania, Portugal, Francia, Bélgica y Suecia, el Consejo

A partir de este momento las discusiones políticas —y dogmáticas— se van a centrar, en general, en la definición de la política de protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea,⁶⁷ y particularmente en la necesidad, la compatibilidad y la relación que se puede establecer entre Eurojust y la Fiscalía Europea, pero sin que el proyecto de crear esta última quedara completamente abandonada, ni para perseguir la corrupción y el fraude en los Estados miembros y, también, en el interior de las instituciones comunitarias, supliendo las carencias de la OLAF⁶⁸

tomó la “Decisión 2000/799/JAI de 14 de diciembre de 2000 por la que se crea una Unidad provisional de cooperación judicial” —DOUE L 324/2 21.12.2000— como complemento en el plano judicial de Europol, teniendo ya claramente fijados como objetivos primarios, por un lado, mejorar la cooperación entre las autoridades nacionales competentes relativa a las investigaciones y actuaciones judiciales en relación con la delincuencia grave, en particular cuando se trate de delincuencia organizada, que afecte a dos o más Estados miembros, y por otro estimular y mejorar la coordinación de las investigaciones y de las actuaciones judiciales entre Estados miembros, habida cuenta de las demandas presentadas por las autoridades nacionales competentes y de la información facilitada por los órganos competentes con arreglo a las disposiciones adoptadas en el marco de los Tratados. En última instancia, la experiencia habida de esta Unidad tendría que ser la base para la creación, como órgano de la Unión, de Eurojust, lo que sucedió con la “Decisión 2002/187/JAI del Consejo de 28 de febrero de 2002 por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia” —DOUE L 63/1 6.3.2002—, la cual se modificó por la “Decisión 2009/426/JAI del Consejo de 16 de diciembre de 2008 por la que se refuerza Eurojust” —DOUE L 138/14 4.6.2009—. Vid. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, R., “Eurojust, un paso más en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, GALGO PECO, A. (dtor.), “Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional”, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XIII, 2003, págs. 417 y ss.; TIRADO ESTRADA, J. J., “Mecanismos prácticos de organización y coordinación de la cooperación judicial en la Unión Europea: especial referencia a Eurojust”, Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, 2002, vol. IV, págs. 547 y ss.; TIRADO ROBLES, M. C., “El refuerzo de la cooperación judicial penal en la Unión Europea: Comentario a la Decisión del Consejo 2009/426/JAI, de 16 de diciembre de 2008”, Revista General de Derecho Europeo, núm. 21, 2010, págs. 1 y ss.; ALONSO MOREDA, N., “Eurojust, a la vanguardia de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 41, 2012, págs. 119 y ss.; PÉREZ SOUTO, G., “Eurojust: ¿Un instrumento eficaz en la lucha contra el crimen organizado?”, Revista General de Derecho Europeo, núm. 30, 2013, págs. 1 y ss.

⁶⁷ Con esa finalidad el 23 de mayo de 2001 la Comisión presentó una Propuesta de Directiva del Consejo y del Parlamento Europeo en esta materia.

⁶⁸ El propio Comité de Vigilancia de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, en su Dictamen 3/2001, realizó la propuesta de creación de un Fiscal Europeo competente en materia de investigaciones internas, con la finalidad de mejorar el

y el escaso valor que a sus investigaciones e informes les dan los órganos jurisdiccionales penales nacionales.⁶⁹ De esta forma, se quiere dar cumplimiento al ambicioso objetivo de dar continuidad efectiva, en sede jurisdiccional penal, a la prevención y a la detección administrativa del fraude comunitario y la corrupción.

2.3. El “Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo”

El Libro Verde aprobado por la Comisión Europea el 11 de diciembre de 2001 es un texto de consulta muy completo, hecho para el debate público y lo más plural posible en la interlocución de las posturas,⁷⁰ en el que la Comisión fija las claves de la discusión en torno a la figura del Fiscal Europeo, tomando como elemento básico de referencia el “Corpus Juris” y la propuesta que sobre esta institución llevó a Niza la Comisión. Y ello no sólo desde un punto de vista teórico, sino tratando de proyectar las posibilidades de ejecución concreta de la Fiscalía tanto en la estructura orgánica comunitaria como en el interior de cada uno de los países miembros, todo con el máximo respeto a los derechos fundamentales, a las garantías procesales básicas y a las tradiciones jurídicas de los países.

desarrollo de los procedimientos y la objetividad de las investigaciones, alcanzar mayores cotas de eficacia en sus actuaciones. Meses antes, en el Dictamen 5/1999 había analizado las consecuencias derivadas de una posible aplicación del “Corpus Iuris” para el equilibrio institucional de la Unión Europea, para la organización interna de la OLAF, así como para las relaciones exteriores de la Unión en materia de lucha contra el fraude y otras actividades ilegales, y de protección de sus intereses financieros.

⁶⁹ Vid. LÓPEZ SANZ ARÁNGUEZ, L., “La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y los procedimientos de cooperación e investigación supranacional”, VV.AA., “Aproximación al Derecho penal económico y financiero”, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 5, 2009, págs. 240 y ss.; INGHELRAM, J. F. H., “Judicial review of investigative acts of the European Anti Fraud Office (OLAF): A search for a balance”, Common Market Law Review, núm. 49, 2012, págs. 601 y ss.

⁷⁰ Para ello se implicó a autoridades públicas europeas y nacionales, parlamentos, universidades, fiscalías y poderes judiciales, organizaciones no gubernamentales, asociaciones profesionales... Y el objetivo se logró, como acreditan los cientos de comunicaciones y debates que sobre el Libro Verde presenta sintetizadas la Comisión en el “Informe de Seguimiento del Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo” de 19 de marzo de 2003.

El Libro Verde fue estructurado agrupando las cuestiones sustantivas, procesales y orgánicas más relevantes sobre el Fiscal Europeo en torno a seis epígrafes: esquema general, estatuto jurídico y organización interna, Derecho material, Derecho Procesal, relaciones con otros actores y control jurisdiccional.

La técnica de trabajo de usar un Libro Verde se concreta en definir los puntos de debate, presentar una batería de posibles soluciones a los problemas de implementación de los mismos, posicionándose la institución proponente —en este caso la Comisión—, desde un primer momento, por alguna de ellas en no en todos los puntos objeto de debate, pero sin que ello suponga condicionar el debate y los resultados a alcanzar.

Este carácter abierto y reflexivo del Libro Verde se mantiene hasta su final, en el que se listan 18 bloques de preguntas planteadas a lo largo de los seis ejes de trabajo enunciados y de cuya respuesta pende la construcción equilibrada y coherente del régimen jurídico de la Fiscalía Europea:

- 1) ¿Qué opina de la estructura y de la organización interna propuestas para el Fiscal Europeo? ¿Opina que la misión europea confiada a los Fiscales Europeos Delegados deberá ser exclusiva, o que puede combinarse con una misión nacional?
- 2) ¿De qué motivos de inculpacón debe ser competente el Fiscal Europeo? ¿Deben completarse las definiciones de las inculpaciones adquiridas en el marco de la Unión Europea?
- 3) ¿Debería la creación de un Fiscal Europeo ir acompañada de la adopción de normas comunes suplementarias en materia de sanciones, responsabilidad, prescripción, etc.? En caso afirmativo, ¿en qué medida?
- 4) ¿En qué casos debe someterse obligatoriamente un asunto al Fiscal Europeo, y quien deberá hacerlo?
- 5) ¿Debería el Fiscal Europeo guiarse por el principio de legalidad de las actuaciones judiciales —como propone la Comisión— o por el principio de conveniencia de las actuaciones judiciales? ¿Qué excepciones deberían preverse en cada caso?

- 6) Teniendo en cuenta las vías de reflexión mencionadas en el presente Libro Verde, ¿qué reparto de competencias deberá preverse entre el Fiscal Europeo y las autoridades jurisdiccionales nacionales, en particular por lo que se refiere al tratamiento de los asuntos mixtos?
- 7) ¿Le parece suficiente la lista de medidas de investigación previstas por el Fiscal Europeo, a fin de superar el fraccionamiento del espacio penal europeo? ¿Qué marco (legislación aplicable, control...) deberá preverse para tales medidas de investigación?
- 8) ¿Qué soluciones cabe prever para garantizar la ejecución de los actos de investigación efectuados por el Fiscal Europeo?
- 9) ¿En qué circunstancias podrá el Fiscal Europeo decidir el archivo o bien la apertura del juicio?
- 10) ¿Según qué criterios deberá elegirse el Estado miembro o Estados miembros donde se lleve a cabo el juicio? ¿Es necesario controlar la elección del Fiscal Europeo a este respecto? En caso afirmativo, ¿a quién deberá confiarse este control?
- 11) ¿Opina que el principio de que las pruebas obtenidas legalmente en un Estado miembro deberán ser admisibles ante los tribunales de los demás Estados miembros podrá, por lo que respecta al Fiscal Europeo, superar el obstáculo que supone la diversidad de normas sobre admisibilidad de las pruebas?
- 12) ¿A quién debe confiarse la función de control de los actos de investigación realizados bajo la autoridad del Fiscal Europeo?
- 13) ¿A quién debe confiarse la función de control del acto de apertura del juicio?
- 14) ¿Opina que los derechos fundamentales de la persona están suficientemente protegidos a lo largo del procedimiento propuesto para el Fiscal Europeo? Y en particular, ¿está bien garantizado el derecho a no ser enjuiciado penalmente dos veces por la misma infracción?
- 15) ¿Cómo deberán articularse las relaciones entre el Fiscal Europeo y los actores de la cooperación penal creados en el marco de la Unión Europea?

- 16) En la perspectiva de la evaluación del estatuto de la OLAF que la Comisión deberá realizar, ¿qué elementos relativos a la articulación entre la Oficina y el Fiscal Europeo le parecen pertinentes?
- 17) ¿Qué relaciones deberá mantener el Fiscal Europeo con los países terceros, y en particular los países candidatos, para mejorar la lucha contra las actividades que afectan a los intereses financieros comunitarios?
- 18) ¿Cuáles deberán ser los recursos disponibles contra los actos adoptados por el Fiscal Europeo, o realizados bajo su autoridad, en el ejercicio de sus funciones.

De todas las respuestas dadas a estos interrogantes entresacamos algunos de los aspectos más destacados para el objeto de este trabajo:

- a) Sin desconocer la relevancia que para la Unión Europea tienen elementos comunes como el euro, la marca europea o la función pública europea, así como la protección de otros bienes jurídicos,⁷¹ los equilibrios políticos necesarios para conseguir viabilizar la propuesta del Fiscal aconsejaban reducir la competencia material a la protección de los intereses financieros de las Comunidades.
- b) Puesto que se mantiene la idea de que el enjuiciamiento penal de los delitos se siga llevando a cabo a nivel nacional, ya no se va a hablar de un *espacio judicial europeo* sino de un *espacio común de investigaciones y actuaciones judiciales* articulado armoniosamente con los sistemas penales nacionales. Siendo así, las actuaciones del Fiscal tendrán el mismo valor en el territorio de los países miembros —en ese momento ya diecisiete—, si bien condicionado en su alcance final por el nivel de armonización que los Estados quieran dar en la regulación

⁷¹ El art. 29 del viejo Tratado de la Unión Europea, en el que se fijaba el marco común regulador de la cooperación policial y judicial en materia penal, abogaba por prevenir y luchar contra la delincuencia —organizada o no—, si bien enfatizando que los mayores esfuerzos deberían centrarse en algunos delitos: terrorismo, trata de seres humanos y delitos contra los niños, tráfico ilícito de drogas y de armas, corrupción y fraude.

- del procedimiento a seguir y en la extensión del principio de reconocimiento mutuo, en especial en materia probatoria.
- c) El Fiscal Europeo dirigirá de manera centralizada las actividades de investigación, coordinándose con las autoridades nacionales, y formulará la acusación y enviará a juicio a los responsables de los hechos, ejercitando en el mismo la acción penal y la acción civil.
 - d) En su actuación el Fiscal Europeo estará sometido al control del órgano judicial nacional que en cada caso actúe como juez de las libertades, tanto en las ocasiones en las que sus actuaciones puedan afectar a derechos fundamentales y a libertades individuales como cuando decida si abrir el juicio contra los autores de los hechos perseguidos y ante los órganos judiciales de qué país.
 - e) La independencia frente a las partes en el proceso, y también en su relación con los Estados miembros y con las instituciones, órganos y organismos comunitarios, sigue siendo el rasgo esencial del Fiscal Europeo, lo que se justifica por su calidad de órgano judicial especializado. Como contrapartida, el Fiscal deberá ejercer sus funciones de manera imparcial y regirse únicamente por el respeto a la legalidad. Además, tanto el nombramiento como la destitución del Fiscal Europeo deberán reflejar los principios de independencia y legitimidad.
 - f) La composición y organización de la Fiscalía Europea mantiene el mismo esquema organizativo descentralizado, basado en el principio de subsidiariedad, que adelantó años antes el “Corpus Juris”: junto al Fiscal Europeo habrá Fiscales Europeos Delegados pertenecientes a los sistemas judiciales nacionales, encargados de actuar tanto en la fase de investigación como en el juicio oral ante sus propios tribunales y también —previa autorización— en el territorio de otro Estado miembro en cooperación con el Fiscal Europeo Delegado nacional de ese país, que estará obligado a asistirle. Y la actuación de todos ellos sigue siendo regida por el principio de unidad, por lo que cualquier acto realizado por un Fiscal

Europeo Delegado es hecho en nombre de la fiscalía europea, a la cual vincula. Este modelo organizativo determina que la estructura y recursos centrales del Fiscal Europeo sean mínimos, y que a nivel nacional los Fiscales Delegados busquen sinergias con los recursos humanos y los medios de funcionamiento del poder judicial de cada país, pero sin que pueda resultar comprometida su independencia.

- g) Muchas son las cuestiones que afectan al Derecho Penal relativo al fraude y a cualquier otra actividad ilegal que afecte a los intereses financieros comunitarios, y no todas son abordadas. Primero, y a diferencia del “Corpus Juris”, en el Libro Verde se obvian cuestiones básicas derivadas del principio de culpabilidad como fundamento de la responsabilidad penal, y únicamente se abre la vía para poder exigir responsabilidad a los jefes de empresa y a las personas jurídicas tanto por acciones como cuando por la falta de su vigilancia o control se haga posible la comisión de hechos delictivos por cuenta de dicha persona jurídica por una persona sujeta a su autoridad.

Segundo, sobre la base de que la protección de los intereses financieros de las Comunidades no implica que haya que llevar a cabo una codificación general del Derecho Penal entre los Estados miembros, no está claro cuál es el procedimiento legislativo a seguir, ya que vista la ineficacia de la cooperación entre Estados y de la asimilación de los niveles de protección nacionales para las finanzas comunes a partir de una simple remisión al Derecho interno de los Estados miembros se duda si basta con que el Derecho Penal nacional tipifique de manera armonizada los delitos a partir de iniciativas legislativas comunes como las realizadas en años anteriores —v. gr. el Convenio PIF de 1995— o si se hace necesario dar un paso más en la integración jurídica y apostar decididamente por la unificación, es decir, la creación de un corpus jurídico comunitario autónomo distinto del Derecho de los Estados miembros. A nivel teórico, cuanto más elevado sea el nivel de armonización —y menor el margen de actuación de los parlamentos nacionales—, e incluso todavía mejor si se opta

por la unificación, mayores serán los logros en su actuación por parte de la Fiscalía Europea, tanto en términos operativos como desde el punto de vista de la legitimidad de su trabajo: mayor seguridad jurídica al simplificar el acceso a las normas aplicables y generación de un nivel de protección de los intereses financieros equivalente en todos los países miembros.

En tercer lugar, por aplicación del principio de legalidad penal, la Fiscalía Europea tiene limitada su actuación a los ilícitos penales que afecten a los intereses financieros comunitarios. La determinación concreta de cuáles son éstos, su posible extensión a otros delitos de naturaleza económica e incluso su ampliación a otras conductas con las que compartan características comunes es otro de los puntos nucleares a dilucidar. Habiendo demostrado los países miembros que están de acuerdo en que la competencia del Fiscal Europeo abarque el fraude, la corrupción y el blanqueo de capitales, no debería haber problema para que también pueda intervenir en la represión frente a otras infracciones vinculadas directamente con la protección de los intereses financieros comunitarios (el fraude en materia de adjudicación de contratos, la asociación de delincuentes, el abuso de función y la revelación de secretos conocidos en el ejercicio de la función pública), criterio defendido por la Comisión Europea hasta la actualidad.

Por último, con el objetivo primigenio de que las actividades que atenten contra los intereses financieros comunitarios tienen que ser sancionadas con penas eficaces, proporcionadas y disuasorias que incluyan, cuando menos en los casos más graves, penas privativas de libertad que den lugar a la extradición, es claro que la acción legislativa armonizadora —o unificadora— que se desarrolle a partir de los principio de legalidad y proporcionalidad tiene que alcanzar a las mismas. Junto a la pena privativa de libertad, y al decomiso de los productos e instrumentos de los delitos, para los casos menos graves se tienen que prever penas alternativas o complementarias.

- h) El procedimiento penal en el que tenga que actuar el Fiscal Europeo para investigar y acusar a los presuntos infractores deberá respetar garantías procesales y derechos fundamentales —como los de defensa y protección del acusado, la presunción de inocencia y el *non bis in idem*—, y estará basado principalmente en el principio de legalidad procesal⁷² y en el reconocimiento mutuo de las diligencias de investigación y las medidas acordadas conforme a la legislación del país en el que se realizan, armonizadas en algunos casos a nivel eu-

⁷² MLo que no obsta para que el sistema de legalidad de las actuaciones judiciales pueda contener excepciones en pro del principio de oportunidad para así alcanzar otros objetivos relevantes pero limitados en su apreciación por el Fiscal, puesto que el uso del archivo o de la transacción no puede convertirse en una escapatoria de las responsabilidades penales o en una vía de santificar injusticia por parte de personas poderosas e influyentes, de ahí que el criterio común que se defiende es su uso ante infracciones relativas a pequeñas cantidades de dinero. Entre esos objetivos defendibles, y apreciables por razones de oportunidad, se pueden señalar: primero, no colapsar al Fiscal Europeo con asuntos menores desde el punto de vista de la protección de los intereses financieros comunitarios, apreciable bien libremente por el Fiscal, bien automáticamente a partir de la no superación de un determinado umbral financiero; segundo, en vista de la utilidad de tales actuaciones judiciales sobre el resultado del proceso, lo que podría darse en el caso de que ya con sólo alguna de las investigaciones realizadas sobre alguno de los cargos presentados frente al infractor se puede asegurar una sentencia de condena; tercero, para tratar de asegurar la recuperación —total o parcial— de los activos financieros defraudados, detraídos ilegítimamente o blanqueados, a cambio de que el Fiscal acepte retirar la acusación por todos o algunos de los hechos imputados, lo cual, en muchas ocasiones, será también conveniente a consecuencia de la debilidad de la prueba de cargo. En los casos en que el Fiscal Europeo decida no actuar, deberá cerrarse el expediente, y si se han iniciado las actuaciones judiciales, deberá adoptarse una decisión de archivo; con posterioridad, el Fiscal Europeo transmitirá el expediente para información de las autoridades nacionales competentes del enjuiciamiento, correspondiendo a éstas apreciar si tal asunto, que escapa a la legalidad de las actuaciones judiciales a escala comunitaria, presenta sin embargo interés en el contexto nacional para el enjuiciamiento de otros tipos de infracciones. Con relación a la eventual utilización en materia de delincuencia económica de la mediación y del principio de oportunidad vid. GARCÍA ARÁN, M., “Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica”, REBOLLO VARGAS, R., TENORIO TAGLE, R. (dtores.), Derecho Penal, Constitución y derechos, Barcelona, 2013, págs. 105 y ss.; ANDRADE FERNÁNDES, F., RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Corrupción, principio de oportunidad y política criminal del Estado”, SINTURA VARELA, F., RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (dtores.), *El Estado de Derecho colombiano frente a la corrupción. Retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011*, Bogotá, 2013, págs. 1 y ss.

ropeo —como en caso de la orden de detención y entrega—, todo ello para el control de legalidad que realice un juez nacional de libertades. Además, el régimen de admisibilidad de las pruebas se fundamentará en el principio conforme al cual las pruebas obtenidas en un Estado miembro deberán ser admitidas por el resto de tribunales de los países de la Unión. No mucho más, ni más concreto, se dice en este campo, en claro reconocimiento implícito que un nivel mayor de concreción que referirse en abierto a las garantías procesales y a su contenido recogidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta de Derechos Fundamentales supondrían parar en seco —o enterrar definitivamente— la iniciativa de crear un Fiscal —o una Fiscalía— Europeo.

- i) Si se piensa que la inmensa mayoría de las infracciones a las finanzas comunitarias devendrán de asuntos complejos y transfronterizos, dos o más países de la Unión podrán ser competentes para enjuiciar los hechos, cuestión para nada baladí porque su atribución supondrá que su Derecho nacional será el aplicable en la organización y funcionamiento de los tribunales en cada instancia o actuación —juez de las libertades, juez responsable del control del paso a juicio del asunto, y tribunal sentenciador—, de la tramitación de la fase de juicio oral así como de la ejecución de las penas. Es al Fiscal Europeo a quien le incumbe elegir el Estado miembro en el cual se va a desarrollar el juicio y de repartir los asuntos, en particular los mixtos, con las autoridades judiciales nacionales. De nuevo, el espinoso asunto de la determinación de la jurisdicción competente y los riesgos que se derivan del *forum shopping*.

2.4. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

La posición política minimalista de las autoridades europeas en la concepción del Ministerio Público Europeo, que deje amplios márgenes de actuación a los parlamentos nacionales en la implementación del modelo y en el diseño final de muchas de las

cuestiones esenciales para su funcionamiento, tuvo de nuevo reflejo en el —fracasado— Tratado Constitucional de 2004, como se puede constatar a partir de tres indicaciones normativas:

- a) por un lado, se vincula el éxito de la cooperación judicial en materia penal a la vigencia del principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones por parte de las autoridades judiciales de los países miembros, y también a la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en asuntos penales que sean de especial gravedad y que tengan una dimensión transfronteriza (art. III-270.1);
- b) por otro, Eurojust es realizado en su valor como órgano encargado de apoyar y reforzar la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir⁷³ los delitos señalados,⁷⁴ basándose para ello en las operaciones efectuadas y en la información proporcionada por las autoridades de los Estados miembros⁷⁵ y por Europol (art. III-273);
- c) finalmente, vuelve a emerger la idea de poder crear una Fiscalía Europea (art. III-274), una propuesta mantenida en el tiempo pero a la que una vez más se le dan pequeños matices propios de su tiempo y de los escollos políticos que hay que sortear.

Ya en el rótulo de la institución apreciamos un primer cambio sumamente relevante, que condiciona en buena medida muchas de las acciones legislativas que con posterioridad haya que emprender: se ha dejado a un lado la idea de que lo que hay que crear es un órgano europeo unipersonal —el Fiscal—, que coordina a

⁷³ Este principio de actuación se reitera con posterioridad con relación a las actuaciones que se desarrollen con base en el ejercicio de acciones penales, puesto que en última instancia tendrán que ser policías, fiscales y jueces, según los criterios competenciales nacionales, los que lleven a cabo actos formales de carácter procesal.

⁷⁴ Por tanto, no ve limitada su actuación a la investigación y enjuiciamiento de las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión, si bien, en este ámbito, es donde cabe esperar unos niveles de participación más activos y eficaces, espoleando en sus cometidos a las autoridades nacionales competentes, a las que puede proponer la incoación de procedimientos penales.

⁷⁵ Para mejorar la legitimidad de las actuaciones de Eurojust, tanto a escala europea como nacional, los arts. I-43.2 y III-273.1 in fine del Tratado Constitucional abren la posibilidad para que al igual que el Parlamento Europeo los Estados, a través de sus propios parlamentos, se impliquen en el seguimiento, control y evaluación del funcionamiento de Eurojust.

los fiscales nacionales, para volver a la *vieja* propuesta de que sea un órgano colegiado —la Fiscalía—, pero sin que se aclare que composición tiene, quiénes pueden integrarla..., cuestiones todas ellas que se relegan a un momento posterior cuando una ley europea fije su Estatuto, y también las condiciones para el desempeño de sus funciones, las normas de procedimiento aplicables a sus actividades y aquéllas que rijan la admisibilidad de las pruebas, así como las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos procesales realizados en el desempeño de sus funciones.

Por el contrario, lo que sí se señala es, por un lado, que su creación es potestativa, sujeta a que el Consejo de la Unión formalice una iniciativa creadora de la Fiscalía; por otro, que necesita del acuerdo unánime de los países, previa aprobación del Parlamento Europeo, lo que se ha convertido en la práctica en un obstáculo casi imposible de saltar por cuanto las actitudes diferentes de los Estados son patentes y mantenidas en el tiempo;⁷⁶ y también de dónde nace: surgirá *a partir* de Eurojust. Con esta decisión, indirectamente, también se está apuntando a cómo la Fiscalía tiene que insertarse en el esquema institucional de la Unión Europea vigente, y compartir y coordinar sus competencias, a nivel europeo, con Europol —*en su caso*, se dice literalmente— y con Eurojust —aunque no se indica expresamente también con la Red Judicial Europea y los diferentes Magistrados de Enlace—, y a nivel nacional con las autoridades judiciales de cada Estado.

A priori, el ámbito de actuación de la Fiscalía Europea se mantiene en los mismos términos que en los intentos precedentes: el combate a las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros

⁷⁶ En el “Informe de Seguimiento del Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo” de 19 de marzo de 2003 se realiza una agrupación de los países de la Unión en función de las posiciones expresadas por los representantes de los Ministerios competentes de los Estados miembros: por una parte, están los que se declaran favorables al principio de la institución de un Fiscal Europeo —Bélgica, Grecia, España, Países Bajos, Portugal y, hasta cierto punto, Italia—, por otra quienes son escépticos en cuanto a su utilidad o su viabilidad —Alemania, Luxemburgo y Suecia—, y por otra los que desde una óptica más extrema rechazan enteramente el proyecto —Dinamarca, Francia, Irlanda, Austria, Finlandia y Reino Unido—.

de la Unión. Sin embargo, debido a esa vinculación especial con Eurojust, y su articulación con la política criminal europea que se va construyendo año a año con Decisiones Marco y Directivas, no se descarta que el Consejo Europeo pueda adoptar una decisión europea que amplíe las competencias a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza.⁷⁷

Las competencias de la Fiscalía Europea siguen siendo investigar los delitos para descubrir a sus autores o cómplices, incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos, y ejercer ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal.

3. BASE JURÍDICA DE LA FUTURA FISCALÍA EUROPEA A TENOR DEL ART. 86 TFUE

Revisada la génesis de la idea de que a nivel supranacional en la Unión Europea pueda haber una Fiscalía encargada de investigar y acusar a los autores y cómplices de hechos de fraude y corrupción frente a las finanzas comunitarias, dentro de un espacio judicial europeo en el que los Estados mantienen gran parte de su soberanía en materia jurisdiccional penal, para comprender a mediados de 2013 en qué estado se encuentra esta propuesta es necesario enfatizar, por último, cómo los trabajos legislativos que dieron lugar al Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea han persistido en los perfiles esenciales que a dicha institución se le marcaron en el Proyecto de Constitución Europea, a la que *copia*, y que se recogieron en el art. 69 E, incorporado como art. 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Una regulación de la que destacamos varias cuestiones:

- a) La base jurídica inicial de la Fiscalía Europea se sigue ubicando en el capítulo dedicado a la “Cooperación judicial en materia penal” (arts. 82 a 86 TFUE), decisión con la que implícitamente se está aceptando como válida la postura reduccionista

⁷⁷ Para ello el Consejo Europeo se tiene que pronunciar por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo y además también previa consulta a la Comisión.

de una parte importante de los Estados y del Consejo Europeo, reticentes a dar grandes pasos en el camino de la integración. Esta misma actitud puede ser igualmente observada en el campo del Derecho Penal, puesto que en el Tratado de Lisboa se deshecha la armonización penal a partir de definiciones homogéneas de delitos y penas y se consagra sólo que el Parlamento Europeo y el Consejo puedan establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al mismo procedimiento legislativo ordinario, normas *mínimas*⁷⁸ relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en un reducido número de delitos; en definitiva, *aproximación y no armonización*.

- b) Esta cooperación judicial, al igual que la policial (arts. 87 a 89 TFUE), ha sido *comunitarizada*, al haber desaparecido desde Tratado de Lisboa los tres anteriores pilares en los que se asentaba la Unión.⁷⁹ Esta decisión, tomada fundamentalmente por cuestiones de simplificación, tiene trascendencia directa en los trámites a seguir de cara a la aprobación de las iniciativas que se planteen en este ámbito de cooperación:⁸⁰ el procedimiento legislativo ordinario. Con esta decisión se frena de raíz la actitud que hasta la fecha habían tenido algunos

⁷⁸ Lo que no impide a ninguno de los Estados miembros que puedan instaurar o mantener un nivel más elevado de protección de las personas (art. 82.2 in fine TFUE). No obstante, coincidimos con LIROLA DELGADO, I., “La cooperación judicial en materia penal en el Tratado de Lisboa: ¿Un doble proceso de comunitarización y consolidación a costa de posibles frenos y fragmentaciones?”, Revista General de Derecho Europeo, núm. 16, 2008, pág. 16, en que el problema no está tanto en que se permitan niveles de protección más amplios como en que hay que definir cuáles son los parámetros mínimos de protección que puede pedir la autoridad de ejecución a la hora de proceder al reconocimiento de una resolución judicial en materia penal de otro Estado miembro, esto es, determinar los niveles mínimos comunes de protección.

⁷⁹ De siempre, la cooperación policial y judicial formaba parte del tercer pilar intergubernamental.

⁸⁰ El art. 82.1 TFUE circunscribe la acción legislativa del Parlamento Europeo y del Consejo a cuatro grupos de medidas: de establecimiento y apoyo a normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas; de prevención y resolución y conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros; de apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia; de facilitación de la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones.

Estados en las negociaciones de los instrumentos jurídicos de cooperación, que hasta estos momentos exigían para su adopción la unanimidad.

- c) Estamos ante un marco legal *pro futuro*, por cuanto la creación de la Fiscalía es potestativa: así lo tiene que querer el Consejo Europeo. Destacar en este momento que debido a la relevancia que se le da a la creación de la Fiscalía Europea en la arquitectura institucional de la Unión, el procedimiento legislativo que se tiene que seguir es *especial*, distinto que en el resto de cuestiones relacionadas con la cooperación judicial: aunque en principio se quiere que la unanimidad presida el surgimiento de la Fiscalía, previa aprobación del Parlamento Europeo, se deja abierta la opción para que a falta de unanimidad un grupo de al menos nueve países puedan acordar su creación.⁸¹ Esto es tanto como dar carta de naturaleza a la reclamada por muchos construcción del sistema penal europeo a dos —o más— *velocidades*, que puede servir para salir del impás de los bloqueos recalcitrantes de algunos países, y de la dificultad práctica de alcanzar acuerdos totales entre los veintisiete países, pero que tampoco se nos antoja como una solución ideal⁸² pensando en el futuro y en la operatividad práctica de la Fiscalía.

⁸¹ En concreto, se dispone que un grupo de al menos nueve Estados miembros puede solicitar que el proyecto de reglamento se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento en el Consejo. Previa deliberación, y en caso de alcanzarse un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo para su adopción. Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de reglamento de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren los arts. 10.2 TUE y 280.D TFUE se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada.

⁸² Ya HÖPPEL, F., “Función y límites de la armonización en el Derecho penal de los Estados de la CE”, ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A. (dtors.), *El Derecho Penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Cuenca, 2007, pág. 136, advertía que este sistema de construir a Europa a distintas velocidades tenía que ser considerado con precaución pues conlleva una grave fragmentación y puede disminuir la certeza legal, o al menos el futuro desarrollo de la cooperación en materia penal.

- d) La institución a crear tendrá naturaleza jurídica colegiada, compuesta —hemos de pensar, en atención a los antecedentes— por un grupo de Fiscales Europeos destacados en Bruselas, uno de los cuales actuará como Jefe de la Fiscalía, y por una red de Fiscales Europeos Delegados, al menos uno por cada país miembro de la Unión Europea, con sede en su capital.
- e) La Fiscalía Europea, quien se puede hacer ayudar por Euro-pol, va a ser competente para descubrir a los autores y cómplices de aquellas infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión que se definan vía reglamento,⁸³ así como para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos. Además, es la Fiscalía Europea —y no los fiscales nacionales— quien ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones.
- f) Se posterga a la aprobación del reglamento la fijación del Estatuto de la Fiscalía Europea, las condiciones para el desempeño de sus funciones, las normas de procedimiento aplicables a sus actividades y aquéllas que rijan la admisibilidad de las pruebas, así como las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos procesales realizados en el desempeño de sus funciones.

⁸³ De nuevo, como en el Proyecto de Constitución Europea, se prevé que simultáneamente o con posterioridad a la aprobación del reglamento el Consejo Europeo, por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo y previa consulta a la Comisión, podrá tomar la decisión de ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza.

4. REFLEXIÓN FINAL

Este trabajo, en el que estudiamos el sueño europeo de contar con una Fiscalía supranacional, consideramos que es de todo pertinente para poner en valor, por un lado, lo ilusionante y necesario del proyecto, pero también lo laborioso y frustrante que se convierte su consecución, tanto por divergencias jurídicas entre los países —cada uno, desde la defensa de su soberanía jurisdiccional penal, se apega a sus tradiciones históricas y a las particularidades de su sistema penal—, como por cuestiones políticas —al defender diversos *modelos*—. En este escenario, como planteó VERVAELE, podemos seguirnos planteando si los políticos nacionales van a seguir reclamando que la falta de brújula verdadera corresponde a Bruselas y van a seguir proclamando su inocencia.⁸⁴

Se debe aprender de las experiencias pasadas. Así, con este breve repaso de los principales hitos habidos en el proceso de construcción de un Ministerio Público Europeo teóricos y prácticos del Derecho están en condiciones de colegir, al menos, dos cuestiones: la política de los *pequeños pasos* con la que se viene delineando la conformación de la Unión Europea, tanto en sus objetivos —no sólo económicos— como en las actuaciones que hay que emprender para alcanzarlos, que condicionan incluso los procesos de adhesión de terceros países;⁸⁵ y las dificultades de toda índole que representa cualquier movimiento de integración jurídica en materia penal, lo que lleva a que al final acaben triunfando las posiciones más acomodaticias y pragmáticas que defienden que frente al *deber ser* de la unificación o armonización legislativa, el ser conduce a reforzar la cooperación, la coordinación y la

⁸⁴ VERVAELE, J. A. E., “El Ministerio Fiscal Europeo...”, cit., pág. 319.

⁸⁵ Vid. CULLEN, P. (edit.), *Enlarging the fight against fraud in the European Union: Penal and administrative sanctions, settlement, whistleblowing and Corpus Juris in the candidate countries*, Köln, 2004. Incluso la propia Comisión listó en el Anexo de la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre Una política global de la UE contra la corrupción”, de 28 de mayo de 2003 —COM(2003) 317 final— diez principios para reforzar la lucha contra la corrupción en los países en vías de adhesión, países candidatos y otros países terceros.

asistencia entre los países, con los inconvenientes, desigualdades y limitados resultados conocidos por todos. En la elección del modelo final no se puede olvidar que no se trata de una simple cuestión de políticos y mayorías —que ceden mayores o menores márgenes de su soberanía—, sino técnica y de la máxima relevancia jurídica —afecta al ejercicio de la jurisdicción y a las garantías que en su desarrollo se deben respetar—.

La adopción de la Fiscalía Europea exige relevantes modificaciones orgánicas y procedimentales en muchos de los países miembros de la Unión, algunas de ellas de carácter constitucional; y una vez que éstas se superen otro paso fundamental será cambiar las inercias y pautas de actuación de muchos de los operadores jurídicos, europeos y nacionales, que tendrán que estar mucho más empeñados en hacer gala de la lealtad y la confianza recíproca exigible en un espacio integrado. En esta tarea, lo que es indudable es que su análisis y discusión por más de quince años ha servido de ensayo, de reflexión colectiva, de anticipación de las dificultades que su implementación dará lugar a nivel de las instituciones, órganos y organismos europeos, como en el interior de los sistemas judiciales nacionales.

En definitiva, que hacer frente al fraude y a la corrupción en las instituciones y órganos de la Unión Europea en sí misma, y ayudar a su prevención y persecución en los veintisiete países miembros, tiene que ser una prioridad absoluta para la Unión, y por ello la parálisis institucional, tanto a nivel nacional como europeo, en este punto no puede ser entendida ni en términos jurídicos ni desde una óptica económica, cuyos datos empíricos machacan cualquier planteamiento conservador: el coste global del fraude y la corrupción es superior al 7% de la economía mundial, lo que en el ámbito europeo representa más de 120.000 millones de euros por año. Por tanto, aunque directamente la corrupción no sea un delito de sangre —que son los que más remueven las conciencias colectivas y generan reacciones políticas e institucionales más inmediatas—, la corrupción también *mata*.

III

Mecanismos Cooperación Internacional en la investigación de Delitos Económicos y de Corrupción

Por Abog. Marcio Battilana Estigarribia¹

¹ Abogado, Máster en Corrupción y Estado de Derecho por la Universidad de Salamanca-España (2011), Especialista en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo por la Universidad de Salamanca-España (2011). Asesor Jurídico del Programa Umbral de Lucha contra la Corrupción e Impunidad USAID-Paraguay (2006-2010). Asesor externo de la Comisión de Asuntos Económicos y Financieros de la Honorable Cámara de Diputados (2012-2013). Consultor y asesor jurídico independiente.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, está enfocado a indicar sobre la necesidad e importancia de contar con órganos de cooperación y auxilio en la investigación y lucha contra la corrupción y los delitos económicos. Órganos que forman parte del Estado, desde sus respectivos poderes, y que cooperan, o debieran hacerlo, con el Ministerio Público en las pesquisas e investigaciones de corrupción y delincuencia económica. Se hará mención y explicación del funcionamiento, de las técnicas organizativas y de cooperación en investigaciones trasnacionales existentes en la Unión Europea, incluyendo ciertas nuevas tendencias aún no concretadas. Esto permitirá hacer una contrastación, tan siquiera somera, de la realidad latinoamericana en lo que a estos temas de cooperación internacional en temas penales se refiere. Se ha tomado a España como país de reseña, en cuanto a la ejemplificación legislativa y de funcionamiento dentro de Europa. Esto en la inteligencia de que dicho país se encuentra muy cercano a las labores de cooperación internacional en Iberoamérica, amen de obviamente estar ligado al trabajo de cooperación dentro de la misma Unión Europea. Asimismo se podrá ver algunos puntos sobre la situación actual en Latinoamérica, en cuanto a cooperación internacional en materia judicial penal.

2. CONTEXTO DE LAS LABORES INVESTIGATIVAS

Se puede afirmar que las instituciones que tienen contacto primigenio con los delincuentes son casi siempre, las fuerzas del orden público. Entendidas como aquellas encargadas de llevar adelante investigaciones de actos delictuales, llámense policía, agentes especiales, gendarmes, la nomenclatura varía y depende de la configuración que le de cada Estado a sus instituciones encargadas de velar por el “orden público”. Dichas instituciones, son las que por cuestiones de practicidad, necesidad y sobre todo aprovechamiento de recursos, terminan segregándose en diferentes unidades de especialización por materias o incluso se convierten en entes de investigación específicos. Así se pueden citar, a modo ejemplificativo las unidades de homicidios y crímenes violentos, de robos y hurtos, de violencia sexual, de tráfico de personas, de delitos económicos, de asuntos internos (anticorrupción), científico forenses, antiterrorismo, anti-contrabando, entre otras.²

La especialización en ciertos temas de lucha contra la delincuencia es una necesidad surgida de manera empírica –¿cuándo no?– puesto que los fenómenos delictuales van evolucionando de manera tan rápida y frenética que la respuesta estatal ante los mismos debe hacer algo al respecto para intentar seguirles el ritmo. Como claramente lo señala ABADINSKY dentro del proceso *darwiniano* del crimen organizado podemos esperar que los integrantes débiles mueran literal o figuradamente, mientras que los que sobrevivan mejoraran sus estilos de organización y sofisticación de operaciones.³

Podemos afirmar, que justamente de esta realidad empírica y coyuntural,⁴ es que se puede considerar que surge originariamente la necesidad de que los Fiscales miembros del Ministerio Público,

² Enumeración meramente ejemplificativa, ya que como se dijo, las competencias, cantidades y nomenclaturas varían según las necesidades, disponibilidad y estructura administrativa orgánica de cada institución y de cada país.

³ ABADINSKY, H. *Organized Crime*. Editorial Wardsworth. California 2010. Pág. 413.

⁴ FLORES PRADA, I., *El Ministerio Fiscal en España*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 1999. Pág. 684.

vayan de a poco especializándose, de manera a poder interactuar eficiente y eficazmente con sus interlocutores investigadores. Es decir las instituciones de orden público, quienes son al final del día las que realizan el “verdadero trabajo investigativo de campo”⁵ por cuanto el Fiscal es, o al menos debe ser, el *director jurídico de la investigación*,⁶ so pena de poder convertirse en eventual testigo en caso de participar directamente en algún acto investigativo.

Un ejemplo, por cierto antiguo, que se puede enunciar para graficar esta situación la tenemos en una de las tantas especializaciones policiales, como lo es la Policía Judicial Científica,⁷ encargada de llevar adelante una serie de procedimientos basados en protocolos de actuación preestablecidos encaminados a la reconstrucción de hechos acaecidos, a fin de intentar reconstruirlos. Debido a la alta complejidad científica de estos procesos, mal se podría pedir a un leguleyo que los lleve adelante por sí mismo, o que de buenas a primeras los interprete, entienda, comprenda e

⁵ En tal sentido señala LÖSING, que el desarrollo histórico y la actual situación de las entidades policiales en América Latina, desde hace tiempo, viene demandando un estudio profundo de la realidad y perspectiva de estas instituciones. “Posiblemente, la Policía es la entidad estatal más expuesta a las realidades sociales y los vaivenes políticos de jóvenes Estados en desarrollo y despegue. La Policía es la personificación – del monopolio de fuerza que el Estado reserva para sí”. LÖSING, N. «Realidad y perspectivas de la Policía en América Latina. Resumen y reflexión» En Justicia en la Calle. Ensayos sobre la policía en América Latina. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín Colombia 1996. Pág. 381. En iguales términos Vid. GÖTZ, V. «La policía de los Länder alemanes: funciones y competencias». En Policía y seguridad: análisis jurídico-público. Editorial Herri. Oñati 1990. Pág. 163.

⁶ Al respecto explica MENA que la ley procesal española encomienda la investigación de los delitos a los jueces y fiscales. “Estas personas están en su despacho. No andan por la calle vigilando, interrogando, espiando. No disponen de informantes que les susurren confidencias. Sólo se enteran de los datos que llegan a sus despachos. Y así debe ser. Cualquier otro modo de actuación informal, externa al proceso, es improcedente, y además sería ineficaz y peligroso”. MENA, J. M. De oficio, fiscal. Editorial Ariel. Barcelona 2010. Pág. 108.

⁷ Sobre el punto nos atenemos a la conceptualización dada por DE BENITO, cuando explica que la Policía Judicial Científica; es el conjunto de principios y procedimientos prácticos encaminados a lograr la reconstitución del delito, sus móviles y sus contingencias y la captura e identificación de los delincuentes complicados en su ejecución a fin de poner a estos al alcance de los Tribunales de Justicia, para que puedan proclamar el castigo sobre la base de los hechos reconstituidos. DE BENITO, E. *Policía Judicial Científica*. Editores Hijos de Reus. Madrid 1915. Pág. 14.

intente utilizar en un proceso investigativo penal. Es por ello que se precisa de este tipo de cuerpos investigativos especializados que sirvan de asistentes técnicos y científicos a la labor jurídica de los Fiscales y Jueces.

Tal y como menciona ZAFFARONI “se necesita de una policía especializada que investigue, el decir que el juez de instrucción investiga es una ficción. El *juez de instrucción dirige la investigación*, pero no está en todo, con el fiscal pasa lo mismo. El FBI y el Servicio de Inteligencia de los Estados Unidos ¿para qué los crearon originalmente? Para investigar delitos económicos, históricamente está claro. Necesitas una policía especializada en delitos económicos, sean de corrupción o sean de otra cosa. Se tiene que tener una policía altamente especializada y muy bien paga”.⁸

Hoy en día la cantidad de recursos y vías de comunicación tanto de información como de personas, bienes y servicios hacen que las tareas de rastreo, búsqueda, depuración y análisis de la información recopilada durante investigaciones penales y/o administrativas, se vuelva por demás compleja. Este es otro de los justificantes del porque se precisan de cuerpos de investigación con experticia en temas de alto tecnicismo, que pueden ir desde experiencias en contabilidad, economía, finanzas públicas, administración de empresas, sistemas financieros y bancarios, tecnologías de la información, informática, entre otros.

⁸ Entrevista a ZAFFARONI, E. R. www.acij.org.ar/boletin/Entrevista.pdf (última consulta 27/Jul/2013). En igual sentido explica POVEDA que los aspectos consensuales y encubiertos de la corrupción y su naturaleza por lo general altamente técnica y especializada tienen dos consecuencias. En primer lugar, es necesario hallar la forma de poner a disposición del organismo encargado de luchar contra la corrupción conocimientos técnicos e información pertinente. En segundo lugar, esa autoridad debe examinar a fondo qué estrategia se requiere para combatir el tipo de corrupción que se hace frente, teniendo constantemente presente que, por su propia naturaleza, dicha información será probablemente difícil de obtener. El problema de la obtención de conocimientos técnicos está estrechamente relacionado con toda la cuestión de garantizar la indispensable corriente de información procedente de los organismos y del público en general sobre la corrupción. POVEDA PERDOMO, A. *La corrupción y el régimen*. Ediciones Librería del Profesional. Segunda Edición. Bogotá Colombia 2000. Pág. 171.

3. GRUPOS INTERDISCIPLINARIOS DE COOPERACIÓN INSTITUCIONAL

El contar con fiscales especializados en anticorrupción o delincuencia organizada, o delitos económicos, es de gran utilidad, pero éstos no pueden hacer todo por sí solos, precisan de asistencia técnica especializada, tanto interna –dentro del Ministerio Público- así como externa de parte de otras instituciones estatales, que colaboren con la fiscalía en las investigaciones que llevan adelante.⁹ Una de las mejores prácticas y modalidades de investigación ha demostrado ser, el contar con equipos de trabajo conjuntos entre varias instituciones.¹⁰

⁹ “Los grupos criminales organizados funcionan como grandes empresas que han decidido implantarse de manera permanente en la sociedad y en el mercado, tratando de monopolizarlo. Se trata de grupos estructurados de modo jerarquizado con vocación de permanencia, que actúan guiados por el ánimo de lucro y de obtener poder sobre la sociedad. Pero también son grupos de personas que elaboran una estrategia para desactivar al Estado, para desprestigiarlo y corromperlo. Esta estrategia se articula de manera que las cabezas o líderes de las organizaciones criminales llegan a ser fungibles (más allá del carisma que tenga cada uno), como lo son los demás miembros subordinados. Por ello, el Estado no puede elaborar una estrategia contra la criminalidad organizada a corto plazo. Por el contrario, debe dotarse de un sistema estable, con un conjunto de instituciones y figuras legales que trasciendan a sus componentes en un momento dado, que sean tan fungibles como lo son los miembros de la criminalidad organizada. Así, tanto las fuerzas policiales, como el Ministerio Fiscal y el Poder Judicial deben adecuar sus estructuras a la lucha contra el crimen organizado creando unidades policiales, fiscalías y tribunales especializados. Resulta, igualmente, esencial que haya una coordinación entre los distintos organismos dedicados a esta lucha. Ambos elementos, coordinación y especialización, deben abarcar a cualquier organismo que tenga entre sus facultades aquellas que resulten necesarias para neutralizar el crimen organizado”. Ministerio Fiscal Memoria Anual 2010, Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada. Pág. 667.

¹⁰ “La Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada tiene como una de sus notas más características el de ser un órgano multidisciplinar, lo que le viene dado por la asistencia que recibe de los diferentes expertos que se integran en las Unidades de Apoyo que tiene adscritas y que sin duda contribuyen en gran manera al valor añadido de eficacia que le es reconocido”. *Ministerio Fiscal Memoria Anual 2010, Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada*. Pág. 667.

El nivel de complejidad de las conductas y la gran cantidad de alternativas y medios que existen hoy día, para ocultar no solo los indicios y evidencias, sino incluso el rastro mismo que permita llegar a dar con algún posible partícipe –ni siquiera autor directo- de un hecho delictivo relacionado con corrupción, genera la necesidad de una respuesta sólida, contundente y por sobre todo actualizada por parte de las autoridades del orden público. Paradójicamente la facilidad y velocidad con que se realizan transacciones internacionales, tanto de bienes como de servicios, facilitan en parte lo ante dicho.¹¹ En vista a esta situación de adversidad, la solución que ha demostrado ser la más práctica, idónea y eficiente para afrontarla, es la de trabajo en equipo entre las instituciones encargadas tanto del control y vigilancia administrativa así como las de investigación penal.

¹¹ Al respecto menciona MONTTOYA que las nuevas formas de comisión de delitos y el poderío económico que existe detrás, que alcanza muchas veces al corazón político del Estado, hace que la lucha en contra del crimen organizado tenga matices diversos, con características particulares y distintas, así como también las técnicas que se utilizan para contrarrestar sus principales ilícitos, tales como el tráfico de drogas, espionaje, corrupción, terrorismo, lavado de dinero, que mueven capitales muchas veces superiores al presupuesto de un país. MONTTOYA, M. D. *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis constitucional y procesal penal*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires 2001. Pág. 29.

4. INVESTIGACIÓN DE CASOS DE CORRUPCIÓN Y DELITOS ECONÓMICOS TRANSFRONTERIZOS

Cada día que pasa esas pequeñas “líneas divisorias” señaladas en los mapas van reduciéndose, tanto en los mapas como en la realidad misma. Esas divisorias, que antes denotaban límites, están siendo poco a poco comprimidas a meras concepciones pues la realidad actual nos demuestra que su existencia no va más allá de la voluntad de quienes dentro de sus límites y confines viven.¹² Las “rayas” a las que hacemos alusión, se las suelen llamar *fronteras*, y cada vez se están limitando más, pues el fenómeno de la globalización¹³ genera que el devenir de las mismas sea el de mantenerse tan siquiera simbólicamente pero al mismo tiempo intentar que dejen de “limitar tanto”.¹⁴

Como bien lo explica el BLANCO CORDERO la moderna criminalidad no es ajena a los grandes procesos y cambios contemporáneos. La globalización de la economía es el factor más importante que ha influido en el desarrollo y expansión de la criminalidad a nivel mundial. Las grandes organizaciones criminales tienen una gran habilidad para aprovechar las ventajas que ofrece el nuevo espacio mundial, con la creación de zonas de libre comercio en algunas regiones del mundo, en las que se produce una permeabilización económica de las fronteras nacionales y se reducen los controles. La habilidad para utilizar las condiciones y recursos que ofrece el nuevo espacio mundial explica la extraordinaria expansión de las grandes organizaciones criminales.¹⁵

¹² GONZÁLEZ RUS, J. J. «Cooperación internacional en la persecución y represión del delito.» En El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología. VV.AA. GUZMÁN DALBORA, J. L. (Coord.). Editorial Hammurabi. Buenos Aires 2004. Pág. 659.

¹³ Como bien lo indica RODRÍGUEZ GARCÍA, “Si la delincuencia se ha globalizado hay que globalizar la respuesta penal frente a ella”. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. «Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea: Algunas experiencias orgánicas para hacer frente a la delincuencia grave con dimensión transfronteriza». En Hacia un verdadero Espacio Judicial Europeo. BUJOSA VADELL, L. (Coord.) Editorial Comares. Granada 2008. Pág. 276.

¹⁴ Sobre el punto Vid. MARTÍN DIZ, F. «La conveniencia de procesos penales supranacionales: el caso de la Unión Europea». En Hacia un verdadero Espacio Judicial ... Op. Cit. Pág. 47.

¹⁵ BLANCO CORDERO, I./SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y Unión Europea) relativos al crimen

La situación actual –y que ya lleva algunas décadas– es de que todo es mucho más rápido, las comunicaciones, el tráfico de información, las transacciones, los viajes, etc. Hace veinte años atrás era muy difícil de pensar o creer que una carta enviada desde un país a otro a miles de kilómetros de distancia pudiese ser leída en cuestión de segundos por el destinatario, sin embargo esa es una realidad actual. Este es solo uno de los cientos de ejemplos que existen hoy día que denotan que el mundo cambia, lo hace segundo a segundo, y así también lo hacen las sociedades.¹⁶

Lastimosamente así como todo cambia y se vuelve más rápido gracias a todos los medios tecnológicos, sociales y culturales, así también evoluciona la delincuencia, a quien no le importan las fronteras, ni barreras que creamos aquellos que vivimos dentro de los límites de la legalidad.¹⁷ Es una realidad innegable la gran expansión que ha tenido la delincuencia a nivel de cada país, así como a nivel mundial. Hoy tranquilamente un Zar de la droga puede estar sentado en alguna oficina a miles de kilómetros de distancia de donde su producto está siendo vendido y afectando a comunidades enteras. Mientras tanto él puede “gozar de los beneficios” de su labor sin siquiera tener que percatarse de los estragos socioeconómicos y de salud, que causa su mal llamada *actividad comercial*.¹⁸

organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio, en Criminalidad Organizada». Univ. de Castilla-La Mancha, 1999, pags. 17 ss. y en Revista Penal num. 6 (2000), Págs. 3 ss.

¹⁶ En tal sentido Vid. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Política Criminal*. Editorial Colex. Madrid 2001. Pág. 264.

¹⁷ “Hasta hace poco tiempo la corrupción se consideraba básicamente un asunto interno de cada país. Sin embargo, este tipo de delitos raramente afectan a uno sólo, y la única forma de luchar con eficacia, sin dejar espacios abiertos a la impunidad, es colaborando judicialmente los diferentes Estados, a escala regional y mundial”. RODRÍGUEZ GARCÍA, N «Los sistemas procesales penales frente al reto de controlar la corrupción». En *La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. (Coord.). Editorial Ratio Legis. Salamanca 2000, Pág. 76.

¹⁸ En tal sentido Vid. FABIÁN CAPARRÓS, E. *El delito de blanqueo de capitales*. Editorial Colex. Madrid 1998. Pág. 38.

En palabras de RODRÍGUEZ GARCÍA “el análisis de esta *lacra social* se ve complicado desde el momento en el que constatamos que no se puede afrontar desde una perspectiva nacional puesto que, sin duda, está íntimamente relacionado y favorecido por la globalización de las relaciones, fundamentalmente las de naturaleza económica”.¹⁹

Esta situación fáctica de tener a grupos estructurados y organizados en verdaderas “empresas criminales” ha generado que los Estados se replanteen sus roles como entes garantizadores de la seguridad de sus respectivos ciudadanos, habitantes y visitantes. Es así que tras años de debates, hemos llegado a tener una compilación, legal inmensa y que sigue creciendo, tanto a nivel internacional -tratados, convenios, acuerdos- como en la esfera interna nacional de cada país -leyes, códigos, reglamentos, protocolos- generados a consecuencia obvia de lo acordado internacionalmente. Reflejo de ello son las nuevas tendencias y mecanismos establecidos para tratar de combatir la delincuencia transnacional.

¹⁹ RODRÍGUEZ GARCÍA, N. «La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción». En RODRÍGUEZ GARCÍA, N./FABIÁN CAPARRÓS, E. (Coord.) *La Corrupción en un Mundo Globalizado. Análisis Interdisciplinar*. Editorial Ratio Legis. Salamanca 2004, Pág. 242.

5. EXPERIENCIA EUROPEA

El resultado judicial en la esfera penal, está basado en un alto porcentaje en lo que se pueda averiguar durante la etapa investigativa del caso, ya que lo que en juicio se trate y discuta será solo consecuencia de lo que durante la investigación se haya obtenido. Es por ello que una investigación puede tanto generar como destruir todo un caso. Todo proceso penal debe estar orientado a esclarecer los hechos de la mejor forma posible, evitando posibles injusticias. Incluida la mayor injusticia existente, en nuestra opinión, la *impunidad*.

Como señala DA MOTA “tradicionalmente la necesidad de cooperar la detectaba y decidía únicamente la autoridad nacional, teniendo en cuenta sus competencias territoriales locales y nacionales. Dicha realidad ha cambiado: *los delitos ya no tienen fronteras* y se ha aumentado la necesidad de equilibrio entre eficacia y protección de los derechos fundamentales. Esta realidad requiere coordinación y una cooperación más profunda y estrecha entre las autoridades policiales, administrativas y judiciales”.²⁰ En igual sentido menciona CHOCLÁN MONTALVO debe evitarse que las fronteras físicas y jurídicas entre Estados conduzcan a la ineficacia de los mecanismos de persecución nacionales frente a una delincuencia transnacional y cada vez más organizada en la era de la globalización.²¹

Un mecanismo de reacción enfocado en afrontar, en cierta medida, desde la perspectiva de la investigación y persecución penal, ha sido el establecimiento de *Equipos Conjuntos de Investigación* (de aquí en adelante ECI), también conocido por los anglosajones

²⁰ DA MOTA, J. L. «Espacio Judicial Europeo y Eurojust». Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo Internacional Universidad de Castilla, La Mancha, 2006. www.cienciaspenales.net (ultima consulta 23/Jul/2013).

²¹ CHOCLÁN MONTALVO, J. A. «Delincuencia transfronteriza y equipos conjuntos de investigación». En Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Revista Cuadernos de Derecho Judicial XIII. 2003. Pág. 162.

como *Joint Task Forces* (JTF).²² Pasaremos a revisar esta metodología de trabajo, la cual ha sido probada como la mejor manera de desenmarañar las complejidades de las redes de delincuencia organizada. Ya que involucra no solo a cuerpos netamente policiales o de investigación criminal sino que va mucho más allá al incluir, según el caso y la necesidad, a entes y órganos de otras esferas y competencias, como ser instituciones con funciones de administración pública, migración, control aduanero, control tributario, sanidad, entre muchas otras.

Los ECI no son solo de creación y funcionamiento dentro de la U.E. pues la propia Convención de Palermo (Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 15/Noviembre/2000) también prevé la creación de equipos de investigaciones conjuntas.

Tal y como lo menciona MARTÍN DIZ “vale denotar que una de las nuevas técnicas de cooperación judicial y policial penal, por tanto plenamente procesal, que la Unión Europea ha desarrollado e introducido han sido los denominados “equipos conjuntos de investigación”, pero que no son un instrumento *ex novo* y creado por la propia Unión, o sus Estados miembros, sino que ya venían utilizándose, con finalidades, objetivos y estructura similar a la diseñada en el ámbito comunitario y nacional, en otros territorios. Así encontramos el precedente de Estados Unidos de América y Gran Bretaña que en 1994 establecieron, por primera vez, un

²² Después de todo, fue un Joint Task Force (JTF) el que trabajó y obtuvo la captura, procesamiento y condena de Al Capone en EE.UU. ABADINSKY, H. *Organized Crime*. Editorial Wardsworth. California 2010, Pág. 117. Asimismo se debe hacer mención al *Joint Task Force on Questionable Payments Abroad* (equipo conjunto de investigación sobre pagos dudosos en el extranjero) creado el 31 de Marzo de 1976 por el Presidente Ford en los EE.UU. cuya misión fue investigar las prácticas comerciales internacionales de grandes corporaciones norteamericanas, a fin de luego poder definir una política clara de protección a la libre empresa. NDUMBE ANYU, J. *The foreign corrupt practices act*. Editorial Publish America. Baltimore 2006. Pág. 81.

equipo conjunto de investigación para investigar el blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en la zona del Caribe. Experiencia que en el caso de los Estados Unidos de América posteriormente ha continuado poniendo en práctica en diversas operaciones frente a la delincuencia organizada transnacional con otros países”.²³

En Europa la creación y admisión de los ECI como método de investigación penal, está regulado originariamente por el Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000 (de aquí en adelante Convenio de 2000). Dicho convenio regula formas específicas de asistencia judicial a los equipos conjuntos de investigación.²⁴

El mencionado convenio no entró en vigor de inmediato, lo cual generó por parte del Consejo de Europa la emisión de una Decisión Marco emanada el 13 de Junio de 2002 sobre equipos conjuntos de investigación (2002/465/JAI) en la misma se reproducen algunos de los artículos del Convenio referidos a la operatividad de los ECI.²⁵ Como es sabido las decisiones marco, no tienen efecto directo, pero al menos tienden a facilitar la aproximación de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, forzando así a dichos Estados a producir resultados, independientemente de la forma y medios.

La idea de cooperación en temas de investigación data incluso de antes del citado convenio, ejemplo claro nos lo da el punto número 43 de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de Octubre de 1999, que dice: “Debe sacarse el máximo provecho de la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros

²³ MARTÍN DIZ, F. «Los equipos conjuntos de investigación como técnica de cooperación procesal en la Unión Europea». Consejo General del Poder Judicial, Revista del Poder Judicial No 78. 2005.

²⁴ VALLINES GARCÍA, E. Los Equipos Conjuntos de Investigación Judicial. Madrid. Editorial Constitución y Leyes. 2006. Pág. 27.

²⁵ Artículos 13, 15 y 16 del Convenio del 2000.

al investigar la delincuencia transfronteriza en cualquier Estado miembro. El Consejo Europeo hace un llamamiento para que se creen sin demora equipos conjuntos de investigación tal como se contempla en el Tratado, como primer paso para luchar contra el tráfico de drogas y la trata de seres humanos, así como contra el terrorismo. En ese sentido, las normas que se establezcan deberán permitir que, si procede, en dichos equipos participen representantes de Europol en calidad de apoyo”.²⁶ Incluso anterior a los Convenios de 1999 y del 2000, existía ya un Convenio del año 1997 de Cooperación Aduanera, en donde se mencionaba que para casos de comercio transfronterizo ilegal se podían crear equipos comunes de investigación especial.

Actualmente el Convenio del 2000 está en vigor y es efectivo en 19 países de la U.E. a saber; Alemania, Austria, Bélgica, República Checa, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, España, Finlandia, Francia, Hungría, Letonia, Lituania, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido y Suecia.

La misma exposición de motivos de la ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, explica la importancia misma de los ECIs: “Se trata, pues, de crear, en el ámbito de la Unión Europea, un instrumento específico y vinculante que permita a los Estados llevar a cabo actuaciones coordinadas y concertadas a través de investigaciones conjuntas que se desarrollen en el territorio de dos o más Estados”.

²⁶ Conclusión número 43 del Consejo Europeo. Celebrado en Tampere, días 15 y 16 de octubre de 1999, sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea.

6. EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN Y SU ROL EN LA INVESTIGACIÓN PENAL INTERNACIONAL

Una realidad indiscutible es la existencia de disparidades o diferencias tanto teóricas, dogmáticas así como prácticas, entre los distintos Estados respecto a sus maneras de obrar en el campo jurídico y judicial. Los ECI no están exentos de estas diferencias, y el propio Convenio del 2000 regula las diversas situaciones de cómo paliar estas diferencias, ya sea usando el convenio como punto marco referencial, hasta incluso instando a que los Estados que deseen formar ECI acuerden según sus respectivos ordenamientos jurídicos la mejor forma de funcionar de estos (este caso se da entre países en los que el Convenio del 2000 aun no esta en vigor, o solo lo está en parte).

Un aspecto también trascendental en cuanto a la creación de ECIs es el de la soberanía de cada Estado. Como bien señala VALLINES GARCÍA la existencia de equipos conjuntos de investigación requiere que el *principio de respeto a la soberanía* no sea entendido de modo absoluto. En efecto, no tendría sentido crear un ECI y sobre la base del principio de respeto a la soberanía llevado hasta sus últimas consecuencias, prohibir totalmente la participación en la investigación de los miembros del equipo que no representan al Estado en cuyo territorio se actúa.²⁷

Sobre el particular, RODRÍGUEZ GARCÍA menciona que “con el paso de los años progresivamente está cediendo la idea de que la existencia de la Unión Europea tiene que repercutir lo menos posible en el Derecho penal y procesal penal de los Estados miembros, no estando tan mal visto que el proceso de unificación europea tiene que suponer importantes cesiones de soberanía para los Estados miembros y la práctica desaparición de las fronteras judiciales internas, en aras a la extensión del concepto de *territorialidad europea* al ámbito jurídico, esto es, a diseñar un verdadero Espacio Europeo de Justicia”.²⁸

²⁷ VALLINES GARCÍA, E. *Los equipos conjuntos ...* Op. cit. Pág. 23 y 24.

²⁸ RODRÍGUEZ GARCÍA, N. «*La Necesaria Flexibilización del concepto...* Op. Cit. Pág. 259.

La metodología de trabajo de los ECIs, está basada en circunstancias fácticas e históricas que justifiquen su creación así como el periodo de duración de la investigación. Existe amplio consenso, respecto al hecho de que las investigaciones no deben proyectarse ad infinitum. Por tanto los ECIs son creados por un tiempo estimado en base a la complejidad del hecho o hechos a ser investigados, los cuales constituirán el fin determinado de la creación misma del ECI. Solo permitiría prorrogas de tiempo de investigación previa justificación válida para ello.

En España, por ejemplo, esto se encuentra regulado en el Artículo 5 de la ley 11/2003 que establece el acuerdo de constitución de un equipo conjunto de investigación que vaya a actuar en el territorio español deberá contener, como mínimo, las especificaciones siguientes: a) *Voluntad explícita*, manifestada por la autoridad competente de cada Estado miembro solicitante, de constitución del equipo conjunto de investigación. b) *Motivación suficiente* de su necesidad y tiempo máximo de vigencia del equipo para los fines que se determinen. c) *Objeto determinado* y fines de la investigación.²⁹

En tal sentido, también en caso de que el ECI en el transcurso de una investigación, descubra nuevos hechos o situaciones que merecerían atención pertinente e investigación,³⁰ se debe de determinar si los hechos pueden o no ser directamente atendidos por las autoridades locales, o si los hechos merecen que una ECI los investigue y por ultimo si estos hechos están o no relacionados con los que la ECI está investigando y por ende hay que ampliar el espectro de la investigación. Respectivamente, la primera op-

²⁹ Vale destacar que existen excepciones claras, que exigen que la limitación temporal sea flexible y hasta indeterminada, no así el objeto de la investigación el cual al menos debe estar determinado de manera tan siquiera abstracta. Un ejemplo de esta necesidad se da en casos de investigación de delitos de alta complejidad, y de duración extendida y permanente, como ser los esquemas de tráfico de drogas entre países. Estos esquemas como es bien sabido, normalmente no solo afectan a uno o dos países sino mas bien a varios y en distintas etapas del proceso de producción, distribución y venta de las drogas.

³⁰ Ley 11/2003. Artículo 9. Ampliación del ámbito de actuación.

ción consistiría en poner en conocimiento de las autoridades locales de la situación, las otras dos opciones implican analizar el ámbito de competencia que tiene la ECI, y para ello se requieren las pertinentes autorizaciones administrativas. Todas las opciones traen connotaciones relacionadas al funcionamiento mismo del ECI por cuanto deben de comunicarse con sus respectivos Estados, y en base a eso determinar que hacer al respecto.

Los casos en que se pueden crear ECI están establecidos de manera ilustrativa en la Convenio de 2000 en el art. 13.1.³¹ Si bien, la justificación de creación de ECI existirá cuando concurren al menos tres circunstancias, a saber: a) que se detecte la posible comisión de actividades ilícitas con repercusión en varios Estados de la Unión; b) que se prevea que la investigación será compleja, y que se va a prolongar durante un período de tiempo no muy corto; y c) que resulte muy conveniente la coordinación fluida y en tiempo real entre las autoridades nacionales de persecución.³⁴ Este último elemento es quizás la razón de ser y el aspecto más importante de toda esta metodología de trabajo, por cuanto el tener contacto en tiempo real y una coordinación directa “cara a cara”³³ entre los involucrados en un proceso de investigación, es algo clave para el éxito de las actividades.³⁴

³¹ Artículo 13.1 Convenio del 2000. Podrán crearse equipos conjuntos de investigación, en particular, en los siguientes casos: a) cuando la investigación de infracciones penales en un Estado miembro requiera investigaciones difíciles que impliquen la movilización de medios considerables y afecten también a otros Estados miembros; b) cuando varios Estados miembros realicen investigaciones sobre infracciones penales que, debido a las circunstancias del caso, requieran una actuación coordinada y concertada de los Estados miembros afectados. Cualquiera de los Estados miembros afectados podrá formular una solicitud de creación de un equipo conjunto de investigación. El equipo se creará en uno de los Estados miembros en los que se prevea efectuar la investigación.

³² VALLINES GARCÍA, E. Los equipos conjuntos... Op.Cit. Pág. 47 y 48.

³³ HERNANDO MARTIN, F. «La Guardia Civil en la lucha contra el crimen organizado: Técnicas de información, metodología operativa y directrices policiales en las investigaciones». www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL19.pdf Pág. 1403. (ultima consulta 27/Jul/2013).

³⁴ Esto es un gran avance, versus el antiguo sistema de pedidos formales, misivas y demás sistemas que por mas que tengan su justificación histórico/legal, lastimosamente hoy día y ante las realidades que se viven, vuelven a estos métodos casi obsoletos, frente a la posibilidad de tener un trabajo directo en el campo de acción.

Cada Estado regula cual es la *autoridad competente* que determinará la necesidad de creación, y luego supervisión de las labores de un ECI. Siguiendo de nuevo, el caso de España como punto de referencia, las autoridades encargadas en dicho país son: La Audiencia Nacional, el Ministerio de Justicia y el Ministerio del Interior.³⁵ Asimismo estas autoridades competentes, son quienes designan a los integrantes del ECI y los identifican ante el o los demás Estados participantes, y viceversa.

Todo lo relacionado a la creación, procedimiento, funciones, integrantes, organización y manejo de la información se establecerá en un *acuerdo de constitución* entre los Estados partes, dicho acuerdo es el que regirá de ahí en adelante las operaciones del ECI en cuestión. Los ECI tendrán jefe o jefes, en representación de cada Estado parte, así como integrantes que llevan la denominación de funcionarios/miembros destinados. Sus competencias se rigen en principio por lo previamente pactado, así como también por la legislación vigente dentro del Estado donde se ejercerán las funciones de investigación.

También se permite la integración con representantes de organismos e instituciones internacionales de la U.E. como ser: OLAF, Eurojust o Europol, e incluso de terceros Estados. Solo que estos representantes, “ajenos” a los Estados parte del ECI, tendrán competencias mas restringidas que los integrantes del ECI, las competencias de ellos se regirán netamente por lo acordado en el convenio de constitución.

³⁵ Artículo 3 de la Ley 11/2003. Autoridad competente española. Las referencias a la autoridad competente española se entenderán hechas a: La Audiencia Nacional, cuando la investigación recaiga sobre los delitos cuyo enjuiciamiento corresponda a dicho órgano jurisdiccional y participen en el equipo miembros de las carreras judicial o fiscal; El Ministerio de Justicia, cuando la investigación recaiga sobre los delitos para cuyo enjuiciamiento no resulte competente la Audiencia Nacional y participen en el equipo miembros de las carreras judicial o fiscal; El Ministerio del Interior, a través de la Secretaría de Estado de Seguridad, en todos los supuestos en que no participen en el equipo conjunto de investigación miembros de las carreras judicial o fiscal.

Un tema delicado a tener en cuenta es el conflicto o concurrencia de jurisdicciones. Esto ocurre cuando las infracciones investigadas por un ECI pueden ser sujetas a proceso judicial penal indistintamente en cualquiera de los Estados integrantes de la misma. Como menciona VALLINES GARCÍA, actualmente faltan regulaciones internacionales específicas que traten el tema de jurisdicción penal entre los Estados miembros de la U.E. No obstante el Convenio de Estrasburgo del 15/Mayo/1972 prevé, que cuando haya pluralidad de procedimientos represivos abiertos en distintos Estados, la instrucción realizada en un Estado se pueda, suspender o transmitir de manera a que un único Estado se encargue de proseguir el procedimiento. Para ello los Estados involucrados están llamados a celebrar consultas para evaluar en cada caso concreto cuál es el Estado más apropiado para culminar el proceso.³⁶

Algunos criterios a tener en cuenta para determinar cual jurisdicción se hará cargo del enjuiciamiento:

1. Estado donde el sospechoso tiene su residencia habitual.
2. La nacionalidad o Estado de origen del sospechoso.
3. Estado donde el sospechoso está cumpliendo o va a cumplir una sanción que implique la privación de libertad.
4. Estado donde se ha instruido ya contra el sospechoso un procedimiento por la misma infracción o por otras infracciones.
5. Estado donde resulte más fácil el descubrimiento de la verdad, en base a en cual Estado se hallan los elementos de prueba más importantes.

³⁶ El citado autor continúa explicando que existen decisiones marco así como convenios que establecen, mecanismos y formas de solventar casos de concurrencia de jurisdicciones, pero son todos referentes a delitos determinados, como ser terrorismo, protección de intereses financieros de las Comunidades Europeas, a la corrupción de funcionarios, a la criminalidad organizada, a la falsificación de moneda, a los ataques contra los sistemas de información y a la contaminación procedente de buques. se desprende de toda esta heterogeneidad de delitos mencionados, seguido también de la multiplicidad de instrumentos jurídicos existentes, la deducción es que se puede colegir que existe un principio general del Derecho de la Unión Europea en virtud del cual debe procurarse la búsqueda de una jurisdicción única para el enjuiciamiento de cualquier tipo delictivo con dimensión transnacional a través de un acuerdo ad hoc entre los Estados implicados. Dicho acuerdo bien podría ser promovido por los miembros de un ECI que hayan investigado el caso. VALLINES GARCÍA, E. Los equipos conjuntos ... Op. Cit. Pág. 138.

6. Estado donde existen mayores garantías de que el sospechoso comparezca al juicio oral.
7. Estado donde, en caso de dictarse condena y ejecutarse allí la pena, es más probable que mejore las posibilidades de readaptación social del condenado.
8. Estado que está en mejores condiciones de ejecutar por sí mismo una posible condena, incluso recurriendo a la extradición.

En el ámbito operativo, toda la información recabada por los ECIs, se las denomina tal cual “información”, evitando así ambigüedades interpretativas a causa de las divergencias que existen en los distintos sistemas para denominar que es prueba, o evidencia y que no. De esta forma las evidencias y/o pruebas que un ECI recabe serán consideradas como información, y una vez judicializada se podrá hablar formalmente de pruebas. Las reglas de recolección y análisis de las evidencias, y pruebas se regirán en base a la legislación local del Estado donde se desarrollen las actividades investigativas, amén de lo que también puedan preacordar dentro del convenio de establecimiento.

Se debe de dar el tratamiento a la información obtenida, de la misma forma que se trataría a la información recabada por un funcionario nacional del Estado donde se desarrolla la investigación, el hecho de que la información provenga de un ECI, no debe ser para nada un obstáculo procesal. Esto es importante, ya que actualmente no existe regulación europea específica sobre diligencias de investigación y de prueba.³⁷ Como bien lo explica GORDILLO, la Justicia española no podrá dar valor probatorio a investigaciones realizadas sin atenerse a la legalidad, tanto ordinaria como constitucional. Por ejemplo, la declaración prestada en concepto de imputado sin asistencia letrada o la entrada y registro en un domicilio sin la presencia del secretario judicial, no podrá admitirse como prueba al exigirse en nuestra ley procesal y en el propio texto constitucional, respectivamente, la asisten-

³⁷ VALLINES GARCÍA, E. Los equipos conjuntos... Op. Cit. Pág. 145.

cia letrada y la inviolabilidad del domicilio salvo cuando exista previa autorización judicial o en caso de flagrante delito. Es importante, por lo tanto, no olvidar en ningún momento de la investigación de los equipos la legislación en vigor en el territorio del país en que se ejecutan los actos de investigación.³⁸

La ley española 11/2003 menciona específicamente el uso de la información obtenida por los ECI's. Artículo 8, Fines de la información obtenida. La información que puedan obtener los miembros del equipo conjunto de investigación como consecuencia de ésta podrá utilizarse para los siguientes fines: a) Para los que se haya creado el equipo. b) Para descubrir, investigar y enjuiciar otras infracciones penales, previa autorización del Estado en el que hayan obtenido la información. Dicha autorización únicamente podrá denegarse cuando la utilización de la información ponga en peligro otras investigaciones penales en aquel Estado. c) Para evitar una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo b) de este artículo. d) Para otros fines, siempre y cuando así lo hayan convenido los Estados que crearon el equipo.³⁹

Es importante destacar, que el mencionado artículo 8 de la ley 11/2003, es lo suficientemente general y puede englobar muchas circunstancias, lo cual es positivo pero complejo al mismo tiempo. Positivo porque deja margen de acción, pero complejo porque dicho margen de acción debe ser bien definido y determinado por las partes en el respectivo acuerdo de constitución. En definitiva, se estará siempre a lo que se establezca en el acuerdo de constitución a los efectos de que el ECI pueda desarrollar sus actividades investigativas.

³⁸ GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I. «Equipos conjuntos de investigación». En La Ley Penal, No2, *Sección Legislación aplicada a la práctica*. Editorial La Ley. Febrero 2004. Pág. 2.

³⁹ Amen del citado artículo, en España se rigen por lo establecido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, de regulación de la Policía Judicial, y demás disposiciones aplicables. VALLINES GARCÍA, E. *Los equipos conjuntos...* Op. Cit. Pág. 90.

7. RELACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO CON LOS EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN

Siguiendo con la corriente de ideas que hemos venido preguntando, es lógico de estimar que la postura que mantendremos al respecto de la relación de un Fiscal y un ECI sea analógica a la que sentamos respecto al rol del Fiscal como director jurídico de la investigación. Así las cosas y teniendo en cuenta que los ECI como tales, en esencia misma no tienen mayores diferencias con las fuerzas de orden público nacional de un Estado. Es decir, los agentes extranjeros que forman parte de un ECI, obran en calidad de investigadores, sus potestades y competencias pueden estar o no equiparadas a la de los investigadores locales (como explicáramos esto estará determinado por el convenio de establecimiento).⁴⁰

Por tanto se puede esperar que la información recabada por un ECI dentro del Estado donde se va a llevar adelante el juicio respectivo, bien podría ser utilizada por los tribunales como elemento probatorio, reuniendo obviamente las formalidades y requisitos legales de fondo y forma pertinentes. Siendo aún más concreto al decir de VALLINES el *fiscal español* que ha participado en un ECI creado por Francia y España debe poder llevar ante un tribunal español las informaciones obtenidas por el ECI. Desde luego, ningún problema debe existir para ello si la información que se transmite fue obtenida en el Estado donde se va a llevar a cabo el enjuiciamiento. Pero tampoco deberían ponerse especiales trabas a la transmisión de in-

⁴⁰ Al respecto MARTÍN DIZ explica que la remisión a la Disposición Adicional Primera de la Ley 11/2003 a la normativa aplicable, en caso de actuación en España, fundamentalmente a la LOPJ, LOCFSE, LECrim, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y demás disposiciones procesales penales vigentes, hemos de entender por tanto la validez, de partida, de aquellos actos de investigación aceptados, y habituales, en la práctica procesal penal española, siempre y cuando en su ejecución el equipo conjunto de investigación haya observado, a la hora de ejecutarlos, la normativa procesal que les vincula en cuanto a la forma de realización y requisitos para su validez, y no hayan generado ninguna violación de derechos humanos o fundamentales protegida constitucional, comunitaria o legalmente. MARTÍN DIZ, F. «Los equipos conjuntos... Op. Cit. Pág. 22.

formación cuando ésta se haya obtenido en un Estado distinto del que va a enjuiciar los hechos (cuando la información la haya recogido el ECI en Francia y haya que remitirla a un órgano español), sin perjuicio de que, para estos caso, puede requerirse el consentimiento⁴¹ del Estado en cuyo territorio se ha obtenido la información.

Es por tanto importante el tener presente la necesidad y utilidad de contar con miembros del Ministerio Público ya sea en carácter de integrantes de los ECI o como coordinadores directos de sus actividades.⁴² Pues como hemos dicho, el proceso penal se inicia con la investigación y luego evoluciona, a sus demás etapas. Por ende lo mejor es tener coordinación entre los distintos actores dentro del proceso penal *ab initio* para así evitar posibles problemas futuros.

Aparte de la ya mencionada ley 11/2003, el Convenio del 2000, la Decisión Marco del 13 de Junio de 2002(2002/465/JAI) y demás regulaciones referentes a los ECI, también existen normativas particulares referentes al Ministerio Público de España y su rol en el ámbito de cooperación internacional. A continuación revisaremos dos de estas regulaciones, las cuales se pueden considerar engloban gran parte del citado rol.

Así tenemos la Instrucción 2/2003, de 11 de julio, sobre actuación y organización de las fiscalías en materia de Cooperación Judicial Internacional y la Instrucción 2/2007, de 20 de marzo, sobre la organización de la Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado y el ejercicio de las funciones que atribuye al Ministerio Público la Ley 16/2006, de 26 de mayo, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea.

⁴¹ Se refiere a que el Estado donde se realizó la investigación, otorgue algún tipo de venia o consentimiento expreso para que esa información sea utilizada por y en otro Estado. Este tipo de situaciones se deben de prever, estableciendo las reglas pertinentes de aplicación en el respectivo convenio de establecimiento. VALLINES GARCÍA, E. Los equipos conjuntos... Op. Cit. Pág. 154.

⁴² En tal sentido Vid. MARTIN DIZ, F. «Los equipos conjuntos... Op. Cit. Pág. 23.

Estas instrucciones regulan todo lo concerniente al manejo de la Fiscalía en su relación con sus pares extranjeros y con otros órganos internacionales. Según la ley 14/2003, de 26 de mayo, que modifica el EOMP, dispone en su artículo 16, que sin perjuicio de las competencias encomendadas a otros órganos, la Secretaría Técnica asumirá el ejercicio o, en su caso, la coordinación de aquellas funciones que las leyes atribuyan al Ministerio Fiscal en materia de cooperación judicial internacional. Tal y como lo explica la Instrucción 2/2003 esto implica que la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, es el órgano central en materia de cooperación jurídica internacional. El citado instructivo también establece que, se crearán un servicio especial de cooperación Internacional en cada fiscalía de Audiencia Provincial y de Tribunal Superior de Justicia, a la par de que en las Fiscalías Especiales esa labor será desempeñada en la medida que el volumen de asuntos lo permita, por el Fiscal o Fiscales.

Es pues dentro de estas normativas, y regulaciones de funcionamiento, que las Fiscalías, y en particular la de Anticorrupción, deben interactuar con sus pares fiscales, y también puede servir como plataforma base para relacionarse y trabajar en equipo con los ECI. Por ello sostenemos que la teoría, el formalismo y la practicidad deben de encontrarse en un punto ecléctico⁴³ que permita que el sistema Penal transnacional funcione, de manera a que las investigaciones se realicen a tiempo y de manera proactiva, ya que así se pueden no solo sancionar delitos/crímenes ya cometidos, sino mas bien prevenir algunos que estén en curso e inclusive evitar la comisión de futuros hechos violadores de la legalidad. Y el trabajo en equipo es de vital importancia para el éxito de toda prosecución penal.

⁴³ Al respecto, nos adherimos a las palabras del HANS WELZEL, citado por SCHÖNE, “la teoría por teoría misma no sirve, toda teoría tiene que pasar por la prueba de fuego de su aplicación en la realidad de la vida”. SCHÖNE, Wolfgang. «Encuentros con Hans Welzel». En SCHÖNE, W. «La Ley 1160/97 Código Penal de la República del Paraguay». En www.unifr.ch (consultado 24/Jul/2013), STRUENSEE, E. Y MAIER, J. B. «Introducción» *En Las reformas procesales penales en América Latina*. MAIER, J. B./AMBOS, K./WOISCHNIK, J. (Coord.). Editorial Ad Hoc. Buenos Aires 2000, Pág. 35..

Si bien, como señaláramos la prioridad de la creación de ECI está dada a temas relacionados a terrorismo, nos gustaría enfatizar el hecho de que las investigaciones de corrupción no son mucho menos importantes, sino que por el contrario, el descubrir y poder desarticular estructuras corruptas trasnacionales, puede ser una vía de acceso a otras estructuras delictuales que se hayan formadas por las ya mencionadas redes criminales. Creemos que la Fiscalía Anticorrupción, bien podría incursionar en investigaciones trasnacionales a través de ECI con países en donde existan serias sospechas o indicios de corrupción que puedan afectar a más de un Estado en particular.

8. MINISTERIO PÚBLICO EUROPEO

Como se ha señalado, actualmente en la U.E. se pueden realizar investigaciones conjuntas entre países miembros de la misma. Dichas investigaciones son protagonizadas y llevadas adelante por miembros de las respectivas fuerzas públicas de cada Estado -llámese policía en sus diversas posibles acepciones,⁴⁴ llámese agentes especiales- organizadas en ECI.

Ahora bien, surge la interrogante necesaria de ver a donde más se puede ir, ya que al tener la base investigativa organizada de manera tal a que puedan funcionar y operar en equipo, cabría analizar la posibilidad y necesidad práctica de incorporar la participación activa del Ministerio Público de dos o más Estados en las investigaciones, de manera a estructurar su participación conjunta tanto con algún ECI en común así como entre los fiscales mismos.

⁴⁴ Por citar algunos casos Europeos en particular, España cuenta con: la Guardia Civil, Cuerpo Nacional de Policía, Policías Locales, Policías Autónomas, la Policía judicial. Francia tiene; la Policía Nacional, la Gendarmería Nacional, la Policía Municipal, la Policía Judicial. Alemania cuenta con; la Policía de los Länder, Policía Territorial, Policía Móvil, Policía de Aguas, Policía de Investigación criminal, Oficina Federal de Policía Criminal. Mayor referencia Vid. JAR COUSELO, G. Modelos comparados de policía. Editorial Dykinson. Madrid 2000. En igual sentido Vid. JAR COUSELO, G. y PÉREZ MARTÍN, J. L. *Legislación sobre cuerpos de Policía. Ámbito estatal, autonómico y municipal*. Editorial Dykinson. Madrid 2001.

Este planteamiento no es nuevo, por cuanto la idea de crear una Fiscalía Europea viene siendo planteada desde el *Corpus Iuris*,⁴⁵ el cual la menciona como institución responsable de la persecución penal de los euro-delitos. Tomamos nota de los trabajos doctrinales que se han venido dando en torno a esta posible figura de un Fiscal Europeo, y por ende reconocemos lo complejo y difícil que resulta el tema.

La interrogante de necesidad de la figura de un Ministerio Público Europeo, genera varias preguntas, como ser: cual será su competencia, será autónoma o compartida con la fiscalía nacional de los Estados, qué tipo de delitos investigará, ante quien deberá presentar pruebas y quien será el respectivo órgano judicial que controlará las sus actuaciones y que se encargará de velar por los derechos fundamentales durante la etapa investigativa y finalmente quien o quienes estarán a cargo del enjuiciamiento al final del proceso investigativo, serán los juzgados nacionales o tendrá que ser un tribunal penal europeo. Todas estas incógnitas, hasta ahora lo que han conseguido generar es más incertidumbre que respuestas.

Amen de las mencionadas, la cuestión quizás más trascendental es la determinación del Derecho Penal aplicable. Faltaría otorgar competencia al Parlamento Europeo a fin de que legisle en materia penal europea. Esta carencia actual, genera una brecha

⁴⁵ En efecto, el denominado *Corpus Iuris* constituye el primer proyecto de creación de una Fiscalía europea, en el que no sólo se propone una determinada concepción, régimen de funcionamiento, estatuto personal, etc., de un órgano de persecución criminal genuinamente europeo, sino que también se regula un ambicioso cúmulo de cuestiones de carácter procesal con la exclusiva finalidad de regular la actuación procesal de dicha autoridad. Es decir, en vez de proyectarse unas reglas de proceso penal relativas a la competencia, mutuo reconocimiento de pruebas, entrega de personas, etc., válidas para cualquier proceso con dimensión transfronteriza o transnacional, se proponían unas normas procesales únicamente dirigidas a posibilitar la persecución penal a cargo de la Fiscalía europea cuando hubiese de intervenir en procesos que versasen sobre delitos relativos a los intereses financieros de la U.E. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. «Hacia una autoridad de persecución criminal común para Europa (Reflexiones acerca de la conveniencia de crear una Fiscalía europea y sobre el papel de EUROJUST)». En *La Ley Penal*, No 56. Editorial LA LEY. Enero 2009. Pág. 1. En similar sentido Vid. VERCHER NOGUERA, Antonio. «Reflexiones de futuro sobre Ministerio Fiscal y la lucha contra la corrupción en el medio ambiente». En *La corrupción en un mundo...* Op. Cit. Pág. 306.

de difícil franqueamiento ya que el mismo principio de legalidad se ve coartado *ab initio*, dejando por ende como vigente solo la legislación penal imperante en los Estados miembros de la Unión Europea.⁴⁶ Como es bien sabido dicha legislación penal no es uniforme,⁴⁷ bastaría simplemente con enunciar ejemplificativamente la diferencia respecto a la edad en que una persona es penalmente responsable, para poder ver así la cantidad de divergencias existentes.⁴⁸ Ni que mencionar respecto a las sanciones –penales o administrativas– respectivas que se dan en cada país para conductas análogas.

Suponiendo que se salvase la brecha mencionada, y se contase con un Derecho Penal Europeo,⁴⁹ aún quedaría por determinar quién será el órgano juzgador competente. Se estaría ante la necesidad de contar con un Tribunal Penal Europeo, o en principio dotar de competencia a los tribunales nacionales de los Estados miembros, no sin antes señalar de que esto a su vez trae aparejado sus propios inconvenientes, el primero de los cuales sería la misma soberanía de cada Estado.⁵⁰

⁴⁶ Como explica ORMAZÁBAL SÁNCHEZ cuando manifiesta que crear una Fiscalía Europea sólo tendría pleno sentido para el caso de atribuirse a la UE la facultad de establecer tipos penales genuinamente europeos o, a lo sumo, en ciertos supuestos de inactividad de los Estados miembros. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. «*Hacia una autoridad de persecución...*» Op. Cit. Pág. 5.

⁴⁷ VIADA, N. G. Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional. Editorial Marcial Pons. Madrid 2009. Pág. 127.

⁴⁸ Como indica VÁZQUEZ GONZÁLEZ al describir que la fijación del límite mínimo para exigir responsabilidad penal a los menores, donde ciertas diferencias se acrecientan, fluctuando desde los 8 años de Escocia, los 10 de Inglaterra y Gales o Suiza, los 12 de Holanda, los 14 de Alemania, Austria, España o Italia, los 15 de los países escandinavos, los 16 de Portugal o los 18 de Bélgica. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. «La responsabilidad penal de los menores en Europa». www.amigionianos.org/V+izquez%20Gonz+ilez,%20Carlos.pdf. (ultima consulta 27/Jul/2013). En similar línea Vid. BUJOSA VADELL, L. «Proceso penal Europeo y enjuiciamiento de menores». En *Hacia un verdadero Espacio Judicial...* Op. Cit. Pág. 114.

⁴⁹ Tal y como explica SIEBER, el concepto de Derecho Penal Europeo deber ser entendido en un sentido amplio. Este concepto abarca tanto el Derecho Penal supranacional europeizado, incluyendo al Derecho sancionador más amplio que el Derecho Penal criminal. Tema que no está determinado en los tratado constitutivos de las Comunidades Europeas. SIEBER, U. «*El futuro del Derecho penal europeo. Una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo*». En *Criminalidad, evolución del Derecho Penal y...* Op. Cit. Pág. 29.

⁵⁰ Como bien lo indica ORMAZÁBAL SÁNCHEZ el enjuiciamiento de los posibles delitos europeos por Tribunales de los Estados miembros también sería, por supuesto, una opción no rechazable de entrada pero no exenta de claros inconvenientes.

La creación de una Fiscalía Europea, ya sea incorporada paralelamente a Eurojust,⁵¹ o la eventual fusión⁵² de ambos organismos, genera necesariamente el planteamiento de su “contraparte”, como bien lo indica SATZGER, al preguntarse si cabría la posibilidad de crear un Euro-defensor,⁵³ con competencias de asistencia letrada a los abogados defensores representantes de los distintos Estados.

Sin ánimo de profundizar en el tema, pues no podemos dedicarle la exhaustividad pertinente ya que eso es materia de otro trabajo. Podemos afirmar que sería aconsejable el empezar paulatinamente la experimentación de una posible Fiscalía Europea, mediante la incorporación de fiscales a los ECIs. La dinámica detrás de esto sería el asegurar la dirección jurídica de las investigaciones realizadas por un ECI, mediante la debida asistencia de un fiscal tanto del país donde se llevan a cabo las investigaciones, así como del país participante. Esto permitiría que los fiscales ambos Estados (o más miembros del

Entre otras cosas, esta opción obligaría a una autoridad europea (el Fiscal) a intervenir en procesos ante la jurisdicción de los Estados miembros, cosa que, aunque teóricamente posible, no dejaría de comportar considerables dificultades y problemas. De entrada, la multiplicidad de jurisdicciones podría constituir un obstáculo para la necesaria unidad interpretativa en torno a los delitos europeos, aunque hay que reconocer que este problema podría obviarse mediante un mecanismo ya muy conocido, como es el planteamiento de cuestiones previas a una posible Sala Penal del Tribunal de Justicia de la UE, o instituyendo un recurso contra la sentencia ante dicho órgano. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. «Hacia una autoridad de persecución... Op. Cit. Pág. 9.

⁵¹ Como señala RODRÍGUEZ GARCÍA “la Fiscalía Europea se crearía a partir de Eurojust, de forma tal que las competencias de una y otra institución sean complementarios. Eurojust que no tiene funciones operativas, tendría una competencia genérica en materia de delincuencia organizada, y dentro de ella la financiera, y la Fiscalía Europea tendría una competencia prioritaria en materia de protección de los intereses financieros comunitarios”. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. «La Necesaria Flexibilización del concepto de soberanía... Op. Cit. Pág. 265.

⁵² Así como lo plantea MARTÍN DIZ “la Fiscalía Europea que quedaría integrada, ¿o absorbida?, en Eurojust bajo la supervisión de un Juez de Garantías. El citado autor, también detalla lo que eventualmente podría llegar a ser un proceso penal europeo, con sus respectivas etapas (instructora, intermedia y juicio)”. MARTÍN DIZ, F. «La conveniencia de procesos penales supranacionales... Op. Cit. Pág. 69.

⁵³ SATZGER, H. «Desafíos para la defensa procesal en tiempos de lucha transnacional e internacional contra la criminalidad». En Criminalidad, evolución del Derecho Penal y crítica al Derecho penal en la actualidad. VV.AA. JÖRG ALBRECHT, H. / SIEBER, U./MICHAEL SIMON, J./SCHWARZ, F.(Compil.) Editores del Puerto. Buenos Aires 2009, Pág. 109.

ECI) puedan comunicarse y trabajar coordinadamente de manera directa. Lo cual daría un importante impulso al proceso, en lo que a celeridad y economía procesal se refiere. Ya que si de ser necesaria la practica de diligencias en uno u otro país, serían los fiscales los que intermediarían (como es natural) entre el ECI y los respectivos tribunales, en las gestiones pertinentes. Todo ello generaría una cadena de trabajo en equipo que reeditaría tanto en el nivel de comunicación, así como en el de mejoramiento de la respuesta y persecución penal.

Una opción también viable sería la de la estructuración de una oficina de fiscales europeos, estructurada de manera análoga a la Policía Europea (Europol). Que como es bien sabido, es una oficina común que recoge, intercambia, transmite y analiza datos e información, en apoyo de las actividades policiales que desarrollan los Estados miembros a través de sus policías locales.⁵⁴

Consideramos que pruebas pilotos de esta participación Fiscales en los ECI ayudarían a limar asperezas tanto profesionales (que las hay en todos los ámbitos) como legales. Es decir al termino de algunas experiencias, sean éstas positivas o negativas, se podrá sacar un balance general de las actuaciones y en base a ello ajustar la normativa tanto interna de cada Estado, como la misma normativa comunitaria Europea.

Incluso nos animamos a sugerir que el campo inicial de acción de esta modalidad de trabajo, podría bien ser el de investigar los hechos de corrupción pública y delitos económicos cometidos a nivel trasnacional.⁵⁵ Ya que así también se estaría cumpliendo, en parte, lo mandado originariamente por el *Corpus Iuris*, al decir que lo que se buscaba era perseguir aquellos delitos que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea.⁵⁶

⁵⁴ CARRERA HERNÁNDEZ, F. J. La cooperación policial en la Unión Europea: Acervo Schengen y Europol. Editorial Colex. Madrid 2003. Pág. 97.

⁵⁵ NIETO MARTÍN, A. «La lucha contra la corrupción en la Constitución Europea». En Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y Fraude. VV.AA. ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (Coord). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca 2006, Pág. 85.

⁵⁶ VERVAELE, J. «El Ministerio Fiscal Europeo y el espacio judicial Europeo. Protección eficaz de los intereses comunitarios o el inicio de un derecho procesal penal Europeo». En Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial No 4. 2002. Pág. 277 y ss.

9. RED JUDICIAL EUROPEA EN MATERIA PENAL

Como bien señaláramos hoy en día se vuelve imperiosa la necesidad de cooperar y facilitar información de manera expeditiva y ágil. El campo judicial no está exento de esta necesidad, por cuanto depende del flujo de información para poder dar trámite a los asuntos que caigan dentro de su competencia. Es así que surgen los grupos organizados y estructurados para la cooperación internacional. Nacen como una forma de saciar esa necesidad de intercambio ágil de información, intentando no ser frenado por trabas innecesarias que solo ralentizan el proceso a la vez que facilitan la impunidad.

Es así que en el marco de la Unión Europea, desde el año 1998 se encuentra funcionando una red de puntos de contacto nacionales destinada a facilitar la cooperación judicial en materia penal. Dicha red fue creada por la acción común 98/428 JAI, de 29 de junio de 1998, dando así cumplimiento a la recomendación N° 21 del Plan de acción para combatir la delincuencia organizada aprobado por el Consejo de la Unión Europea en 1997.

Cada Estado ha designado uno o varios puntos de contacto en la Red Judicial Europea, provenientes de las autoridades centrales responsables de la cooperación judicial internacional, autoridades judiciales u otras autoridades competentes en este ámbito. Dichos puntos de contacto actúan en calidad de intermediarios activos, si bien no constituyen un nuevo eslabón en la cadena de cooperación judicial. Su labor se basa en el intercambio de información y contactos de carácter informal.⁵⁷ Entre sus principales labores se pueden destacar las de proporcionar datos de los puntos de contacto, así como información jurídica y práctica concisa relativa a los sistemas judiciales y procesales de los Estados miembros.⁵⁸

⁵⁷ www.mjusticia.gob.es (última consulta 27/Jul/2013).

⁵⁸ Vid. Artículo 7 a, c. de la Decisión Marco 2008/976/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre Red Judicial Europea.

La Red Judicial Europea tiene sede en la Haya. La designación de los puntos de contacto de cada Estado, se hace entre las autoridades a cargo de la cooperación judicial internacional u otras autoridades con análoga competencia en materia de cooperación judicial internacional. Dicha designación se basa en las reglas constitucionales y legales de cada Estado. La única condición es que tenga competencia en todos los tipos de delitos contemplados en su país de origen. Esto ha permitido contar con más de 300 puntos de contactos entre 27 países miembros.⁵⁹ Los puntos de contacto facilitan la colaboración entre las autoridades nacionales competentes para la emisión y ejecución de solicitudes de cooperación judicial, mediante la interacción de manera más directa.

No podemos dejar de recalcar la gran importancia y utilidad que tiene el poder contar con un órgano y un mecanismo de intercambio fluido de información en el ámbito judicial. Todo esto va en pos de un mejor funcionamiento de los sistemas judiciales. Y en cuestiones de investigación, procesamiento y juzgamiento de delitos de corrupción es trascendental el poder contar con este tipo de herramientas de trabajo.

⁵⁹ Mayor información Vid. www.ejn-crimjust.europa.eu (última consulta 27/Jul/2013)

10. EXPERIENCIA LATINOAMERICANA EN COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL

Debemos partir de la premisa, que la realidad del continente Americano es bastante distinta a la de Europa, por sendos motivos que van desde, diferencias culturales, políticas e incluso geográficas (a causa de la amplia separación fronteriza en muchas áreas debido a la existencia de fronteras naturales) que dificultan en cierto aspecto la comunicación directa así como la misma cooperación judicial.⁶⁰

Concordamos ampliamente con la tesis de MORENO CATENA cuando explica que en el ámbito iberoamericano la realidad de la *internacionalización* de las relaciones jurídicas no se ha abordado con similar intensidad, pues mientras en Europa se ha producido un movimiento de integración política sin precedentes en la historia de la humanidad, convergiendo pacíficamente los Estados europeos en sus relaciones no sólo económicas, sino también políticas. Mientras que América Latina se enfrenta con unas relaciones que siguen tomando como base los Estados, con algunos débiles atisbos de uniones o alianzas de muy diferente signo. “La característica que ha marcado la ostensible diferencia de la evolución del modelo de cooperación jurídica europeo y el americano es sin duda el grado de integración regional, y por ende, el principio de confianza mutua que subyace a toda acción de cooperación”.⁶¹

Recalcamos que si bien existen ejemplos de integración como ser el Sistema de Integración Centroamericana (SICA), la Comunidad Andina y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). En el continente americano estamos aún distantes de llegar a dimensionar lo que es tener una real integración estatal, como el caso de la Unión Europea.

⁶⁰ No obstante existen convenios internacionales de asistencia penal, que pretenden zanjar la incomunicación existente. Así se pueden citar a la Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal. Adoptada en Nassau Bahamas en fecha 23/Mayo/1992. También el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales (MERCOSUR) firmado en Montevideo en fecha 20/Diciembre/2001.

⁶¹ MORENO CATENA, V. «La cooperación jurídica internacional en Iberoamérica. El papel de IberRed». En Diario La Ley, No 7309, Sección Tribuna. Diciembre 2009. Pág. 1.

11. EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN EN LATINOAMÉRICA

Si bien el nivel de integración y cooperación en materia judicial en América Latina, dista bastante del modelo Europeo, tampoco se puede dejar de mencionar las específicas y primarias iniciativas de cooperación judicial en materia penal que han habido. Así tenemos el caso de la región centroamericana, que ha aprobado (aunque sin el concurso de Costa Rica) la denominada *Orden Centroamericana de Detención y Entrega* similar a la Euro-Orden. Es el caso también del MERCOSUR, que sobre la base de una unidad económica está tratando de generar una unidad normativa, trabajando en la armonización de regulaciones penales o ensayando la puesta en marcha de instrumentos de cooperación como “equipos conjuntos de investigación”.⁶²

Respecto al MERCOSUR se puede decir que aún no llega al nivel de integración alcanzado por la Unión Europea.⁶³ Ni mucho menos está cerca de llegar a ello. Hay que tener bien presente el hecho de que por de pronto es una comunidad de Estados que han acordado la libre circulación de personas, bienes y servicios, contando para ello con ciertas regulaciones arancelarias, migratorias y aduaneras.⁶⁴

⁶² Como bien lo expresa MORENO CATENA “estas son las premisas con las que contamos cuando tratamos de analizar la realidad de la cooperación jurídica internacional en Iberoamérica: diferentes subsistemas que plantean distintos grados de cooperación, según el elemento internacional esté en el marco de una subregión o la trascienda; y con ello una clara dificultad en la búsqueda de un sistema único para la región”. MORENO CATENA, V. «La cooperación jurídica internacional... Op. Cit. Pág. 2. Esto es fiel reflejo de lo que ya se ha venido trabajando desde el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, firmado en Junio de 1996 por los países miembros del MERCOSUR, y que pretendía la “intensificación de la cooperación jurídica en material penal”. Sobre el punto Vid. JIMENO BULNES, M. «La cooperación judicial penal en materia penal en el ámbito del MERCOSUR: una primera aproximación a la luz de la experiencia Europea». En *Problemas actuales del proceso iberoamericano, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo II. Málaga 2006. Pág. 53.

⁶³ Haciendo una sintética comparación, aún no ha llegado ni siquiera a consolidar lo que en su momento fuera el primer pilar de la Unión Europea, mucho menos podríamos hablar de construir los dos restantes.

⁶⁴ Vid. Artículo 1. Tratado de Asunción. Constitutivo del MERCOSUR.

Efectivamente en mayo de 2010 se firmó el acuerdo marco de cooperación No22/10 que crea la figura de los Equipos Conjuntos de Investigación y regula su forma de constitución, funcionamiento y roles entre los países miembros del MERCOSUR.

La regulación la definición, conformación y operación de los ECI dentro del contexto del MERCOSUR es análoga al modelo Europeo. Se podría decir que ha sido una reproducción del sistema implantado en la Unión Europea. Algo que llama la atención es el hecho de que no se requiere que los países miembros del MERCOSUR incorporen esta normativa dentro de sus ordenamientos jurídicos internos.⁶⁵ Siendo así el acuerdo marco único instrumento guía respecto de los ECI.

Ahora simplemente cabe esperar a ver como evoluciona esta novel iniciativa de cooperación. Esperemos que se puedan dar verdaderos procesos de trabajo en equipo a nivel trasnacional, puesto que campo de acción para investigar sobra en toda la zona que involucra a los países miembros del MERCOSUR.

⁶⁵ Vid. Artículo 4 de la Decisión del Consejo del Mercado Común, de 2 de agosto de 2010.

El texto completo del acuerdo marco de cooperación se puede consultar En www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC2210_s.pdf (ultima consulta 25/ Jul/2013).

12. MINISTERIO PÚBLICO LATINOAMERICANO

Si bien en Latinoamérica se ha dado un proceso de reforma procesal penal integral,⁶⁶ como señaláramos inicialmente, este aún se encuentra en desarrollo dentro de cada uno de los países. Aún no se puede hablar de una tendencia de integración de Ministerios Públicos, bajo la figura de una Fiscalía para Latinoamérica, análoga a la tendencia que existe en Europa como bien describiéramos en el apartado 5.1.4.

Mas resulta imperioso destacar la amplia apertura que ha venido surgiendo entre los países de Latinoamérica, respecto a la cooperación entre sus respectivos Ministerios Públicos. Así se puede citar ejemplificativamente a la Reunión Especializada de Ministerios Públicos del MERCOSUR (REMPM).⁶⁷ La cual es una reunión técnica y jurídica que se realiza periódicamente entre los Ministerios Públicos del MERCOSUR, que surge de la necesidad de contar con un mecanismo ágil en el relacionamiento entre los miembros de las Fiscalías de los Estados partes y Asociados.⁶⁸ Tiene como objetivo el potenciar acciones conjuntas tendientes a la prevención, investigación y represión del crimen organizado, narcotráfico y el terrorismo.

También merece mención la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP). Que es una entidad que integra a los Ministerios Públicos de Ibero-América. Fue fundada en la Brasil en 1954, como Asociación Interamericana de Ministerios Públicos, posteriormente, con la incorporación de España y Portugal, pasó a denominarse Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP). Entre sus objetivos y funciones se destaca el de poder brindar vínculos de cooperación recíprocos entre los Ministerios Públicos. Así también promueve estrategias comunes

⁶⁶ DUCE, M. Y RIEGO, C. Desafíos del Ministerio Público Fiscal.. Op. Cit. Pág. 1.

⁶⁷ Vid. www.ministeriopublico.gov.py (ultima consulta 22/Jul/2013).

⁶⁸ Estados parte son: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Estados asociados son: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Vid. www.mercosur.int (ultima consulta 20/Jul/2013).

para enfrentar los problemas fundamentales de criminalidad que afecten a los Estados miembros, a la par de coordinar y facilitar vínculos y comunicación con países no miembros. Vale resaltar que la Presidencia de la AIAMP está ejercida por el Fiscal General del Estado de España.⁶⁹ En lo que nos compete en el presente trabajo resulta oportuno destacar que la AIAMP ha sido trabajado en el impulso del establecimiento del modelo procesal acusatorio, así como el fortalecimiento a la lucha contra el crimen organizado, narcotráfico y trata de personas.

Se puede colegir de que existen iniciativas⁷⁰ de trabajo coordinado entre Ministerios Públicos dentro de Latinoamérica, no obstante aún no hemos llegado al planteamiento de una necesidad o no de contar con una eventual Fiscalía o Ministerio Público Latinoamericano, que englobe a todos o varios de los países que componen el continente Americano.

⁶⁹ Vid. www.aiamp.net (ultima consulta 20/Jul/2013).

⁷⁰ Todo esto se encuentra debidamente amparado en sendos tratados y convenios internacionales de cooperación tanto a nivel bilateral como multilateral.

13. RED IBEROAMERICANA DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

La Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed) es una herramienta de cooperación, en materia civil y penal, puesta a disposición de los operadores jurídicos de 22 países Iberoamericanos y del Tribunal Supremo de Puerto Rico (incluyendo Andorra, España y Portugal).⁷¹ IberRed, al ser una red informal de intercomunicación e interacción entre los países miembros, permite que los mismos trabajen tanto a niveles regionales amplios así como subregionales específicos.

La función primaria de IberRed es poner en contacto a operadores del sistema judicial. De ahí en más rigen las respectivas legislaciones y normativas de cada Estado, pudiendo obviamente éstos acordar bilateral o multilateralmente los procedimientos y pasos a seguir según cada caso o incluso establecer reglas afines a cada uno de ellos.⁷²

IberRed brinda asistencia de coordinación en múltiples materias (tanto civil como penal), pero enfocándonos a las que nos interesan en el presente trabajo, podemos citar el rol que cumple en temas de extradición y asistencia penal mutua, así como el traslado de personas condenadas. Esto ha generado la adopción de convenios internacionales –bilaterales y multilaterales– destinados a facilitar distintos tipos de asistencia judicial en varias

⁷¹ Vid. Sitio oficial en línea de IberRed. Historia www.iberred.org (última consulta 27/Jul/2013).

⁷² Debido a que es una red informal, IberRed sólo puede poner en contacto a los responsables del proceso en varios países, facilitando su comunicación, pero está constreñida por el marco normativo previo; no tiene por sí misma, en su marco de actuación operativa, la capacidad de mejorar el modelo de cooperación, sino que en su funcionamiento se ve afectada por la realidad de la falta de integración regional y de confianza mutua existente entre algunos Estados Latinoamericanos. Esto significa que la Red solo pone en contacto a magistrados o fiscales de diferentes países con el propósito de facilitar la práctica de alguna diligencia que atañe a varios países, pero deberá aplicarse la regulación procesal existente, no siempre ágil y no necesariamente tendente a reconocer la validez de las evidencias obtenidas en el extranjero. MORENO CATENA, V. «La cooperación jurídica internacional... Op. Cit. Pág. 2.

ramas como ser el convenio para el uso de la videoconferencia, convenio para la constitución de equipos de investigación conjunta, convenio de extradición simplificada (que tiende a imitar a la orden de detención y entrega europea).

Es menester mencionar el memorándum de entendimiento firmado entre IberRed y EUROJUST, tendiente a la cooperación en materias civil y mercantil, así como en áreas de intercambio de información jurídica, sistemas de capacitación e incluso eventualmente trabajos en investigaciones penales en la inteligencia de ser un medio facilitador y practico para solucionar problemas concretos.

Como se ha podido observar, en Latinoamérica aún hay mucho camino por recorrer si lo que se pretende es llegar alguna vez a tener un nivel análogo, o al menos cercano, de integración y cooperación judicial como existe en Europa. No obstante es preciso hacer mención de la iniciativa de propuesta de Código Modelo de cooperación inter-jurisdiccional para Iberoamérica.⁷³ Cuyo objetivo es el de lograr la efectividad de la prestación jurisdiccional trasnacional, y que dicha cooperación estará sujeta a los principios de *cláusula de orden público internacional* (esto es, que no será admitida la cooperación que refiera a actos contrarios a los principios fundamentales del Estado requerido), respecto a las garantías del debido proceso legal en el Estado requirente, e igualdad de trato entre nacionales y extranjeros.⁷⁴

⁷³ El texto completo de la propuesta está disponible en PERLINGEIRO MENDES DA SILVA, R. «Propuesta de Código modelo de cooperación interjurisdiccional para Iberoamérica». En *Problemas actuales del proceso iberoamericano, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Tomo II*. Málaga 2006. Págs. 569-581.

⁷⁴ MARTÍN DIZ, Fernando. «La conveniencia de procesos penales supranacionales... Op. Cit. Pág. 74.

14. REFLEXIONES FINALES

Podemos resumir la discusión originaria, básicamente en los siguientes puntos; Primero, que la cooperación transnacional es vital en la lucha contra la corrupción y otras formas de delincuencia internacional. Segundo, la existencia de normativas, convenios y protocolos de asistencia mutua, son la viva prueba de que cuando realmente se quiere algo, se puede lograr y las limitantes y condicionantes están aglutinadas meramente en la *voluntad política*.

Volvemos a enfatizar la necesidad de tener siempre presente que el Derecho Penal, y sus respectivos órganos e instrumentos de materialización (investigaciones y procesos penales) fueron, son y deberán seguir siendo la *ultima ratio*, el último recurso al cual acudir, solo utilizable cuando todos los sistemas previos de control y prevención han fallado o no han podido afrontar el problema en su totalidad. Por tanto los fenómenos de corrupción y delincuencia económica transnacional, tampoco están ajenos a este orden de acción.

Paralelamente a los esfuerzos nacionales, de cada país, en la lucha contra la corrupción, y delincuencia económica, dicha disputa se tiene que necesariamente internacionalizar (debido al fenómeno global en el que estamos inmersos). Incluir así a la comunidad de Estados en los esfuerzos contra la corrupción y la delincuencia económica. Si bien esto ya es una realidad actual, no obstante consideramos que se debe acrecentar y mejorar los mecanismos de trabajo en conjunto entre los Estados. Vimos ejemplos de instrumentos de cooperación intergubernamental en la lucha contra la delincuencia transnacional, los cuales están siendo utilizados y están demostrando dar resultados. Ahora bien, esto debe tener necesariamente un enfoque más específico tendiente sí o sí a combatir la corrupción de manera real y sincera. Decimos esto, por cuanto no basta con firmar y ratificar acuerdos internacionales, así como elevar las penas y comprar equipos sofisticados de investigación, no, esto no es suficiente, puesto que se requiere de

una verdadera y sincera voluntad política para llevarlo adelante. De nada servirán los acuerdos, convenios, ni la creación de instituciones con la consecuente dotación de equipos y recursos humanos, si no se tiene una visión y deseo político de llevar adelante cambios estructurales dentro de la sociedad. Y en el caso internacional, sería la misma comunidad de naciones.

Como vimos la Unión Europea ha sido y sigue siendo un ejemplo a seguir en toda esta área de cooperación internacional. Actualmente está avanzando hacia la concreción de mayores y mejores medios de combate, no solo a la corrupción, sino a la delincuencia transnacional. Sirva ésta de modelo a emular para otras zonas regionales del mundo, como sería nuestro caso el de Latinoamérica y más específicamente quizás el MERCOSUR (por ser un caso de integración regional ya iniciado, avanzado y en proceso de expansión), a fin de poder llegar a buscar la consonancia política necesaria para combatir el flagelo de la corrupción y delincuencia transnacional, de los cuales ninguno de nuestros países ni sociedades se encuentran ajenos, ni mucho menos inmunes.

15. BIBLIOGRAFÍA

ABADINSKY, H. *Organized Crime*. Editorial Wardsworth. California 2010.

BLANCO CORDERO, I./SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio, en *Criminalidad Organizada*». Univ. de Castilla-La Mancha, 1999, y en *Revista Penal* num. 6, (2000).

CARRERA HERNÁNDEZ, F. J. *La cooperación policial en la Unión Europea: Acervo Schengen y Europol*. Editorial Colex. Madrid 2003.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A. «Delincuencia transfronteriza y equipos conjuntos de investigación». En *Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional*. Revista Cuadernos de Derecho Judicial XIII. 2003.

DA MOTA, J. L. «Espacio Judicial Europeo y Eurojust». Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo Internacional Universidad de Castilla, La Mancha, 2006. www.cienciaspenales.net

DE BENITO, E. *Policía Judicial Científica*. Editores Hijos de Reus. Madrid 1915.

DUCE, M. Y RIEGO, C. *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, Centro de Estudios Judiciales de las Americas - CEJA, Santiago, 2005.

FABIÁN CAPARRÓS, E. *El delito de blanqueo de capitales*. Editorial Colex. Madrid 1998.

FLORES PRADA, I., El Ministerio Fiscal en España. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 1999.

GONZÁLEZ RUS, J. J. «Cooperación internacional en la persecución y represión del delito.» En El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología. VV.AA. GUZMÁN DALBORA, J. L. (Coord.). Editorial Hammurabi. Buenos Aires 2004.

GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I. «Equipos conjuntos de investigación». En La Ley Penal, No2, Sección Legislación aplicada a la práctica. Editorial La Ley. Febrero 2004.

GÖTZ, V. «La policía de los Länder alemanes: funciones y competencias». En Policía y seguridad: análisis jurídico-público. Editorial Herri. Oñati 1990.

HERNANDO MARTIN, F. «La Guardia Civil en la lucha contra el crimen organizado: Técnicas de información, metodología operativa y directrices policiales en las investigaciones». www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL19.pdf Pág. 1403. (ultima consulta 27/Jul/2013)

JAR COUSELO, G. Modelos comparados de policía. Editorial Dykinson. Madrid 2000.

JAR COUSELO, G. y PÉREZ MARTÍN, J. L. Legislación sobre cuerpos de Policía. Ámbito estatal, autonómico y municipal. Editorial Dykinson. Madrid 2001.

JIMENO BULNES, M. «La cooperación judicial penal en materia penal en el ámbito del MERCOSUR: una primera aproximación a la luz de la experiencia Europea». En Problemas actuales del proceso iberoamericano, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Tomo II. Málaga 2006.

LÖSING, N. «Realidad y perspectivas de la Policía en América Latina. Resumen y reflexión» En Justicia en la Calle. Ensayos sobre la policía en América Latina. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín Colombia 1996.

MARTÍN DIZ, F. «La conveniencia de procesos penales supranacionales: el caso de la Unión Europea». En Hacia un verdadero Espacio Judicial Europeo. BUJOSA VADELL, L. (Coord.) Editorial Comares. Granada 2008.

-«Los equipos conjuntos de investigación como técnica de cooperación procesal en la Unión Europea». En Consejo General del Poder Judicial, Revista del Poder Judicial No 78. 2005.

MENA, J. M. De oficio, fiscal. Editorial Ariel. Barcelona 2010. Ministerio Fiscal Memoria Anual 2010, Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada.

MONTOYA, M. D. Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis constitucional y procesal penal. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires 2001.

MORENO CATENA, V. «La cooperación jurídica internacional en Iberoamérica. El papel de IberRed». En Diario La Ley, No 7309, Sección Tribuna. Diciembre 2009.

NDUMBE ANYU, J. The foreign corrupt practices act. Editorial Publish America. Baltimore 2006.

NIETO MARTÍN, A. «La lucha contra la corrupción en la Constitución Europea». En Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y Fraude. VV.AA. ARROYO ZAPATERO, L/NIETO MARTÍN, A. (Coord). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca 2006.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. «Hacia una autoridad de persecución criminal común para Europa (Reflexiones acerca de la conveniencia de crear una Fiscalía europea y sobre el papel de

EUROJUST)». En La Ley Penal, No 56. Editorial LA LEY. Enero 2009.

PERLINGEIRO MENDES DA SILVA, R. «Propuesta de Código modelo de cooperación interjurisdiccional para Iberoamérica». En Problemas actuales del proceso iberoamericano, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Tomo II. Málaga 2006.

POVEDA PERDOMO, A. La corrupción y el régimen. Ediciones Librería del Profesional. Segunda Edición. Bogotá Colombia 2000. Pág. 171.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N «Los sistemas procesales penales frente al reto de controlar la corrupción». En La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. (Coord.). Editorial Ratio Legis. Salamanca 2000.

- «Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea: Algunas experiencias orgánicas para hacer frente a la delincuencia grave con dimensión transfronteriza». En Hacia un verdadero Espacio Judicial Europeo. BUJOSA VADELL, L. (Coord.) Editorial Comares. Granada 2008.

- «La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción». En RODRÍGUEZ GARCÍA, N./FABIÁN CAPARRÓS, E. (Coord.) La Corrupción en un Mundo Globalizado. Análisis Interdisciplinar. Editorial Ratio Legis. Salamanca 2004.

SATZGER, H. «Desafíos para la defensa procesal en tiempos de lucha transnacional e internacional contra la criminalidad». En Criminalidad, evolución del Derecho Penal y crítica al Derecho penal en la actualidad. VV.AA. JÖRG ALBRECHT, H. /SIEBER, U./MICHAEL SIMON, J./SCHWARZ, F.(Compil.) Editores del Puerto. Buenos Aires 2009.

SCHÖNE, W., «Encuentros con Hans Welzel». En SCHÖNE, W. «La Ley 1160/97 Código Penal de la República del Paraguay». En www.unifr.ch

SIEBER, U. «El futuro del Derecho penal europeo. Una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo». En Criminalidad, evolución del Derecho Penal.

STRUENSEE, E. Y MAIER, J. B. «Introducción» En Las reformas procesales penales en América Latina. MAIER, J. B./AMBOS, K./WOISCHNIK, J. (Coord.). Editorial Ad Hoc. Buenos Aires 2000.

VALLINES GARCÍA, E. Los Equipos Conjuntos de Investigación Judicial. Madrid. Editorial Constitución y Leyes. 2006.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. «La responsabilidad penal de los menores en Europa». www.amigonianos.org/..../V+izquez%20Gonz+ilez,%20Carlos.pdf.

VERCHER NOGUERA, Antonio. «Reflexiones de futuro sobre Ministerio Fiscal y la lucha contra la corrupción en el medio ambiente». En RODRÍGUEZ GARCÍA, N./FABIÁN CAPARRÓS, E. (Coord.) La Corrupción en un Mundo Globalizado. Análisis Interdisciplinar. Editorial Ratio Legis. Salamanca 2004.

VERVAELE, J. «El Ministerio Fiscal Europeo y el espacio judicial Europeo. Protección eficaz de los intereses comunitarios o el inicio de un derecho procesal penal Europeo». En Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial No 4. 2002.

VIADA, N. G. Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional. Editorial Marcial Pons. Madrid 2009.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. Política Criminal. Editorial Colex. Madrid 2001.

IV

La Competencia como Bien Jurídico del Derecho Penal*

Por Prof. Dr. Klaus Tiedemann

* Título original “Wettbewerb als Rechtsgut des Strafrechts”. Publicado en el Libro-Homenaje a Heinz Müller-Dietz, Múnich, 2001, p. 905 y ss.

¹ Catedrático Emérito de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Criminología en la Universidad de Friburgo de Brisgovia, Alemania.

1. INTRODUCCIÓN

El si la competencia de rendimiento económico es o no un bien jurídico digno de protección penal, constituye una de las cuestiones fundamentales más actuales de la parte especial. Por lo visto, el legislador (alemán) ha querido contestar afirmativamente a esto con la introducción de la sección 26ta. a través de la Ley de lucha contra la corrupción de 1997 y con la calificación de esta sección como “Delitos contra la competencia”. En tal medida, la exposición de motivos del proyecto oficial es clara.² De todos modos, según una opinión nada despreciable de la literatura³ y de una concepción expuesta repetidamente con vehemencia en el procedimiento legislativo,⁴ se trataría de la protección del patrimonio y de delitos patrimoniales, y también una concepción que concuerda en principio con la doctrina dominante, no quiere que rijan irrestrictamente para la interpretación y la práctica jurídica, la protección de la competencia o la clasificación como delitos contra la competencia.⁵

² BTDrucks. 13/5584, p. 12 y s.

³ MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD, “Strafrecht. Besonderer Teil”, tomo 2, 8va. ed., 1999, § 68, n. marg. 2; MÖLLERING, WRP 1997, p. 933 y ss. (esp. 934); PIETH, ZStW 1997, p. 756 y ss. (773), c. más refs.; dudando, SCHROTH, “Strafrecht. Besonderer Teil”, 2da. ed., 1998, p. 154.

⁴ LÜDERSEN, BB 1996, p. 2525 y ss. (esp. 2527), StV 1997, p. 318 y ss. (320 y s.) y: “Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts”, 1998 (con comentarios de TIEDEMANN), JY 1999, p. 783 y s.).

⁵ DIEHL, BauR 1993, p. 1 y ss. (2); OTTO, Wistra 1999, p. 41 y ss. (46).

2. PRIMERA PARTE

Históricamente, la idea de la competencia también es relativamente joven en el Derecho extrapenal de Alemania. Todavía en la sentencia del Tribunal del Reich para asuntos civiles, en el famoso caso de la “Asociación Sajona de Fabricantes de productos de madera” de 1893 (RG, colección civil, tomo 28, p. 238), la competencia era sometida a la libertad de industria, de manera que los límites jurídicos a la libertad de formación de cárteles (que constituía un principio reconocido) solamente eran puestos, en el Derecho civil, por los atentados generales contra las buenas costumbres, y, en el Derecho penal, por el tipo de coacciones que entonces era más estrecho que el actual. Por el contrario, en Francia y otros países latinos, el legislador penal –como consecuencia inmediata de la época revolucionaria- ya bastante pronto había declarado como delito la toma de acuerdos, formación de asociaciones y fusiones en el campo económico cuando la “interrelación natural entre la oferta y la demanda” fuera afectada (art. 419 del Código de Napoleón de 1810). Sin embargo, aquí fue y durante mucho tiempo siguió siendo preponderante la exigencia adicional de que el acuerdo de cártel lleve o haya llevado a una “elevación o disminución artificial de los precios”.⁶ Sobre todo la jurisprudencia francesa creó también muy temprano una relación con el bienestar general al distinguir entre acuerdos “buenos” y “malos”.⁷ La triple referencia a una elevación de precios (penalmente, un tipo de delito patrimonial), atentado contra la competencia (como infracción a la regla) y toma de poder el mercado [Marktvermachtung] o del progreso técnico (como valoración macroeconómica de la infracción) se extiende, con una acentuación cambiante, a través de toda la historia reciente del Derecho (penal) de cárteles y es completada –también y precisamente en la nueva jurisprudencia penal francesa- con el criterio de la relevancia (“suffisamment grave”). El Derecho de los EE.UU., en cambio, desde finales del siglo XIX (Sherman Act de 1890) ha

⁶ Comp. TIEDEMANN, “Kartellrechtsverstöße und Strafrecht”, 1976, p. 47 y s., c. más refs. sobre el círculo jurídico latino.

⁷ TIEDEMANN, *ibidem* (ver arriba, nota 5), p. 50.

tratado, en principio, ya la simple infracción a la regla como delito, y si bien ha admitido, de manera general, una excepción a la razonabilidad económica (rule of reason), pero en jurisprudencia continua de la Supreme Court ha clasificado como “unreasonable per se” los acuerdos sobre formación o estabilización de precios, el reparto de mercados o la limitación de la producción, etc.⁸

Esta fuerte rama de desarrollo, también reconocible en el Reglamento de Cárteles de 1923 en la República de Weimar, con su disposición penal en el art. 17 y que, por cierto, ha cambiado frecuentemente, experimentó adicionales fundamentaciones político-constitucionales aunque también exageraciones al ser acogido, al principio de una manera comprometida, en la legislación alemana tras la Segunda Guerra Mundial (Ley contra las prácticas restrictivas de la competencia de 1957, GWB) bajo la vigencia de la Ley Fundamental: “La democracia política y la economía de mercado no son imaginables sin descentralización del poder”.⁹ Adicionalmente entra a tallar históricamente una línea de desarrollo más especial, pero que fue por lo menos igualmente efectiva, referida al Derecho presupuestal. Es decir, se trató de una línea de desarrollo especialmente orientada otra vez en la idea de los precios, que había sido fundada casi en toda Europa durante el siglo XIX con la formación del aparato público encargado de realizar adquisiciones mediante la adjudicación de contratos tras un proceso competitivo, y que experimentó desde el principio un refuerzo penal con miras al interés natural de autoprotección de la mano pública: de manera similar a otros legisladores europeos, también el legislador prusiano protegía en el Código penal de 1851 (art. 270), siguiendo estrechamente al Código de Napoleón (art. 412) el interés estatal de adquisiciones mediante una conminación penal contra manipulaciones de la competencia en el marco de subastas públicas (“best value for public money”).¹⁰

⁸ Exhaustivamente al respecto, DE FRÊNES, “Das US-amerikanische Kartellstrafrecht”, 1984, p. 33 y ss.

⁹ BTDrucks. 7/76, p. 14.

¹⁰ Resumiendo, M. DREHER, en: Immenga/ Mestmäcker, “GWB”, 3ra. ed., 2001, n. marg. 1, comentarios previos a los arts. 97 y ss.

Este punto de vista permaneció vivo en todos los proyectos de reforma penal del siglo XX, incluyendo el proyecto del gobierno de 1962 y las propuestas de la Comisión de Expertos de 1975 para la lucha contra la criminalidad económica,¹¹ pese al fracaso de una amplia regulación legal del Derecho del Reich (y luego del Derecho de la Federación) referida al sistema de licitaciones o concursos públicos. En este contexto, también en el extranjero se produce frecuentemente una agrupación con la protección penal de subastas públicas (comp. art. 270, primer párrafo, numeral 1 del proyecto de 1962). Con ello no solamente se remarca la relación con el patrimonio, sino también el valor, en todo caso instrumental, de la competencia como proceso (para averiguar el precio “correcto” de productos y servicios).

Desde finales del siglo XIX se sigue otra vía penal especial fuera del Código penal, motivo por el cual –con excepción de BINDING¹² y de KRIEGSMANN¹³– pasó prácticamente desapercibida en la ciencia penal alemana: desde 1896 la Ley contra la Competencia Desleal (UWG) desde 1896, a través de una serie de tipos penales (y desde 1909, adicionalmente, con la cláusula general de Derecho civil del art. 1) protege no tanto el interés económico de la generalidad y el bienestar general sino más bien sobre todo a los competidores contra la competencia desleal, el soborno de empleados de empresas y el espionaje económico. Sin embargo, como motivación para la introducción de esta protección penal especial no estuvieron en primer plano consideraciones sobre el bien jurídico sino dificultades probatorias con el uso del Derecho penal común.¹⁴ Aquí el evidente interés patrimonial de los competidores es

¹¹ Ver un panorama al respecto en OTTO, ZRP 1996, p. 300 y ss., 301.

¹² BINDING, “Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil”, tomo I, 2da. ed., 1902, p. 460 y ss. y tomo II, primer volumen, 2da. edición, 1904, p. 73 y ss.

¹³ KRIEGSMANN, “Vorschläge für die Einarbeitung der Nebengesetze in das Strafgesetzbuch”, en: Kahl/ von Lilienthal/ von Liszt/ Goldschmidt, “Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, Begründung”, 1911, p. 337 y ss.

¹⁴ Comp. tan solo DANIEL, “Das Verbrechen des unlauteren Wettbewerbs”, 1900, p. 71 y s.

rápido elevado a un valor autónomo de competencia “leal” que hace aparecer determinados medios como contrarios a la competencia y desleales. Desde el pionero trabajo de Eugen ULMER sobre “Relaciones de sentido en el moderno Derecho de la competencia” (1932) la finalidad primaria de la protección a los competidores acoge funciones sociales adicionales: según la concepción actualmente reconocida, la UWG sirve en especial también para la protección de los consumidores.¹⁵

Después que, ante la oposición del Ministerio Federal de Economía, hubiera fracasado una iniciativa del Ministerio Federal de Justicia para introducir una disposición penal contra acuerdos que afecten la competencia en los concursos públicos (la iniciativa estaba basada en las recomendaciones de la Comisión de Expertos para la lucha contra la criminalidad económica),¹⁶ recién a finales del siglo XX se produjo un último y decisivo impulso innovador en nuestra área que precisamente se debió, por un lado a la idea actual y realmente global de una mejor lucha contra la corrupción, que cualitativa y cuantitativamente también atañe a funcionarios públicos en los concursos públicos (y que no puede ser suficientemente enfrentada mediante recomendaciones irrealistas de una rotación de competencias u otras medidas extrapenales que económicamente no tienen sentido), y, por otro lado, se vio acelerado por acuerdos también globales, por ejemplo el acuerdo del GATT de 1994, iniciado por la Organización Mundial de Comercio (WTO), sobre el sistema de abastos públicos, que fue aprobado por la U. E. y fue utilizado para dictar muchas Directivas de adquisición pública¹⁷ (comp. ahora los arts. 97 y ss. GWB, nueva redacción, y el Reglamento Federal sobre la adjudicación de contratos públicos de 2001). El correspondiente penal de estos esfuerzos internacionales estuvo constituido primeramente por la introducción en 1997 dentro del Código penal alemán de la sec-

¹⁵ Comp. por toda la doctrina dominante, RITTNER, “Wettbewerbs- und Kartellrecht”, 6ta. ed., 1999, § 1, n. marg. 18.

¹⁶ Comp. TIEDEMANN, JZ 1986, p. 865 y ss., 867.

¹⁷ Ver un panorama en ROEBLING, Jura 2000, p. 453 y ss., 457 y s.

ción “Delitos contra la competencia” (arts. 298 y ss.),* ya mencionada al principio; luego vino la “Acción Común” del Consejo de la Unión Europea a finales de 1998, referida a la corrupción en el sector privado (con lo cual se comprometieron a introducir un tipo penal de corrupción de empleados privados países como Bélgica, Italia y España que tradicionalmente no conocen tal punibilidad); y el Proyecto de una Decisión-Marco (publicado en setiembre de 2000 en el Boletín Oficial de la Comunidad Europea), que se originó en una iniciativa alemana, para la punibilidad de conductas fraudulentas u otras de competencia desleal relacionadas con la contratación pública en el mercado común; así como, por último, el Convenio de 1999 del Consejo de Europa sobre corrupción y las recomendaciones que se presentaron a mediados de 2000, tras el encargo dado por el Parlamento Europeo, en el “Corpus Juris” (art. 2), para cuya realización por la Unión Europea iba a presentarse una Proyecto de Directivas en mayo de

* N. d. t.: a continuación, para una mejor comprensión del artículo, se presenta una traducción libre, en su versión vigente hasta mediados de 2006, de los arts. 298 y 299 del StGB.

Art. 298 StGB (traducción libre): (1) “Quien, en una licitación pública sobre bienes o prestaciones comerciales, presente una oferta que se base en una concertación antijurídica dirigida a que el organizador acepte una determinada oferta, será penado con privación de la libertad de hasta cinco años.”

(2) Se equipara a la licitación pública, en el sentido del primer párrafo, la adjudicación directa de un contrato tras una competencia previa entre los participantes.”

(3) Según el primer párrafo, también en vinculación con el segundo párrafo, no se penará a quien voluntariamente impida que el organizador acepte la oferta o cumpla con su prestación. Si la oferta no fuera aceptada o la prestación del organizador no fuera cumplida, sin intervención del actor, éste será impune cuando se hubiese esforzado voluntaria y seriamente en impedir la aceptación de la oferta o el cumplimiento de la prestación.”

Art. 299 StGB (traducción libre): “(1) Quien como empleado o encargado de una empresa comercial, en el tráfico comercial, exija, se haga prometer o acepte una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación de que favorezca de manera desleal a otro en la competencia de la adquisición de bienes o prestaciones comerciales, será penado con privación de la libertad de hasta 3 años o con multa”.

(2) Igualmente será penado quien, en el tráfico comercial con fines de competencia, ofrezca, prometa u otorgue a un empleado o encargado de una empresa comercial una ventaja para éste o un tercero como contraprestación de que prefiera a éste o a otro, de manera desleal, en la adquisición de bienes o de prestaciones comerciales.”

(3) Los párrafos 1 y 2 rigen también para acciones de competencia en el extranjero.”

2001.¹⁸ En un simposio internacional llevado a cabo en Friburgo (Alemania) en octubre de 2000, con participación de científicos extranjeros y alemanes,¹⁹ se ha discutido profundamente sobre las posibilidades de tipos penales correspondientes para la protección de la competencia y los consumidores (soborno de empleados, acuerdos en licitaciones, publicidad desleal, etc.), con una formulación que difiere en parte de la que se encuentra en las recomendaciones antes nombradas y que luego ha sido presentada al Ministerio Federal de Justicia así como a los Ministerios de Justicia extranjeros. Estas recomendaciones, en comparación con el art. 299 StGB prevén un mejor cumplimiento de las medidas anticorrupción de la U. E. y del Consejo de Europa, además de contener una ampliación de las modalidades típicas del art. 298, siguiendo en esto modelos extranjeros.

3. SEGUNDA PARTE

El merecimiento y la necesidad de pena de atentados contra la competencia, en especial el “ascenso”²⁰ a delitos de infracciones reguladas antes de 1997 en la Ley contra prácticas restrictivas de la competencia (GWB) exclusivamente como contravenciones administrativas, ha sido controvertido desde hace mucho tiempo. Para esto importa poco el si, en lugar de conceptos anteriormente usuales de política criminal (merecimiento de pena y necesidad de pena), se emplean nuevas categorías constitucionales como proporcionalidad, subsidiaridad y ultima ratio: en todo caso se necesita tanto una valoración ético-social como también una fundamentación para la necesidad práctica de la intervención del Derecho penal. Ambos puntos de vista eran y siguen siendo discutibles. Ellos también son relevantes para la cuestión de si en el futuro deban ser “criminalizadas” otras infracciones contra la competencia (p. ej. la práctica de coacción o el empleo de engaños), tal como ya ha ocurrido en otros países miembros de la U. E.

¹⁸ “Frankfurter Allgemeine Zeitung” de 15-03-2001, p. 18.

¹⁹ TIEDEMANN (edit.), “Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union – Harmonisierungsvorschläge zum Allgemeinen und Besonderen Teil”, 2001.

²⁰ BTDrucks. 13/5584, p. 14.

Ciertamente se reconoce mayormente que la competencia de rendimiento económico es el principio básico que guía la Constitución económica alemana, aunque no haya sido consagrada expresamente en la Ley Fundamental. Desde la imagen ideal y guía de la llamada Escuela de Friburgo y, pese a numerosos cambios de las expresiones básicas de la teoría económica,²¹ esta idea rigió como motor de una máxima capacidad de rendimiento económico bajo un mayor aseguramiento posible de la libertad. Ciertamente, con esta descripción general, que también destaca la protección frente al aumento de poder en los mercados, descuida tradicionalmente la realidad del oligopolio que es típico en los cárteles de licitaciones. No obstante, los acuerdos restrictivos de la competencia en las licitaciones constituyen, en muchos sentidos, un caso especial de restricción concertada de la competencia.²² En primer lugar, en lo fáctico, se dan peculiaridades en los cárteles de licitaciones por el hecho de que, por regla general, en todo caso en las licitaciones públicas se trata de objetos de gran magnitud. Adicionalmente hay un considerable potencial engañoso que, al igual que en el tipo de estafa, da pie para un claro desvalor de la acción. Sin embargo, ambos puntos de vista no han sido elevados por el legislador a elementos típicos en el art. 298 StGB; pero ellos no se han quedado en el simple campo de la motivación legislativa, sino, en todo caso tienen una relevancia típica mediata a través de la restricción de los tipos de licitaciones y la necesidad de un acuerdo entre los competidores (¡y no p. ej. entre uno de ellos con personas del entorno de quien convoca a la licitación!).²³ Sobre todo y adicionalmente, los acuerdos de cártel en las licitaciones presentan una típica tendencia a la repetición que ha sido comprobada tanto por la sistemática del Derecho de la competencia como también por la criminalística, y que ya dentro del Derecho Contravencional de la GWB fundamenta una especial

²¹ Al respecto p. ej. RITTNER, L.-H. a Kraft, 1998, p. 523 y ss.

²² Comp. ya antes, el Proyecto Alternativo “Delitos contra la economía” (1977), p. 33; detalladamente, TIEDEMANN, en: Leipziger Kommentar, 11ra. ed., 2001, § 298, n. marg. 6, c. más refs.

²³ TIEDEMANN, ibidem (ver arriba, nota 21), n. marg. 16, en contra de GIRKENS/MOOSMAYER, ZfBR 1988, p. 223 y ss., 224, y FISCHER, “StGB”, 50ma. ed., 2001, § 298, n. marg. 12.

dañosidad social que ha sido destacada desde hace tiempo por los informes de la Oficina Federal de Cáteles (¡compárese al respecto también la fórmula delimitadora ya clásica del art. 6, segundo párrafo, numeral 2 de la Ley (alemana) de Delitos económicos de 1949!).²⁴ A esto se suma un incremento del injusto en caso de la actuación colusiva conjunta de los miembros del cártel con los trabajadores de las oficinas de contratación pública. Esto tampoco ha sido, por cierto, mencionado como criterio jurídico por el legislador-reformador del art. 298. Y a primera vista parece que, en caso de conductas manipuladoras realizadas con la ayuda de miembros de las oficinas de contratación pública los acuerdos antijurídicos entre los postores serían incluso innecesarios, de manera que, a primera vista, ambas prácticas, por su tendencia, se excluirían entre ellas. No obstante, SCHAUPENSTEINER,²⁵ desde la perspectiva de la práctica criminalística y de la mano con los distintos procedimientos de contratación pública, ha mostrado que la corrupción y el falseamiento, si bien no posibilitan, sí que facilitan y caracterizan los acuerdos ilícitos en las licitaciones; en caso de que apareciesen terceros no implicados (que no son miembros del cártel), el soborno constituye incluso el único medio para conseguir el éxito del cártel de licitación.²⁶ Por ello, la corrupción (colusión) refuerza el ataque a la competencia.

Sobre todo la ya mencionada tendencia a la repetición fundamenta la tan resaltada especial dañosidad para la economía nacional que los acuerdos ilícitos en las licitaciones presentan en un sentido material (financiero). Desde ya hace tiempo la ciencia del Derecho de la [libre] competencia parte de una tendencia típica hacia el encarecimiento excesivo de los objetos en caso de la formación y ejecución de cáteles de licitaciones.²⁷ Como muy tarde,

²⁴ Un panorama puede verse en el informe de la Oficina Federal de Cáteles sobre sus actividades en los años 1995 y 1996, BTDrucks. 13/7900, p. 29 y ss.

²⁵ ZRP 1993, p. 250 y ss.

²⁶ BANGARD, Wistra 1997, p. 161 y ss.; ver como ejemplo el caso citado en BGH, colección penal, tomo 41, p. 385, con comentarios de KINDHÄUSER en JZ 1997, p. 101 y ss.

²⁷ Comp. tan solo IMMENGA/ MESTMÄCKER, GWB, 2da. ed., 1992, § 1, n. marg. 263.

desde lo dicho por el Tribunal Federal alemán (colección penal, tomo 38, p. 186 y ss.) acerca del efecto elevador del precio de estos cárteles, ya no puede ser convincente que los críticos digan que no puede probarse o incluso califiquen de arbitrario el monto de las estimaciones sobre el daño causado (aproximadamente, 10 mil millones de marcos alemanes por año sólo en el ámbito de la construcción pública). La cifra mencionada se basa, coincidiendo en lo esencial, tanto en las valoraciones hechas por las autoridades de cárteles sobre las estimaciones de las ganancias suplementarias ilegales como también en las comprobaciones hechas especialmente por el Tribunal de Cuentas de Hesse que ha considerado para ello los distintos tipos de licitaciones, las diferencias entre áreas de aglomeración y zonas rurales, objetos de licitación de gran y menor magnitud, etc..²⁸ Por lo demás, esta tendencia a dañar la economía nacional a través de la suma y la repetición de los acuerdos ilícitos en las licitaciones no debe ser confundida con otro aspecto, a saber con la producción del daño patrimonial en el caso concreto. Por ello, también sería errado caracterizar al art. 298 StGB como simple disposición destinada a facilitar la prueba penal; un reproche que, por lo demás nunca ha sido elevado frente al art. 299 StGB (o al correspondiente art. 12 UWG, como norma penal predecesora), pese a que, en tal medida, podría igualmente reflexionarse sobre si el soborno de empleados privados –como en el Derecho penal francés y el holandés, y en el reciente proyecto italiano- no constituiría un caso especial de “administración desleal” y presupondría un perjuicio al dueño del negocio (y/o a los consumidores).

El apenas esbozado daño material desde la perspectiva de la economía nacional encuentra correspondencia con daños inmateriales casi únicos: hasta la introducción del art. 298 predominaba en la economía de la construcción una consciencia abarcadora de casi todo el ramo en el sentido de que con la ejecución de cárteles de licitaciones se trataría de simples infracciones al orden sin contenido socialmente dañoso. Este estado de la consciencia ha

²⁸ MÜLLER, *Kriminalistik* 1993, p. 509 y ss., 516.

sido promovido por informes de colegas penales que han cuestionado cualquier cercanía de estos cárteles con la estafa.²⁹ Pero, pese a todas las diferencias de valoración existe consenso sobre el hecho de que tampoco una intensa práctica de varias décadas de las autoridades de cárteles, pese a imponer las más elevadas multas –a veces contra las mismas empresas– no ha sido capaz de limitar esencialmente la frecuencia y la magnitud de los acuerdos ilícitos de licitaciones, en especial en el campo de la industria de la construcción y de accesorios de la construcción. Por ello apenas se puede entender, desde el punto de vista de la prevención general, el rechazo a la criminalización de tales acuerdos. Especialmente cuando en muchas publicaciones OLDIGS se basa en que el Derecho penal y la justicia penal no podrían cumplir con las tareas asignadas a ellos por el art. 298 pues en los acuerdos ilegales se trataría de autores intercambiables del nivel empresarial intermedio, para los cuales, como autores primerizos, por regla general, no se impondrían o no se ejecutarían penas privativas de libertad,³⁰ esto sorprende en un autor que precisamente ha calificado a la prevención negativa de intimidación como ya totalmente superada. No se necesita una investigación sociológica para probar ya con la introducción del art. 298 en 1997, el estado de la consciencia de prácticamente todos los destinatarios de la norma ha cambiado en el sentido de una prevención general positiva.³¹ Desde entonces, por lo visto, los acuerdos ilícitos en licitaciones solamente son practicados por pequeños empresarios, que se conocen personalmente, en mercados regionales así como en concursos privados. Pero también es evidente el incremento de prevención general negativa de intimidación que OLDIGS y otros autores niegan, porque, además de la imposición de prisión preventiva, también actúa preventivamente la publicidad (del procedimiento penal) que sobre todo LÜDERSEN ha enfatiza-

²⁹ OTTO, ZRP 1996, p. 300 y ss., 303, y en Wistra 1999, p. 41 y ss., 46.

³⁰ OLDIGS, Wistra 1998, p. 291 y ss., 294 y s., y “Möglichkeiten und Grenzen der strafrechtlichen Bekämpfung von Submissionsabsprachen”, 1998.

³¹ Sobre este criterio de la medición empírica de la prevención general ver ya antes TIEDEMANN, “Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht”, 1969, p. 146, c. más refs.

do desde la 49na Jornada de Juristas Alemanes en 1972,³² aun cuando al final solamente se llegue a imponer una multa penal o una condena condicional. En suma, se corresponde con el entendimiento de la política criminal internacional y la criminología el que, en el ámbito de la criminalidad empresarial, se deben aplicar penas contra las personas naturales actuantes y, además, multas muy elevadas contra las empresas (y su dirección) que decomisen las ganancias suplementarias obtenidas con el ilícito.³³ También SCHÜNEMANN se ha adaptado a este estado del conocimiento abandonando su parecer contrario anteriormente defendido.³⁴ Como se sabe, todavía queda la posibilidad de que, según el art. 82 de la GWB, se impongan elevadas multas con un decomiso de hasta el triple de las ganancias obtenidas por la empresa favorecida, y esto debe también hacerse por regla general, aun cuando a las autoridades de cárteles no les guste un recorte de sus competencias. En todo caso, según la opinión dominante y correcta,³⁵ estas autoridades conservan la competencia sobre la imposición de multas a las personas jurídicas según el art. 30 de la Ley de Contravenciones (OWiG) y, con ello, también la correspondiente competencia para las investigaciones; esta “fisión” de las competencias represoras, si bien, no es la ideal posibilita el importante empleo del conocimiento especializado y la experiencia de las empresas de cárteles, siempre que exista una suficiente cooperación con la Fiscalía. Por lo demás, durante el procedimiento según el art. 82, la competencia de la autoridad de cárteles se sigue conservando por el hecho de que el hecho delictivo de la persona jurídica y el hecho multable de la organización constituyen dife-

³² SLÜDERSEN, “Erfahrung als Rechtsquelle”, 1972, p. 195 y s., 206 y ss., y en “Verhandlungen der 49.DJT”, 1972, tomo II, p. M 124 y ss.

³³ Comp. al respecto tan solo TIEDEMANN, en *Revue Internationale de Criminologie*, 1991, p. 226.

³⁴ SCHÜNEMANN, en: Simposio de Madrid, 1994, p. 267 y s., 277 y ss. en contra de su opinión contraria en “Unternehmenskriminalität”, 1979, p. 236 y ss., 254 y s.

³⁵ TIEDEMANN, ibídem (ver arriba, nota 21), n. marg. 59, c. refs. (en contra de FISCHER, § 298, n. marg. 22).

rentes hechos procesales.³⁶ Todos opositores de la reforma no han todavía explicado por qué el principio de oportunidad, que rige en el procedimiento administrativo de multas, precisamente para el caso de los acuerdos ilegales de licitaciones, que constituyen en general atentados especialmente graves contra la competencia, iría a ofrecer ventajas perceptibles frente al principio de legalidad del proceso penal.

Finalmente, uno de los principales opositores a la reforma alemana ocurrida en 1997, LÜDERSEN, ha expuesto acertadamente en la audiencia pública de los expertos a través de la Comisión Jurídica del Bundestag en abril de 1997 que no existen dudas de carácter constitucional contra esta reforma y su continuación a nivel internacional.³⁷ En especial, tampoco LÜDERSEN afirma que la falta de claridad y apertura del bien jurídico (libre) competencia que él y otros admiten, sea un problema para la descripción típica en el sentido del art. 103, segundo párrafo de la Ley Fundamental alemana [principio de legalidad]: la descripción de conducta en el art. 298 esta suficientemente determinada en la ley. Con más razón rige esto, por lo demás, para las conductas del art. 299, que siguen ampliamente las disposiciones de la corrupción de funcionarios públicos y que también han experimentado la crítica de la falta de taxatividad dirigidas a la norma predecesora del art. 12 UWG, en todo caso en lo relacionado con cuestiones marginales.³⁸

En suma, las medidas europeas expuestas, así como el resto de las observaciones valorativas del Derecho comparado demuestran el merecimiento de pena de los acuerdos ilícitos de cártel abarcados por el art. 298. La necesidad de pena y la proporcionalidad de la intervención de la pena criminal resultan del material

³⁶ TIEDEMANN, NJW 1988, p. 1169 y ss., 1172. ¡Todavía está por aclarar, en cambio, el si se comete el delito del art. 258 StGB [delitos contra la administración de justicia] con la no entrega del procedimiento de investigación, pese a que existen suficientes sospechas de la comisión de un delito según el art. 298!

³⁷ Comp. LÜDERSEN, StV 1997, p. 319.

³⁸ PFEIFFER, NJW 1997, p. 782 y ss., 784; al respecto, TIEDEMANN, ibidem (ver arriba, nota 21), n. marg. 7, comentarios previos, § 298.

criminológico que proviene especialmente de los informes de actividades de las autoridades de cárteles, material que –como se ha mencionado- demuestra la inutilidad preventiva incluso de repetidas “multaciones” [también un neologismo en el alemán original: “Bebußung”] a la misma empresa con las más elevadas multas. Precisamente los autores (intercambiables) del nivel de la mediana empresa solamente pueden ser comprendidos con los medios normales del Derecho penal tradicional. Con ello, las dudas manifestadas aún sobre todo por KÜHL³⁹ en cuanto a la necesidad de crear un tipo penal no son convincentes. Y, al final, tampoco parecen justas las dudas frente al traslado del art. 299 desde la UWG al StGB.⁴⁰ Tal como especialmente los antecedentes históricos del art. 265b [fraude crediticio]⁴¹ y, por lo demás, los arts. 324 y ss. [delitos contra el ambiente] demuestran, la admisión de tipos penales en la codificación penal principal lleva a que la ciencia penal se interese más y de manera decisiva en ello –ningún penalista se había manifestado alguna vez de manera crítica frente al art. 48 de la Ley (alemana) del sistema crediticio que coincide casi por completo con el art. 265b StGB!- y a una mejor formación de consciencia en los órganos de persecución penal (quienes prácticamente desconocían antes el art. 48 de la Ley del sistema crediticio). Sobre todo se despierta el interés general en la persecución penal de los pagos de sobornos cuando se limita la exigencia de presentar una denuncia privada, algo que había contribuido esencialmente a la reducida importancia práctica que tuvo el art. 12 de la UWG, en especial cuando se trataba de hechos que traspasaban las fronteras alemanas –al mismo tiempo también es útil que la posibilidad de deducir tributariamente los llamados “gastos útiles” haya sido restringida ahora por la Ley de Desgravación Tributaria de 1999.⁴² Si bien la anterior exigencia de denuncia privada, según el art. 12

³⁹ PLACKNER/ KÜHL, StGB, 23ra. ed., 1999, n. marg. 1, comentarios previos § 298.

⁴⁰ Comp. al respecto las refs. en LACKNER/ KÜHL, § 299, n. marg. 1.

⁴¹ Al respecto, TIEDEMANN, en: Leipziger Kommentar, 11ra. ed., 1997, § 265b, n. marg. 2.

⁴² Comp. tan solo GIESEKE, Frankfurter Allgemeine Zeitung, N° 222 de 24-09-1999, p. 22; KLINGELHÖFER, StBp 1999, p. 309 y ss.

UWG, pudo haber sido entendido como confianza en las fuerzas de autosaneamiento de la economía,⁴³ esta regulación no ha demostrado ser eficaz, y los controles internos de las empresas que favorece RANSIEK⁴⁴ fracasan frecuentemente. Con esto resulta, de manera resumida, que ha sido acertada la introducción de los arts. 298 y ss. StGB. En contra de los temores ocasionales, con ello no se abre de ninguna manera la puerta para una amplia criminalización de las conductas previstas en la Ley contra las prácticas restrictivas de la competencia (GWB).⁴⁵ En todo caso, debido a la especial cualidad del injusto de la acción puede ser importante discutir si, siguiendo el modelo italiano, las prohibiciones de boicoteo y discriminación (comp. los arts. 20, 21 GWB en su nueva redacción), que también presentan una fuerte dirección individual, deberían ser criminalizadas de manera parcial (en caso de ejercicio de coacción), así como, si, de manera correspondiente con el Derecho francés, deberían criminalizarse los acuerdos de cártel (comp. arts. 1 y 14 de la GWB) en caso de maniobras de engaño.⁴⁶ Cuando sean de conocimiento público los correspondientes escándalos masivos y/o en caso de que actúe el legislador europeo podría, en tal medida, producirse una situación de obligación de actuación jurídica y/o fáctica que arrolle toda reflexión teórica y cualquier duda. Quien, en este contexto, hable de una nueva hipertrofia del Derecho penal, con toda seguridad no se ha ocupado, ni siquiera de manera breve (aparte de la presentación de algún aislado informe jurídico bien pagado) del Derecho penal accesorio que desde hace varias décadas prolifera por ahí fuera de cualquier interés de “todas” las ciencias penales.

⁴³ Comp. especialmente SCHAUPENSTEINER, *Kriminalistik* 1997, p. 699 y ss., 702.

⁴⁴ StV 1996, p. 446 y ss., 453.

⁴⁵ Acertadamente, RITTNER, *ibidem* (ver arriba nota 14), § 14, n. marg. 3a. E.

⁴⁶ Comp. TIEDEMANN, *ibidem* (ver arriba, nota 18), tanto en el prefacio como en la parte C3.

4. TERCERA PARTE

Tanto los antecedentes históricos como también la técnica legislativa de los arts. 298 y ss. llevan a la plena necesidad de considerar, en la interpretación y la aplicación práctica, los conceptos y las valoraciones de la GWB y la UWG. Con ello se produce para los delitos contra la competencia un problema que se parece al que se conoce desde hace 20 en el Derecho penal del ambiente: la asunción del Derecho penal complementario no elimina la dependencia interna (conceptual) y externa (terminológica) de la materia extrapenal. Como es conocido, en los arts. 324 y ss. [delitos contra el ambiente] se discute desde hace mucho de si esto constituye una ventaja o una desventaja, o sea, si sería preferible una solución autónoma o una accesoria en relación con el Derecho administrativo del ambiente. Nótese que ahora ya no se puede ni debe producirse la completa eliminación de los arts. 324 y ss. que alguna vez se exigió,⁴⁷ debido a la vinculación de Alemania con la correspondiente Convención del Consejo Europeo de 1998 y con la medida armonizadora futura de la Unión Europea que se ha proyectado siguiendo ampliamente a la primera.

Al igual que en el Derecho penal ambiental⁴⁸ también opinamos nosotros que en el Derecho penal de la competencia la conexión técnica del Derecho penal, en comparación con una punibilidad configurada de manera autónoma, tiene en todo caso la ventaja de presentar una mayor seguridad jurídica. Esto puede y debe ser mostrado con el ejemplo de los arts. 298 y ss. para hacer las delimitaciones con algunas exigencias que se encuentran en la literatura.

Es evidente la importancia de la determinación conceptual del Derecho extrapenal en los conceptos (ampliamente entendidos) de “mercancía” y “prestación comercial” como objetos de referencia decisivos de la GWB y la UWG (comp. especialmente el art. 2

⁴⁷ Sobre esto, acertadamente, LACKNER/ KÜHL, n. margs. 4 y ss., comentarios previos al § 324.

⁴⁸ TIEDEMANN, artículo: “Umwertstraftrecht”, en: “Handwörterbuch des Umweltstrafrechts”, 2da. ed., 1988.

de la UWG en su versión antigua). No se ve ninguna finalidad de protección divergente en los tipos penales pertinentes del Código penal en relación con estas regulaciones extrapenales. Menos clara, pero también indudable en su solución final es la remisión que hace el art. 298 a la exigencia típica de la “antijuricidad” que deban presentar los “acuerdos y, con ello a una infracción contra la GWB. Y es que el art. 298, en su estructura, se corresponde con los arts. 1 y 38, primer párrafo, numeral 1, de la GWB en su versión anterior, y criminaliza la “ejecución” del acuerdo restrictor de la competencia (que antes era una contravención) que se produce al presentar una oferta concertada previamente (mientras que el art. 81 GWB, en su nueva versión, declara como contravención al “acuerdo” mismo). Pero puesto que la GWB (tanto en versión anterior como en la nueva) solamente se dirige a competidores (potenciales), en contra de una opinión manifestada en la literatura,⁴⁹ queda excluido el acuerdo entre un postor y un arquitecto que asesora a la oficina encargada de la adjudicación; y, en contra de lo que opina FISCHER⁵⁰ también se excluye el acuerdo entre el postor y otras “personas situadas al lado del organizador”. No obstante, el art. 299, con el elemento típico de la “deslealtad” contiene una cláusula general proveniente de la UWG y que, con la mirada puesta en el art. 103, segundo párrafo de la Ley Fundamental [principio de legalidad] no deja de ser dudoso; por ello este elemento debe ser reducido interpretativamente a valoraciones que estén sobre todo reconocidas en la concreción de los arts. 1 y ss. de la UWG.⁵¹ En cambio, resulta fuera de sitio la referencia del art. 299, primer párrafo a la exigencia de una competencia. Un nuevo caso del Tribunal del Land de Bochum muestra el carácter dudoso de este elemento típico: ¿acúa típicamente el empleado de una institución crediticia cuando exige una ventaja para avalar el otorgamiento de un crédito al solicitante, aun cuando este no se encuentre en ninguna competencia (actual) con otros solicitantes de créditos (p. ej. cuando no exista ninguno en esos momentos), o cuando el

⁴⁹ Comp. ya arriba en la nota 22.

⁵⁰ Comentarios al § 298, n. marg. 12.

⁵¹ Por lo visto van más lejos LACKNER/ KÜHL, § 299, n. marg. 5.

dinero disponible para el otorgamiento del crédito sea suficiente para todos los solicitantes? El Tribunal del Land de Bochum, en una sentencia no publicada de 14-02-2000 (12 Qs 3/2000) contestó afirmativamente a todas estas cuestiones, remitiéndose a la sentencia del Tribunal Federal alemán (BGH NJW 1991, p. 370), mientras que ROSENTHAL/ LEFFMANN⁵² comentan claramente la norma predecesora, o sea el art. 12, segundo párrafo de la UWG, de la siguiente manera: “Si no existiera nada más que alguien, p. ej. el empleado de un banco procure dinero (hablando a su favor ante la dirección del banco) a un solicitante de créditos, a cambio de una provisión u otras ventajas, no entra a tallar una lesión del art. 12, segundo párrafo de la UWG, pues el acto se encuentra fuera de cualquier competencia. La decisión sería distinta cuando dos solicitantes de crédito quisieran pedir dinero ante el mismo banco y el banco solamente pudiera o quisiera trabajar con uno de ellos”.

La usual definición de la “competencia” para el art. 299, segundo párrafo, que el Tribunal del Land de Bochum toma en referencia (“competidores son todos los que practiquen el comercio, produzcan mercancías o presten servicios de igual o similar tipo, o los lleven al tráfico comercial”)⁵³ llevaría, en caso de la obtención del crédito, a una práctica supresión de la exigencia de competencia, pues evidentemente, de manera *potencial*, siempre hay otras personas o empresas que necesitan créditos. Estos hechos muestran que la reorganización aparentemente sólo formal de los párrafos 1 y 2 en la relación entre los arts. 12 de la UWG y 299 StGB, al entrar el primero en el Código penal, produce dificultades de contenido que por lo visto no han sido vistas por

⁵² “Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb”, 9na. ed., 1969, § 12, n. marg. 33. También FISCHER (§ 299, n. marg. 13) exige que “en el momento del hecho” exista un círculo de competidores y que el otorgamiento de ventajas se dirija a “eliminar” competidores.

⁵³ Así, la definición usual que asume el art. 12, primer párrafo de la UWG; comp. así, LACKNER/ KÜHL, § 299, n. marg. 3, c. refs. (quienes incluso pretenden que sea suficiente una “inminente relación de competencia con otros competidores”; de ello solamente es correcto que tanto la relación de competencia como también la preferencia solamente tienen que existir en el pensamiento y representan acontecimientos o situaciones futuros).

el legislador. La necesaria reforma del art. 299, exigida por la Convención del Consejo de Europa ya mencionado arriba en I, debe llevar a eliminar la exigencia de “competencia” en el primer párrafo y a reemplazarla por el elemento del *tráfico comercial*. Adicionalmente, tanto la Acción Común de la U. E. como también el Convenio del Consejo de Europa exigen una *lesión del deber* del empleado sobornado. Aquí radica una clara aproximación al componente (polémico) de administración desleal del art. 299, y en el futuro se tendrá que discutir si, en caso de que el dueño del negocio aprobare la admisión de ventajas [cohecho pasivo impropio] se tendría que negar la realización del tipo.⁵⁴ Bajo estos auspicios no parece ser un error que el proyecto italiano de cumplimiento de la Acción Común de la U. E., al menos en el marco del Derecho penal de las sociedades comerciales, quiera crear un tipo penal similar al de “administración desleal”. Dado que las Directivas de la U. E., usualmente no contienen, y las Acciones Comunes, nunca prevén mandatos de paralización [de actividades legislativas], no se puede excluir de ningún modo que se dé una amplia punibilidad en el Derecho nacional.

⁵⁴ Al respecto, en la línea del entendimiento actual del tipo, FISCHER, § 299, n. marg. 14, c. refs.

5. CUARTA PARTE

Estas últimas consideraciones ya dejan entrever que el tema de los delitos contra la competencia” no se ha cerrado de ningún modo con la reorganización de los arts. 298 y ss. en 1997. Además de la adaptación, especialmente del art. 299, a la Acción Común de la U. E. del 31-12-1998 que ya está en vigor, y al Convenio del Consejo de Europa de 1999, *también* importará adaptar el tipo penal de la *publicidad* desleal (art. 4 UWB) –con o sin traslado al Código penal- a los parámetros del Derecho de la Comunidad Europea y, en especial a los del Tribunal Europeo. El parámetro predominante en Alemania y en la jurisprudencia del TFA del consumidor promedio tiene que ser adaptado, en todo caso, para hechos transfronterizos, al parámetro del Tribunal Europeo del consumidor acucioso (atento).⁵⁵ Este parámetro predomina también en otros países miembros de la U. E. Una propuesta de formulación que hemos desarrollado⁵⁶ podría ser útil para el legislador alemán e idóneo para reemplazar a la interpretación del art. 4 UWG que hasta ahora difiere del Derecho de la Comunidad Europea.

El Ministerio Federal de Justicia tiene pensado, todavía durante el período legislativo en curso, completar el art. 299 mediante un tercer párrafo, en cumplimiento de la Acción Común de la U. E. y del Convenio del Consejo de Europa, con lo cual se asegurará *el merecimiento mundial de protección de la competencia* [el tercer párrafo fue introducido en 2002]. Sin lugar a dudas, con esto se va a dar un paso definitivo del legislador hacia un reconocimiento general de este bien de protección penal tanto dentro como fuera de la Unión Europea.

⁵⁵ Comp. últimamente, EuGH NJW 2000, p. 1173 y ss. (caso “Lancaster”).

⁵⁶ TIEDEMANN, *ibidem* (ver arriba, nota 18), parte E.

V

Responsabilidad Penal por Omisión de los Directivos de las Empresas^{*}

Por Prof. Eduardo Demetrio Crespo¹

^{*} Aparecido en Serrano-Piedecabras / Demetrio Crespo (dir.), Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial, Madrid: Colex, 2010, pp. 11-37.

¹ Catedrático de Derecho Penal Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo)

1. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones más controvertidas del moderno Derecho penal empresarial radica en conocer cómo se articula la *responsabilidad penal por omisión del empresario*.² Tanto es así que esta dimensión del problema de la imputación de responsabilidad penal en la empresa es calificada por la doctrina especializada como «la verdaderamente importante desde el punto de vista político-criminal y la realmente complicada desde la perspectiva dogmática».³

Pues bien, este artículo tiene por objeto profundizar únicamente en los distintos puntos de vista en torno al fundamento de la posición de garante de los directivos de la empresa que está detrás de la eventual atribución de responsabilidad penal en comisión por omisión a los mismos por la no evitación de determinados delitos “cometidos” por terceros a su cargo plenamente responsables.

Hay que tener en cuenta que una solución contrastada (en cualquier ordenamiento jurídico) a este difícil problema pasa necesariamente por el análisis de la dogmática de la comisión por omisión a la luz de la regulación vigente⁴ - así como la corres-

²Trato de aproximarme desde una perspectiva más global en DEMETRIO CRESPO: Omisión, 2009, passim; ID.: Serrano Piedecabras / Demetrio Crespo (ed.), 2008, pp. 61 y ss.

³MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: DPE. PG, 2007, p. 493.

⁴Nos remitimos a la bibliografía citada en DEMETRIO CRESPO: Omisión, 2009, pp. 65 y ss. Para un balance de la discusión en Alemania, por todos, WEIGEND: LK (2006), pp. 815 y ss; y la crítica de SCHÜNEMANN: FS-Amelung, 2009, pp. 303 y ss, esp. p. 306, en la que el autor alcanza la desalentadora conclusión de que mientras que en otros países como Inglaterra o Francia la dogmática sobre la comisión por omisión no ha alcanzado resultados dignos de mención, en Alemania se han elaborado un conjunto de teorías contradictorias que permiten hablar de un “caos dogmático”.

pondiente a la autoría y participación-, y en segundo término, por la estructuración jurídica de la respuesta. Esta última no puede eludir arduas cuestiones como son, entre otras, el principio de responsabilidad por el hecho propio, la conformidad o disconformidad a derecho de las acciones precedentes peligrosas, la naturaleza del riesgo permitido y relación entre el deber de cuidado y el deber de garantía en la empresa, o la delegación de competencias.⁵

⁵ Sobre todo ello, DEMETRIO CRESPO: Omisión, 2009, pp. 91 y ss.

2. ¿POSICIÓN DE GARANTE COMO CONSECUENCIA DE LA EXISTENCIA DE DEBERES JURÍDICOS EXTRA-PENALES?

Una posibilidad manejada por la doctrina para fundamentar la posición de garante del empresario, especialmente en el ámbito de la responsabilidad por el producto, ha sido la existencia de específicas obligaciones jurídicas existentes en la normativa extra-penal, a las cuales debe atender este en su actividad.

Sin embargo, como advierte *Roxin*, la posición de garante no deriva sin más de la existencia de dichas prescripciones, lo que resulta ya del rechazo de la teoría formal del deber jurídico.⁶ De la misma manera que no es posible fundamentar una infracción objetiva del deber de la mera causalidad, tampoco es posible hacerlo de una previa infracción legal.⁷

3. ¿POSICIÓN DE GARANTE COMO CONSECUENCIA DE UN DEBER DE PROTECCIÓN?

La figura del garante-protector (*Beschützergarant*) se discute en la bibliografía especializada en el marco de la responsabilidad de los funcionarios, puesto que estos son responsables precisamente en razón de su puesto de la protección de determinados bienes jurídicos. Sin embargo, en el ámbito que nos ocupa relativo a la dirección de grandes empresas este principio parece no encajar bien, porque con carácter general no se da el elemento fundamentador de la posición de garante relativo al monopolio del dominio y de la decisión sobre los bienes jurídicos.⁸ Por este motivo advierte *Rotsch* que el ordenamiento jurídico no sitúa al empresario en una situación parecida en orden a evitar la plasmación de los peligros, sino que su marco de actuación se ve delimitado previamente por numerosas disposiciones estatales dirigidas a preservar la seguridad. Más allá no habría posibilidad, en su opinión, de fundamentar un deber de protección genérico.⁹

⁶ ROXIN: AT. Band II., 2003, § 32/10, pp. 714 y ss.

⁷ ROXIN: AT. Band II., 2003, § 32/207, p.781; en el mismo sentido, GALLEGOSOLER: EDJ 72 (2006), p. 74.

⁸ HEINE: *Verantwortlichkeit*, 1995, p. 115.

⁹ ROTSCHE: *Individuelle Haftung*, 1998, p. 189.

Otra posibilidad que se maneja, y que se presenta en cierto modo como correctivo a la incapacidad de acción de las personas jurídicas es el recurso al puesto orgánico (*Organstellung*), en el sentido de que los órganos de las personas jurídicas están obligados según el derecho privado a velar por los bienes jurídicos de la persona jurídica frente a posibles perjuicios. El problema aquí es que esta posición de garante, aun admitiendo su existencia, no comprende los casos que nos planteamos en la presente investigación, sino que todo lo más se encuentra en relación únicamente con los intereses económicos de la empresa.¹⁰

4. ¿POSICIÓN DE GARANTE COMO CONSECUENCIA DE UN DEBER DE VIGILANCIA?

4.1. Basado en el comportamiento anterior

Por razón del actuar precedente (injerencia):

Constituye una opinión ampliamente aceptada que la posición de garante puede resultar de un comportamiento anterior contrario al deber que pone en peligro un bien jurídico. La dificultad estriba, sin embargo, en la fundamentación de la infracción del deber (*Pflichtwidrigkeit*).¹¹ Es evidente, de acuerdo a los parámetros dogmáticos hoy dominantes, que no es suficiente con la mera desaprobación jurídica del resultado de puesta en peligro, sino que se precisa un injusto de comportamiento (*Verhaltensunrecht*). Como sostiene *Roxin*, no es posible asumir una “infracción objetiva del deber” que no implique “lesión del deber de cuidado” (*Sorgfaltspflichtverletzung*).¹² Esto significa que la posición de garante por injerencia no se puede hacer derivar en ningún caso de la mera causalidad, sino en todo caso de la imputación objetiva del actuar previo.¹³ En otros términos, el autor debe haber creado un riesgo no permitido.¹⁴

¹⁰ HEINE: Verantwortlichkeit, 1995, p. 116; ROTSCH: Individuelle Haftung, 1998, p. 190.

¹¹ ROXIN: AT. Band II., 2003, § 32/195 y ss, pp. 778 y ss.

¹² *Ibidem*, p. 779.

¹³ Ver, por todos, GÓMEZ BENÍTEZ: Causalidad, 1988, *passim*.

¹⁴ MEINI: Responsabilidad, 2003, p. 321, 323.

Este planteamiento aparece como decisivo en los supuestos de *responsabilidad penal por el producto*, y en particular, cobra especial relevancia en la controvertida Sentencia del BGH en el caso del *spray* para el cuero, ya que no se puede decir que concurra un riesgo no permitido cuando la producción y distribución de las mercancías tiene lugar sin falta de cuidado alguna.¹⁵ Que la causalidad no es un criterio decisivo se demuestra también cuando la persona sobre la que recae el deber de evitación del resultado ha comenzado a desempeñar ese puesto de trabajo después de la entrega de las mercancías.

Precisamente ha advertido con razón *Roxin*, en el segundo volumen de su Manual, que uno de los problemas de la moderna dogmática jurídico-penal menos aclarados hasta el momento es el de la responsabilidad por productos peligrosos.¹⁶ Si dichos productos se introducen en el mercado, pese a tener conocimiento de su peligrosidad, entra en consideración un delito imprudente a través de un comportamiento activo. Sin embargo, si tras tener conocimiento de las consecuencias dañosas, no se adoptan medidas para evitar el resultado, como p.e la retirada de las mercancías o la alerta a los compradores, puede concurrir en su caso un *delito doloso de comisión por omisión*. En estos casos la posición de garante derivaría de la actuación precedente. Pero en cualquier caso resultará especialmente controvertido fundamentar la posición de garante en aquellos casos en los cuales la peligrosidad de las mercancías no se conocía en el momento de la producción e introducción en el mercado de los productos, sino que se manifiesta posteriormente.¹⁷ Esto fue lo sucedido en el ya famoso caso del *Lederspray*, en el que la firma introdujo en el mercado un *spray* para el cuidado del cuero, que produjo en una serie de consumidores edemas pulmonares.

¹⁵ Sobre el problema, entre otras referencias, Vid.: JUANATEY DORADO: Boix Reig / Bernardi (dir.), 2005, pp. 133 y ss; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: Boix Reig / Bernardi (dir.), 2005, pp. 115 y ss.

¹⁶ ROXIN: AT. Band II., 2003, pp. 778 y ss.

¹⁷ *Ibidem*.

Las críticas vertidas por la doctrina especialmente frente al camino argumentativo emprendido por el BGH en la sentencia del *spray* para el cuero han sido numerosas y contundentes.¹⁸ Advierte *Hilgendorf* que el BGH en esta sentencia, a primera vista, parece haber querido seguir la opinión según la cual no se precisa un comportamiento previo peligroso contrario al deber para fundamentar una posición de garante por inferencia.¹⁹ El Tribunal acepta en esta sentencia las limitaciones a la idea de la inferencia desarrolladas por la doctrina: a) el actuar precedente debe haber ocasionado un peligro próximo de aparición de daños (adecuación); b) se exige además una relación de infracción del deber entre la vulneración de la norma y el resultado, en el sentido de que la infracción del deber debe consistir en la lesión de una norma que esté dirigida justamente a la protección del concreto bien jurídico afectado; c) finalmente el comportamiento previo debe ser ciertamente contrario al deber, por lo que un comportamiento anterior ajustado a derecho no fundamenta en principio una posición de garante.²⁰ El problema reside, sin embargo, en que el Tribunal cree poder afirmar la infracción objetiva del deber ya por el hecho de que el ordenamiento jurídico prohíbe en principio generar peligros cuyo curso libre conduzca a lesiones corporales de terceras personas, sin que la misma decaiga bajo el punto de vista del riesgo permitido.²¹

La crítica de *Kuhlen* a dicha sentencia se basa en que de la condición de un comportamiento previo contrario al deber no resulta sin más el requisito de un comportamiento previo culpable. Por otro lado el propio Tribunal habría hecho decaer el requisito de un comportamiento previo contrario al deber toda vez que se basa en el “resultado de peligro jurídicamente desaprobado” al tiempo que pretende derivar la infracción objetiva del deber -relativa al hecho de introducir los productos en el mercado- desde una pers-

¹⁸ Vid, entre otras referencias, KUHLEN: NStZ 12 (1990), pp. 566 y ss; HILGENDORF: Produkthenhaftung, 1993, pp. 134 y ss; HASSEMER: Produktverantwortung, 2.ed, 1996, pp. 50 y ss.

¹⁹ Sobre este punto Vid.: DEMETRIO CRESPO: Omisión, 2009, pp. 100 y ss.

²⁰ HILGENDORF: Produkthenhaftung, 1993, pp. 135-136.

²¹ Ibidem, p. 136.

pectiva ex post.²² Sin embargo, en la discusión sobre la injerencia se exige un comportamiento previo contrario al deber que conlleve una creación de riesgo desaprobado desde la perspectiva ex ante, la misma que según la doctrina dominante es capaz de generar un injusto de comportamiento.^{23/24} Es claro, por consiguiente, que la introducción en el mercado del *spray* para el cuero sólo podía considerarse contraria al deber si se podía reconocer su peligrosidad en ese momento, cosa que no sucedió en este caso. Otra cosa es que, con todo, se admita que la posición de garante por injerencia puede surgir, no obstante, sin necesidad de un comportamiento previo contrario al deber, criterio que parece ir ganando terreno en la doctrina.²⁵

Con todo, la STS de 23 de abril de 1992 (caso colza) fue más respetuosa que la del BGH respecto al criterio limitativo de que el actuar precedente que fundamenta el deber de garantía supere, al menos, el nivel de riesgo permitido. Señala Peñaranda Ramos a este respecto que hay un acuerdo generalizado en la doctrina acerca de que los deberes de aseguramiento del tráfico establecidos en el ámbito jurídico-civil no son trasladables sin más al Derecho penal, sin que tampoco se considere en general oportuna una renuncia completa al criterio de la contrariedad a Derecho en el pensamiento de la injerencia.²⁶ En su opinión, la cuestión estriba en examinar si en los supuestos de responsabilidad por productos, más allá de la simple puesta en peligro objetiva, existe algún factor diferencial que contribuya a justificar la admisión del deber de garantía. La labor tendría que centrarse pues en encontrar algún criterio con consenso suficiente, concluyendo que el avance de una más intensa responsabilidad penal por el producto parece en todo caso imparables.²⁷

²² KUHLEN: NStZ 12 (1990), p. 568.

²³ Ibidem

²⁴ Sobre la discusión en el ámbito de la tentativa en orden a la formulación del juicio de peligro mi opinión en este sentido ya en DEMETRIO CRESPO: La tentativa, 2003, pp. 1 y ss.

²⁵ Véase TIEDEMANN: Wirtschaftsstrafrecht, 2ª ed., § 4/7/a, 2007, donde el autor señala que no resulta claro si en los casos de puesta en circulación de productos peligrosos la posición de garante deriva de la injerencia o bien es una consecuencia del deber de garantizar un tráfico seguro.

²⁶ PEÑARANDA RAMOS: Liber amicorum, 2006, p. 427.

²⁷ Ibidem, pp. 427-428.

De todos modos en el supuesto de *la responsabilidad por omisión del empresario por hechos cometidos por sus subordinados* hay que observar que en un principio esta no puede derivar en todo caso de la mera apertura del establecimiento y la consiguiente contratación de trabajadores, puesto que ambas cosas son en cuanto tales hechos conformes al Derecho, que nada dicen sobre las relaciones de dominio con respecto al comportamiento posterior de los empleados en el establecimiento.²⁸

Sin embargo, el problema no se reduce sólo a este último extremo, sino que es más amplio. En palabras de *Jakobs* cabe formularlo del siguiente modo: «¿existe un deber de actuar positivamente, para poner a salvo una organización ajena por haber creado previamente el riesgo para esta organización y, por tanto, la necesidad de su salvamento?». ²⁹ Para este autor, la cuestión fundamental es si para fundamentar deberes de salvamento se precisa un acto expreso o concluyente de asunción, como en el caso del contrato, o si, por el contrario, el Derecho puede suplirlo por una conducta precedente de características aun por determinar. Su conclusión es afirmativa: en el marco de la competencia por la configuración del propio ámbito de organización la pérdida de seguridad se produce igualmente en los casos de injerencia sin asunción, y por consiguiente, en ambos casos la organización peligrosa daría lugar a un deber de salvamento.³⁰

²⁸ BOTTKE: Mir Puig / Luzón Peña (Coord.), 1996, p. 134.

²⁹ JAKOBS: Estudios, 1997, p. 353.

³⁰ Ibidem, p. 354.

1. Por razón del comportamiento previo (“permitido”) que incrementa el riesgo

Una posición que ha sido objeto de especial controversia es aquella que extrae la posición de garante del empresario del comportamiento previo, pero sin exigir una infracción del deber, sino que se contenta con que dicho comportamiento (“permitido”) aumente o cualifique el riesgo.³¹ Así por ejemplo *Freund* advierte lo siguiente: «Quien ejerce actividades cualificadamente riesgosas, que, por decirlo así, se ejercen con la más o menos expresa o tácita reserva de en caso de necesidad actuar para evitar un peligro, debe hacerlo –si quiere practicar dicha actividad- en virtud de una responsabilidad especial».³² También *Jakobs* habla de que «dado que en los riesgos especiales no se trata especialmente de riesgos de acciones, sino de la imputación de esferas de riesgo, es posible el deber de salvación también como consecuencia de la mera responsabilidad por cosas o actividades, es decir, como deber de relación «prolongado»».³³ El ejemplo utilizado por este autor es el del dueño de una empresa química, que en caso de accidente (escape de una nube de gas venenosa), «está obligado a salvar, debido al peligro especial de la actividad, y ello sin tener en cuenta su comportamiento previo en relación con este suceso en especial».³⁴

Por otra parte *Brammsen* ha desarrollado la tesis –formulada en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto- según la cual la posición de garante derivada del deber de vigilancia del productor de mercancías dañinas para la salud le obliga a una retirada de las mismas, con independencia de si los productos se hallan todavía en el ámbito de la empresa, o ya han sido comercializados.³⁵ Esta solución, como advierte *Roxin*, despierta

³¹ FREUND: Strafrecht. AT, § 6/69 y ss; JAKOBS: Strafrecht. AT, 29/42; KUHLEN: NSTz 1990, 568; LACKNER/KÜHL: § 13/13; OTTO: WiB 1995, 933; ID., Strafrecht. AT, 2004, § 9 III 1 a; RENGIER: JuS 1989, p. 807; NK-SEELMANN: § 13/117.

³² FREUND: Strafrecht. AT, § 6/69, p. 200.

³³ JAKOBS: Derecho Penal. PG, § 29/42, p. 985.

³⁴ Ibidem.

³⁵ BRAMSEN, GA 1993, pp. 97 y ss.

algunas reservas. En primer lugar choca con la idea básica de la injerencia, según la cual la acción previa, en la medida en que se trate de la imputación típica, tiene que haber creado una fuente de peligro de un modo *ex ante* contrario al deber. En segundo lugar, la diferenciación entre riesgo permitido “normal” e “incrementado”, en su opinión, es inútil debido a su indeterminación. En este sentido, advierte, todo incremento del riesgo se mueve en una escala continuada sin cesura alguna en la que poder determinar un incremento relevante desde la perspectiva de las consecuencias jurídicas.³⁶

La fabricación de productos, junto con la conducción de automóviles, son vistos como ejemplos de conductas que implican un riesgo incrementado. A este respecto se pregunta *Roxin*, dónde radica el riesgo incrementado cuando se han observado todos los estándares de seguridad. Incluso desde el punto de vista estadístico rara vez se conocen efectos lesivos de productos fabricados de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, el posible criterio del elevado número de potenciales afectados tampoco convence, dado que si se quiere asumir la posición de garante del productor, esta debería concurrir razonablemente cuando los daños aparecen justo después de la primera entrega, aunque el número de afectados sea todavía pequeño. Finalmente a esta posición le sería igualmente aplicable la crítica de que la posición de garante de quien ha ingresado en la empresa posteriormente no se puede deducir de su comportamiento anterior.³⁷

Por su parte *Otto* indica, con razón, que aunque la idea de que la fundación de un riesgo especial legitima también la asignación de una responsabilidad especial convence absolutamente, sin embargo existen dudas razonables acerca de una posición de garante específicamente referida al productor. Entre ellas menciona que el concepto de “comportamiento que incrementa el riesgo” es demasiado indeterminado como para poder ser utilizado como criterio idóneo para la delimitación de una posición de garante,

³⁶ ROXIN: AT. Band II., 2003, § 32/202.

³⁷ Ibidem, § 32/203-204.

si se renuncia a la cognoscibilidad del peligro en el momento de la entrega.³⁸ También en relación a la tesis de *Brammsen* cabe aducir, como hace *Roxin*, que aun cuando se creyera correcto el resultado al que llega, este se alcanza con gran dificultad si se le desvincula de cualquier base real. Si las mercancías han abandonado el ámbito de dominio real del productor y se hallan en posesión de comerciantes desconocidos o de los consumidores, no es posible hablar sin más de una vigilancia para la que no se dan las posibilidades reales de acceso.³⁹

2. Por razón de la desestabilización de un foco de peligro preexistente

Gimbernat ha tratado de fundamentar la tesis según la cual «sólo existe un delito impropio de omisión cuando quien está obligado a vigilar un foco de peligro preexistente prescinde de adoptar medidas de precaución que, o bien habrían mantenido al foco de peligro posteriormente causante de un resultado típico dentro del riesgo permitido, o bien –para el caso de que el foco de peligro hubiera superado ya los límites de lo jurídicamente tolerado– lo habrían reconducido otra vez al nivel conforme a Derecho».⁴⁰

El autor parte del caso de la **STS de 04 de septiembre de 1991**, en el que se castiga por homicidio imprudente tanto al anestesista obligado a la vigilancia permanente de la fuente de peligro (en este caso, un paciente sometido a una operación), como también al cirujano jefe director de la operación, y al director del establecimiento hospitalario en el que se produjo la muerte. Puesto que no se trataba de un mero error médico dentro del exclusivo campo de competencia del anestesista, sino de una imprudencia directamente percibida por el cirujano que dirigía la operación, como consecuencia de una pauta generalizada -conocida por el director del hospital- que impedía la presencia permanente del anestesista durante la operación, estos deben ser

³⁸ OTTO: FS-Hirsch, 1999, p. 308.

³⁹ ROXIN: AT. Band II., 2003, p. 782.

⁴⁰ GIMBERNAT ORDEIG: ADPCP Vol. LIV (2001), p. 12.

considerados garantes secundarios. Estos garantes secundarios están obligados, según este punto de vista, a mantener dentro del riesgo permitido el foco de peligro en cuestión, «de tal manera que debían evitar cualquier desestabilización del foco que lo convirtiera en uno no permitido, independientemente de si esa desestabilización era reconducible a un accidente o a un delito imprudente o, incluso, doloso».⁴¹

En el caso de la **STS de 17 de junio de 1995** (Alcalá 20) se manejaba por la defensa efectivamente la hipótesis de que el incendio hubiera podido ser provocado dolosamente por un tercero, lo que, aun siendo cierto, no hubiera impedido el hecho de que los resultados de muertes, lesiones, y daños producidos, también tenían que ser reconducidos a la no instalación imprudente por los directores de la empresa de las medidas prescritas por la normativa administrativa en materia de prevención de incendios, cuyo objetivo es mantener lo más bajo posible el peligro para las personas y cosas en caso de que se declare un incendio.⁴²

El mismo razonamiento lleva a *Gimbernát* a sostener, en el caso de la **STS de 23 de marzo de 1992** (caso de la colza), que el TS debió condenar a Fernando B. (responsable de los almacenes y de la factoría) por la no evitación imprudente en comisión por omisión de los homicidios y lesiones imputados doloso-eventualmente al otro titular de la empresa, en lugar de limitarse a condenarlo por un delito imprudente contra la salud pública. Dado que Fernando B tenía que vigilar que los productos vendidos a los consumidores llegaran a estos en buen estado, «entonces infringió su deber de garante en el momento en que permitió imprudentemente la comercialización constitutiva de delito de aceite adulterado, pues *el aceite está igual de adulterado cuando estas deficiencias son reconducibles a una causa material (por ejemplo, a un accidente no imputable a nadie y sobrevenido durante el almacenamiento) o a un comportamiento humano defectuoso (por ejemplo: a un hecho punible doloso-eventual)*, por lo que

⁴¹ Ibidem, p. 14.

⁴² Ibidem, p. 15.

también aquí es perfectamente compatible –sin que por ello sea aplicable ninguna prohibición de regreso- condenar a Fernando B. como autor imprudente en comisión por omisión por la no evitación de la actuación dolosa de otro (de Juan Miguel B.) sobre el foco de peligro «aceite», cuya ingestión fue la que causó, en definitiva, las numerosas muertes y lesiones sobrevenidas entre los consumidores».⁴³

Esta tesis le lleva a *Gimbernat* a sostener en primer plano, como ya ha quedado dicho, que el dueño del negocio debe vigilar los eventuales focos de peligro explotados por su empresa. En segundo término, a la consecuencia, de que sólo se le puede hacer responder en comisión por omisión *«si el hecho punible imprudente o doloso que no ha impedido –e independientemente de si se cometió en interés o en perjuicio de la empresa- consistió precisamente en que incidió en un foco de peligro relacionado con el establecimiento, provocando ese foco, posteriormente menoscabos de bienes jurídicos»*. De ahí que, para él, haya que rechazar por este motivo la fundamentación de la posición de garante del empresario en todos aquellos casos en los que los hechos punibles no tienen que ver directamente con los auténticos focos de peligro de cuyo control es responsable (hurtos, cohechos, competencias desleales, manipulaciones del crupier del casino, acciones violentas del portero de la discoteca, etc.), y en los que, por otra parte, no se puede considerar al sujeto que actúa (un trabajador) como una «fuente de peligro» por resultar incompatible con el uso normal del lenguaje.⁴⁴

Este último argumento plantea, a su vez, un problema de mayor alcance cual es la presunta imposibilidad de una equiparación al mismo nivel de cualquier peligro en el interior de la empresa, en particular de aquellos que provienen de las cosas y aquellos que provienen de las personas. Se trata de una conclusión que no resulta evidente, y que ha sido discutida por la doctrina. Así p.e *Roxin* ha señalado que en la práctica difícilmente se puede

⁴³ Ibidem, p. 17.

⁴⁴ Ibidem, p. 19.

distinguir la procedencia personal o no de los peligros dentro del potencial de la empresa.⁴⁵ En conexión con este argumento aduce *Schall* que no se entiende por qué lo que vale para el caso de hechos penales en relación con objetos de la empresa (como p.e la entrega de productos), no puede valer para aquellos en relación con el acometimiento de actividades típicamente empresariales aunque no ligadas a cosas (como p.e en los casos del portero de la discoteca que se extralimita en su función, o el crupier que manipula la ruleta en el casino). De tal manera que no tendría que suponer problema alguno para el uso normal del lenguaje calificar como fuentes de peligro a aquellos empleados que a través de su intervención delictiva lesionan o dañan a clientes potenciales o reales del establecimiento, y con ello, al establecimiento mismo.⁴⁶

¿Significa esto que ya por ello necesariamente la empresa en si misma se considera in totum la fuente de peligro que debe ser vigilada? A esto responde Schall en principio negativamente con el argumento de que la constitución de un deber de vigilancia de un peligro que resulta únicamente del hecho delictivo cometido por un tercero contradiría el principio de responsabilidad por el hecho propio.⁴⁷ Sin embargo, finalmente, sí sostiene que efectivamente la empresa en si misma puede considerarse una fuente de peligro que ha de ser vigilada por el empresario, dado que las empresas son por regla general ámbitos de dominio organizado de modo complejo, de los cuales pueden resultar según indica la experiencia peligros para terceros, no sólo a través de los múltiples dispositivos, maquinarias, o materiales peligrosos, sino también a través de las diversas actividades empresariales de los correspondientes encargados en la misma. Que los peligros que amenazan a terceras personas provengan de

⁴⁵ ROXIN: AT. Band II., 2003, § 32/139.

⁴⁶ SCHALL: FS-Rudolphi, 2004, p. 276. Véase asimismo QUINTERO OLIVARES, CGPJ (2009), Punto 6.1, quien se muestra de acuerdo en un principio con la delimitación efectuada por Gimbernat, pero matiza que en realidad el planteamiento no resulta convincente «si se analiza despacio el origen de la “obligación” de controlar el peligro, y, en segundo lugar, la previsibilidad del peligro especialmente cuando ese peligro procede solo de un factor humano indomitable “a priori”».

⁴⁷ Sobre este punto Vid.: DEMETRIO CRESPO: Omisión, 2009, pp. 95 y ss.

un objeto de la empresa en particular, de un dispositivo peligroso, o de un comportamiento incorrecto contrario al deber de cuidado o doloso de los empleados de la empresa no implicaría diferencia alguna.⁴⁸ Concluye por tanto que es correcta la consideración de la empresa como una fuente de peligro que debe ser vigilada por el dueño del negocio, que se diferencia de otros focos de peligro complejos -a los que quepa considerar como susceptibles de fundamentar una posición de garante- en que aquí los peligros no suelen resultar de situaciones estáticas, sino más bien de acciones en el ámbito de organización del propietario, dentro una organización regulada de forma jurídicamente compleja. El fundamento para dicho deber de garantía del dueño del negocio no sería la responsabilidad por el hecho ajeno, sino el dominio sobre una fuente de peligro.⁴⁹

4.2. Basado en la responsabilidad sobre las fuentes de peligro propias de la empresa

1) En su magnífico y extenso escrito de habilitación sobre la responsabilidad penal de la empresa *Heine* se ocupa de la cuestión central que es objeto de la presente investigación, la posición de garante del empresario por la no evitación de hechos penales cometidos por sus empleados. Tras el oportuno repaso a la trayectoria seguida por la más alta Jurisprudencia de Suiza y Alemania en este asunto, hace hincapié en la enorme dificultad que conlleva, y en lo delicado que resulta en una comunidad de seres libres atribuir responsabilidad por omisión por el comportamiento responsable de otras personas.⁵⁰ Este punto de partida le lleva a excluir de entrada dos puntos de vista insostenibles: por un lado, aquel que equipara la mera existencia de una prohibición jurídico-civil o jurídico-administrativa con la posición de garante, y por otro, aquel que argumenta de un modo global con una (ficticia) posibilidad ilimitada de actuar.⁵¹ Respecto a lo primero es claro que dichas normas extra-penales únicamente desencadenan

⁴⁸ Ibidem, p. 278.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ HEINE: Verantwortlichkeit, 1995, pp. 109 y ss, p. 113.

⁵¹ GÖHLER: FS-Dreher, 1977, pp. 620 y ss.

responsabilidad respecto a aquel que actúa de forma inmediata, pero no pueden al mismo tiempo ampliar el círculo de los sujetos responsables. Su función radica más bien en concretar la medida del deber de cuidado. Respecto a lo segundo, más allá de que es imposible afirmar con una base real una capacidad ilimitada de actuar, aun suponiendo que existiera, la mera existencia de los tipos penales de la omisión del deber de socorro (art. 195 CP; § 323 c StGB) demuestra que la mera posibilidad de salvación no fundamenta por sí misma una posición de garante.⁵²

Por otro lado, tratando de aplicar las categorías y conceptos generalmente admitidos en la dogmática de la omisión, y teniendo en cuenta que una posición de garante como consecuencia de un deber de protección está prácticamente excluida en este ámbito, se pregunta el autor por la posibilidad de aplicarla como consecuencia de un deber de vigilancia sobre singulares fuentes de peligro, en virtud de un *dominio sobre las personas* y/o sobre las cosas. Respecto al dominio sobre las personas conforme al principio de responsabilidad por el hecho propio estaría excluido en principio imputar responsabilidad penal a alguien por un hecho cometido por un tercero responsable. Sólo excepcionalmente, en casos prototípicos, como los de los educadores respecto a sus hijos, o de autoridades estatales de carácter funcional respecto a sus subordinados, se podría tomar en consideración algo así. Frente a los intentos de afirmación de una posición de garante del propietario de la empresa por hechos penales cometidos por sus subordinados sobre la base de conceptos como la “visión completa”, el “poder jurídico de dar órdenes”, o la “parcial dependencia de los miembros de la empresa”, cabe interponer sin embargo serias objeciones.⁵³ En primer lugar, alega *Heine*, ya el solo hecho de la dificultad que radica en el hecho de afirmar una autoría mediata (en el comportamiento activo) a través del dominio de la organización o de las órdenes, debería ser suficiente para desistir de la idea cuando se trata de fundamentar una posición de garante, que exige una responsabilidad intensificada. El recurso global

⁵² HEINE: *Verantwortlichkeit*, 1995, p. 114.

⁵³ *Ibidem*, pp. 116-117.

al derecho de dirección de la empresa hace temer un regreso a la teoría formal del deber jurídico, con la consiguiente pérdida de cualquier orientación material. Tampoco convence la dependencia parcial de los empleados porque la estructura de dominio empresarial conoce unos límites que sólo permite un ejercicio determinado de poder sobre los empleados, y que no justifica por sí una especial obligación de intervenir.⁵⁴ El “dominio personal” en las grandes empresas se encamina cada vez más hacia un poder organizativo despersonalizado, de modo que los desarrollos dogmáticos recientes contemplan como autores de un delito comisivo también a aquellos que intervienen en el hecho en virtud de un aparato ilegal de poder organizativo. Criterios que, por un lado, no se pueden trasladar sin más al delito omisivo, y que por otra parte, han de permanecer limitados a las organizaciones desvinculadas del derecho.⁵⁵

Sólo restaría entonces una argumentación basada en una *posición de garante como consecuencia de un deber de vigilancia por razón de la existencia de fuentes de peligro específicamente empresariales en virtud de un dominio fáctico* (sobre las cosas). El punto de vista desarrollado por Heine coincide parcialmente con algunas de las teorías expuestas anteriormente. Se trata fundamentalmente de poner de relieve que la creación de una empresa conlleva determinados riesgos que desencadenan a su vez una responsabilidad acentuada. La cuestión sería, por tanto, explicar adecuadamente el fundamento apropiado de la misma. Dependiendo de que se adopte el punto de vista según el cual se trataría bien de contemplar a la empresa como foco de peligro en sí mismo, en tanto de institución puesta en marcha para la obtención de rendimiento económico, o más bien, de mantener bajo control específicos riesgos (potenciales amenazas) que derivan particularmente de esa clase de empresa, se obtendrían diferentes resultados en cuanto al contenido de los deberes.⁵⁶

⁵⁴ Ibidem, p. 117.

⁵⁵ Ibidem, p. 118.

⁵⁶ Ibidem, p. 119.

Si se adopta el primer punto de vista es evidente que la determinación del círculo de destinatarios y del deber de garantía misma se hace muy difícil. Dado que la persecución de beneficios económicos pertenece a la naturaleza misma de la empresa, buscar una fundamentación de la responsabilidad penal por omisión en el seno de la misma basada en el carácter preponderante de estos últimos implicaría un giro hacia el Derecho Civil difícilmente compatible con los principios tradicionales de la dogmática del Derecho penal. Por ello, en opinión de *Heine*, *una posición de garante del empresario por hechos cometidos en el seno de la empresa sólo puede derivarse del deber de mantener bajo control determinadas fuentes de peligro típicamente empresariales que resultan particularmente de determinadas empresas y procesos productivos*.

Si se considera que el director de la empresa es garante de que los especiales peligros que potencialmente derivan de la misma no acaben menoscabando intereses jurídicamente protegidos de terceras personas, entonces podría predicarse la existencia de un deber de garantía cuyo contenido general se basa en organizar el manejo con tales instalaciones y procesos productivos de tal modo que no surjan lesiones de bienes jurídicos. Este deber comprendería el control continuado y en su caso la *adopción de medidas de seguridad*.⁵⁷

2) Frente a esta construcción ha advertido *Rotsch* que la fundamentación de una posición de garante del empresario por razón de la potencial amenaza para bienes jurídicos que proviene de los procesos productivos y peculiaridades de la empresa, es equivocada. Para fundamentar esta crítica se basa en el reconocimiento general de que para la afirmación de un deber de garantía dirigido al encauzamiento de una fuente de peligro se precisa el dominio fáctico del que omite, que justamente no se da en el caso de grandes empresas.⁵⁸

⁵⁷ Ibidem, pp. 120-121. Véase asimismo sobre el contenido y límites de la posición de garante, DEMETRIO CRESPO: Omisión, 2009, pp. 159 y ss.

⁵⁸ ROTSCH: Individuelle Haftung, 1998, p. 203.

Por otro lado, *Rotsch*⁵⁹ reprocha a *Heine* dejar abierta la cuestión de cómo es posible aislar decisiones previsibles y evitables de los órganos de dirección cuando reconoce la posibilidad de delegar la responsabilidad y con ella la transmisión de los correlativos deberes de garantía.⁶⁰ De tal manera que en la medida en que *Heine* afirma que la responsabilidad permanece tanto más próxima a la dirección del consorcio cuanto menos localizable y más amenazante es la fuente de peligro, y más amplias son las decisiones a adoptar, éste está obligado a explicar cómo pueden los órganos de dirección (alejados del hecho) actuar de modo que controlen el suceso. Justamente porque en las grandes empresas de complejidad creciente los riesgos –muchas veces gestados a lo largo de los años– se combaten con medidas a largo plazo, estos no pueden ser dominados a través de la delegación, control, y organización, y por ello, dice *Rotsch*, tampoco sería posible argumentar la correspondiente responsabilidad por omisión.⁶¹

4.3. Basado en la idea de la competencia organizativa

1) Nos dice *Jakobs* que en la vida cotidiana es completamente habitual que una expectativa pueda ser defraudada por acción u omisión y que, sin una expectativa normativa, hacer y omitir resulten igualmente indiferentes.⁶² El autor explica que en una sociedad moderna se pueden identificar dos fundamentos de la *responsabilidad* penal que abarcan tanto la acción como la omisión: la lesión de los límites generales de la libertad respecto de la configuración exterior del mundo, y en segundo lugar, la inobservancia de los límites (particulares) trazados por el *status especial* que cada uno ostenta en la sociedad.⁶³

⁵⁹ Ibidem, p. 204.

⁶⁰ HEINE: Verantwortlichkeit, 1995, p. 122 “Soweit aber Kompetenzen zulässigerweise übertragen werden, entstehen korrespondierende Garantenpflichten bei den in den Unterabteilungen zuständigen Überwachungsgaranten”.

⁶¹ ROTSCH: Individuelle Haftung, 1998, p. 204.

⁶² JAKOBS: Estudios, 1997, p. 346.

⁶³ Ibidem, pp. 347-348.

Dentro de este esquema es claro que la responsabilidad por comisión activa es un sector de responsabilidad por competencia de organización, incluso desde un punto de vista naturalista, entendido como “control voluntario del propio cuerpo”. Por omisiones habría que entender, por su parte, la evitación de un output nocivo de la propia organización. Pero la clave en orden al tema que nos interesa la ofrece *Jakobs* al advertir lo siguiente: «A cada uno compete, en virtud de su status general, esto es, como sinalagma de su derecho de organización, garantizar que en el contacto con una organización ajena la propia tenga una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido».⁶⁴

Hasta aquí podría decirse que la conclusión a la que llega el catedrático emérito de la Universidad de Bonn no se aparta en lo esencial de lo ya apuntado por otros autores citados más arriba. Con todo su base argumentativa le confiere un gran poder descriptivo: «Qué significa este deber de aseguramiento en el caso concreto es algo que depende del respectivo estado de la organización. Si este estado es inocuo, el aseguramiento se produce sencillamente por el hecho de no modificarlo en sentido nocivo, es decir, por la omisión de una conducta arriesgada. Si ese estado es, por el contrario, peligroso, el aseguramiento se produce por una reorganización activa, esto es, por medio de una acción».⁶⁵ Mientras que la lesión del deber de aseguramiento se produce en el primer caso mediante una acción, en el segundo acaece por omisión. Pero *Jakobs* no confiere a esto último relevancia alguna, produciéndose por esta vía una disolución de las diferencias a efectos dogmáticos, pues todo sujeto tiene en el plano del status general la obligación de evitar una configuración de la propia organización que exceda del riesgo permitido. Lo decisivo, nos dice este autor, no es la clase de conducta que se realiza, sino la atribución o no atribución del curso del daño al ámbito de organización.

⁶⁴ Ibidem, p. 349.

⁶⁵ Ibidem, pp. 349-350.

Junto a ello, *Jakobs* distingue un grupo de casos referente a la asunción del dominio del riesgo, que reflejarían el tránsito de los deberes de aseguramiento a los deberes de salvamento. En esta constelación no se trataría ya sólo de evitar un *out-put* peligroso “externo a la organización”, sino de algo más: del salvamento de una organización ajena respecto de riesgos generados con el *out-put* peligroso del que se ha dispuesto con reserva de su segura revocación antes de que se produzca el daño.⁶⁶ Esto significaría, a su vez, que quien asume el dominio de ese riesgo está obligado a renunciar a una configuración interna que es en sí misma socialmente adecuada.

Finalmente, junto a los deberes en virtud de competencia de organización, distingue este autor los “*deberes en virtud de competencia institucional*”. Estos se caracterizan por no ser deberes que resulten del status general de todo ciudadano, sino que afectan tan sólo a personas con un status especial, como los padres, el cónyuge, el receptor de una confianza especial o algunos cargos públicos.⁶⁷ La consecuencia más relevante a efectos dogmáticos es que, según *Jakobs*, se trata del reverso de los delitos de infracción de un deber y siguen sus mismas reglas, de modo que «por falta de relevancia del *quantum* organizativo decae la diferenciación entre autoría y participación basada en este *quantum*; más aún, todo sujeto especialmente obligado está inmediatamente, esto es, sin accesoriedad, sometido al deber y es por ello autor si no le falta alguna otra cualificación para la autoría».⁶⁸ La conclusión última es de nuevo que no hay diferencia entre acción y omisión: «la diferencia entre comisión y omisión es también en el ámbito de un *status* especial una diferencia natural, a la que falta una relevancia genuinamente jurídica».⁶⁹

La construcción de *Günther Jakobs* es, como sucede en otros ámbitos, muy sugestiva y posee un enorme poder descriptivo y plástico. Sin embargo, conduce a una disolución en el plano

⁶⁶ Ibidem, p. 351.

⁶⁷ Ibidem, pp. 362-363.

⁶⁸ Ibidem, p. 363.

⁶⁹ Ibidem, p. 363.

normativo de las diferencias que vienen dadas por el -sin lugar a dudas- diferente acontecer típico respecto al desencadenamiento activo. Una visión garantista de la dogmática de la autoría pasa, en mi opinión, por la idea del dominio, también para los delitos omisivos. Aquí habrá que buscar pues la solución al fundamento de la posición de garante del empresario. Otra cosa bien distinta es que *no se den los elementos para imputar (objetivamente) el hecho a su autor*, lo que no convierte en decisivo el criterio de la asignación material de competencias ni ningún otro. De ahí que decaiga el argumento esgrimido por *Feijoo Sánchez* en el sentido de que el criterio del dominio sería insuficientemente normativo dado que «el dominio puede ser puramente casual o, incluso, en supuestos de omisión simple, puede haber un fuerte dominio de la situación de desamparo sin que ello legitime la imputación del hecho».⁷⁰ El argumento previo según el cual «cuando nos enfrentamos a la criminalidad de empresa, la imputación objetiva a los integrantes de la empresa pasa por la imputación objetiva del hecho a la organización empresarial»⁷¹ no afecta a “*esferas de competencia*”, sino a cómo se relacionan las “*esferas de responsabilidad*” colectiva e individual, y puede contribuir a no extralimitar esta última.⁷²

2) Para García Caverio, en cambio, es preciso distinguir entre la determinación de la posición de garante por un lado, que con carácter general requeriría “*haber entrado a dominar o controlar el desarrollo de la actividad empresarial*”, y la imputación al garante de un resultado en comisión por omisión. Para esto último sería preciso poder afirmar que el garante ha sido competente por el riesgo que se realiza en el resultado. A su vez, sin embargo, estima que “*para determinar las competencias penalmente relevantes del directivo de una empresa, a efectos de fundamentar la equivalencia normativa de la omisión del garante con la realización activa*, debemos diferenciar las competencias por organización (delitos de dominio) de las competencias

⁷⁰ FEIJOO SÁNCHEZ: Cuestiones, 2009, p. 268.

⁷¹ Ibidem.

⁷² DEMETRIO CRESPO: Omisión, 2009, pp. 50 y ss.

institucionales (delitos de infracción de un deber)». ⁷³ Llama la atención la “circularidad” de este tipo de argumentación en la que se es garante en virtud del “dominio”, pero luego hay que recurrir a la “competencia organizativa” para fundamentar la equivalencia normativa.

En rigor la imputación al directivo en comisión por omisión se hace posible sólo si podemos afirmar que es garante de la evitación del resultado -en nuestro caso el delito cometido por el subordinado- y se es garante si se domina la fuente de peligro de la que se es competente. En definitiva, la competencia organizativa aparece todo lo más como un presupuesto más del efectivo dominio sobre el fundamento del resultado, que no es otro que una concreta fuente de peligro representada por el comportamiento del subordinado.

Por lo demás este autor también admite que «una competencia penalmente relevante por la gestión de asuntos específicos solamente podría admitirse si el directivo asume efectivamente esta gestión». ⁷⁴ De todos modos tomar como punto de partida el criterio de la competencia lleva a *García Caveró* a un difícil camino en el que debe argumentar de un modo un tanto forzado que «la imputación a la esfera de organización del directivo se hará cuando el subordinado sólo ejecute la orden impartida por el directivo», porque en este caso, «la prestación del dependiente forma parte de la esfera de organización del directivo, por lo cual, aun cuando el delito sea realizado fácticamente por el dependiente, la autoría le corresponderá al directivo. En este sentido cabe precisar que los hechos imputados no pertenecen realmente a sus dependientes, sino al propio directivo». ⁷⁵ Sin embargo, en este caso, cuando el directivo da una orden directa al subordinado -la de cometer una acción constitutiva de delito- cabe preguntarse *en qué consiste la omisión*, pues más bien aparece como una *conducta activa*.

⁷³ GARCÍA CAVERO: LH-Rodríguez Mourullo, p. 393.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 394.

⁷⁵ *Ibidem*.

Sin embargo, la constelación que nos ocupa es también y en primera línea la que *García Caveró* menciona en segundo término, limitándola a aquellos supuestos en los que «el hecho realizado por el dependiente no se corresponde con la organización dispuesta por el directivo», en los que en su opinión, «solamente podrá hablarse de una responsabilidad penal del directivo, si éste no ha cumplido con deberes de control y vigilancia sobre sus dependientes o ha configurado aspectos de la empresa de forma tal que favorecen la realización de delitos por parte de sus dependientes». ⁷⁶ Es aquí cuando el autor estima que en estos casos, el incumplimiento de labores de control o vigilancia no permite fundamentar una equivalencia normativa con la realización activa, por lo que considera que debe atenuarse la sanción penal con base a la posibilidad que otorga en este sentido el art. 13 del Código Penal peruano. También aquí cabe discrepar ante una argumentación que permite imputar el hecho en comisión por omisión pero, si se me permite la expresión, “no del todo”. Se trata lógicamente de un problema de mayor alcance que afecta a cualquier regulación de cláusulas de equivalencia que incluyen atenuaciones facultativas, como también sucede en el § 13 StGB. Sin embargo las cláusulas de equivalencia sirven justamente para fundamentar en términos normativos la “equivalencia” entre la omisión y la acción en presencia de determinados elementos que convierten al sujeto activo en garante. Otro problema diferente es que, establecida esta premisa, el sujeto deba responder necesariamente como autor, o más bien, su intervención en el hecho deba ser considerada materialmente a título de partícipe, o que entren en juego reglas de determinación de la pena que atenúen su responsabilidad por otros motivos.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 395.

5. BASADO EN LA IDEA DEL “DOMINIO” O “CONTROL DEL DOMINIO”

5.1. Clases de dominio

Schünemann expuso ya en 1979 que la posición de garante de los órganos de la empresa podía entrar en consideración bajo dos puntos de vista: el dominio sobre los elementos y procedimientos peligrosos del establecimiento («*Oberherrschaft über gefährliche Sachen und Verrichtungen*»), y el poder de mando sobre los trabajadores («*rechtliche Befehlsgewalt über die Arbeitnehmer*»).⁷⁷ El alcance del deber de garantía del empresario se conforma de modo diferente en uno y otro caso, porque el «dominio material» (sobre cosas y procedimientos) es permanente ante el exceso, pero no ante la descentralización, mientras que el «dominio personal» (a través del poder jurídico de mando sobre los trabajadores) no es permanente ante el exceso, pero sí ante la descentralización.⁷⁸ Para *Meini* es claro, no obstante, que el devenir de la actividad empresarial hará posible interrelacionar ambas formas de dominio, cuando por ejemplo el subordinado, en provecho propio, se vale de un descuido de sus superiores encargados del control de la calidad para introducir en el producto -que debe ingresar en el mercado- una sustancia tóxica. De aquí extrae la conclusión de que «el deber de garante con base en el dominio personal sobre el subordinado podrá ser invocado como argumento para la imputación de los resultados lesivos al superior jerárquico», al inscribirse dicho comportamiento en el proceso de producción empresarial.⁷⁹ También *Arroyo Zapatero* parte de que lo que hay que comprobar es en qué medida las lesiones de los bienes jurídicos que son obra directa del subordinado pueden ser considerados como “obra” de quien no las produjo materialmente. O lo que es lo mismo, **en qué condiciones la omisión de quien no impide la producción de los resultados típicos por otro es equivalente a la conducta activa de este último.** La respuesta del autor gira de forma acertada en torno a la idea del dominio.⁸⁰

⁷⁷ SCHÜNEMANN: Unternehmenskriminalität, 1979, p. 95.

⁷⁸ MEINI: Responsabilidad, 2003, pp. 308-309; SCHÜNEMANN: ADPCP (1988), pp. 540-541.

⁷⁹ MEINI: Responsabilidad, 2003, p. 309.

⁸⁰ ARROYO ZAPATERO: Seguridad en el trabajo, 1981, pp. 160-161.

5.2 El dominio sobre el fundamento del resultado

Señala *Schünemann* que «mientras la teoría formal del deber jurídico cae en un grave atolladero en la cuestión de la responsabilidad de los administradores, la pauta de la equiparación restrictiva del “dominio sobre la causa del resultado” [...] puede asimilar sin grandes dificultades la responsabilidad de los administradores, concretamente por el dominio de la vigilancia ejercida con los medios de poder de la agrupación (dirección e información) sobre los miembros subordinados de la misma y/o en virtud de la custodia sobre los objetos peligrosos del patrimonio empresarial que son propiedad de la agrupación».⁸¹ En su opinión, de esta vinculación de la posición de garante al ámbito de dominio (atribuible a los órganos particulares de la empresa en función de la esfera empresarial que dominan) «se sigue también, natural y forzosamente, que los deberes de garantía de un miembro del Consejo de Administración en una dirección de la empresa que se organiza según el principio de la división competencial en departamentos () se limitan al ámbito dirigido por él y por eso sólo son más amplios en cuestiones fundamentales que competen a toda la dirección de la empresa».⁸²

A partir de ahí, estima este autor pese a lo sostenido en trabajos anteriores,⁸³ que la decisión del Tribunal Supremo federal alemán (BGH) en el caso del *spray* para el cuero, considerando la existencia de un deber de garantía de la empresa productora de evitar los peligros para la salud conocidos posteriormente, no contradice la teoría del dominio. Aduce, sin embargo, que el BGH hizo mal al fundamentar su decisión en la injerencia, solución que aparecía como tentadoramente fácil al disponer de la acción precedente de puesta en circulación del *spray*, pero al precio de borrar las limitaciones introducidas a la misma en decisiones anteriores, determinando de forma extensiva el alcance de

⁸¹ SCHÜNEMANN: ADPCP Vol. LV (2002), p. 30 (SCHÜNEMANN: Festgabe BGH, 2000, pp. 634 y ss).

⁸² Ibidem, p. 31.

⁸³ SCHÜNEMANN: Spanisch-deutsches Symposium, 1995, pp. 66 y ss.

los deberes de evitación del resultado, e imposibilitando tener en cuenta la estructura de división del trabajo de la empresa económica moderna.⁸⁴ Para *Schünemann* la “solución correcta” pasaría por el criterio del dominio por el desamparo parcial de la víctima como subforma de posición de garante por asunción.⁸⁵ Como en el caso del *spray* para el cuero se trataba de un producto de marca, la decisión del BGH habría sido correcta porque ello implica una especie de “compromiso” explícito o implícito a una precaución de este tipo y los consumidores por regla general cuentan con ello.⁸⁶

En un trabajo más reciente, *Schünemann* habla ahora del “**dominio sobre el fundamento del resultado**” como base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría, incluyendo el actuar en lugar de otro.⁸⁷ Ya en 1971, en su obra acerca de los delitos de omisión impropia, tomando como ejemplo los casos en que actúan niñeras, y partiendo de la crítica a la teoría formal del deber jurídico, llegaba el autor a la conclusión de que la razón decisiva que justifica la equiparación de la omisión con el hacer activo no consiste en la infracción de un deber especial extrapenal, sino en la **categoría de la asunción de la custodia**. Esta asunción implica una relación de dominio sobre el suceso consistente en el **dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico**.⁸⁸ De la misma manera, en los casos de posición de garante por injerencia, tampoco se trataría de una responsabilidad penal por mera causalidad, sino de una forma de dominio sobre el suceso consistente en el **dominio sobre una fuente de peligro**.⁸⁹

Este razonamiento le permite concluir, por tanto, que «en los delitos impropios de omisión se trata, en realidad, también de una

⁸⁴ SCHÜNEMANN: ADPCP Vol. LV (2002), p. 31.

⁸⁵ Ibidem, p. 33.

⁸⁶ Ibidem, pp. 33-34.

⁸⁷ SCHÜNEMANN: RDP 2 (2005), pp. 29 y ss (37 y ss).

⁸⁸ SCHÜNEMANN: Grund und Grenzen, 1971, pp. 229 y ss (§ 18 «Der „Herrschaftsbereich als übergeordnete materiale Richtlinie»), pp. 334 y ss (§ 22 «Verwandschaft, Gemeinshaft und Übernahme»).

⁸⁹ SCHÜNEMANN: Grund und Grenzen, 1971, pp. 281 y ss; ID., GA (1974), pp. 231 yVss.

forma de dominio, es decir [...], de un dominio sobre el fundamento del resultado, consistiendo el fundamento del resultado en los delitos de omisión, no en el propio movimiento corporal, sino en una fuente de peligro dominada por el autor, o bien en la situación de desamparo del bien jurídico dominada por el autor».⁹⁰

Al mismo tiempo, quedaría igualmente demostrado que los delitos impropios de omisión no son delitos de infracción de deber,⁹¹ en el sentido de que en ellos la autoría se funde en la infracción de un deber especial extrapenal.⁹² *Schünemann* entiende incluso que esta posición tampoco merece rechazo desde el punto de vista del artículo 11 del Código Penal español, que no puede ser malinterpretado en el sentido de la ya superada teoría formal del deber jurídico. Finalmente -en su opinión- este método de análisis no debe restringirse a los delitos impropios de omisión, sino que «debe reconocerse también en los delitos especiales que la responsabilidad penal tampoco puede vincularse aquí con la infracción de un deber especial extrapenal como tal».⁹³

Los razonamientos de *Schünemann*, desarrollados -como se ha visto- a lo largo de años en múltiples trabajos, han encontrado la aprobación esencial de muchos autores.⁹⁴ A diferencia de otras teorías no se pierde de vista en la argumentación de este autor

⁹⁰ SCHÜNEMAN: RDP 2 (2005), p. 41.

⁹¹ Sobre el problema, vid. supra (§2) II.

⁹² SCHÜNEMANN: RDP 2 (2005), p. 42.

⁹³ Ibidem, pp. 43-44.

⁹⁴ Se suman a este criterio en nuestra doctrina, entre otros, TERRADILLOS BASOCO: DPEmpr, 1995, p. 40 [“El deber de vigilar el comportamiento del subordinado, y la consiguiente exigencia de responsabilidades en caso de no hacerlo, surge del dominio del garante sobre la causa del resultado, tanto del control fáctico sobre los elementos materiales peligrosos como del poder de mando, legalmente fundamentado, sobre los trabajadores”]; SILVA SÁNCHEZ: LH-Roxin, 1995, p. 372 [“El compromiso individual adquirido con la aceptación del cargo traslada al sujeto la competencia que conlleva el dominio y, a la vez, la responsabilidad”]; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: DPPE, 2007, pp. 499 y ss, esp. p. 503 in fine, aclarando que el hecho de acoger el concepto del dominio sobre la causa del resultado propuesto por Schünemann para resolver por la vía de la omisión impropia los problemas de determinación de la autoría del directivo en el ámbito empresarial no implica asumir también la idea defendida por este mismo autor según la cual dicho concepto proporciona una base lógico-objetiva para todas las formas de autoría.

la conexión con la parte subjetiva del hecho, en la medida en que se quiere hacer derivar la misma mediante la asunción de la canalización del poder objetivo sobre el hecho y el conocimiento subjetivo del mismo a las esferas superiores de dirección.

Sin embargo, como advierte *Rotsch*, a este planteamiento subyace una idea del concepto de autor que puede considerarse incorrecta,⁹⁵ y que en todo caso es altamente discutible. Frente al concepto de autor de la dogmática tradicional, entendido como *autor individual que actúa en el marco de constelaciones abarcables*, poco a poco se abre camino un “concepto sistémico” de autor en el marco de organizaciones complejas, basado en los conocimientos de la moderna sociología organizativa.⁹⁶ Este último se caracteriza por la presencia de un *elemento objetivo*, relativo a la división del trabajo y uno subjetivo relativo a *los cauces de información*.⁹⁷ En particular, frente a lo sostenido por *Schünemann*, cabe preguntarse, desde la perspectiva tópica, si el criterio del dominio por el desamparo parcial de la víctima como subforma de posición de garante por asunción surge únicamente cuando se trata de productos de marca, es decir, si no habría que afirmar más bien que un compromiso de esta clase surge sencillamente siempre que se lanza un producto al mercado del que pueden derivarse daños para los consumidores.

No se nos oculta la “cuestionabilidad” dogmática y necesidad de concreción ulterior que implica la propuesta de *Schünemann*, a la que no cabe acogerse *in totum*, como tampoco las importantes críticas que se le han dirigido.⁹⁸ En particular cabe destacar las detalladas reflexiones en este sentido de *Hsü* que parte de la distinción entre “posibilidad de acción” y “deber de acción”. Para este autor la teoría propuesta por *Schünemann* se enfrenta al problema de que al reconducir el lado fáctico del dominio a una mera “posibilidad de evitación” trata al mismo tiempo de deducir el “deber de evita-

⁹⁵ ROTSCH: Individuelle Haftung, 1998, p. 194.

⁹⁶ LUHMANN: Funktionen, 1995, passim; BECK: Gegengifte, 1995, passim.

⁹⁷ ROTSCH: Individuelle Haftung, 1998, p. 194; HEINE: Verantwortlichkeit, pp. 27 y ss.

⁹⁸ Vid., entre otras referencias, HSÜ: Garantenstellung, 1986, pp. 241 y ss.

ción” de aquella, siendo así que ambos conceptos, posibilidad de actuar y deber de actuar, deben mantenerse estrictamente separados.⁹⁹ Sin embargo, es obvio que no se trata aquí de una posibilidad de actuar en orden a la evitación del resultado como la que pudiera tener en determinadas circunstancias cualquier otra persona que no tenga nada que ver con la empresa, pues de ese modo habríamos disuelto toda posibilidad de distinción, sino la concreta posibilidad de actuar en orden a la evitación del resultado de aquel que porque es garante tiene el deber de hacerlo.

Pero, por otra parte, bien mirado, casi todas las propuestas contemporáneas en torno a la fundamentación de la posición de garante en el ámbito empresarial suponen –como no podía ser de otro modo– concreciones en este ámbito de representaciones generales sobre la comisión por omisión que incorporan en no pocos casos elementos provenientes de evoluciones doctrinales de distinto signo. Lo que sí se adopta en este trabajo es la perspectiva metodológica que está detrás, que hace predominar la realidad material para cuya elaboración jurídica se hace uso de un criterio normativo determinado, sobre el criterio normativo mismo. No se pretende una total “desnormativización” del problema, pues a nadie escapa que el criterio del dominio sobre el fundamento del resultado también es un criterio normativo, sino sólo seguir una pauta restrictiva no-niveladora en la solución del mismo.

5.3 ¿Criterios normativos complementarios?

Diversos autores se han ocupado de esbozar criterios normativos complementarios sobre los que hacer pivotar el fundamento último de la posición de garante del empresario, tales como la “ponderación de intereses”,¹⁰⁰ la “equidad social”,¹⁰¹ o “el ejercicio de facultades individuales de autoorganización”¹⁰²

En mi opinión, sin embargo, todos estos criterios normativos, que en su conjunto tienden a poner de relieve la necesidad de una *estrecha*

⁹⁹ *Ibidem*, p. 243.

¹⁰⁰ FRISCH, en: Mir Puig / Luzón Peña (Coord.), 1996, pp.112 y ss.

¹⁰¹ BOTTKE: Mir Puig / Luzón Peña (Coord.), 1996, pp. 142 y ss.

¹⁰² LASCURAÍN SÁNCHEZ: LH Tiedemann, 1995, pp. 210 y ss.

conexión entre el hecho delictivo cometido y el concreto ámbito de organización individual en el desempeño de determinadas funciones, aunque aclaratorios, no son decisivos en el plano dogmático. La mencionada conexión debería ser un aspecto implícito del dominio sobre el fundamento del resultado, pues en otro caso no se daría tal dominio, por lo que parece innecesario independizarlo de este último.¹⁰³

6. CONCLUSIONES

Como resultado global puede decirse que:

1. Todas las teorías expuestas tratan de buscar el *fundamento idóneo* en el que basar una responsabilidad en comisión por omisión de los superiores en el ámbito empresarial.
2. Más allá de las *discrepancias metodológicas* debe situarse en primer plano el problema que se tiene entre manos y la realidad que está detrás, sin perder de vista en ningún caso la configuración garantista del Derecho penal.
3. La estructuración de una *respuesta jurídica fundamentada* requiere un fino análisis de complejas cuestiones dogmáticas que no se pueden pasar por alto. En este sentido cualquier simplificación o, en su caso, generalización indebidas nos llevará a un “callejón sin salida”.
4. Tan importante como buscar una explicación convincente para fundamentar una respuesta jurídico-penal contrastada a los grupos de casos que entran aquí en consideración, es el análisis de los *límites que sirven de barrera*, tanto de carácter general -tales como el principio de responsabilidad por el hecho propio,¹⁰⁴ la parte subjetiva del hecho o el título de imputación- como específicos -tales como la delegación lícita de competencias o el carácter vinculado a la empresa de los delitos cometidos-.¹⁰⁵

¹⁰³ DEMETRIO CRESPO: Omisión, 2009, pp. 152 y ss, esp. pp. 156-157.

¹⁰⁴ También en sentido restrictivo sobre la base del principio del principio de autorresponsabilidad del empleado, WEIGEND: LK (2006), § 56, 848-849, quien admite sin embargo excepcionalmente la posibilidad de exigir un deber de garantía en aquellos casos en los que de la naturaleza de una concreta empresa resulte una puesta en peligro especial, no solo por tener que mantener bajo control los peligros derivados de las cosas pertenecientes a la empresa -como p.e armas de guerra- sino también por tener que velar por que dichos peligros no lleguen a realizarse por un comportamiento indebido de sus subordinados.

¹⁰⁵ Con más detalle, DEMETRIO CRESPO: Omisión, 2009, pp. 166 y ss.

7. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO ZAPATERO, Luis, La protección penal de la Seguridad en el Trabajo, Madrid: Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, 198.

BACIGALUPO ZAPATERO, Enrique, «La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial», en Bacigalupo (dir.), La responsabilidad penal de las sociedades, Madrid: CGPJ, 1994, pp. 61 y ss.

BECK, Ulrich, Gegengifte – Die organisierte Unverantwortlichkeit, 8.ed, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

BOTTKE, Wilfried, «Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica», en Mir Puig / Luzón Peña (coord.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Barcelona: Bosch, 1996, pp. 129-197.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa, Granada: Comares, 2003.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados», en Serrano Piedecabras / Demetrio Crespo (ed.), Cuestiones actuales de Derecho penal económico, Madrid: Colex, 2008, pp. 61-87.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, Responsabilidad penal por omisión del empresario, Madrid: Iustel, 2009.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Cuestiones actuales de Derecho penal económico, Montevideo-Buenos Aires: Bdf, 2009.

FREUND, Georg, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Berlin-Heidelberg: Springer, 1998 [Strafrecht. AT].

FRISCH, Wolfgang, «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la empresa y de la división del trabajo», en Mir Puig / Luzón Peña (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona: Bosch, 1996, pp. 99-127.

GARCÍA CAVERO, Percy, «La posición de garantía del empresario: a propósito del caso utopía», en Alonso Álamo et al. (coord.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas*, 2005, pp. 381-400 [LH-Rodríguez Mourullo].

GALLEGO SOLER, José Ignacio, «Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales», en *Derecho penal económico. Estudios de Derecho Judicial*, 72 (2006), pp. 51-134 [EDJ].

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa», en ADPCP Vol. LIV (2001), pp. 1-20 «Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht», en Schünemann e.a (Ed.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 2001, pp. 651-663.

GÖHLER, Erich, «Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen», en Jescheck/ Lüttger, *Festschrift für Eduard Dreher*, Berlin . New York: Walter de Gruyter, 1977, pp. 611-621 [FS-Dreher].

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1988.

HASSEMER, Winfried, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2ª ed, Heidelberg: C.F. Müller, 1996.

HEINE, Günther, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken, Baden-Baden: Nomos, 1994.

HERZBERG, Rolf Dietrich, Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymans, 1984.

HILGENDORF, Eric, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft“, Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

HSÜ, Yü-hsiu, Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?, Paffenweiler: Centaurus, 1986.

JAKOBS, Günther, «La competencia por organización en el delito omisivo», en Jakobs, Günther, Estudios de Derecho penal, trad. de E. Peñaranda Ramos, 1997, Madrid: Civitas, pp. 347-363.

JAKOBS, Günther, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl, Berlin: de Gruyter, 1991 Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 2.ed, trad. de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997.

JUANATEY DORADO, Carmen: «Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado», en Boix Reig / Bernardi (dir.), Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores, Madrid: Iustel, 2005, pp. 133-158.

KUHLEN, Lothar: «Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte», en NSTZ 12 (1990), pp. 566-570.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid: Universidad Autónoma-Civitas, 1994.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Fundamento y límites del deber de garantía del empresario», en *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid: BOE, 1995, pp. 209-227 LH-Tiedemann.

LUHMANN, Niklas, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 4.ed, Berlin: Duncker & Humblot, 1995.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007 DPPE. PG.

MEINI, Iván, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 5.ed, Berlin.New York: Walter de Gruyter, 1996.

OTTO, Harro, «Die strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Produkte», en Weigend/Kupper (Ed.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Berlin.New York: Walter de Gruyter, 1999, pp. 291-312 [FS-Hirsch].

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, «Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)», en *Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid: Colex, 2006, pp. 411-430.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, «Autoría y participación en la empresa», en Serrano Piedecabras / Demetrio Crespo (ed.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Madrid: Colex, 2008, pp. 161-187.

QUINTERO OLIVARES (2009), «La crisis de la configuración individualista de la teoría de la participación. La entrada de entes y grupos», en CGPJ, Madrid (en prensa).

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, «Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos», en Boix Reig / Bernardi (dir.), Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores, Madrid: Iustel, 2005, pp. 115-132.

ROTSCH, Thomas, Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts, Baden-Baden: Nomos, 1998.

ROXIN, Claus, Strafrecht. Allgemeiner Teil (Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat), München: C.H.Beck, 2003 AT. Band II.

SCHALL, Hero, «Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung», en Rogall/ Puppe/Stein/Wolter (Ed.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi, Neuwied: Luchterland, 2004, pp. 267-283 [FS-Rudolphi].

SCHÜNEMANN, Bernd, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen: Otto Schwartz & co, 1971.

SCHÜNEMANN, Bernd, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Köln-Berlin-Bonn-München: Heymann, 1979.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», trad. de D. Brückner y JA. Lascurain Sánchez, en ADPCP (1988), pp. 529-558.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte», en Gimbernat / Schünemann / Wolter (Ed.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung

und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin, Heidelberg: C.F. Müller, 1995, pp. 49-82 Spanisch-deutsches Symposium.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», trad. de B.Spínola Tártalo y M. Sacher, ADPCP. Vol. LV (2002), pp. 9-38.

SCHÜNEMANN, Bernd, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro», trad. de M. Sacher, RDP 2 (2005), pp. 29-62.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt», en Böse / Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Berlin: Duncker&Humblot, 2009, pp. 303-323.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a, «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español», en Silva Sánchez (ed.) Schünemann / Figueiredo Días (coords.) /, Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona: JM Bosch, 1995, pp. 357-379 LH-Roxin.

TERRADILLOS BASOCO, Juan, Derecho penal de la empresa, Madrid: Trotta, 1995 [DPEmpr].

TIEDEMANN, Klaus, Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten, 2. Aufl., München: Carl Heymanns, 2007.

WEIGEND, Thomas, «§13 Begehen durch Unterlassen», en Leipziger Kommentar, 12^a ed, Berlin: De Gruyter, 2006, pp. 815-873.

VI

El Análisis del art. 196 del Código Penal, Lavado de Dinero

Por Abog. Ricardo Preda del Puerto¹

¹ Especialista en Derecho Penal Económico por la UCLM Toledo-España (2009) y la Universidad del Nordeste-Argentina (2003). Miembro Titular de la Comisión Nacional de Reforma del Sistema Penal y Penitenciario. Instructor del Centro de Entrenamiento de Fiscales y profesor de varios postgrados en Universidades Nacionales. Ha publicado y realizado presentaciones tanto en el país como en el extranjero. Ex Director de Delitos Económicos del Ministerio Público (2006 -2010). Consultor y asesor de varias instituciones públicas y privadas.

1. INTRODUCCIÓN

La vigencia actual de este tema de Lavado de dinero y la escasa doctrina nacional al respecto,² motivó el presente trabajo. El cual pretende describir de manera general los elementos que conforman la tipicidad del “Lavado de dinero” así como algunas pautas relevantes para su interpretación. En otros términos, el artículo no representa un estudio exhaustivo de los tipos legales, sino apenas unos delineamientos básicos de las conductas previstas en el art. 196 del CP.-

Abordaré inicialmente el origen de dicha figura en nuestra legislación nacional, para luego analizar ya los diversos tipos penales previstos en el art. 196 del CP, así como las demás disposiciones de ese artículo que hacen a su aplicación,³ para luego finalmente realizar unas conclusiones sobre el asunto.-

² En este año se lanzaron dos libros sobre el tema. Ambas son tesis doctorales de los autores, uno de ellos de ciencias jurídicas, del Dr. Osvaldo Ruiz Nicolaus y el otro en ciencias contables, del Dr. Nelson Darío Díaz Rojas. Luego se encuentran los comentarios al Código Penal, los cuales tienen un desarrollo bastante breve del art. 196 del CP.-

³ Por ejemplo, circunstancias que se refieren a su punibilidad.

2. LA APARICIÓN DEL LAVADO DE DINERO EN LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA

La primera norma en nuestro país que hizo referencia a la represión de conductas tendientes a legitimar bienes con origen ilícito fue la ley 16/90 “*QUE APRUEBA Y RATIFICA LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTROPICAS*”, la cual era conocida como Convención de Viena de 1988, pues se la adoptó en diciembre de ese año. En su artículo 3, incisos b y c (apartado “i”) recomendaba sancionar conductas relacionadas a la legitimación de bienes provenientes del narcotráfico. La misma, sin embargo, no se trata de una norma operativa.

La posición adoptada en la Convención de Viena representó una modificación en la política criminal, pues desplaza los puntos de atención al producto ilícito del delito, así como su comiso.⁴

En ese contexto, nuestra Constitución de 1992 en su artículo 71 ordenó al legislador reprimir los actos destinados a la legitimación del dinero proveniente de la producción y tráfico de drogas peligrosas y sustancias estupefacientes. No obstante, recién con la promulgación, el 10 de enero de 1997, de la ley 1015/96, se tipificó el Lavado de dinero como un hecho punible.⁵

El art. 3 de dicha ley contenía la tipificación y el art. 4 la sanción. Considerando que como antecedente sólo se preveían los hechos relacionados al narcotráfico, esta legislación se encontraba enmarcada dentro de lo que podemos llamar la primera generación de las normas de represión de Lavado de dinero.-

Ahora bien, en la práctica los artículos 3 y 4 de ley 1015 no fueron aplicados, pues el art. 196 del Código Penal, Ley 1160/97, que entró en vigencia el 28 de noviembre de 1998, previó el hecho

⁴ ALBRECHT, p. 47.

⁵ Aunque se debe aclarar que esta ley 1015 establece además normas sobre prevención y sanciones administrativas.

punible de Lavado de dinero, y para algunos derogó la ley 1015/97 en lo atinente a la tipificación de ese hecho punible.^{6/7} Si bien tal posición podría ser discutida. Finalmente el Código Penal, además de agregar conductas, amplió los hechos antijurídicos subyacentes. Con lo cual pasamos a la segunda generación de leyes que castigan el Lavado de dinero. La tercera generación, ya son aquellas reglas que no exigen un catálogo de delitos subyacentes, sino basta con que provengan de cualquier hecho antijurídico. En nuestra región, Brasil eliminó el catalogo cuando se promulgó la ley 12.683 del 9 de julio de 2012.⁸

En el año 2008 se promulgó la ley 3440, la cual modificó el Código Penal y entró en vigencia el 16 de julio de 2009, un año después de su promulgación. El art. 196, que prevé el Lavado de dinero, tuvo un nuevo aumento en el catálogo de hechos antijurídicos subyacentes, se aclararon algunos términos y se agregó un inc. 10 en el cual expresamente se establece que no se necesita una condena previa por el delito antecedente para la persecución penal por Lavado de dinero.

⁶ Pero la ley 1015 sigue vigente en cuanto a las reglas de prevención y sanciones administrativas, las cuales han sufrido algunas modificaciones a través de la ley 3783/09.

⁷ En cuanto a la derogación, VALLEJO, p. 360.

⁸ Al respecto, JORGE SILVEIRA/SAAD DINIZ, pp. 159-160.

3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 196 DEL CÓDIGO PENAL PARAGUAYO

3.1. Aspectos generales

Al hecho punible del art. 196 el legislador le dio el *nomen juris* de “Lavado de dinero”, éste término no es unívoco a nivel mundial, pues en otros países el delito tiene una denominación distinta.⁹ Así por ejemplo, en España se lo conoce como Blanqueo de Capitales, en Italia *Riciclaggio* o en Costa Rica como Legitimación de Capitales; es decir, los términos que entran en consideración son: a) Lavado b) Blanqueo c) Reciclaje y d) Legitimación.

El art. 196 del Código Penal tiene su fuente en el art. 190 del Anteproyecto de Código Penal, presentado por el Ministerio Público,¹⁰ éste a su vez se inspiró en el § 261 del StGB, el cual fue incorporado al sistema penal alemán por la ley contra la Criminalidad Organizada (OrgKG) del 15 de julio de 1992 y entró en vigencia el 22 de septiembre de ese año.¹¹ Aunque esta regla ha tenido varias reformas hasta hoy, alguna de las cuales también las adoptó nuestro país.¹²

Sin embargo, existieron algunas diferencias, la más importante es que en Alemania, el autor del hecho antijurídico previo estaba expresamente excluido de los posibles sujetos activos del Lavado de dinero. En tal sentido, el tipo penal exigía que el hecho antijurídico proviniera de “otro”.¹³

Aunque se debe aclarar que esta fórmula ya no se encuentra vigente en aquel país, pues la Ley para el mejoramiento de la lucha contra la criminalidad organizada, del 5 de marzo de 1998, elimi-

⁹ Sobre las diversas denominaciones que se le da en los países, ver MALLADA FERNÁNDEZ, pp 42-44.

¹⁰ AMP, pp 197-199.

¹¹ RUß, p. 183.

¹² Por ejemplo, la ampliación del catálogo de hechos antijurídicos subyacentes.

¹³ LAMPE, p. 122, RUß, p 187 y BLANCO CORDERO, p. 527.

nó la frase “hecho antijurídico de otro”¹⁴ y la versión actual del § 261 es muy similar a nuestro art. 196 del CP, según texto de la ley 3440. Es decir, tanto en Alemania como en Paraguay, el Lavado de dinero es un hecho punible común, pues el autor puede ser cualquiera, tal como lo demuestra el anónimo “*El que...*” del art. 196 del Código Penal; es decir, no se requiere una cualidad especial en el autor.¹⁵

La formulación del art. 196, resulta por demás compleja.¹⁶ En ese sentido, se advierten la combinación de varias conductas (cuatro en el inc. 1° y otras cuatro en el inc. 2°) con un objeto material definido en el mismo inc. 1°. La misma complejidad se advierte en el tipo subjetivo, el cual no sólo se castiga la conducta dolosa, sino una variante poco usual de conducta culposa.¹⁷

En el Lavado de dinero, se castiga la Tentativa en virtud al inciso 3°. Asimismo. Se agrava la pena a 10 años y se autoriza la aplicación de los arts. 57 y 94, cuando se actuara comercialmente o como miembro de una organización para lavar dinero (inc. 4°). No importa que los objetos provengan de hechos antijurídicos ocurridos en el extranjero (inc. 7°).

Por otro lado, los incisos 8° y 9° establecen incentivos para la colaboración de los participantes. Finalmente, en el inciso 10° se determina que no hace falta condena previa por el hecho subyacente.

3.2. Bien Jurídico Protegido

En nuestro país, algunos señalan que lo tutelado es la economía pública,¹⁸ invocándose el art. 176 de la Constitución. Sin

¹⁴ PINTO/CHEVALIER, p. 38; ver también, la traducción de la versión actual del § 261 del StGB, en TIEDEMANN, pp. 506-507.

¹⁵ BOTTKE, p. 5.

¹⁶ Así también advierten en Alemania al respecto del § 261: TIEDEMANN, p. 345 y LAMPE, p. 132.

¹⁷ La fórmula del tipo subjetivo sólo se utiliza en el Código Penal en dos lugares, el art. 196, inc. 5° y el 179, inc. 2°.

¹⁸ MORA RODAS, pp. 472-473 y CENTURIÓN ORTIZ, p. 406.

embargo, tal afirmación parece no tener mucho sustento a la luz de la legislación vigente y sus antecedentes. Pues por ejemplo, las conductas de peligrar o frustrar, se relacionan más a obstaculizar la actuación de la justicia, antes que la economía del país. Otro autor compatriota sostiene que con la sanción del Lavado de dinero, se trata de evitar la legalización de “dinero mal habido” en detrimento de la economía nacional, y lo ve como un delito de “índole patrimonial”.¹⁹

Si recurrimos a la legislación vigente y sus antecedentes, tenemos que el bien jurídico protegido es *La restitución de bienes*. Una causa de la delincuencia patrimonial es la comercialización del botín.²⁰ Tal conclusión se demuestra con estudios realizados entre 1988 y 1995, en Inglaterra, USA y Holanda. Según éstos, el beneficio obtenido por la comisión de delitos es un incentivo importante, sino el más decisivo para la comisión de hechos punibles.²¹ Por lo tanto, castigando conductas que tienden a facilitar dicho negocio, puede disminuirse la comisión de nuevos hechos.²²

En este orden de ideas, se sostiene que es un hecho punible contra el interés en el restablecimiento del estado de legalidad²³ y la administración de justicia,²⁴ en cuanto atenta contra el derecho del Estado a decomisar Bienes.²⁵ La política parte entonces del hecho objetivo de que los bienes ilícitamente adquiridos deben ser restituidos, en orden a restablecer una legítima (transparente) y nueva distribución de bienes en la sociedad.²⁶

Asimismo, como bien jurídico complementario a lo señalado en el párrafo anterior, Lampe²⁷ agrega la circulación económica y

¹⁹ LÓPEZ CABRAL, p. 539.

²⁰ AMP, p. 74.

²¹ Datos citados por Albrecht, p 50.

²² LAMPE, pp. 119-120.

²³ Así por ejemplo las conductas señaladas en el inc. 2°.

²⁴ TIEDEMANN, pp. 42 y 344, LAMPE, p 122, RUß, p. 186.

²⁵ Ver las conductas señaladas en el inc. 1°.

²⁶ Albrecht, p. 50.

²⁷ LAMPE, p. 120.

financiera legal, las cuales deben ser preservadas de la mezcla con valores patrimoniales ilegales. Si bien lo expuesto hasta aquí tiene mayormente sustento en la doctrina alemana, no se debe perder de vista que el Lavado de dinero, tal como se prevé en nuestro Código Penal, tiene su fuente en la legislación de aquel país.

En cuanto a lo expresado por Lampe, sobre la inclusión de este bien jurídico complementario, el mismo podría tener cierto sustento en la interpretación conjunta del art. 196 del CP con las leyes 1015 y 3783, que regulan la prevención del Lavado de dinero, así como de tratados internacionales ratificados por el país.²⁸

Hay cierto consenso en la doctrina penal internacional, que el Lavado de dinero se trata de un delito que ataca más de uno de los bienes jurídicos consagrados en la Constitución; es decir, son de aquellos que se denominan pluriofensivos.²⁹ Precisar exactamente lo que se pretende proteger con este delito, es una cuestión que ameritaría por sí sólo otro trabajo, al cual me hallo abocado.

3.3 Tipo objetivo

Entiéndase como tal, todos aquellos elementos señalados en la descripción contenida en la ley penal de la conducta hipotética conminada con sanción y que están fuera de la mente del autor.³⁰ En el caso del Lavado de dinero, se advierte la combinación de varias conductas con un objeto material definido en el mismo artículo 196 del CP.

²⁸ Entre otros, la Convención de Palermo (ratificada por Ley 2298/93).

²⁹ Con amplia referencia de la doctrina española, alemana e italiana, ver BLANCO CORDERO, pp. 210-235. En nuestro país, VALLEJO, p. 361 quien parafraseando a autores españoles, habla de un orden socioeconómico y la administración de justicia, como bienes jurídicos atacados.

³⁰ Para el concepto de tipo objetivo, ver entre otros: SCHÖNE/ CRISCIONI, p. 72; FRISTER, pp. 166-167 y JESCHECK/ WEIGEND, p. 293.

a. El objeto del Lavado de dinero

Cualquiera de las conductas descriptas en el art. 196 debe recaer sobre **un objeto proveniente de un hecho antijurídico**. En tal sentido, objeto debe ser entendido como todo valor patrimonial.³¹ Cosas muebles e inmuebles,³² así como derechos.³³ Bajo la frase Proveniente de un..., se incluye también todo aquello que ingresa en lugar del objeto originalmente obtenido. Incluso luego de muchas acciones de intercambio o transformación.³⁴

El término Hecho antijurídico es definido como la conducta que cumpla con los presupuestos del tipo legal y no esté amparada por una causa de justificación.³⁵ Si bien en el numeral 1 del inciso 1° del art. 196 del CP se acota a un catálogo específico,³⁶ teniendo en cuenta el mismo inciso, los numerales 2 y 3 consideran también hechos antijurídicos, aquello que se sancione como un crimen³⁷ o el realizado por un miembro de una Asociación criminal,³⁸ operando éstos como una regla de clausura con respecto al Código Penal.

³¹ RUB, p. 187 y LAMPE, p. 123, aunque éste sólo recurre a este concepto como una forma de evitar una excesiva ampliación de la punibilidad.

³² CASAÑAS LEVI, p. 427, si bien este autor acertadas señala las cosas, parece olvidarse o desconocer que en el concepto “objeto” también se incluyen los derechos. Los cuales no son propiamente cosas.-

³³ BOTTKE, p. 4 y RUB, p. 187

³⁴ LAMPE, p. 126.

³⁵ Art. 14, inc. 1°, num. 4 CP.

³⁶ Rufianería (art. 129a CP); Trata de personas con fines de su explotación sexual (art. 129b CP); Trata de personas con fines de su explotación personal y laboral (art. 129c CP); Proxenetismo (art. 139 CP); Violación del derecho de autor y derechos conexos (art. 184a CP); De la violación de los derechos de marca (art. 184b CP); De la violación de los derechos sobre dibujos y modelos industriales (art. 184c CP); Extorsión y Extorsión agravada (arts. 185 y 186 del CP); Estafa (art. 187 CP) Estafa mediante sistemas informáticos (art. 188 CP); Lesión de confianza (art. 192 CP); Usura (art. 193 CP); Procesamiento ilícito de desechos (art. 200 CP); Ingreso de sustancias nocivas en el territorio nacional (art. 201 CP); Cohecho pasivo (art. 300 CP); Cohecho pasivo agravado (art. 301 CP); Soborno (art. 302 CP); Soborno agravado (art. 303 CP) y Prevaricato (art. 305 CP).

³⁷ Para la clasificación, ver art. 13 del CP.

³⁸ Tipificado en el art. 239 del CP.

Los numerales 3, 4 y 5 ya se remiten a leyes especiales. El primero de ellos se refiere a los artículos 37 al 45 de la Ley N° 1.340/88 (Ley de Drogas) y su modificatoria, ley 1881/02. El siguiente señala el art. 81 de ley 1.910/02 (Ley de armas)³⁹ “; y finalmente se prevé también como hecho antijurídico subyacente al Contrabando, previsto en el artículo 336 de la Ley N° 2.422/04 (Código Aduanero).

b. Las conductas previstas

En cuanto a las conductas descriptas, existen varias hipótesis. En el inciso 1° están:

- Ocultar: Es cada actividad que dificulta el acceso al objeto a los órganos de la persecución.⁴⁰ Se caracteriza por la colocación del objeto en un lugar no usual o por “cubrirlo” de algún modo.
- Disimular: Disfrazar u ocultar algo, para que parezca distinto de lo que es. En tal sentido, Disimular la procedencia puede entenderse como Dificultar, por medio de maniobras conducentes a error, la prueba de que el objeto proviene de un hecho antijurídico del catalogo.
- Frustrar: Dejar sin efecto un propósito contra la intención de quién procura realizarlo, así Frustrar el conocimiento de la procedencia es llevar al fracaso de los actos de los respectivos actos del procedimiento tendientes a averiguar el origen del objeto. Del mismo modo, también se puede frustrar el Hallazgo,⁴¹ el comiso (art. 86 del CP), la privación de ganancias o comiso especial (arts. 90 y 94 del CP),⁴² y el secuestro.⁴³
- Peligrarlas: Es decir crear una situación, cuyo desarrollo permite suponer seriamente el fracaso del acto, pero que por una determinada circunstancia el fracaso no se da. El peligro debe darse sobre las mismas hipótesis señaladas en el apartado anterior.

³⁹ La cual fue derogada por la nueva ley de Armas, la N° 4036 del 2010.

⁴⁰ TIEDEMANN, p. 346.

⁴¹ Dicc.RAE. Hallazgo. Acción y efecto de hallar. Hallar: Dar con alguien o algo.

⁴² BOTTKE, p. 5.

⁴³ Entiéndase el acto de incautar un objeto.

Asimismo, en el inc. 2º, numerales 1 y 2 se describen, siempre con relación al mismo objeto señalado anteriormente, otras conductas:

- **Obtuviera:** viene del verbo obtener que significa alcanzar, conseguir y lograr algo...
- **Proporcionar a un tercero:** es la entrega de un objeto a otro
- **Guardara:** de guardar, es decir poner algo donde está seguro. Conservar o retener algo.
- **Utilizara:** aprovecharse de algo, darle un uso

3.4. Tipo subjetivo⁴⁴

Sobre esta base, se advierte de la lectura del art. 196 incisos primero y segundo, en concordancia con el art. 17 inc. 1º, ambos del CP, se requiere que el autor obre con dolo. Basta en este sentido el dolo eventual.

En una posición contraria, un autor nacional⁴⁵ señala que se requiere dolo directo, aunque no explica de qué bases parte para arribar a tal conclusión. De hecho, tampoco la encontraría, pues en la sistemática de nuestro Código Penal, el legislador cualifica los tipos de dolos directos con palabras tales como: “a sabiendas”, “conscientemente” o “intencionalmente”, las cuales no se advierte en el Lavado de dinero. Sobre esta base, debe ser descartado por completo la afirmación de que el Lavado de dinero contiene un dolo cualificado.

Si bien el inc. 5º señala que también se castiga cuando el autor actúa con negligencia grave en cuanto al conocimiento del origen del objeto. Pero esto no lo convierte en un delito plenamente culposo. Pues debe entenderse que con relación a las conductas desplegadas el actuar debe ser doloso. Así por ejemplo, en la hipótesis de la primera conducta tipificada en el art. 196 del CP, el autor debe conocer que está ocultando un objeto, aunque no conozca el origen del mismo por negligencia grave.

⁴⁴ A contrario *censu* de lo expuesto por *JESCHECK/ WEIGEND* sobre el tipo subjetivo (p. 293), debería entenderse como tipo subjetivo todo lo que está en el ámbito psíquico del autor.

⁴⁵ López Cabral, p. 540.

Actúa con negligencia grave, en el sentido de la disposición, quien no atiende o no reconoce aquello que para cualquier persona saltaría a la vista.

4. REGLAS DE PREVENCIÓN

Es importante aclarar que también existen reglas de prevención del Lavado de dinero; la primera fue la ley 1015/96 la cual sigue vigente, aunque con algunas modificaciones introducidas en el año 2009 por la ley 3783. Estas leyes habilitan a la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero (SEPRELAD) a reglamentar los asuntos atinentes a la prevención. En tal sentido, hay muchas resoluciones de dicha secretaría de estado, que regulan las reglas de prevención para diversos sujetos obligados,⁴⁶ éstas tienen por objeto minimizar los riesgos del Lavado de dinero a través de aquellos.

Ahora bien, los actos de prevención no deben ser confundidos con el hecho punible como tal. Es decir, ni la violación de la reglas de prevención implican la comisión del delito de Lavado de dinero, ni su cumplimiento garantiza que tal conducta punible no se realice.

Ejemplo 1. Víctor, oficial del banco X, autoriza una transferencia al exterior de US\$ 100.000 hecha por Pedro, reconocido futbolista, cuyo reciente fichaje en un club extranjero ha sido ampliamente difundido, el dinero justamente proviene de dicho contrato. Sin embargo, Víctor no le ha solicitado a Pedro sus documentos personales para acreditar su identidad, ni la declaración del origen del dinero y menos aún evidencias que sustenten el origen. (En este caso, se violaron reglas de prevención, pero como el origen era lícito, no existe Lavado de dinero).

Ejemplo 2. Variante del ejemplo anterior. Víctor solicita a Pedro toda la información sobre el origen de los US\$ 100.000 y éste presenta el contrato con el club extranjero, sus documentos personales, a esto se suma toda la información en la prensa sobre

⁴⁶ El art. 13 de ley 1015 y su modificatoria 3783, establece quiénes son los sujetos obligados.

el fichaje internacional de Pedro. Es decir, Víctor cumplió con todas las reglas de prevención. Sin embargo, Pedro realizó esa misma operación con otras 20 entidades financieras y en realidad el dinero era de una organización dedicada a la Trata de Personas, situación conocida por Pedro, pero desconocida por Víctor. (En este caso, se cumplió con las reglas de prevención, pero igual Pedro cometió Lavado de dinero, aunque no así Víctor, pues éste no sabía del origen y tampoco en Paraguay existe una centralización de todas las operaciones activas de los clientes del sistema financiero, que le permita al oficial del banco conocer operaciones con otras entidades del sistema).

5. CONSIDERACIONES FINALES

En comparación con la mayoría de los delitos del Código Penal, el Lavado de dinero podría considerarse bastante de los más jóvenes, pues no fue hasta 1988 (Convención de Viena) dónde los Estados advirtieron que la legitimación de bienes provenientes de un hecho antijurídico puede ser una herramienta, incluso para luchar contra los delitos precedentes.

Si bien en Paraguay ya ha habido condenas por Lavado de dinero, su aplicación aún no se ha hecho en toda su extensión y como muchos otros asuntos de dogmática penal, la discusión teórica de unos pocos, no ha trascendido a la práctica.

Así por ejemplo, una cuestión hartamente discutida en el derecho comparado, como es la percepción de honorarios del abogado defensor de fondos provenientes de los hechos antijurídicos subyacentes.

Finalmente el trabajo tiene como objetivo desarrollar el contenido del art. 196 del Código Penal, para así contribuir con propuestas de definición de sus principales elementos, en especial aquellos relacionados tanto a la tipicidad objetiva como la subjetiva.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALBRECHT, Hans-Jörg, Criminalidad Transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero. Traducción Oscar Julián Guerrero Peralta Editado por la Universidad Externado. Bogotá 2001. Cita: Albrecht y número de página

ALFONSO LARANGEIRA, César; CONTRERAS SAGUIER, Javier Y PREDAL PUERTO Ricardo, La Subsunción como herramienta necesaria para la resolución de casos de delitos económicos, Editado por ICED, Asunción 2011. Cita: ALFONSO/ CONTRERAS/ PREDAL PUERTO y número de página.

ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, preparado por el Ministerio Público a través de la Fiscalía General del Estado, Asunción, 1994. Cita: AMP y número de página.

BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de Blanqueo de Capitales. Editorial Aranzadi-Thomson Reuters. Pamplona, 2012. Cita: BLANCO CORDERO y número de página

BLANCO CORDERO, Isidoro; CAPARRÓS, Eduardo Fabián Y ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Editado por la OEA, Washington DC, 2007. Cita: autor del comentario y número de página.

BOTTKE, Wilfried, Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de capitales en Alemania, en: http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_2/1-17.pdf [revisado el 11 de junio de 2012]. Cita: Bottke y número de página.

CASAÑAS LEVI, José Fernando. Hechos Punibles contra la restitución de bienes, en Código Penal de la República del Paraguay. Comentado. Tomo II, dirigido por el mismo autor. Editorial La

Ley paraguaya. Asunción, 2011. Cita: CASAÑAS LEVI y número de página.

CENTURIÓN ORTIZ, Rodolfo Fabián. Derecho Penal Parte Especial. Editorial La Ley paraguaya. Asunción, 2011. Cita: CENTURIÓN ORTIZ y número de página.

FRISTER, Helmut. Derecho Penal Parte General, traducción de la 4ª Edición alemana (2009) por Marcelo Sancinetti, Edit. Hamurabi, Buenos Aires, 2011. Cita: FRISTER y número de página

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho Penal Parte General, Traducción de la 5ª edición alemana (1996) por Miguel Olmedo Cardenete, Editorial Comares, Granada, 2002. Cita: JESCHECK/ WEIGEND y número de página.

JORGE SILVEIRA, Renato de Mello y SAAD DINIZ, Eduardo, Programas de Criminal Compliance y las instituciones financieras en la “Nueva ley de blanqueo- Ley N° 12.683/2012, en Apuntes de Derecho Penal Económico II, Ricardo Preda Del Puerto [Coordinador], Editado por ICED, Asunción 2013. Cita: JORGE SILVEIRA/ SAAD DINIZ y número de la página del libro.

KUHLEN, Lothar, La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales, traducción de la edición alemana (2006) por Nuria Pastor Muñoz. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2012. Cita: KHULEN y número de página

LAMPE, Ernst-Joachim, El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 stgb), trad. por Abel Souto, en Estudios penales y Criminológicos, N° 20. Santiago de Compostela, 1997, pp. 104 a 148. Cita: LAMPE y número de página.

LÓPEZ CABRAL, Miguel Oscar. Código Penal Paraguay Comentado. Editorial Intercontinental, Asunción 2009. Cita: LÓPEZ CABRAL y número de página.

MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga. Blanqueo de Capitales y Evasión Fiscal. Editorial Lex Nova- Thomson Reuters. Valladolid, 2012. Cita: MALLADA FERNÁNDEZ y número de página.

MORA RODAS, Nelson Alcides. Código Penal Paraguay Co-mentado 4ª Edición, Editorial Intercontinental, Asunción, 2009. Cita: MORA RODAS y número de página.

PINTO, Ricardo Y CHEVALIER, Ophelie. El delito de Lavado de activos como delito autónomo. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/node/28091> [revisado el 4/03/2013] Editado por CICAD/OEA. Cita: PINTO/CHEVALIER y número de página.

PUPPE, Ingeborg. La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al § 15 del Código Penal Alemán, Traducción de la versión alemana en Strafgesetzbuch-Nomos Kommentar (2009) por Marcelo Sancinetti, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 2010. Cita: PUPPE y número de página

ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I, Traducción de la 2ª Edición alemana (1994) por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y Javier de Vicente, Editorial Civitas, Madrid, 2008. Cita: ROXIN y número de página

RUB, Wolfgang. Comentario al § 261 del Código penal alemán: el blanqueo de dinero”, trad. por ABEL SOUTO, M., y publicado en Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, vol. 6, nº 1, 1997, p. 179 a 196. Cita: RUB y número de página.

SCHÖNE, Wolfgang y CRISCIONI, Claudia, Técnica Jurídica. Método para la resolución de casos penales, Editorial BIJUPA, Asunción, 2010. Cita: SCHÖNE/ CRISCIONI y número de página

STRUENSEE, Eberhard. Lavado de dinero a través de la aceptación de los honorarios para la defensa penal. Conferencia pronunciada en el Centro de Ciencias Penales y Política

Criminal de Asunción, en Manuscrito inédito. Cita: STRUENSEE y número de página.

TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho Penal Económico Parte General y Especial, traducción de las ediciones alemanas (PG 2007- PE 2008). Edit. Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2010. Cita: TIEDEMANN y número de página.

VALLEJO ÁVALOS, María del Rocío. El Lavado de dinero en la legislación paraguaya, en Revista Jurídica de la Universidad Americana [pp. 359-378], Asunción, noviembre 2010. Cita: VALLEJO y número de página

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. El Delito de Legitimación De Capitales: Su Tratamiento en el Marco Normativo Internacional y en la Legislación Comparada. Editado por el Centro para la Administración de Justicia de USA. Miami, 1998. Cita: VIDALES RODRÍGUEZ y número de página.

WESSELS, Johannes. Derecho Penal Parte General. Traducción de la 6ª Edición Alemana (1976) por Conrado Finzi, Editorial Depalma, Buenos Aires 1980. Cita: WESSELS y número de página.

