54627

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 19 • vol. 89 • mar.-abr. / 2011

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Presidência Marta Saad
Coordenação Helena Regina Lobo da Costa

Ano 19 • vol. 89 • mar.-abr. / 2011

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENAÇÃO – Helena Regina Lobo da Costa.

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Ana Elisa Liberatore S. Bechara, Bruno Shimizu, Heloísa Estellita e Mariângela Lopes.

CONSELHO EDITORIAL – Alamiro Velludo Salvador Netto, Alaor Leite, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, André Augusto Mendes Machado, Andrei Zenkner Schmidt, Carina Quito, Carlos Weis, Carolina Dzimidas Haber, Celso Eduardo Faria Coracini, Cleunice Valetim Bastos Pitombo, Cristiano Avila Maronna, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Denise Provasi Vaz, Diogo Malan, Eduardo Reale Ferrari, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fillipe Henrique Vergniano Magliarelli, Giovani Agostini Saavedra, João Paulo Orsini Martinelli, José Danilo Lobato, Karyna Sposato, Juliana Garcia Belloque, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Marina Pinhão Coelho Araujo, Pedro Vieira Abramovay, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Delmanto Júnior, Rodrigo de Grandis, Rodrigo Sanches Rios e Sérgio Salomão Shecaira.

COLABORADORES PERMANENTES

NACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Alberto Silva Franco, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Ivette Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangelli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luis Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS – Adolfo Ceretti, Alejandro Aponte, Anabela Miranda Rodrigues, Ana Isabel Pérez Cepeda, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gimenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Mauricio Martínez Sánchez, Nicolás Rodríguez García, Pedro Caeiro, Olga Spinoza, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia, Stella Maris Martinez e Urs Kindhäuser.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 19 • vol. 89 • mar.-abr. / 2011

Coordenação

HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Publicação oficial do IBCCRIM

Repositório de Jurisprudência autorizado pelos Tribunais Regionais Federais das 1.ª, 4.ª e 5.ª Regiões.

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 19 • vol. 89 • mar.-abr. / 2011

Presidência
MARTA SAAD

Coordenação
HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor responsável
ANTONIO BELINELO

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br
Visite nosso *site*
www.rt.com.br
editorial.revista@rt.com.br

Impresso no Brasil: [04-2011]
Profissional
Fechamento desta edição: [05.04.2011]





IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2011/2012

Diretoria Executiva

Presidente
Marta Saad

1.º Vice-Presidente
Carlos Vico Mañas

2.º Vice-Presidente
Ivan Martins Motta

1.º Secretária
Mariângela Gama de Magalhães Costa

2.º Secretária
Helena Regina Lobo da Costa

1.º Tesoureiro
Cristiano Avila Maronna

2.º Tesoureiro
Paulo Sérgio de Oliveira

Assessores da Presidência
Adriano Galvão
Rafael S. Lira

Conselho Consultivo

Alberto Silva Franco
Marco Antonio Rodrigues Nahum
Maria Thereza Rocha de Assis Moura
Sérgio Mazina Martins
Sérgio Salomão Shecaira

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Biblioteca
Ivan Luís Marques da Silva

Boletim
Fernanda Regina Vilares

Coordenadorias Regionais e Estaduais
Luciano Anderson de Souza

Cursos
Fábio Tofic Simantob

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Iniciação Científica
Fernanda Carolina de Araújo

Internet
João Paulo Martinelli

Mesas de Estudos e Debates
Eleonora Nacif

Monografias
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Núcleo de Jurisprudência
Guilherme Madeira Dezem

Núcleo de Pesquisas
Fernanda Emy Matsuda

Pós-Graduação
Davi de Paiva Costa Tangerino

Relações Internacionais
Marina Pinhão Coelho Araújo

Representante do IBCCrim junto ao OLAPOC
Renata Flores Tibyriçá

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Helena Regina Lobo da Costa

Presidentes das Comissões Especiais

Amicus Curiae
Heloisa Estellita

Código Penal
Renato de Mello Jorge Silveira

Corretora dos Trabalhos de Conclusão do VI Curso de Direito Penal Econômico e Europeu
Heloisa Estellita

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Ana Lúcia Menezes Vieira

Direito Penal Econômico
Heloisa Estellita

Doutrina Geral da Infração Criminal
Carlos Vico Mañas

História
Rafael Mafei Rabello Queiroz

Infância e Juventude
Luis Fernando C. de Barros Vidal

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vitto

Novo Código de Processo Penal
Maurício Zanoide de Moraes

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

15º Concurso de Monografia de Ciências Criminais
Diogo Rudge Malan

17.º Seminário Internacional
Carlos Alberto Pires Mendes

Coordenadorias Regionais

1.ª Região (Acre, Amazonas e Roraima) – Luis Carlos Valois

2.ª Região (Maranhão e Piauí) – Roberto Carvalho Veloso

3.ª Região (Rio Grande do Norte e Paraíba) – Oswaldo Trigueiro Filho

4.ª Região (Alagoas e Sergipe) – Daniela Carvalho Almeida da Costa

5.ª Região (Espírito Santo e Rio de Janeiro) – Márcio Barandier

6.ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins) – Pierpaolo Bottini

7.ª Região (Mato Grosso e Rondônia) – Francisco Afonso Jawsnicker

8.ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina) – Rafael Braude Canterji

Coordenadorias Estaduais

1.ª Estadual (Ceará) – Patrícia de Sá Leitão e Leão

2.ª Estadual (Pernambuco) – André Carneiro Leão

3.ª Estadual (Bahia) – Wellington César Lima e Silva

4.ª Estadual (Minas Gerais) – Felipe Martins Pinto

5.ª Estadual (Mato Grosso do Sul) – Marco Aurélio Borges de Paula

6.ª Estadual (São Paulo) – João Daniel Rassi

7.ª Estadual (Paraná) – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

8.ª Estadual (Amapá) – João Guilherme Lages Mendes

9.ª Estadual (Pará) – Marcus Alan de Melo Gomes



APRESENTAÇÃO

A democracia brasileira tem avançado significativamente, sobretudo nas duas últimas décadas, posicionando-se na linha de frente no âmbito do desenvolvimento democrático em todo o mundo. A despeito de tal expansão – ou justamente em decorrência dela – experimenta-se uma paradoxal erosão nas estruturas do Estado e em suas relações com os cidadãos, no sentido de concretização das garantias fundamentais, de transparência e de boa gestão da administração pública, a evidenciar que o estabelecimento formal de uma democracia política não garante materialmente um Estado Democrático de Direito. Crescem, nesse contexto, as discussões jurídico-penais em torno da corrupção e das diversas formas de criminalidade a ela relacionadas.

Já se afirmou que a corrupção constituiria um elemento cultural ínsito à sociedade brasileira, em cujo âmbito ainda não estaria consolidado o respeito às virtudes republicanas. A noção do público estaria historicamente relacionada, sob esse prisma, não ao povo, mas, sim, ao Estado, de forma a privilegiar os interesses dos detentores do controle estatal, em prejuízo do interesse geral ou da ideia de bem comum.

Desde o início da década de 1990, porém, observa-se no Brasil uma alteração da percepção social acerca da corrupção, deixando-se de lado a mera atitude conformista em relação à Administração Pública para o fim de fomentar uma análise crítica sobre o sentido da cidadania em um contexto verdadeiramente democrático. A partir desse giro metodológico, que deixa de considerar a corrupção desde uma perspectiva moral e isolada da realidade político-econômica na qual se insere, busca-se entender tal fenômeno sob um viés interdisciplinar, que envolve a análise de diferentes âmbitos, tais como o econômico, o político, o administrativo e o sociológico, com o fim de orientar racionalmente a intervenção estatal para seu combate, inclusive na esfera penal.

Da mesma forma, a internacionalização da criminalidade relacionada à corrupção levou à necessidade de conjugação de esforços dos Estados no sentido de estabelecer instrumentos de controle social

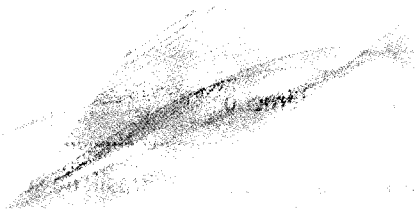
formal harmônicos para o fim de evitar a conformação dos denominados *paraísos jurídico-penais*, implicando a elaboração de inúmeros documentos internacionais voltados ao controle preventivo e repressivo de tais práticas delitivas. Seguindo essa tendência de internacionalização, o Brasil ratificou nos últimos anos diversas convenções, recebendo elogios quanto ao estabelecimento de mecanismos de controle da corrupção, relacionados não apenas a reformas legislativas, como também à criação de estruturas especializadas, pensadas a partir das características específicas brasileiras.

A despeito dos avanços brasileiros em geral na criação de um ambiente favorável ao controle da corrupção, há que se buscar uma contribuição mais efetiva do Direito, em cujo âmbito a discussão ainda resta frequentemente limitada a aspectos conceituais positivistas, que pouco auxiliam no enfrentamento de questões concretas. No marco de uma discussão interdisciplinar e internacional da corrupção e das diversas outras modalidades criminosas a ela relacionadas, e dando continuidade aos projetos de intercâmbio da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, surgiu, assim, a proposta de diálogo entre Brasil e Espanha, seja em razão da proximidade ideológica e cultural entre os juristas e operadores do Direito de ambos os países, seja diante da coincidência de preocupações voltadas ao desenvolvimento de um sistema de intervenção jurídica mais racional e, portanto, eficaz no enfrentamento dessas práticas delitivas, que constituem na atualidade o centro das atenções na esfera penal.

Por meio das diversas abordagens dos autores convidados, provoca-se o leitor a refletir criticamente sobre o fenômeno contemporâneo da corrupção, sob a perspectiva internacional, ao mesmo tempo em que se materializa a certeza de que Espanha e Brasil têm muito a dialogar entre si nesta matéria, contribuindo reciprocamente para a construção de estratégias jurídicas aptas a responder adequadamente às questões postas pela nova realidade.

ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA
Ex-Coordenadora-Chefe da *RBCCrim*. Professora Doutora de Direito Penal da FADUSP. Cocoordenadora desta edição especial.

HELENA REGINA LOBO DA COSTA
Coordenadora-Chefe da *RBCCrim*. Professora Doutora de Direito Penal da FADUSP. Advogada.



Sumário

Edição Especial – Corrupção

Apresentação 7

Direito Penal

1. La política criminal internacional contra la corrupción
   Ana Isabel Pérez Cepeda e Carmen Demelsa Benito Sánchez 13
2. Urbanismo y corrupción: notas sobre el proceso evolutivo de su tratamiento penal en España
   Antonio Vercher Noguera 63
3. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização do direito penal brasileiro: considerações sobre os crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira
   Beatriz Corrêa Camargo 95
4. Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)
   Eduardo A. Fabián Caparrós 131
5. Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y derecho comparado
   Ignacio Berdugo Gómez de la Torre e Giorgio D. M. Cerina 159
6. Administração Pública gerencial e Direito Penal burocrático: implicações na dogmática penal da aplicação do gerencialismo na Administração Pública brasileira
   Luis Felipe Vidal Arellano 215
7. El progresivo diseño de espacios judiciales penales comunes para enfrentar la impunidad de la corrupción
   Nicolás Rodríguez García 239
8. El delito de cohecho de funcionarios nacionales: condicionantes internacionales y principales aspectos de su nueva regulación en el Código Penal español
   Nuria Matellanes Rodríguez 355

9. Corrupción política y derecho
RAFAEL BUSTOS GISBERT 387

10. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual
RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA 407

11. O combate à corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador
YURI CORRÊA DA LUZ 429

PROCESSO PENAL

1. Corrupção: aspectos processuais
ANTONIO SCARANCE FERNANDES E TIAGO CINTRA ESSADO 473

2. A infiltração de agentes no Brasil e na Espanha. Possibilidade de reformulação do sistema brasileiro com base no direito espanhol
MARIÂNGELA TOMÉ LOPES 495

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

TRIBUNAL SUPREMO – ESPANHA

COHECHO – Admitir dádiva o regalo en consideración a su función – Sobreseimiento libre – Improcedencia – Regalos a diversas autoridades, sin que sea necesario acreditar exactos actos de éstos en respuesta a aquéllos 535

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 565

TEMAS 566

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 569

54628

1 La política criminal internacional contra la corrupción

Ana Isabel Pérez Cepeda

Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Ha sido Magistrada de la Audiencia Provincial de La Rioja. Miembro del Grupo de Estudios de Política Criminal, la Asociación Internacional de Derecho penal y el GIR (Grupo de Investigación de Excelencia) de la Universidad de Salamanca "Corrupción, delincuencia económica y crimen organizado". Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca y de la Universidad de La Rioja.

Carmen Demelsa Benito Sánchez

Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Formación como penalista en el *Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht* de la Universidad de Colonia (Alemania). Docente en Criminología en la Universidad de Salamanca.

Área do Direito: Penal; Internacional

Resumen: El presente artículo analiza, desde un punto de vista político-criminal, el fenómeno de la corrupción en nuestros días. Para ello, se parte de un estudio de los efectos de la corrupción. Posteriormente, se analiza el tratamiento de la misma en los diversos instrumentos internacionales y regionales existentes sobre la materia. Finalmente, se realiza toda una serie de propuestas político-criminales orientadas a mejorar la prevención y el combate de la corrupción.

Palabras clave: Cooperación internacional - Corrupción - Corrupción económica - Política criminal - Prevención - Represión penal - Soborno.

Abstract: This paper analyzes the phenomenon of corruption nowadays from a criminal policy perspective. It starts by analyzing the effects of corruption today, how the international and regional initiatives deal with the issue, and finally gives several suggestions in order to better prevent and fight against corruption.

Keywords: Bribery - Corruption - Criminal policy - Criminal repression - Economic corruption - International cooperation - Prevention.

SUMARIO: 1. Introducción. Dimensión internacional del fenómeno corrupción: 1.1 Factores que han favorecido la internacionalización de la corrupción; 1.2 Lesividad de la corrupción – 2. La necesidad de una lucha global contra la corrupción: 2.1 La preocupación internacional: 2.1.1 Objetivos de los instrumentos contra la corrupción; 2.1.2 Mecanismos de seguimiento; 2.1.3 El papel de *Transparency International* en la lucha contra la corrupción; 2.2 Iniciativas internacionales y regionales en la lucha contra la corrupción de Estado: 2.2.1 Medidas preventivas; 2.2.2 Medidas represivas; 2.2.3 Responsabilidad de las personas jurídicas; 2.2.4 Reglas sobre jurisdicción; 2.2.5 Asistencia y cooperación; 2.3 Iniciativas internacionales y regionales en la lucha contra la corrupción económica: 2.3.1 Medidas preventivas; 2.3.2 Medidas represivas; 2.3.3 Responsabilidad de las personas jurídicas; 2.3.4 Reglas sobre jurisdicción. Asistencia y cooperación – 3. Conclusiones: 3.1 Medidas preventivas; 3.2 Elementos comunes; 3.3 Tipos delictivos; 3.4 Asistencia y cooperación.

1. INTRODUCCIÓN. DIMENSIÓN INTERNACIONAL DEL FENÓMENO CORRUPCIÓN[1]

1.1 Factores que han favorecido la internacionalización de la corrupción

Desde tiempos remotos se tiene constancia de que la corrupción, entendida como el uso desviado del poder público para obtener un beneficio privado, ha sido práctica habitual en todas las sociedades.[2] Sin embargo, y pese a su origen tan antiguo, ha sido en las últimas décadas cuando ha adquirido unas magnitudes desorbitadas, afectando tanto a países pobres como a ricos, a gobiernos autoritarios como a democracias consolidadas, a altos cargos de organizaciones internacionales, a dirigentes de empresas multinacionales etc. Esta expansión trae su causa en algunos de los elementos caracterizadores de la era de la globalización, los cuales han contribuido a la internacionalización del crimen, en general, y de la corrupción, en particular.

Así, junto a los factores clásicos que tradicionalmente se han apuntado como favorecedores de las prácticas corruptas –a insuficiente tradición demo-

1. Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación SA033A10-1 financiado por la Junta de Castilla y León. Además, las autoras son miembros del "Grupo de Estudio sobre corrupción, delincuencia económica y crimen organizado" de la Universidad de Salamanca, reconocido como "Grupo de Investigación de Excelencia de Castilla y León".

2. Ya se discutía sobre corrupción en un tratado sobre política de hace 2000 años, el *Arthashastra*, escrito por Kautilya, ministro de un reino indio. Citado por TANZI, Vito. Corruption around the world: causes, consequences, scope and cures. In: ABEND, George T.; GUPTA, Sanjeev (ed.). *Governance, corruption and economic performance*. Washington: International Monetary Fund, 2002. p. 19.

crática, el escaso respeto a los principios democráticos, la discrecionalidad de los funcionarios públicos, los procesos de privatización, la tolerancia social hacia las mismas etc.[3]–, en los últimos tiempos han aparecido otros relacionados con la emergencia de instituciones y organizaciones internacionales, que ha hecho surgir toda una categoría de funcionarios o empleados públicos no pertenecientes a los Estados, pero con competencias y capacidad de adopción de importantes decisiones susceptibles de desviación, y aquellos íntimamente relacionadas con el proceso globalizador.

En este último ámbito, poner de relieve como las empresas transnacionales, que cuentan con un potencial mayor que algunos Estados, han adoptado desde hace tiempo estrategias globales, haciendo uso de los sistemas de información modernos y de la apertura de las frontera, hacen objeto de agresión a las tecnologías sensibles, y por tanto, vulnerables; se benefician de las diferencias económicas entre el primer, segundo y tercer mundo, de las desregulaciones político-financieras de las comunidades económicas, de las necesidades de consumo de viejas y nuevas sociedades, etc. Esta tendencia esconde una amenaza para la sociedad en la medida en que se reduce la visibilidad tanto de los crímenes como de sus víctimas.[4]

El proceso de globalización de la economía propicia prácticas corruptas en el comercio internacional como consecuencia de la existencia de asimetrías o diferencias que se producen a cualquier nivel económico, político, social o jurídico, que son aprovechadas por las empresas para alcanzar los fines propues-

3. Para un análisis de las causas de la corrupción clásica, vide BLANCO CORDERO, Isidoro. La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional. In: PÉREZ ALVAREZ, Fernando (ed.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004. p. 274-291. CARTIER-BRESSON, Jean. Las causas y consecuencias de la corrupción: análisis económico y lecciones aprendidas. In: OCDE (ed.). *Las reglas del juego cambiaron: La lucha contra el soborno y la corrupción*. México: OCDE, 2000. p. 11-18. IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; MEDINA ARNÁIZ, Teresa. Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea. *Revista Penal* 14/53-54; LABAQUI, Ignacio. Las causas de la corrupción: un estudio comparado. *Colección* 14/163-188, 2003. MURIEL PATINO, María Victoria. Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords.). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004. p. 29-30. NIETO GARCÍA, Alejandro. ¿Es inevitable la corrupción? In: AA.VV. *Responsa Iurisperitorum Digesta*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2003. vol. 4, p. 112-114.

4. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento del derecho penal postmoderno*. Iustel, 2007. p. 84 y ss.

tos al amparo de las mismas.[5] También es evidente que la globalización genera un espacio económico carente de una regulación efectiva y, paralelamente, la ausencia de una respuesta uniforme. Los delincuentes y empresas[6] se aprovechan de que, ante formas similares de criminalidad económica, continúa habiendo distintos niveles de reproche social, de represión penal y gravedad de las penas. Ante esta situación, las empresas realizan *jurisdiction shopping*, que consiste en la elección de aquellos territorios con las legislaciones penales más laxas en materia de sobornos para realizar las transacciones comerciales corruptas.[7] En este contexto, la diversidad de los sistemas penales hace surgir importantes núcleos de impunidad que serán aprovechados por las organizaciones criminales empresariales para fijar el escenario de su intervención.

Por otra parte, el espectacular desarrollo de las telecomunicaciones en esta era ha permitido la utilización del sistema financiero al antojo de los delincuentes, quienes pueden disponer de los rendimientos de sus actividades corruptas en cualquier lugar del planeta con un simple *clic* en el ratón del ordenador, dificultándose así el rastreo de ese dinero pues no deja tras de sí las "huellas" que dejaba el dinero en metálico.[8] En este contexto adquieren una importancia fundamental los denominados *paraísos fiscales*; territorios que, además de gozar de un régimen fiscal especialmente favorable para quienes operan en ellos, el secreto bancario, la opacidad y su tradicional rechazo a la colaboración internacional en la lucha contra la criminalidad económica son

---

5. MALEM SEÑA, Jorge F. *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 17 y ROSE-ACKERMAN. Globale Wirtschaft und Korruption. In: PIETH; EIGEN (ed.). *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr*. Basel-Frankfurt am Main, 1999. p. 40 y ss.

6. La desaparición de fronteras físicas e incluso políticas entre los Estados –mayor en las áreas de integración económica– permite que todos, incluidos los delincuentes, se muevan con mayor facilidad por la *aldea global*, dificultándose de este modo su persecución.

7. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 37. MALEM SEÑA, Jorge F. Op. cit., p. 17. MANACORDA, Stefano. *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica*. Nápoles: Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli, 1999. p. 21. RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción. In: _____; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords.). *La corrupción en un mundo globalizado análisis multidisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004. p. 243.

8. GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAÍM, Moisés. The globalization of corruption. In: ELLIOT, Kimberly Ann (ed.). *Corruption and the global economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997. p. 14.

particularidades que los definen. Estas características de los también denominados centros *offshore* no sólo rompen la integridad de los sistemas tributarios nacionales al reducir gravemente las bases imponibles –generando lo que se ha llamado competencia fiscal nociva[9]–, sino que facilitan la labor de los corruptos a la hora de ocultar los fondos procedentes de sus actividades venales.[10]

Estos factores han propiciado un auge de la corrupción *clásica*, es decir, de la corrupción vinculada al funcionamiento de la Administración pública y, junto a ella, la aparición de *nuevas formas de corrupción* vinculadas a las transacciones económicas. Tradicionalmente, el término "corrupción" se ha empleado para describir comportamientos que acontecen en el marco de las relaciones entre administrado y Administración Pública, por lo que siempre había de estar presente un funcionario público para poder hablar de corrupción.[11] Sin embargo, en el momento actual es notable el empleo de la voz "corrupción" para describir otros comportamientos un tanto alejados del ámbito público. Ello trae su causa, por un lado, en el creciente proceso privatizador de los servicios públicos acaecido en los últimos años. Importantes parcelas de la vida, como la educación, la sanidad, los transportes o las telecomunicaciones han sido total o parcialmente privatizadas, por lo que la línea divisoria entre lo público y lo privado se ha difuminado, lo que imposibilita distinguir con facilidad los comportamientos de *corrupción pública* de los comportamientos de

9. Como ha señalado JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. XXII Congreso de alumnos de Derecho penal (ejemplar mecanografiado): "El paraíso fiscal es, pues, un espacio privilegiado para los fines de cualquier actividad defraudatoria o delictiva. Los avances para excluirlos de la economía internacional son muy limitados o nulos. A pesar de ello, para tratar de frenar la utilización por organizaciones criminales de estas zonas de impunidad se trata de desarrollar el *derecho penal de la globalización que* consiste en tratar de 'proporcionar una respuesta uniforme o, al menos, armónica a la delincuencia transnacional que evite la conformación de *paraísos jurídico-penales*'". Vide, en este sentido, Cerina, Giorgio. *La lucha contra la corrupción en el siglo XXI: el papel del derecho penal. Estudio crítico del delito de cohecho en Italia y en España*, Tesis doctoral manuscrita, en prensa.

10. BLANCO CORDERO, Isidoro; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la 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. *Revista Penal* 6/5, 2000. CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos. Corrupción, globalización y delincuencia organizada. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords.). Op. cit., p. 219.

11. De hecho, como se indicó en las primeras líneas de este trabajo, la definición clásica de corrupción no es otra que "el uso del poder público en beneficio privado".

corrupción privada.[12] Por otro lado, como se ha señalado, el auge de las relaciones comerciales internacionales y la presencia en las mismas de nuevos actores como son las empresas multinacionales han traído consigo la aparición de una nueva modalidad de corrupción que se ha dado en denominar *corrupción en las transacciones comerciales internacionales.*

Precisamente, desde mediados de los años noventa se habla en los instrumentos internacionales de *corrupción privada* y de *corrupción en las transacciones comerciales internacionales.* Salvo contadas excepciones,[13] hasta esta época los Estados no comenzaron a introducir en sus Ordenamientos jurídicos sanciones penales para este tipo de conductas. Estas dos modalidades de corrupción no afectarían ya al clásico bien jurídico identificado con el correcto desempeño de la función pública, sino principalmente a otro de carácter socioeconómico: el correcto funcionamiento del mercado (si bien, respecto de la segunda modalidad delictiva tal afirmación debe ser matizada).[14] Estas dos

12. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción. Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la convención de la OCDE sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997). In: FERRÉ OLIVÉ, Juan C. et al. *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario.* Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2002. p. 104. GALLEGO-CASILDA GRUA, Yolanda. The European Union's initiatives in the fight against corruption. In: ALVAZZI DEL FRATE, Anna; PASQUA, Giovanni (eds.). *Responding to the challenges of corruption.* Roma: Unicri, 2000. p. 190. STESSENS, Guy. The international fight against corruption. General Report. *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 72, 3-4, p. 914, 2001. GARCÍA MEXÍA, Pablo. *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea.* Pamplona: Aranzadi, 2001. p. 49.

13. Por ejemplo, la *Ley sobre prevención de la corrupción* aprobada en Gran Bretaña en 1906 abogaba ya por la sanción penal de la corrupción privada. Respecto de la corrupción en transacciones comerciales internacionales, el primer documento en el que se castigaban penalmente tales comportamientos es la *Ley de prácticas corruptas en el extranjero*, aprobada en Estados Unidos en 1977.

14. En el caso de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, se trata de un bien jurídico pluriofensivo. No puede obviarse que cuando un funcionario de un Estado acepta un soborno de una empresa, provenga ésta de donde provenga, está incumpliendo los deberes de imparcialidad y objetividad que le son propios, dañándose de este modo el correcto desempeño de la función pública. En consecuencia, lesiona la competencia leal en el mercado internacional y, a la vez, el correcto ejercicio de la función pública en el Estado del funcionario corrupto. En este sentido, vide CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte especial.* Madrid: Marcial Pons, 2004. t. I, p. 2117. CUESTA ARZAMENDI, José Luís de la; BLANCO CORDERO, Isidoro. Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, p. 12, 2001-2002. NIETO

variedades de corrupción se han visto favorecidas no sólo por los factores anteriormente expresados derivados del proceso globalizador, sino también porque hasta ese momento la delincuencia económica trasnacional tenía un factor o causa principal: la anomia. No existía un planteamiento político-criminal que demandara la persecución internacional de los delitos económicos, es decir, la prohibición de determinadas prácticas que llevan a cabo algunas empresas en cualquier lugar en que se hubieran producido, tampoco existe ni ha existido un organismo internacional neutral capaz de garantizar la persecución y castigo de los responsables de las mismas. Sin embargo, este planteamiento no es de extrañar cuando ni siquiera existe un control político del sector económico, sino al revés.[15]

En cualquier caso, la corrupción –de Estado o económica– aparece ahora *internacionalizada* y genera unos efectos, como seguidamente se verá, aún más graves que la corrupción *clásica*, no sólo porque su magnitud aumente dentro de las naciones que la sufren sino porque, además, despliega sus efectos sobre la economía mundial.

1.2 Lesividad de la corrupción

La corrupción es considerada hoy en día como un gran problema social que puede poner en peligro la estabilidad y la seguridad de las sociedades, amenazar el desarrollo social, económico y político y arruinar el valor de la democracia y la moral. Parece probado que la corrupción, entre otras cosas, ha provocado los efectos que a continuación se señalan.

En la *esfera política*, la corrupción deteriora las instituciones democráticas.[16] Así, cuando el soborno se convierte en una constante en los intercambios entre

---

MARTÍN, Adán. La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado). *Revista Penal* 10/61, jul. 2002. STESSENS, Guy. Op. cit., p. 910 y 913. También el *Informe explicativo* de la *Convención penal contra la corrupción* del Consejo de Europa en su párrafo 48 señala que en el caso del soborno a funcionarios públicos extranjeros hay dos intereses a proteger: uno, "la transparencia y la imparcialidad en el proceso de toma de decisiones de Administraciones Públicas extranjeras" y otro, "proteger la competencia leal en los negocios". CONSEJO DE EUROPA. *Explanatory Report on the Criminal Law Convention on Corruption*. Estrasburgo: Council of Europe Press, 1999. párrafo 48.

15. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Op. cit., p. 84 y ss.

16. CUESTA ARZAMENDI, José Luís de la. Iniciativas internacionales contra la corrupción. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n. 17, p. 10. San Sebastián, 2003. BANNENBERG, Britta. *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle. Eine krimi-*

la Administración Pública y los ciudadanos, éstos perciben que las decisiones que les afectan no se toman atendiendo al interés general. En consecuencia, la confianza del ciudadano en las instituciones democráticas desaparece, y la legitimidad del Estado se socava, desapareciendo de este modo el fundamento sobre el que ha de asentarse el Estado democrático y de Derecho.

En la *esfera de los derechos fundamentales*, la corrupción vulnera el derecho a la igualdad proclamado hace más de medio siglo en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*.[17] En efecto, el pago de un soborno para la obtención de un servicio público excluye del disfrute del mismo a los que no tienen recursos para efectuar dicho pago, imposibilitando así que aquella igualdad formal sea real y efectiva. La corrupción puede tener, además, graves consecuencias sobre otros derechos básicos de las personas. Afirmaba Peter Eigen, ex presidente de *Transparency International*, en el *Informe Global de la Corrupción* del año 2005 que "la corrupción se cobra vidas",[18] y no le faltaba razón.[19] No son aislados los casos en los que para afrontar el pago de un soborno, una empresa reduce la calidad o cantidad de los materiales empleados en la construcción de la obra que le ha sido adjudicada, poniéndose así en peligro la vida y la salud de los trabajadores de la misma y de las personas que después la utilicen.[20]

---

nologisch-strafrechtliche Analyse. Neuwied: Luchterhand, 2002. p. 9. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *La corrupción y los delitos*... cit., p. 29. IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; MEDINA ARNÁIZ, Teresa. Op. cit., p. 55. MANFRONI, Carlos A.; WERKSMAN, Richard. *La Convención Interamericana contra la corrupción. Anotada y comentada*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 28.

17. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *RBCCrim* 81/16-17. São Paulo: Ed. RT, nov.-dec. 2009.

18. EIGEN, Peter. Introducción. *Informe global contra la corrupción*. Transparencia Internacional, 2005. p. 9.

19. En ese mismo informe se relata el caso de Satyendra Kumar Dubey, trabajador indio de 31 años, supervisor de la construcción de un tramo de autopistas de *Goleen Quadrilateral* en su país. El 27.11.2003 fue asesinado, al parecer, por haber denunciado la corrupción existente en su sector de trabajo. El caso completo puede leerse en RAKESH, Sinha. Los informantes de la corrupción en la construcción: la lucha fatal de un hombre. *Informe Global contra la Corrupción*. Transparencia Internacional, 2005. p. 15 y ss.

20. FIEBIG y JUNKER nos recuerdan el derrumbe de un centro comercial en Seúl en 1995 con cientos de víctimas mortales. Después se descubrió que la empresa constructora había pagado sobornos para ganar la adjudicación y que había reducido los costes ocasionados por el pago de tales sobornos de la calidad de los materiales empleados

En el *ámbito económico*, aunque se afirme que pequeñas dosis de corrupción pueden impulsar el crecimiento económico,[21] lo cierto es que en el largo plazo los efectos de la corrupción sobre la economía pueden ser devastadores pues tiende a perpetuarse en el tiempo y a expandirse en el espacio. Por un lado, desde el momento en que existe corrupción en una sociedad, hay un elemento de "aprendizaje a través de la práctica"[22] que implica un aumento de la corrupción con el paso del tiempo. Por otro, cuando alguien realiza un primer acto venal, presiona al resto para que realice más, iniciándose toda una cadena de actos corruptos a la que será difícil poner fin, ya que cuando "todo el mundo lo hace", la corrupción se convierte en sistémica, y deja de ser racional (sobre todo en el ámbito empresarial) permanecer fuera de ese "círculo de corrupción".[23] Cuando la corrupción ha impregnado todos los sectores de la sociedad, el crecimiento económico se tambalea. Concretamente, la corrupción reduce la eficiencia en el uso de los recursos públicos, aumenta el gasto público pero destinándolo a proyectos innecesarios o improductivos ("catedrales en el desierto"), reduce la inversión extranjera en el largo plazo, provoca la huída de los capitales "honestos" hacía otros territorios, impide el libre juego de la oferta y la demanda no sólo en los mercados nacionales, sino también –por la procedencia de los actores– en el mercado mundial. En definitiva, corrupción y precariedad económica van unidas. Así lo pone de manifiesto *el Índice de Percepción de la Corrupción* (IPC) elaborado cada año por *Transparency International*, un *ranking* anual que clasifica a los países según el grado de corrupción que se percibe como existente entre sus funcionarios públicos y políticos. Los últimos puestos del IPC de 2010, ésos que se corresponden con los países *percibidos* como más corruptos, los ocupan países con una situación económica extremadamente preocupante –Somalia, Myanmar y Afganistán–, reservándose los primeros puestos para los países más desarrollados.

Sin embargo, la corrupción no es exclusiva de los países pobres. Otro indicador de *Transparency International*, el *Índice de Fuentes de Soborno* (IFS), que

---

en la construcción. Vide FIEBIG, Helmut; JUNKER, Heinrich. *Korruption und Untreue im öffentlichen Dienst. ErkennenBekämpfenVorbeugen*. Berlín: Erich Schmidt, 2000. p. 13.

21. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Op. cit., p. 14.

22. TANZI, Vito. Corrupción, sector público y mercados. *Información Comercial Española* 741/9-23, mayo 1995.

23. BULL, Martin J.; NEWELL, James L. Conclusion: political corruption in contemporary democracies. In: _____; _____ (eds.). *Corruption in contemporary politics*. Palgrave Macmillan, 2003. p. 240.

clasifica a los veintidós países económicamente más influyentes del mundo en función de la propensión de sus empresas a sobornar en el extranjero, pone de manifiesto como los denominados "países emergentes" (Brasil, Rusia, India y China) aparecen entre los últimos cinco puestos del *ranking*, es decir, entre aquéllos cuyas empresas son más propensas al pago de sobornos en el exterior. Pero además, países sin duda desarrollados como Estados Unidos, España o Italia aparecen en posiciones nada elogiables en la mitad inferior de dicho *ranking*.

En consecuencia, puede afirmarse que la corrupción no es exclusiva de los países pobres sino que los países desarrollados exportan, con frecuencia, corrupción a los países más desfavorecidos. Además, tiene repercusiones significativas en indicadores macroeconómicos esenciales,[24] como la libre competencia, la estabilidad y solidez del mercado y el buen funcionamiento del sistema democrático y de Derecho.

Puede constatarse que son muchos los peligros y muy graves las consecuencias –directas e indirectas– que origina esta "forma de destrucción del tejido social" y que fundamentan la necesidad de la lucha contra la misma de un modo ordenado y eficaz. Los problemas, por domésticos que parezcan, son de carácter planetario y, por ende, requieren respuestas y soluciones globales. El fenómeno de la corrupción, asociado generalmente a la delincuencia organizada y empresarial, ha puesto en evidencia la insuficiencia de las diversas jurisdicciones nacionales para su persecución. Por tanto, la creación y el mantenimiento de un marco viable de lucha conjunta contra la corrupción es un reto importante al que se enfrenta la comunidad internacional, en la medida en que los gobiernos no podrán solucionar adecuadamente estos nuevos problemas que surgen si actúan aisladamente o a través de las formas tradicionales de cooperación internacional en materia de prevención del delito. Una estrategia preventiva concertada, más los lazos formales, ofrecen una base de colaboración internacional consolidada contra el crimen. Efectivamente, en un mundo globalizado se sienten con mayor urgencia las necesidades de que un fenómeno tan extraordinariamente dañino como es la corrupción encuentre vías de solución desde, en lo que aquí atañe y dejando aparte otros aspectos, el prisma estrictamente penal. En todo caso, ni ello parece fácil, ni podemos negar la dosis de escepticismo que existe sobre las

24. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. Perfil criminológico de la delincuencia trasnacional organizada. In: PÉREZ ALVAREZ, Fernando (ed.). Op. cit., p. 659.

posibilidades del derecho global para una suficiente realización del ideal del imperio de la ley en éste y en otros campos.

2. LA NECESIDAD DE UNA LUCHA GLOBAL CONTRA LA CORRUPCIÓN

2.1 La preocupación internacional

En una era de tendencia globalizadora imparable, la preocupación internacional por la corrupción es clara. El fenómeno de la corrupción, en cualquiera de sus vertientes, sea social, económica o política, ocupa buena parte de las reflexiones y preocupaciones del mundo actual, constituyendo uno de los temas estrella dentro de la política criminal internacional. No es de extrañar, por ello, que en los últimos tiempos se hayan visto intensificados internacionalmente los esfuerzos dirigidos a procurar una mejor prevención de este fenómeno desde el plano global (función pública global, competencia global, mercado global) y/o regional, y a asegurar una mejor persecución y sanción de los hechos mediante una colaboración internacional que se presenta ya como irrenunciable para poder combatir la corrupción y para promover el sentido de responsabilidad, transparencia y legalidad.

Recientemente, al lado de la inclusión de la corrupción privada y la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros e internacionales entre los sujetos de la corrupción, los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción tienen como finalidad equiparar o armonizar las respuestas sancionadoras proporcionadas por las leyes internas y, a la vez y por medio de ello, facilitar la cooperación internacional entre los Estados, así como la promoción de mecanismos preventivos eficaces.

Estos objetivos obedecen a las dificultades e insuficiencias que se intensifican exponencialmente cuando se pretende la persecución de estos hechos en el plano internacional. De un lado, por la ausencia de estructuras internacionales eficaces de aplicación directa. De otro, por la propia diversidad legislativa y de opciones político-criminales en la materia, que se traduce muy frecuentemente en la ausencia de una definición uniforme o paralela de las conductas delictivas por parte de las legislaciones internas, algo especialmente lamentable cuando, como es sabido, la doble incriminación constituye un presupuesto elemental imprescindible para la cooperación internacional a través de la extradición u otros sistemas de mutuo auxilio en materia penal.

Conscientes de todo ello, los Estados, reunidos en diversos organismos regionales e internacionales han ido elaborando, desde mediados de la década

de los noventa, documentos vinculantes contra la corrupción con los objetivos específicos que en el siguiente epígrafe se apuntan.

2.1.1 Objetivos de los instrumentos contra la corrupción

Las organizaciones regionales que se han encargado de confeccionar instrumentos contra la corrupción han sido la Organización de Estados Americanos (OEA), el Consejo de Europa, la Unión Europea (UE) y la Unión Africana. Con vocación global destacan los instrumentos los elaborados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y por Naciones Unidas.

En este último ámbito, a nivel global, el primer documento vinculante contra la corrupción fue el *Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales*, elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, Convenio OCDE). Dedicado a una modalidad muy concreta de corrupción, la que acontece en el mercado internacional, fue impulsado por la EE.UU., único país hasta ese momento que castigaba a sus nacionales por sobornar a funcionarios públicos de otros Estados y que, por ende, consideraba que sus empresas actuaban en el comercio internacional en una situación de desventaja respecto de aquéllas de otros países que no poseían una legislación similar y que podían recurrir el soborno para ganar cuotas de mercado. El Convenio se abrió a la firma en París el 17.12.1997[25] con el objetivo de lograr unas reglas de juego comunes en el mercado internacional, instando a los Estados ratificantes a tipificar como delito el cohecho activo de funcionarios públicos de otros Estados y de organizaciones internacionales. Al Convenio se agregaron unos *Comentarios* en donde se aclaran numerosos aspectos del mismo.[26]

El documento de la OCDE, como se ha mencionado, únicamente se refería a la corrupción en transacciones comerciales internacionales. Además, la OCDE no es una organización representativa de todos los Estados del planeta. Por ello era necesario adoptar un instrumento contra toda modalidad

25. En vigor el 15.02.1999.

26. Su naturaleza jurídica es controvertida pues no forman parte del Convenio, no tienen carácter vinculante y no son objeto de firma o ratificación por los Estados que suscriban el Convenio. En opinión de SACERDOTI, Giorgio. ¿Sobornar o no sobornar? In: OCDE (ed.). Op. cit., p. 41, ofrecen un "elemento significativo del contexto" en el cual se elaboró el Convenio y constituyen una guía para la interpretación de la Convención, si bien no se trataría de una interpretación concluyente y auténtica.

de corrupción y con vocación verdaderamente universal; cometido que sólo podía ser desempeñado por la Organización de Naciones Unidas. A finales de la década de los noventa, la Oficina de la ONU contra las drogas y el delito publicó en Viena el *Programa Global contra la Corrupción*, con objetivos a nivel global –la aprobación de instrumentos internacionales contra la corrupción– y a nivel nacional –lograr apoyo y ayuda técnica entre los Estados para elaborar normas y mecanismos de prevención, así como para la formación de los propios funcionarios o agentes destinados a la lucha contra la corrupción[27]–. Sin embargo, antes de lograr un convenio en esta materia, el 15.11.2000 veía la luz en Palermo la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*,[28] con el propósito de "promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional" (art. 1). No cabe duda de que la corrupción en el momento actual, dada la dimensión internacional que ha adquirido, es una de las modalidades más del crimen organizado transnacional. Por ello, ese documento hace referencia a la corrupción, exigiendo a los Estados parte a la tipificación de la corrupción activa y pasiva de funcionarios nacionales, y "sugiriendo", tipificar el cohecho activo y pasivo de funcionarios extranjeros.

Poco después de la reunión en Palermo, la Asamblea General de la ONU aprobó la *Resolución 55/61*,[29] en la que la Organización reconoce la conveniencia de elaborar un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción, independiente de la Convención del año 2000, y decide establecer un comité especial encargado de la negociación de dicho instrumento. Días más tarde se adoptó la *Resolución 55/188*,[30] en la que se insiste en la necesidad de adoptar medidas nacionales e internacionales para combatir la corrupción en las transacciones comerciales internacionales y se resalta la importancia de elaborar instrumentos contra la transferencia ilícita de fondos y la necesidad de restituir esos fondos a sus países de origen. Así mismo, reitera la petición al Secretario General ya contenida en la *Resolución 55/61* sobre la constitución de un grupo intergubernamental de expertos encargado de preparar la negociación de un futuro instrumento jurídico contra la corrupción, a la vez que

27. CUESTA ARZAMENDI, José Luís de la. Op. cit., p. 46.

28. Entró en vigor el 29.09.2003.

29. *Resolución de la Asamblea General 55/61, un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción*, de 04.12.2000 (A/RES/55/61).

30. *Resolución de la Asamblea General 55/188, prevención de las prácticas corruptas y la transferencia ilícita de fondos y lucha contra ellas y repatriación de esos fondos a sus países de origen*, de 20.12.2000 (A/RES/55/61).

invita al grupo de expertos a examinar la cuestión de los fondos transferidos ilícitamente y la repatriación de esos fondos a sus países de origen. El resultado de las negociaciones fue la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* (en adelante, CNUCC), adoptada en Mérida, México, el 31.10.2003,[31] cuyos fines son, según su art. 1, "promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos".

Entre los instrumentos de carácter regional, el primero en ver la luz fue la *Convención Interamericana contra la Corrupción* (en adelante, CICC), elaborada bajo los auspicios de la OEA. Su origen hay que situarlo en la *Cumbre de Presidentes de las Américas* celebrada en Miami en diciembre de 1994, en la cual, el gobierno de Venezuela presentó un proyecto de convención que sería la base sobre la que trabajaría el Grupo de Trabajo de la Asamblea General de la OEA, "Probidad y Ética Cívica", para la elaboración del texto definitivo que se aprobaría en Caracas el 29.03.1996.[32] Como señala el art. 2 del documento, su propósito es promover y fortalecer el desarrollo de mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; así como la cooperación entre los Estados para asegurar la eficacia de las medidas y acciones adoptadas contra la corrupción.

En el ámbito europeo es preciso distinguir entre las iniciativas procedes de la Unión Europea y las procedentes el Consejo de Europa, pues unas y otras no tienen el mismo ámbito de aplicación. Dentro de la UE, las primeras iniciativas contra la corrupción se vincularon a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Es el *Primer Protocolo Adicional*[33] al *Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas* (en adelante, Convenio PIF)[34] el que resalta en sus *Considerandos* la necesidad de tutelar los intereses financieros de las Comunidades Europeas frente a actos

31. Entró en vigor el 14.12.2005.

32. La convención entró en vigor desde el 06.03.1997.

33. *Protocolo establecido sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*, de 27.09.1996 (DOCE n. C 313, de 23 de octubre). Entró en vigor el 17.10.2002.

34. *Convenio establecido sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*, de 26.07.1995 (DOCE n. C 316, de 27 de noviembre). Entró en vigor el 17.10.2002.

de corrupción cometidos por o respecto de funcionarios comunitarios o de Estados miembros responsables de la percepción, gestión o desembolso de los fondos comunitarios sometidos a su control, para lo cual, abogaba por la tipificación como delito en las legislaciones nacionales de tales comportamientos.

La necesidad de otorgar un tratamiento más amplio al problema de la corrupción motivó la adopción de un nuevo documento, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea[35] (en adelante, Convenio UE), cuyo objetivo era lograr el castigo penal en las legislaciones nacionales de cualquier acto de corrupción en el que estuvieran implicados o afectara a funcionarios comunitarios o de Estados miembros de la Unión.

Mientras en el seno de la Unión Europea se aprobaban diferentes documentos relativos a la lucha contra la corrupción, a nivel internacional se gestaban y nacían otros textos sobre la materia. A finales de 1997 se adoptaba el mencionado Convenio OCDE, mientras que por aquel tiempo, el Consejo de Ministros del Consejo de Europa debatía un programa de acción contra la corrupción que tenía como prioridad la elaboración de un convenio penal contra la corrupción. Para evitar la duplicación inútil o la incompatibilidad entre los instrumentos de la OCDE y del Consejo de Europa, y los provenientes de la Unión Europea, en el seno de ésta se aprobaron *Posiciones Comunes*[36] en 1997. La primera encargaba a los Estados miembros que participaran en las negociaciones de esos otros documentos la tarea de velar por la compatibilidad de los mismos con el Convenio UE, en particular, "en materia de asistencia judicial, extradición, lucha contra la corrupción y protección de intereses financieros de la Comunidad". En la segunda se establecían disposiciones más concretas a tener en cuenta en las negociaciones de los otros instrumentos.

---

35. *Convenio establecido sobre la base de la letra c del apartado 2 del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea*, de 26.05.1997 (DOCE n. C 195, de 25 de junio). Entró en vigor el 28.09.2005.

36. *Posición Común definida por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a las negociaciones en el Consejo de Europa y en la OCDE sobre la lucha contra la corrupción* (97/661/JAI), de 06.10.1997 (DOCE n. L 279, de 13 de octubre) y *Segunda Posición Común definida por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a las negociaciones en el seno del Consejo de Europa y de la OCDE en torno a la lucha contra la corrupción* (97/783/JAI), de 13.11.1997 (DOCE n. L 320, de 21 de noviembre).

Los textos comunitarios hasta ahora reseñados no tuvieron en cuenta la corrupción en el sector privado porque tradicionalmente la corrupción se ha vinculado ámbito de lo público y no existía la intención de intervenir político-criminalmente en el ámbito económico. Sin embargo, la metodología de estos comportamientos es perfectamente trasladable al ámbito de las relaciones entre particulares. La necesidad de dar un tratamiento específico a esta modalidad de corrupción se plasmó por primera vez en un texto vinculante supranacional en la *Acción Común 98/742/JAI sobre la corrupción en el sector privado*,[37] que instaba a los Estados miembros a adoptar sanciones penales contra los actos de corrupción privada. La falta de eficacia de este instrumento (varios Estados miembros no habían tipificado delito alguno de corrupción privada en sus Ordenamientos), unida a la evolución de la forma jurídica de las iniciativas comunitarias en el ámbito del "tercer pilar", provocó que el Consejo adoptara, pocos años después, la *Decisión Marco 2003/568/JAI relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*,[38] con el objetivo, como señalan sus *Considerandos* de "asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros, que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales delitos y que éstos se castiguen con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias".

Si bien en los instrumentos comunitarios hasta ahora descritos, en especial, en el Convenio de 1997, se daban pasos importantes para lograr la armonización de las legislación penales de los Estados miembros, lo cierto es que se han observado deficientes resultados en la utilización de esta técnica, como lo demuestra la tardanza con la que los convenios son ratificados por los Estados miembros.[39] Pero además, la armonización mínima de tipos penales que se exige en el citado convenio no soluciona el problema de la diferencia de penas en los distintos Ordenamientos jurídicos, pues los Estados miembros gozan de

37. *Acción Común 98/742/JAI adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado*, de 22.12.1998 (DOCE n. L 358 de 31.12.1998).

38. *Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado* de 22 de julio de 2003 (DOUE n. L 192/54 de 31.07.2003).

39. VERVAELE, John A. E. La Unión Europea y su espacio penal europeo: los desafíos del modelo de *Corpus Juris* 2000. In: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; DIEGO DÍAZ-SANTOS, María del Rosario (coords.). *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*. Madrid: Colex, 2001. p. 200. El Convenio UE de 1997 tardó ocho años en entrar en vigor.

discrecionalidad para asignar a cada supuesto una pena.[40] Con la intención de superar estos problemas se elaboró el *Corpus Juris sobre disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, el cual se dirige a la unificación, al menos en cuestiones básicas de parte general y de parte especial del Derecho penal, de los Ordenamientos jurídico-penales de los Estados miembros de la Unión.[41] El *Corpus* está orientado exclusivamente a la protección de los intereses financieros de la Unión, abogando por la tipificación, entre otros delitos, de la corrupción activa y pasiva de funcionarios comunitarios y de Estados miembros de la Unión, siempre que afecte a dichos intereses.

Sin embargo, después del Tratado de Lisboa (TFUE), el *ius puniendi* sigue siendo competencia de los Estados, de tal manera que la UE marcará exclusivamente la política criminal en determinados ámbitos a los Estados miembros. El art. 83.1 TFUE establece que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer mediante directivas, a través del procedimiento legislativo ordinario, "normas mínimas" relativas a la definición de las "infracciones penales" y de las "sanciones" en ámbitos de "especial gravedad" que además tengan una dimensión transfronteriza derivada del "carácter", o de las "repercusiones" de dichas infracciones, o de la "necesidad particular" de combatirla según criterios comunes. En un principio, parece que se trata de normas mínimas con relación a la identificación del catálogo de figuras delictivas. Los delitos que pasan a ser competencia europea son aquellos que tengan una "dimensión transfronteriza", es decir, que extiendan sus efectos más allá de uno de los Estados miembros. La misma se obtendrá bien por el "carácter" de las infracciones, esto es, porque afecte a bienes jurídicos directamente relacionados con la esencia de la Unión Europea, bien con las "repercusiones" que vayan a tener en más de uno de los Estados miembros.[42] Los bienes jurídicos propiamen-

40. Así lo apunta CARRERA HERNÁNDEZ, F. Jesús. La persecución penal de la corrupción en la Unión Europea. In: VV.AA. *Cooperación jurídica internacional*. Madrid: BOE, 2001. p. 233. No obstante, existen algunos criterios comunes que los Estados miembros deben seguir. Por ejemplo, en el art. 5 del Convenio de 1997 se señala que, al menos para los casos graves, deben preverse penas privativas de libertad que permitan la extradición.

41. CARRERA HERNÁNDEZ, F. Jesús. Op. cit., p. 233-234; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Hacia la unificación del derecho penal comunitario. El *corpus iuris* europeo. *La Ley*, t. I, p. 1923, 1998. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. La corrupción en el marco del *corpus juris*. In: _____; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; DIEGO DÍAZ-SANTOS, María del Rosario (coords.). *El derecho penal ante la globalización*. Madrid: Colex, 2002. p. 110.

42. ACALE SÁNCHEZ, María. Derecho penal y Tratado de Lisboa. *Revista de Derecho Comunitario* 30/359 y ss., 2008.

te europeos, considerados ámbitos de especial gravedad, vienen tasados en el propio artículo y, entre ellos, se encuentra la corrupción, sin que se señale si se refiere a la corrupción pública o privada. En consecuencia, basta con desarrollar a través de directivas una política criminal en materia de corrupción unida en la diversidad, que respetando identidades históricamente fraguadas, supere las antiguas divisiones,[43] evitando las diferencias obvias que existen hasta el momento entre los Estados miembros en el tratamiento jurídico-penal de la corrupción.

El Consejo de Europa, por su parte, reunido en la XIX Conferencia de Ministros de Justicia de sus Estados miembros en La Valeta en 1994, manifestó su deseo de luchar contra la corrupción por considerarla una seria amenaza para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos. Por ello, en dicha Conferencia se acordó la creación de un *Grupo Multidisciplinar sobre la Corrupción* encargado de examinar medidas para incluir en un futuro programa de acción contra la corrupción y de examinar la posibilidad de elaborar una convención internacional sobre la materia que debería incluir mecanismos de seguimiento sobre su implementación. El *Programa de Acción contra la Corrupción* fue adoptado por el Comité de Ministros a finales de 1996 y en él se incluía la preparación de un convenio contra la corrupción. Finalmente no fue uno, sino que fueron dos. El 27.01.1999 veía la luz la *Convención penal sobre la Corrupción*, y el 4 de noviembre de ese mismo año, la *Convención civil sobre la Corrupción*.[44] La primera pretende, como señalan su *Considerandos*, proteger a la sociedad civil de la corrupción mediante la adopción de una legislación apropiada en la materia, incluidas medidas preventivas adecuadas. La segunda centra su atención en las víctimas de los actos corruptos, instando a los Estados a adoptar procedimientos para que las personas que han sufrido daños resultantes de actos de corrupción puedan defender sus derechos e intereses, e incluso recibir una indemnización por ello.

Dentro de otra organización regional, la Unión Africana, que engloba a todos los países del continente con la excepción de Marruecos, se adoptó el 11.07.2003 la *Convención para la prevención y lucha contra la corrupción*[45] con los ambiciosos objetivos de promover y fortalecer el desarrollo de mecanismos para prevenir, detectar, castigar y erradicar la corrupción y otros delitos

43. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. La Constitución para Europa: un reto político-criminal. *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 20/226, 2005.

44. La *Convención penal* entró en vigor el 01.07.2002. La *Convención civil*, el 01.11.2003.

45. Entró en vigor el 04.08.2006.

conexos en África;[46] de promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados parte con la finalidad de asegurar la efectividad de medidas y acciones para prevenir, detectar, castigar y erradicar la corrupción y otros delitos conexos; y de coordinar y armonizar las políticas y legislaciones entre los Estados parte con el propósito de prevenir, detectar, castigar y erradicar la corrupción en el continente. Sin duda, un paso importante para una organización cuyos Estados parte se perciben entre los más corruptos del planeta según el *Índice de Percepción de la Corrupción* elaborado por *Transparency International*.

La ratificación de los convenios internacionales contra la corrupción puede quedar sin efecto si no existe una verdadera voluntad política por parte de los Estados de cumplir con ellos. Por esta razón, son varios los organismos que han previsto en el articulado de los convenios o en documentos posteriores *mecanismos de seguimiento* de su implementación por parte de los Estados; mecanismos que se analizan en el siguiente epígrafe.

2.1.2 Mecanismos de seguimiento

El primer documento en establecer un mecanismo de seguimiento fue el *Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros* de la OCDE. Su art. 12 señala que "las partes cooperarán en la realización de un programa de seguimiento sistemático para supervisar y promover la plena aplicación del presente Convenio". Son los *Comentarios* al Convenio los que desarrollan este precepto, tomando como referencia lo señalado en un documento adoptado meses antes que el Convenio por el Consejo de la OCDE, la *Recomendación revisada sobre la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Este instrumento encarga al Grupo de Trabajo de la OCDE sobre corrupción en transacciones comerciales internacionales la labor de monitorear la implementación de la Recomendación (y ahora, del Convenio) por los Estados parte. Esta labor se fundamenta en la realización de una serie de exámenes periódicos sobre las medidas adoptadas por cada país en aplicación del Convenio.[47]

---

46. A lo largo de toda la Convención se habla de corrupción y *delitos conexos*. Se optó por incluir esta expresión para evitar problemas terminológicos entre los diferentes sistemas legales que son parte de la Convención. MUNA, Akere. La Convención de la Unión Africana contra la Corrupción. In: TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Informe global de la corrupción*, 2004. p. 149.

47. Son dos los tipos de exámenes que se realizan: uno basado en un sistema *de autoevaluación*, configurado por las respuestas que los Estados parte otorgan a un cuestionario sobre la implementación del Convenio, y otro basado en un sistema de *eva-*

La *Convención penal contra la corrupción* del Consejo de Europa, por su parte, encarga en un escueto art. 24 el seguimiento de su aplicación al Greco (Grupo de Estados contra la Corrupción). La *Resolución (98) 7* del Consejo de Europa de 05.05.1998[48] autorizó la creación de este Grupo, partiendo de las *veinte directrices fundamentales en la lucha contra la corrupción*,[49] Grupo que quedaría constituido un año después.[50] El objetivo del Greco, como refiere el art. 1 de su Estatuto, no es otro que mejorar la capacidad de sus Estados miembros en la lucha contra la corrupción a través de un mecanismo de seguimiento basado en la *mutual evaluation* y en la *peer pressure*.[51]

La *Convención Interamericana contra la Corrupción* no incluyó en su articulado mecanismo de monitoreo alguno, laguna que fue subsanada años después con la aprobación, el 05.06.2001, del *Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción* (en adelante, Mesicic), un instrumento de carácter intergubernamental para apoyar a los Estados parte en la implementación de las disposiciones de la Convención mediante un proceso de evaluaciones recíprocas y en condiciones de igualdad, en donde se

---

luación mutua, en el que cada país es examinado por el Grupo de Trabajo a partir de un informe que evalúa de forma objetiva los progresos realizados por el país. El seguimiento se lleva a cabo en tres fases. En la primera, la finalidad es analizar la adecuación de la legislación nacional a lo exigido en el Convenio. La segunda centra su atención en la aplicación efectiva de la legislación nacional. Y en la tercera, el propósito es mantener una evaluación actualizada de la aplicación del Convenio y de la última Recomendación sobre soborno transnacional del año 2009, así como de aquellas recomendaciones hayan quedado pendientes en la fase dos. Los informes de supervisión pueden consultarse por países: [www.oecd.org/document/24/0,3343, en_2649_37447_1933144_1_1_1_37447,00.html] (última consulta el 06.12.2010).

48. *Resolution (98) 7 authorising the partial and enlarged Agreement establishing the "Group of States against Corruption – Greco"*, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 05.05.1998.

49. *Resolution (97) 24 on the twenty guiding principles for the fight against corruption*, adoptada por Comité de Ministros del Consejo de Europa el 06.11.1997.

50. *Resolution (99) 5 establishing the "Group of States against Corruption – Greco"*, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 01.05.1999.

51. Este proceso de evaluación comienza con un cuestionario que se envía a los Estados miembros para que sea completado. Posteriormente, un equipo de expertos examina las respuestas y puede pedir, si lo considera apropiado, información adicional sobre el país en cuestión. Con la documentación obtenida el equipo redacta un informe de cada país que debe ser discutido y adoptado por el Greco. Los informes de cada ronda pueden consultarse por países en: [www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/index_en.asp] (última consulta realizada el 06.12.2010).

formulan recomendaciones específicas con relación a las áreas en que existan vacíos o requieran mayores avances.[52]

La *Convención para la prevención y lucha contra la corrupción* elaborada por la Unión Africana ordena en su art. 22, de manera similar a como lo hacen los instrumentos anteriores, la creación de un Comité Consultivo sobre corrupción encargado de, entre otras tareas, monitorear el cumplimiento de la Convención. Para ello, los Estados parte deberán comunicarle periódicamente (al menos una vez al año) las actuaciones realizadas en relación con la implementación de la Convención, de modo tal que así pueda remitir al Consejo Ejecutivo de la Unión Africana un informe sobre los progresos de cada Estado parte.

La variedad de partes en la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* y la negativa de algunas de ellas por considerar que los mecanismos de seguimiento violaban la soberanía de los Estados, dificultó un acuerdo en este punto.[53] Lo que sí recogió el texto de la Convención, en su art. 63, fue el compromiso de crear una Conferencia de Estados Parte encargada de mejorar la ca-

52. De acuerdo con el Mesicic, para proceder a analizar la implementación de la Convención en los Estados parte se creó un Comité de Expertos encargado de seleccionar disposiciones incluidas en la Convención cuya aplicación por los Estados parte es objeto de análisis y de decidir el período que dedicará a ese trabajo, que se denomina "ronda". En cada ronda, el Comité prepara un cuestionario sobre las disposiciones que se hayan seleccionado y es remitido a los Estados parte, quienes se comprometen a darle respuesta dentro del plazo fijado por el propio Comité. Posteriormente, unos subgrupos integrados por expertos de dos Estados parte analizan la información recabada y elaboran un informe preliminar y confidencial que es puesto en conocimiento del Estado analizado para que realice las observaciones que considere pertinentes. El subgrupo elabora después una versión revisada del informe preliminar teniendo en cuenta las observaciones del Estado parte y lo presenta al Pleno del Comité para que éste formule las conclusiones y las recomendaciones que considere oportunas. Al terminar la revisión de los informes preliminares de todos los Estados parte de cada ronda, el Comité emite un informe final por países que incluye las observaciones de cada Estado analizado y lo remite a la Conferencia de Estados parte para, posteriormente, hacerse público. Asimismo, al finalizar cada ronda, el Comité adopta un Informe Hemisférico en el que se analizan las recomendaciones formuladas a los Estados en dicha ronda y se indican los avances logrados en la implementación de las recomendaciones formuladas en rondas anteriores. Los informes por países y los Informes Hemisféricos pueden consultarse en: [www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_informes.htm] (última consulta realizada el 06.12.2010).

53. ARGANDOÑA, Antonio. La convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales. *Documento de investigación DI* n. 656, p. 11. IESE Business School Universidad de Navarra, oct. 2006.

pacidad y la cooperación entre ellos para alcanzar los objetivos mencionados en la misma y para promover y examinar su aplicación. A pesar de la dificultades iniciales, en su *Resolución 3/1*, la Conferencia adoptó el *Mecanismo de examen de la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, un instrumento donde queda patente el absoluto respecto que ha de profesarse a la soberanía de los Estados parte, pues los informes de evaluación de cada país tienen que ser adoptados de común acuerdo entre los Estados examinadores y el Estado examinado; informe que además tendrá carácter confidencial, aunque "se procurará" que pueda estar a disposición de otros Estados que lo soliciten a fin de mejorar y fortalecer la cooperación y el aprendizaje entre ellos.[54]

2.1.3 *El papel de* Transparency International *en la lucha contra la corrupción*

No puede finalizarse el epígrafe dedicado a la preocupación internacional por la corrupción sin señalar que aquélla no proviene en exclusiva de las organizaciones regionales e internacionales hasta ahora reseñadas, sino también, de organizaciones no gubernamentales. La principal ONG dedicada a la lucha contra la corrupción es *Transparency International* (TI). Fundada en 1993 por Peter Eigen, antiguo responsable del Banco Mundial, esta organización no denuncia casos individuales de corrupción, sino que lucha contra ella a través de los denominados *pactos*, *islas* o *sistemas de integridad*, a través de los cuales se insta a las empresas a dejar de sobornar, asegurándolas que sus competidoras en el mercado actuarán de la misma manera.[55]

---

54. El proceso de examen es similar al empleado en el resto de mecanismos de monitoreo hasta ahora comentados. Cada Estado parte debe proporcionar a la Secretaría información acerca de la aplicación de la Convención y el cumplimiento de sus disposiciones, utilizando para ello una lista amplia de verificación para la autoevaluación, a la que deben dar respuestas completas, actualizadas, precisas y oportunas. Cada Estado parte será examinado por otros dos Estados parte, quienes realizarán un examen documental de las respuestas a esa lista. Los examinadores podrán pedir al Estado parte examinado que presente aclaraciones o información adicional o que responda a preguntas suplementarias relacionadas con el examen. El examen del país culminará con la elaboración de un informe en el que se indicarán los logros, las buenas prácticas y los problemas y se formularán observaciones para la aplicación de la Convención. Dicho informe, como se ha señalado, se finalizará de común acuerdo entre los Estados parte examinadores y el Estado parte examinado y será confidencial.

55. EIGEN, Peter. La creación de coaliciones para general "islas de integridad". In: VV.AA. Pena y Estado. *Revista Latinoamericana de Política Criminal* 1/243. Buenos Aires: PNUD, 1995.

Transparency International se estructura en "capítulos nacionales", esto es, entidades dedicadas al fortalecimiento de los sistemas nacionales de integridad en cada país. Todos los capítulos nacionales deben respetar los principios de TI referentes a la no investigación de casos concretos de corrupción, y deben construir coaliciones con el gobierno, el sector privado y la sociedad civil en su lucha contra la corrupción.

Sin duda, la aportación más relevante de TI es su *Índice de Percepción de la Corrupción* (IPC). Se trata de una publicación anual que se realiza desde el año 1995, en la cual se clasifica a los países según el grado de corrupción que se percibe como existente entre sus funcionarios públicos y políticos. El *Índice* es el resultado de una serie de encuestas llevadas a cabo por instituciones independientes a expertos y a empresas del país en cuestión. Se basa en percepciones, lo cual quiere decir que el país con la puntuación más baja es el que *se percibe* como más corrupto, aunque eso no signifique realmente que *sea* el país más corrupto del planeta (hay Estados que no aparecen en la lista porque respecto de ellos TI no obtiene datos).

En el año 1999 y como complemento al IPC, TI publicó el *Índice de Fuentes de Soborno* (IFS). Con algunos cambios en la metodología, volvió a publicarse en los años 2002, 2006 y 2008. El Índice del año 2008 refleja una clasificación de los veintidós países económicamente más influyentes del mundo[56] según la propensión de sus empresas a sobornar en el extranjero. Este *Índice* se basó en dos preguntas[57] formuladas a 2.742 altos ejecutivos de empresas de 26 países.[58]

TI elabora cada año, asimismo, el *Informe Global sobre la Corrupción* y el *Barómetro Global sobre la Corrupción*. El primero refleja una evaluación del estado de la corrupción a nivel mundial. Recoge noticias y análisis de expertos y activistas, y destaca los últimos avances en la campaña anticorrupción. Aborda

56. Éstos son: Alemania, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Corea del Sur, España, Estados Unidos, Federación Rusa, Francia, Hong Kong, Italia, India, Japón, México, Países Bajos, Reino Unido, Singapur, Sudáfrica, Suiza y Taiwán.

57. Las preguntas que se formularon son las siguientes: 1.ª) "en sus principales líneas de negocio en este país, ¿mantiene relaciones comerciales (por ejemplo como proveedor, cliente, socio o competidor) con empresas con sede en algunos de los países que se enumeran a continuación?". Se les presenta aquí una lista de los 22 países enumerados en la nota a pie inmediatamente anterior. 2.ª) "¿con qué frecuencia practican el soborno dentro de su país las empresas con sede en (nombre del país)?".

58. Esos 26 países son los siguientes: Alemania, Argentina, Brasil, Chile, Corea del Sur, Egipto, Estados Unidos, Filipinas, Francia, Ghana, Hungría, India, Indonesia, Japón, Malasia, México, Marruecos, Nigeria, Pakistán, Polonia, Reino Unido, República Checa, Rusia, Senegal, Singapur y Sudáfrica.

un período de doce meses y evalúa el impacto de la corrupción en un sector específico. Así, por ejemplo, en 2007 se analizó la corrupción en los sistemas judiciales, en 2008 la corrupción en el sector del agua y en el 2009 la corrupción en el sector privado.

Por su parte, el *Barómetro Global sobre la Corrupción* es el resultado de una encuesta de opinión pública que evalúa las percepciones y experiencias que el público general tiene sobre la corrupción. Para realizar el Barómetro de 2009 fueron entrevistadas 73.132 personas de 69 países. Entre otras cuestiones, se preguntó a los participantes "¿cuáles son las instituciones nacionales que consideran más corruptas?" y "¿cómo califican las medidas que toma su gobierno contra la corrupción?" El Barómetro aborda también las experiencias de la gente con el soborno, proporcionando información acerca de la frecuencia con que a los ciudadanos se les pide un soborno al entrar en contacto con diferentes servidores públicos.

En las siguientes páginas se analizan las medidas preventivas, represivas y de cooperación entre Estados previstas en los instrumentos internacionales. Se ha optado por dividir el estudio en los dos ámbitos en los que en la actualidad se desarrolla la corrupción: estatal y económico. En este último se incluye la *corrupción privada* o *corrupción entre particulares,* en la medida en se acerca a un bien jurídico de carácter socioeconómico como es la competencia leal en el mercado;[59] pero, también la *corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, puesto que este delito despliega sus efectos sobre la competencia leal, si bien, dada su dimensión, pone en peligro también, como no podía ser de otro modo, el mercado *internacional.*[60] Con todo, no puede obviarse que este tipo penal es puriofensivo y daña, a su vez, el correcto desempeño de la función pública. Precisamente, en el apartado sobre la corrupción de Estado se han incluido los clásicos tipos delictivos de cohecho, que afectan al bien jurídico el correcto desempeño de la función pública.

---

59. Sobre la competencia leal como bien jurídico afectado por los comportamientos de corrupción privada, vide, ampliamente, GILI PASCUAL, Antoni. Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del Código penal según el Proyecto de reforma de 2007. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 9-13, p. 7 y ss., 2007.

60. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública. In: FERRÉ OLIVÉ, J. C. et al. *Fraude y corrupción en la Administración Pública.* Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2003. p. 184. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción... cit., p. 80-81. MANFRONI, Carlos A. *Soborno transnacional.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 40.

2.2 *Iniciativas internacionales y regionales en la lucha contra la corrupción de Estado*

2.2.1 *Medidas preventivas*

Esencial en la lucha contra la corrupción, como en general en la lucha contra cualquier delito, es la adopción de medidas preventivas que eviten las consecuencias que puedan derivar del mismo. Por ello, la mayoría de los instrumentos globales y regionales que han abordado el tema de la corrupción han incluido en su articulado medidas preventivas como las que a continuación se comentan.

En el plano global, la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* del año 2000 ya hacía referencia a la necesidad de adoptar medidas para prevenir la corrupción de funcionarios públicos, si bien, no especificaba cuáles podían ser éstas. Su *Guía Legislativa*, aprobada en el año 2004, se remite en este punto a lo ya acordado en la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* –recuérdese, del año 2003–, la cual dedica todo su capítulo II a la prevención de la corrupción. Son numerosas las medidas que en él se mencionan, de entre las cuales pueden destacarse las que abogan por la asignación de una remuneración adecuada a los funcionarios públicos, la elaboración de códigos de conductas sobre el correcto ejercicio de la función pública, la promoción de la transparencia en la financiación de partidos políticos, la obligación de que los funcionarios públicos declaren sus actividades externas, la transparencia en el acceso a la función pública y en la contratación pública, o la sensibilización de la sociedad civil respecto de las causas y los efectos de la corrupción.

En el plano regional, son las convenciones de la OEA y de la Unión Africana las que muestran especial interés por la prevención de la corrupción, instando a los Estados parte a la adopción de medidas similares a las mencionadas en el párrafo anterior, mientras que los convenios procedentes de la UE y del Consejo de Europa centran su atención en la represión de la corrupción dejando un tanto olvidadas las medidas preventivas.

2.2.2 *Medidas represivas*

La *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* es el primer documento con vocación universal que insta a los Estados parte a la tipificación del cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales, entendiendo que la corrupción es una de las principales manifes-

taciones de la delincuencia organizada. No obstante, la Asamblea General de la ONU consideró que este documento era insuficiente para luchar contra la corrupción, dadas sus múltiples manifestaciones, y manifestó en diversas ocasiones su deseo de lograr un acuerdo más ambicioso en materia de corrupción. Es por ello que la CNUCC no se limita a exigir el castigo del cohecho en sentido estricto, sino que también hace referencia al castigo de otras modalidades delictivas íntimamente relacionadas con la corrupción o que incluso, en el saber popular, se incluyen dentro de ese término aunque jurídicamente no lo estén. Llama la atención, no obstante, que las previsiones del capítulo III de la Convención (el dedicado a las medidas represivas) no tienen todas la misma fuerza obligatoria. Así, en un lado se sitúan los *preceptos que tienen carácter imperativo* y que imponen la obligación de tipificar incondicionalmente como delito el cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales, el cohecho activo de funcionarios públicos extranjeros en actividades económicas internacionales, la malversación, la apropiación indebida y otras formas de desviación por un funcionario público, el blanqueo del producto del delito y la obstrucción de la justicia. A su vez, es obligatorio para los Estados parte criminalizar cualquier forma de participación en un delito tipificado con arreglo a la convención así como la tentativa. En otro lado se sitúan los *preceptos con menos fuerza obligatoria*, según los cuales, los Estados parte "considerarán la posibilidad de tipificar como delito" el cohecho pasivo de funcionarios públicos extranjeros, el tráfico de influencias, el abuso de funciones del cargo, el enriquecimiento ilícito siempre y cuando no sea contrario a la Constitución o a los principios fundamentales del Estado en cuestión,[61] el cohecho activo y pasivo en el sector privado, la malversación en el sector privado y el encubrimiento o la retención continua de bienes procedentes de los delitos tipificados con arreglo a la Convención.

En el ámbito regional, los instrumentos dedicados a la corrupción también se han preocupado, en general, por la tipificación de otros delitos relacionados con ella. La CICC, de igual modo que la CNUCC, también dispone de preceptos con diferente grado de obligatoriedad. Los *preceptos que poseen una mayor fuerza obligatoria* exigen a los Estados parte la tipificación del cohecho activo y pasivo de funcionarios nacionales, de otras figuras que suelen recibir la denominación de negociaciones incompatibles con la función pública, del blanqueo

61. El "enriquecimiento ilegítimo", consistente en "el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él".

y encubrimiento de bienes procedentes de los delitos enumerados, así como de las diferentes formas de participación en los mismos y la tentativa. Con *menor fuerza obligatoria,* dos artículos instan a la tipificación del cohecho activo en transacciones comerciales internacionales y del enriquecimiento ilícito, siempre con sujeción a la Constitución del Estado en cuestión y a los principios fundamentales de su Ordenamiento jurídico. Con un *grado de compromiso aún menor*, los Estados "estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones" de otro tipo de conductas como el uso indebido por parte de funcionarios públicos de información reservada o privilegiada, el uso o aprovechamiento indebido por parte de un funcionario público de bienes del Estado, cualquier comportamiento de un particular dirigido a la adopción por parte de la autoridad pública de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente un beneficio, así como de la desviación de su objeto que hagan los funcionarios públicos de bienes o dinero público.

La Convención de la Unión Africana, por su parte, exige de manera similar a los otros documentos, el castigo del cohecho activo y pasivo de funcionarios nacionales, de la malversación de fondos, del tráfico de influencias, del cohecho activo y pasivo en el sector privado, del blanqueo de dinero procedente de los delitos enumerados, así como de cualquier forma de participación en tales delitos y de la tentativa. De igual manera, pero con sujeción a los principios de su Derecho interno, insta a la tipificación del enriquecimiento ilícito.

La Convención penal del Consejo Europa también abarca un amplio número de conductas, instando a los Estados parte a tipificar como delito el soborno activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales (incluidos los parlamentarios), el soborno activo y pasivo de funcionarios públicos extranjeros (incluidos los parlamentarios), el soborno activo y pasivo en el sector privado, el soborno activo y pasivo de funcionarios de organizaciones internacionales y de miembros de asambleas parlamentarias internacionales o supranacionales en las que el Estado en cuestión sea parte, el soborno activo y pasivo de jueces y funcionarios de tribunales internacionales cuya jurisdicción haya aceptado el Estado parte, el tráfico de influencias y el blanqueo de dinero proveniente de los delitos enumerados. A su vez, los Estados parte deberán establecer sanciones penales o de otra índole sobre determinadas infracciones de carácter contable dirigidas a la realización de alguno de los delitos mencionados. La Convención también exige a los Estados parte castigar los actos de participación en los delitos tipificados de acuerdo con la Convención, no haciendo mención sin embargo, dada la diversidad de Ordenamientos jurídico-penales, a la tentativa.

El Convenio de la UE, por su parte, se limita a exigir la tipificación del cohecho activo y pasivo en sentido estricto, obviando otros delitos tradicio-

nalmente vinculados con la corrupción.[62] Este instrumento se refiere no sólo a los funcionarios de los Estados miembros de la Unión, sino también a los funcionarios de las instituciones comunitarias. Al respecto, hay que destacar que si bien emplea una definición autónoma de funcionario comunitario, deja en manos de los Estados miembros la definición de funcionario nacional, con los correspondientes problemas que ello podría acarrear, pues la misma conducta podría ser considerada acto de corrupción en un país de la UE, pero no en otro si la persona que lo lleva a cabo no tiene la consideración de funcionario público en dicho estado.

En lo referentes a las penas, únicamente los instrumentos europeos hacen referencia a la necesidad de prever penas eficaces, proporcionadas y disuasorias para las personas responsables, incluidas las penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición.[63] En lo que sí coinciden todos los documentos es en exigir el comiso de los bienes objeto y producto del delito.[64]

2.2.3 Responsabilidad de las personas jurídicas

En el momento actual no se puede desconocer el papel que las personas jurídicas desempeñan en la vida económica y social. Rodean nuestro quehacer diario y tienen capacidad jurídica de obrar, lo que significa que pueden celebrar válidamente negocios jurídicos, algunos de ellos con las Administraciones públicas. En ese devenir pueden recurrir al soborno para comprar voluntades de los funcionarios públicos con capacidad de decisión. Conscientes de ello, la mayoría de los instrumentos contra la corrupción[65] exigen a los Estados parte la adopción de medidas tendentes a reconocer responsabilidad a las personas jurídicas por los actos de corrupción en los que pudieran verse implicadas.[66] Para ello, exigen la previsión de sanciones penales o de otra índole que sean

62. La tipificación del blanqueo procedente de la corrupción se exige en el *Segundo Protocolo establecido sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*, de 19.06.1997 (DOCE n. C 221, de 19 de julio).

63. Vide art. 19.1 de la Convención del Consejo de Europa y art. 5.1 del Convenio UE.

64. Vide art. 31 de la CNUCC, art. 15 de la CICC, art. 16 de la Convención de la UA, art. 19.3 de la Convención del Consejo de Europa y art. 5 del Segundo Protocolo al Convenio PIF.

65. Con la excepción de la CICC y la Convención de la UA.

66. Vide art. 26.1 de la CNUCC, art. 18 de la Convención del Consejo de Europa y art. 3 de Segundo Protocolo al Convenio PIF.

eficaces, proporcionadas y disuasorias, haciendo mención expresa a las de naturaleza económica.[67] Es preciso destacar que los instrumentos otorgan la posibilidad de recurrir a sanciones penales o *de otra índole* para las personas jurídicas, por lo que aquellos Ordenamientos jurídicos en los que siga vigente el *societas delinquere non potest* no deberán derogarlo, bastándoles el recurso a sanciones de carácter no penal.

2.2.4 Reglas sobre jurisdicción

Todos los convenios contra la corrupción fundamentan la competencia de los Estados para conocer de los delitos de corrupción en el clásico *principio de territorialidad.*[68] De igual modo, y con respecto a los principios fundamentales del Ordenamiento jurídico de cada Estado, los convenios abogan por el recurso a otros principios clásicos de aplicación de la ley penal en el espacio, como el *principio de personalidad activa,*[69] el *principio de personalidad pasiva*[70] o el *principio real o de defensa,*[71] siendo conscientes de que los comportamientos corruptos que afecten a sus Administraciones públicas no tienen porque llevarse a cabo dentro de las fronteras nacionales.

2.2.5 Asistencia y cooperación

Como reconoce el Preámbulo de la CNUCC, la corrupción "ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella". Por esta razón, no son pocas las medidas que se prevén en los diversos instrumentos internacionales y regionales orientadas a lograr la mayor y mejor cooperación posible entre los países ratificantes. Detallarlas aquí minuciosamente sería tarea que excedería

---

67. Vide art. 26.4 de la CNUCC, art. 19.2 de la Convención del Consejo de Europa y art. 4.1 del Segundo Protocolo al Convenio PIF.
68. Vide art. 42.1 de la CNUCC, art. 5.1 de la CICC, art. 13.1.a) de la Convención de la UA, art. 17.1.a) de la Convención del Consejo de Europa y art. 7.1.b) del convenio UE.
69. Vide art. 4.2.b) de la CNUCC, art. 5.2 de la CICC, art. 13.1.b) de la Convención de la UA, art. 17.1.b) de la Convención del Consejo de Europa y art. 7.1.b) del Convenio UE.
70. Vide art. 41.2.a) de la CNUCC, art. 17.1.c) de la Convención del Consejo de Europa y art. 7.1.c) del Convenio UE.
71. Vide art. 41.2.d) de la CNUCC y art. 13.1.d) de la Convención de la UA.

de los límites del presente trabajo, pero sí se ha considerado necesario destacar, al menos, las más representativas. Así, todos los documentos perseveran en la *prohibición de invocar el secreto bancario* para denegar la asistencia jurídica mutua,[72] por lo que los Estados están obligados a modificar sus legislaciones internas para cumplir con esta disposición. Se pretende evitar con ello que los delincuentes puedan disponer de los fondos obtenidos corruptamente, a la vez que disuadir a los potenciales corruptos de la venta de sus servicios a cambio de sobornos de los que no podrán disfrutar en paraísos fiscales. Además, la CNUCC se pronuncia a favor de la aplicación de las técnicas internacionalmente admitidas en la lucha contra el tráfico de drogas y, en general, el crimen organizado: agentes encubiertos, provocación policial, entregas controladas o vigiladas etc.

Por otra parte, todos los convenios contienen previsiones relativas a la *extradición*,[73] debiendo ser el cohecho así como el resto de delitos tipificados de acuerdo con las convenciones, un delito que dé lugar a ella. Los convenios pueden emplearse, incluso, como fundamento jurídico para concederla cuando las partes supediten la extradición a la existencia de un tratado entre ellas y éste no exista. Si una parte deniega la extradición únicamente por razón de la nacionalidad de la persona objeto de la solicitud, el Estado requerido habrá de someter el caso a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

Pero no sólo se busca el mutuo auxilio judicial, también se pretende impulsar la cooperación policial en la investigación de los hechos de corrupción –mediante el desarrollo de investigaciones conjuntas, particularmente cuando la corrupción presenta un alcance internacional, la asistencia técnica, formación, recogida y análisis e intercambio de la información– y se establecen medidas para la protección de testigos y víctimas.

Mención especial merece también en este punto la *recuperación de activos*. Si importante es la persecución y enjuiciamiento de los delincuentes corruptos –para lo cual se han previsto en los diversos convenios internacionales disposiciones como las comentadas en las líneas precedentes–, tanto o más lo es la persecución de los bienes obtenidos a través de la realización de actos de corrupción. Recuperar ese capital y devolvérselo a los pueblos a los que fue sustraído debe ser uno de los principales objetivos que ha perseguir la comuni-

72. Vide art. 46.8 de la CNUCC, art. 16 de la CICC, art. 17.3 de la Convención de la UA y art. 26.3 de la Convención penal del Consejo de Europa.

73. Vide art 44 de la CNUCC, art. 8 de la CICC, art. 15 de la Convención de la UA, art. 27 de la Convención del Consejo de Europa y art. 8 del Convenio UE.

dad internacional en su lucha contra la corrupción.[74] Un paso adelante en esta dirección lo dio la CICC, cuyo art. 15 obliga a los Estados parte a prestarse "la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes". Es la CNUCC la que continúa y desarrolla ampliamente esta idea –ante el olvido del tema en el Convenio OCDE– considerando la restitución de activos incluso "un principio fundamental de la presente Convención" (art. 51) e instando a los Estados parte a adoptar medidas para evitar y detectar la transferencia de capitales ilícitos, para su recuperación y para su restitución a sus legítimos propietarios o para indemnizar a las víctimas.

2.3 Iniciativas internacionales y regionales en la lucha contra la corrupción económica

2.3.1 Medidas preventivas

Como se mencionó al inicio de este epígrafe, son numerosas las medidas preventivas que se recogen en los instrumentos internacionales y globales contra la corrupción. En las líneas que siguen se mencionan las que están orientadas específicamente a evitar la corrupción económica.

La *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPC) norteamericana de 1977, primera norma nacional que sancionaba el soborno transnacional y cuya influencia en los textos internacionales posteriores es más que evidente, ya incluía unos mecanismos de prevención susceptibles de clasificarse en tres niveles: didáctico, jurisdiccional y mixto o consultivo.[75] En el plano global, la OCDE, un año y

74. BENITO SÁNCHEZ, Demelsa Carmen. *El delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros. Un análisis del art. 445 del Código Penal.* p. 106 (En prensa. Se cita por ejemplar dactilográfico de la autora).

75. De acuerdo con la prevención didáctica, el Procurador General de los Estados Unidos elabora un listado de actos considerados corruptos de acuerdo con las disposiciones de la FCPA que se pone a disposición de las personas a las que va dirigida la norma. Según la prevención jurisdiccional, el Procurador General puede impedir la comisión de un delito previsto en la *Act* a través de una acción civil cuando sea evidente que una empresa o persona podría estar comprometida o a punto de comprometerse en una práctica de las prohibidas. Y de acuerdo con prevención mixta o consultiva, las personas a las que se dirige la FCPA pueden consultar al Procurador General para saber si la conducta que pretenden llevar a cabo es contraria a la *Act*. Si el Procurador

medio antes de la adopción de su Convenio contra la corrupción transnacional, había elaborado un documento, si bien no vinculante, en el que recomendaba prohibir la deducción de los sobornos entregados a funcionarios públicos extranjeros en el transcurso de operaciones comerciales internacionales.[76] Se considera, ésta, una medida tan importante en la prevención de la corrupción transnacional, que la OCDE ha vuelto a hacer hincapié en ella en dos documentos adoptados recientemente: la *Recomendación sobre medidas fiscales para una mayor lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales* (adoptada por el Consejo el 25.05.2009, C [2009] 64) y la *Recomendación para un mayor combate del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales* (adoptada por el Consejo el 26.11.2009, C [2009] 159).

El Convenio de 1997 menciona, además, una serie de medidas contables tendentes a evitar la existencia de *cajas "B"* destinadas al pago de sobornos, como son "el mantenimiento de libros y registros, la publicación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, con el fin de prohibir el establecimiento de cuentas fuera de libros, la realización de transacciones extracontables o insuficientemente identificadas, el registro de gastos inexistentes, el asiento de partidas del pasivo con una incorrecta identificación de su objeto, así como la utilización de documentos falsos, por las sociedades sometidas a dichas leyes y reglamentos, con el fin de corromper a agentes públicos extranjeros o de ocultar dicha corrupción" (art. 8). De igual modo, para evitar que los sobornados puedan disfrutar de sus ilícitos rendimientos, el art. 7 obliga a los Estados parte a considerar la corrupción de agentes públicos un delito previo al blanqueo, si también lo es la corrupción de los agentes del propio país.

Estas medidas preventivas también se han recomendado por la *Convención de Naciones Unidas contra la corrupción* (art. 12.4) y por la *Convención Interamericana contra la Corrupción* (art. 3).[77] Estableciendo, además, expresamente

---

General dictamina que es legítima, se considera una presunción *iuris tantum* a favor de quien solicitó la consulta que podrá ser rebatida con una prueba en contrario.

76. *Recomendación sobre la posibilidad de deducir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros* (adoptada por el Consejo el 11.04.1996 C [96] 27/Final). Este instrumento ha de ser aceptado por los países participantes en el Convenio de 1997 como lo señalan los *Comentarios* al mismo *in fine*.

77. Así, el art. 3.7 hace referencia a la adopción de "leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción en los Estados Partes". Se trata de impedir que el autor de un soborno transnacional pueda deducir de sus ingresos, a la hora de pagar

la Convención de Naciones Unidas, en el art. 14, un régimen interno de reglamentación y supervisión de bancos, instituciones financieras no bancarias y otros órganos susceptibles de ser utilizados para el blanqueo, con el fin de evitar el lavado de activos procedentes de la corrupción.

Respecto de la corrupción privada, los primeros instrumentos que hicieron mención a la misma (procedentes de la UE y del Consejo de Europa) se limitaron a exigir a los Estados la adopción de medidas represivas contra ella olvidando la importancia de las medidas preventivas. La *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, por el contrario, sí dedica disposiciones a este respecto. Así, su art. 12, insta a la adopción de códigos de conducta para el correcto ejercicio de las actividades comerciales, así como de medidas para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas. De igual modo, insiste en la adopción de normas contables dirigidas a impedir la existencia de *cajas "B"* que puedan dedicarse al pago de sobornos.

2.3.2 Medidas represivas

Todos los instrumentos internacionales y regionales contra el soborno en transacciones comerciales internacionales coinciden en tipificar únicamente su modalidad *activa*, es decir, el ofrecimiento, la entrega o la promesa de entrega de un soborno a un funcionario extranjero,[78] olvidándose conscientemente de la modalidad *pasiva*, es decir, del comportamiento realizado por el funcionario público –que habrá de ser castigado por el Estado para el cual desempeña sus funciones[79]–, siguiendo la estela iniciada por la FCPA de 1977. Lo que sí varía entre ellos es el posible receptor del pago corrupto. Así, mientras que la FCPA es la que contempla un círculo más amplio de posibles receptores: funcionarios públicos de otros Estados, partidos políticos o funcionarios de partidos políticos, candidatos a un cargo público y, desde la reforma operada en

---

determinado impuesto, las cantidades entregadas a un funcionario público extranjero en concepto de soborno transnacional. Asimismo, el art. 3.10 aboga por la adopción de "medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción". Se pretende impedir así la existencia de *dobles contabilidades* en las empresas que puedan encubrir el capital destinado al pago de sobornos.

78. Vide art. 16.1 de la CNUCC, art. 1 del Convenio OCDE y art. 8 de la CICC.

79. Vide ampliamente, BENITO SÁNCHEZ, Demelsa Carmen. Op. cit., p. 265 y ss.

1998, funcionarios de organizaciones internacionales, el resto de documentos únicamente hacen referencia a funcionarios de otros Estados y de organizaciones internacionales,[80] olvidándose del resto de sujetos que menciona la norma estadounidense.

Junto al castigo de cohecho activo transnacional, los instrumentos exigen también el castigo de toda forma de participación, del encubrimiento, así como de las formas imperfectas de ejecución.[81] De igual modo, exigen que las sanciones por hechos de corrupción sean eficaces, proporcionadas y disuasorias, y que permitan la extradición;[82] a la vez que debe preverse el comiso de los bienes objeto y producto del delito.[83]

Con relación a la corrupción privada, la opción seguida por la CNUCC difiere de la seguida por los documentos regionales. Así, en la Convención de Naciones Unidas la tipificación de la corrupción privada es facultativa para los Estados ratificantes, como lo pone de manifiesto en íncipit del art. 21: "Cada Estado parte *considerará la posibilidad* de (...)"; opción que pareció deberse a la diversidad existente entre los Ordenamientos jurídicos participantes en la Convención en punto a la corrupción entre particulares y al deseo de lograr, pese a las diferencias, el mayor número posible de ratificaciones del texto.

En el plano regional, frente a la opción seguida por la OEA, en el marco europeo hace tiempo que se viene produciendo "un importante cambio conceptual" y la corrupción no sólo se considera un hecho a perseguir cuando se produce en relación con la Administración pública, sino que se entiende que también debe combatirse cuando tiene lugar en el sector privado, ámbito tradicionalmente regulado más por el Derecho civil (mercantil) o laboral, que se considera igualmente merecedor de intervenciones preventivas, penales y de intensa colaboración interestatal de cara a asegurar la mayor transparencia de las relaciones económicas –y, en particular, en las relaciones económicas internacionales– tengan o no directamente que ver directamente con los Estados.

El primer instrumento dedicado a la lucha contra la corrupción en el sector privado fue, como ya se ha señalado, la *Acción Común 98/742/JAI*, sustituida

---

80. La CICC únicamente menciona en su articulado a los funcionarios públicos de otros países, si bien, la *Legislación Modelo sobre enriquecimiento ilícito y soborno transnacional* abre la puerta a la tipificación del cohecho de funcionarios de organizaciones internacionales.

81. Vide arts. 24 y 27 de la CNUCC, art. 1.2 del Convenio OCDE y art. 6.1.e de la CICC.

82. Vide art. 3.1 del Convenio OCDE.

83. Vide art. 31 de la CNUCC, art. 3.3 del Convenio OCDE y art. 15.1 de la CICC.

por la *Decisión Marco 2003/568/JAI relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*, que exige –de manera análoga a como lo hacía la *Acción Común*– la tipificación como delito del cohecho activo y pasivo entre particulares (art. 2) así como de cualquier forma de participación en tales delitos (art. 3); si bien, la tipificación puede limitarse a "aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales" (art. 2.3). De manera muy similar, la *Convención penal* del Consejo de Europa también exige a los Estados parte castigar estas conductas (arts. 7 y 8), aunque no concede la posibilidad de limitar el castigo a los actos a los que se refiere el art. 2.3 de la *Decisión Marco*, misma opción por la que se decantó la *Convención para la prevención y el combate de la corrupción* de la Unión Africana (art. 4.e).

Desde el punto de vista político-criminal, el abordaje de la corrupción en el sector privado plantea una cuestión previa: el bien jurídico a proteger. Los países europeos presentan modelos heterogéneos a la hora de determinar las conductas delictivas susceptibles de calificación como actos de corrupción en el sector privado.

Así, desde la perspectiva del bien jurídico protegido hay países (por ejemplo, Francia, Austria, España) que, cuando sancionan la corrupción en el sector privado, tratan de proteger, desde una perspectiva laboralista o patrimonialista, la lealtad del empleado respecto de su empleador, tratando de evitar que un empleado pueda verse influido en cuanto a sus decisiones por elementos o intereses diversos de los intereses de la empresa, de su empleador. Frente a ello, otros Ordenamientos, como el alemán, consideran que la protección que hay que garantizar a través de la sanción de la corrupción en el sector privado es la libre competencia.

La consecuencia principal de una u otra perspectiva no es irrelevante: mientras que en los países que siguen el sistema de la lealtad, la recepción de una comisión sin conocimiento del empleador será punible, en aquellos que buscan la protección de la libre competencia el hecho de que el empleador esté de acuerdo con que el empleado reciba una comisión no anula el carácter atentatorio contra la libre competencia y, por tanto, el hecho sigue siendo un supuesto de corrupción.

2.3.3 Responsabilidad de las personas jurídicas

En las primeras líneas de este trabajo quedó patente que las empresas multinacionales han aprovechado las asimetrías jurídicas existentes entre los diversos Estados de la aldea global para llevar a cabo prácticas corruptas en el co-

mercio transnacional. Tomándolo en cuenta, el Convenio OCDE y la CNUCC exigen a sus Estados parte la adopción de medidas orientadas al reconocimiento de responsabilidad a las personas jurídicas por tales prácticas.[84]

En los documentos europeos es donde mayor atención se presta a la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción privada. El art. 6 de la *Decisión Marco* dispone que, en todo caso, deberán imponerse sanciones consistentes en multas, a la vez que podrán preverse otras tales como la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la inhabilitación temporal o permanente para desempeñar actividades comerciales, la vigilancia judicial o la medida judicial de disolución. La misma opción es la que recogen los arts. 18 y 19.2 de la *Convención penal* del Consejo de Europa.

2.3.4 Reglas sobre jurisdicción. Asistencia y cooperación

En este apartado, para evitar reiteraciones, no se hará referencia a las reglas sobre jurisdicción ni a la asistencia y cooperación, en la medida en que no se ha añadido en los diferentes instrumentos ninguna medida específica a las ya señaladas respecto de la corrupción de Estado (vide supra 2.2.4 y 2.2.5).

3. CONCLUSIONES

La creciente transcendencia internacional de la corrupción, unida al secretismo en que se mueve y a las dificultades para la identificación de víctimas individuales que puedan denunciar los hechos, demanda su abordaje desde una perspectiva e intervención multilateral. Los acuerdos anticorrupción internacionales desempeñan un papel clave en la creciente persecución internacional de la corrupción y obligan a los gobiernos a tomar medidas y facilitar la cooperación y asistencia técnica internacionales. El esfuerzo conjunto a escala internacional se muestra así indispensable para luchar contra la delincuencia y favorecer así la responsabilidad, la transparencia en el sector público y privado y el Estado de Derecho.

En esta línea, conviene subrayar que la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* es el único documento verdaderamente universal contra la corrupción. La Convención representa un hito en la arquitectura de los acuerdos internacionales contra la corrupción. Es el primer acuerdo internacional que atrajo más de cuarenta partes, con más de ochenta hasta la fecha, y es el primer instrumento internacional aplicable mundialmente que trata úni-

84. Vide art. 26 de la CNUCC y arts. 2 y 3.2 del Convenio OCDE.

camente sobre la corrupción. Se trata de un texto omnicomprensivo que pretende abarcar el fenómeno de la corrupción en todos sus aspectos, pública o privada: por consiguiente, tanto la corrupción en sentido estricto, como los delitos conexos o relativos a la corrupción.

Resulta fundamental que los gobiernos adopten la Convención y creen un proceso de seguimiento para fomentar la puesta en práctica y facilitar la asistencia técnica,[85] también los compromisos y mecanismos regionales existentes son importantes para que los gobiernos sigan cooperando en los problemas de la corrupción dentro de un entorno socio-jurídico próximo. Asimismo, los principales exportadores del mundo deben continuar su estrecha e intensa cooperación por medio de la Convención de la OCDE contra el soborno y su relacionado mecanismo de vigilancia para reducir la práctica de sobornar a funcionarios extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Los países de la OCDE deben demostrar su voluntad política aplicando sus leyes que penalizan esos sobornos.[86] Urge, por tanto, un cambio radical en las políticas anti-corrupción de los Estados. Es imprescindible no sólo la ratificación de las convenciones en la materia y no sólo la adaptación a las mismas de sus legislaciones, sino una verdadera aplicación de las medidas preventivas y represivas adoptadas al respecto.

---

85. Entre otras razones porque no se encuentran mejoras en los Índices de Percepción de la Corrupción de *Tranparency International*. Si en el primer Índice, de 1995, suspendían 16 países de 41 (menos de la mitad), hoy suspenden 131 de los 178 evaluados (más de dos tercios). En los últimos tres años, por ejemplo, no se percibe mejora alguna: 127 países de 180 suspendían en 2008, 129 de 180 en 2009 y 131 de 178 en 2010. No obstante, hay países en los que sí se aprecia una evolución positiva. Tal es el caso de Brasil, que ha pasado de ocupar el puesto 80 en el año 2008 a ocupar el 69 en el año 2010.

86. No obstante, en el informe de 2009 de TI sobre la aplicación del Convenio OCDE en los Estados parte se destaca que únicamente cuatro países (Alemania, Estados Unidos, Noruega y Suiza) de los 36 examinados llevan a cabo una aplicación activa del mismo, mientras que 11 realizan una aplicación modera y 21 una aplicación escasa o nula. La situación puede devenir incluso peor en los próximos años, pues países tradicionalmente cumplidores (como Alemania y Estados Unidos) podrían negarse a seguir castigando a sus empresas que sobornan en el extranjero si el resto de países no hace lo mismo con las propias, para no colocarlas así en una situación de desventaja respecto de sus competidoras en el comercio mundial. BENITO SÁNCHEZ, Demelsa Carmen. Op. cit., p. 164. Adviértase que, según el mencionado informe, salvo Estado Unidos y Alemania, con 120 y 110 casos investigados, respectivamente, en 2008, el siguiente país con más casos investigados es Hungría con una cifra sustancialmente menor, 24, y quince países no han investigado ni un solo caso.

No obstante, debemos ser conscientes de que el repaso de las plurales iniciativas internacionales –regionales y globales– en la lucha contra la corrupción pone de manifiesto la falta de uniformidad de las soluciones seguidas por unos y otros. Dejando al margen la cuestión del método elegido para alcanzar el objetivo perseguido, son muchos los puntos en que los instrumentos internacionales divergen. Ahora bien, como la Convención de las Naciones Unidas supone el establecimiento de unas bases internacionales "mínimas", susceptibles de mejora en el plano regional e interno, al respecto y teniendo en cuenta el resto de instrumentos internacionales, cabe concluir, con carácter general, lo siguiente:

3.1 Medidas preventivas

1. La prevención de la corrupción requiere partir, desde su inicio, de la adopción de medidas fuera del ámbito penal. Al lado de campañas tendentes a una sensibilización cultural y de educación ciudadana en las exigencias deben propiciarse también la censura y reproche en relación con la corrupción. Desde un prisma preventivo resulta igualmente esencial una mayor y más eficaz intervención jurídico-administrativa y civil (mercantil) dirigida al establecimiento de reglas que aseguren un funcionamiento claro y transparente del sector público y privado.[87]

2. En el ámbito de la corrupción contra el Estado, nos encontramos con que los instrumentos europeos no prevén medidas preventivas en el sector público. La razón estriba en que ese tipo de medidas (transparencia en el acceso a la función pública, en la contratación, acceso a la información...) se presuponen implícitas al Estado democrático y de Derecho. *A sensu contrario*, estimamos que pueden y deben, los países de tradición democrática, adoptar medidas preventivas ante una falta de transparencia en la gestión y en la contratación pública,[88] una utilización clientelar de las instituciones, la externalización abusiva de actividades desempeñadas por funcionarios y empleados públicos, la insuficiente coordinación entre los órganos administrativos, la debilidad de los controles políticos, la escasez de medios de la Fiscalía Anticorrupción y del Tribunal de Cuentas, la lentitud de la Justicia y la falta de transparencia y control. Se estima conveniente la evaluación periódica de la aplicación y con-

87. En este sentido, vide, entre otros, CUESTA ARZAMENDI, José Luís de la. Iniciativas internacionales... cit., p. 23.

88. En nuestro país aparece, fruto de una legislación débil e insuficiente, *la Ley 30/2007*, de 30 de octubre, *de Contratos del Sector Público*.

formidad de todos los instrumentos preventivos, a cuyo efecto, la realización de auditorías sistemáticas puede ser de una inapreciable ayuda.

En ámbitos como la financiación de los partidos políticos, no se adoptan ni prevén medidas preventivas como prohibir las donaciones anónimas a partidos políticos y sus fundaciones,[89] por ello se considera necesario incrementar los recursos financieros y de personal destinados al Tribunal de Cuentas para realizar de forma eficaz sus tareas de control y ejecución, incluyendo una supervisión más a fondo de los informes financieros de los partidos políticos.[90]

3. Con relación a la corrupción económica, aunque art. 46.8 de la Convención de Naciones Unidas dispone que los Estados "no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca", no puede desconocerse que subsisten serias dificultades, en la medida en que la confidencialidad bancaria está presente en materia fiscal en muchos ordenamientos nacionales.

4. Los avances para excluir a los paraísos fiscales de la economía internacional, como un espacio privilegiado para los fines de cualquier actividad defraudatoria o delictiva, son muy limitados o nulos. Por ello, resulta necesario concentrar las actuaciones investigadoras en aquellos ámbitos y sectores, en los que se han detectado bolsas de fraude más importantes como los paraísos fiscales.[91]

5. La presión indirecta ejercida por una organización de evaluación de la que forman parte puede contribuir a que los Estados implementen las recomendaciones. Uno de los elementos claves de presión indirecta es transmitir la información al público nacional e internacional. Si ello tampoco da resultados concretos, será necesario pensar unas medidas más radicales, incluso aquellas en el ámbito económico y financiero.

3.2 Elementos comunes

1. La eficacia en la lucha internacional contra la corrupción aconseja la adopción de definiciones armonizadas de las conductas delictivas básicas, pre-

89. Se deberá garantizar que el Tribunal de Cuentas tenga las garantías de que las condonaciones de la deuda de los partidos por parte de entidades bancarias o proveedores privados no obedezcan en ningún caso a situaciones de intercambio de favores.

90. No se ha previsto, ni siquiera en los instrumentos internacionales, a los parlamentarios como posibles sujetos activos del cohecho. Sólo se establece en el Convenio penal del Consejo de Europa pero su art. 37 permite hacer una reserva, precisamente para no tipificar como delito lo dispuesto en su art. 4 (soborno de parlamentarios).

91. Resolución del Congreso de Diputados (BOCG 20-5-2005).

supuesto fundamental para la aplicación de cualquier tipo de medida de cooperación y auxilio mutuo en el plano penal. Precisamente porque el término *funcionario público* aparece como elemento central en la corrupción contra el Estado, debería recogerse en los instrumentos como un concepto autónomo y no dependiente de lo que entienda cada legislación nacional.[92] Este concepto, que debería ser internacionalmente aceptado y autónomo, entendemos que tiene que formularse en un sentido amplio: esto es, comprensivo de todo aquel que desarrolla funciones de carácter público, no ya sólo a los funcionarios extranjeros y/o pertenecientes a las organizaciones internacionales, sino a los jueces, jurados, peritos y miembros de las asambleas parlamentarias, así como a todas aquellas personas que participan del ejercicio de las funciones públicas aun cuando formalmente no tengan la condición estatutaria de funcionarios. Lo importante no es tanto saber si la persona pertenece estrictamente o no a la estructura administrativa, cuanto si de algún modo –por nombramiento, en razón de un contrato, o por su posición peculiar– se encuentra incorporado al ámbito de la función pública, ejerce funciones públicas. Esto lleva en algunos países, con acierto, a incluir dentro del concepto de funcionario público a empleados de personas jurídicas no ya de propiedad estatal o creadas por el Estado, sino que simplemente reciben una importante financiación o subsidio por parte del Estado.[93]

2. En el plano regional, frente a la opción seguida por la OEA, en el marco europeo hace tiempo que se viene produciendo "un importante cambio conceptual" y la corrupción no sólo se considera un hecho a perseguir cuando se

92. La Convención del Consejo de Europa define expresamente el concepto de servidor público en el art. 1 como un *official or public officer*, pero exige implícitamente incluir también a los alcaldes, ministros o jueces tal y como están definidos en el Derecho interno para así evitar lagunas. El concepto de juez debía ser amplio para que englobara a las personas –ya elegidas o nombradas– que desempeñaran la función de juez, y abarcar también a los funcionarios vinculados a la persecución penal. Más allá de esto, se consideran miembros de las asambleas públicas nacionales e internacionales (*public assemblies*) a aquellos, ya sean elegidos o nombrados, a escala local, regional o nacional. Por tanto, también son abarcados por el círculo de posibles autores. Se trata aquí de diputados parlamentarios así como de órganos públicos que desempeñen labores legislativas o administrativas (por ejemplo, quienes cumplan tareas de planificación o expidan licencias).

93. Vide, entre otros, CUESTA ARZAMENDI, José Luís de la. Iniciativas internacionales... cit., p. 23, quien señala como ejemplo, el art. 263a del Código Penal griego constituye un ejemplo de este tipo de extensión "funcional" del concepto de funcionario público a ámbitos que normalmente no se califican como de la función pública.

produce en relación con la Administración pública, sino que se entiende que también debe combatirse cuando tiene lugar en el sector privado. Este ámbito tradicionalmente regulado más por el Derecho civil (mercantil) o laboral, se considera igualmente merecedor de intervenciones preventivas, penales y de intensa colaboración interestatal de cara a asegurar la mayor transparencia de las relaciones económicas –y, en particular, en las relaciones económicas internacionales– tengan o no directamente que ver directamente con los Estados. Por ello, respecto a la conducta típica, entendemos que debería formularse también en sentido amplio,[94] que comprendiera tanto la corrupción en el sector público como en el privado, entendiendo como tal los actos de corrupción como aquellos que implican, por acción u omisión, la violación de un deber "posicional" o el incumplimiento de una función específica, en un marco de discreción, y con el objetivo de obtener algún tipo de beneficio "extraposicional".[95]

3. Todos los instrumentos prevén los pagos tanto directos como indirectos, refiriéndose a la obtención de beneficios injustos o ventajas de cualquier naturaleza al describir el objetivo antijurídico de la conducta. Estimamos conveniente que pueda tratarse de las *ventajas de cualquier naturaleza* al tratarse de un concepto deliberadamente general que abarca no solamente objetos materiales (dinero, objetos valiosos, bienes de cualquier tipo, servicios prestados) sino también cualquier cosa que pueda representar un interés indirecto, tal como saldar las deudas de la persona corrupta o realizar obras en una propiedad suya. Esta lista no es exhaustiva. El concepto de ventaja, solicitada, recibida o prometida, abarca todo tipo de ventajas materiales o inmateriales. Por tanto deben considerarse penalmente relevantes, a nuestros efectos, prestaciones sexuales y ascensos laborales.

4. La corrupción merece sancionarse con penas de carácter disuasorio, efectivas y proporcionales a la entidad y gravedad del hecho delictivo cometido.

---

94. Como sucede, de forma explícita, en la definición ofrecida por el Grupo Multidisciplinar sobre la Corrupción (GMC). Este grupo, creado en el marco del Consejo de Europa, entiende la corrupción como "el soborno y cualquier otro comportamiento en relación a personas a las que se han confiado responsabilidades en el sector público o privado, que viola los deberes de éstas dimanantes de su situación de funcionario público, empelado privado, agente independiente o cualquier otro tipo de relación y que tiene por objeto obtener ventajas indebidas de cualquier clase para sí o para otros" (Consejo de Europa, GMC (96) 43, p. 10).

95. En este sentido, vide GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Acerca del concepto de corrupción. *Claves de Razón Práctica* 56/1995; MALEM SEÑA, Jorge F. Op. cit.

Se establece la necesidad de establecer sanciones privativas de libertad que puedan dar lugar a extradición en todos los supuestos de cohecho antecedente (tanto propio como impropio). Las sanciones deberían agravarse cuando los hechos se conecten con el crimen organizado. Penas como la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, para la participación en concursos o sistemas públicos de contratación o de cara al mantenimiento de relaciones –directas o indirectas– de carácter comercial o de servicios con la administración, pueden ser muy eficaces en este ámbito donde lo que se persigue fundamentalmente es la obtención de un lucro o la obtención de ventajas, a la postre, de contenido económico.[96]

5. Sobre la posibilidad de articular medidas de protección de personas que denuncian casos de corrupción y determinar la obligación de denunciar el conocimiento de estos hechos, la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* contempla la figura del testigo protegido en su art. 32. La finalidad general que anima esta normativa consiste en asegurar el anonimato de las declaraciones, establecimiento de medidas de protección personal y familiar, cambio de identidades, retribuciones económicas, exención del cumplimiento de obligaciones penales y civiles etc.

También se prevé potenciar los beneficios penológicos que permiten las figuras del arrepentimiento activo, causas personales de levantamiento de la pena o las excusas absolutorias a favor de quien denuncia hechos de corrupción. Estas figuras que estimulan con el beneficio de una pena la delación, tienen un fundamento exclusivamente utilitarista y de oportunidad, con el que se trata de dar satisfacción a determinados intereses. Estas figuras premiales afectan la estructura del proceso mismo, acentuando su carácter inquisitorio al transformar el interrogatorio en un medio de obtención de pruebas y eliminar el juicio contradictorio debido a que todas la partes convergen en el común objetivo de hacer acusación, dando pie a todo tipo de chantajes y negociaciones. Por tanto, se trata de una justicia negociada con pocas garantías, que introduce una serie de distorsiones en el sistema penal y procesal, que socava los principios de igualdad y seguridad jurídica. En cualquier caso, su eficacia práctica y utilitaria, desde consideraciones preventivo-generales, como instrumento táctico de lucha contra la corrupción, ha sido escasa, ni siquiera en países como Italia ha tenido demasiado éxito. Por lo que cabe inferir que no compensa el deterioro producido en los principios básicos del Estado de

96. En este sentido, vide, entre otros, CUESTA ARZAMENDI, José Luís de la. Iniciativas internacionales... cit., p. 24.

Derecho. Estas medidas, en el supuesto que pudieran defenderse desde una perspectiva de prevención especial, resultan rechazables porque contradicen el límite de la proporcionalidad que exige un equilibrio entre la gravedad del delito y la respuesta penal.

6. Todas las convenciones coinciden en contemplar a las personas jurídicas como posibles sujetos de responsabilidad penal, pero dejan abierta la posibilidad a una sanción de tipo penal, civil o administrativo siempre que la consecuencia jurídica sea eficaz, proporcional y preventiva. Por tanto, cuando el hecho típico se ha cometido en beneficio o en nombre de la persona jurídica los legisladores nacionales deberían estarán obligados a preocuparse de que la responsabilidad de la persona jurídica también se contemple cuando no exista suficiente control al interior de la empresa y esto haga posible la comisión del cohecho. Una especie de responsabilidad general de los directivos de la institución a quienes corresponde la labor de supervisar la empresa. La responsabilidad de la persona jurídica no tiene que excluir la de personas físicas.

3.3 Tipos delictivos

1. El cohecho impropio aparece tipificado, con acierto, en la CNUCC,[97] en el Convenio OCDE,[98] el Convenio de la UE,[99] la Convención penal del Con-

97. Del art. 15 así se deduce pues este precepto emplea la expresión "con el fin de que el funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales". No exige, por tanto, "infringir los deberes del cargo".

98. No en vano, sus *Comentarios* señalan que "el hecho de corromper para obtener o conservar un contrato u otro beneficio irregular constituye un delito independientemente de si la sociedad en cuestión es o no es el licitador mejor cualificado o de si el contrato podría haberse sido atribuido legítimamente por cualquier otro motivo".

99. Aunque el articulado señale "por cumplir o abstenerse de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función", el Informe explicativo entiendo que sí avala el castigo del cohecho impropio porque señala lo siguiente: "El Convenio se aplica a la conducta relacionada con las funciones y obligaciones del funcionario. El Convenio se aplica al hecho de cumplir o de abstenerse de cumplir cualquier acto dentro de las competencias del que ocupa el cargo o función en virtud de cualquier ley o norma (deberes oficiales) en la medida en que los actos se realicen incumpliendo los deberes de su cargo. Los Derechos de algunos Estados miembros incluyen también los casos en que un funcionario, en contra de la obligación de su cargo de actuar imparcialmente, recibe una ventaja por actuar de conformidad con sus funciones (por ejemplo, dar un trato preferente acelerando o suspendiendo la tramitación de un asunto)".

sejo de Europa[100] y la Convención Unión Africana.[101] Es más, en alguno de los instrumentos se aboga por no diferenciar entre cohecho propio e impropio, puesto que ante la lesión de la imparcialidad o objetividad de la administración resulta secundaria la distinción lícito o ilícito. El funcionario público, en otras palabras, quebranta su deber de imparcialidad en el mismo momento en el que acepta una remuneración, convirtiéndose en ilícita y lo quebranta tanto si lo que va a realizar sea lícito o no.

A pesar de que la FCPA considera impunes los pagos de facilitación o engrase, al estimar que se trata de "pagos de buena fe", y los comentarios del Convenio de la OCDE hagan referencia a que los pagos de facilitación "pequeños" no son punibles, siguiendo la recomendación de la OCDE de 2009 abogamos por su penalización dados los "efectos corrosivos que tiene sobre el desarrollo sostenible y el Estado de Derecho".

2. Hemos podido constatar como los Estados tienen la obligación de tipificar como delito tanto el cohecho propio como impropio, en sus vertientes antecedentes, con independencia de que el acto objeto del acuerdo sea justo o injusto, contrario o conforme a los deberes del funcionario público, reglado o discrecional. Sin embargo, respecto al cohecho subsiguiente, ningún documento exige su castigo pues todos emplean la preposición "para" o expresiones similares que denotan "futuro".[102] Por consiguiente, los Estados no están obligados a tipificar como delito penal el hecho de recibir una ventaja

---

100. De manera similar a la CNUCC, la Convención del Consejo de Europa recurre a la expresión "con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones", sin exigir "infringir los deberes del cargo". Más aún, el art. 36 del documento, que permite a los Estados parte hacer declaraciones, no hace referencia a los arts. 2 y 3, en los cuales se regula el cohecho. Art. 36 de la Convención penal del Consejo de Europa: "En el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cualquier Estado podrá declarar que tipificará como delito la corrupción activa y pasiva de agentes públicos extranjeros a tenor del art. 5, de funcionarios internacionales a tenor del art. 9 o de jueces y agentes de tribunales internacionales a tenor del art. 11, únicamente en la medida en que el agente público o el juez realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes oficiales".

101. Utiliza la expression "*for any act or omission in the performance of his or her public functions*".

102. El *Informe Explicativo* al Convenio de la UE de 1997, claramente se expresa diciendo: "Tal como está redactada la disposición, la solicitud o la aceptación deben ser anteriores al acto o la omisión del funcionario, ya que el texto precisa: 'el hecho (...) de que un funcionario (...) solicite o reciba ventajas (...) o el hecho de aceptar la promesa (...) por cumplir o abstenerse de cumplir (...)'".

después de llevar a cabo un acto sin que haya mediado una solicitud o aceptación previa. Tampoco serían punibles los obsequios que no estén relacionados con alguna actuación posterior del funcionario realizada en cumplimiento de sus obligaciones. Si bien, con arreglo al art. 11 del Convenio del Convenio de la UE no hay, por supuesto, nada que impida a los Estados miembros que lo deseen, tipificar como delito la corrupción consistente en recibir una ventaja solicitada o aceptada una vez que el funcionario ha cometido la acción contraviniendo sus obligaciones oficiales. Teniendo en cuenta que en estos casos la imparcialidad del funcionario no se ve aceptada, penalizar este tipo de conducta con el fin de no dejar impunes situaciones en las que es difícil probar el pacto corrupto previo, no nos parece un argumento convincente, en la medida en que se parte de la incapacidad de la Administración de justicia para probar los hechos.

3. Por su importancia y gravedad, conviene aplicar medidas penales adecuadas para hacer frente al tráfico de influencias y a todo aquel conjunto de figuras delictivas que son conexas o que se encuentran muy relacionadas con la corrupción: no pocas veces la persecución y sanción de estas conductas puede ser la vía más eficaz de combatir aquélla.

4. También será necesario aplicar medidas penales adecuadas para hacer frente a la corrupción en el sector privado. Las conductas de corrupción privada deberían castigarse si afectan gravemente al bien jurídico "competencia leal". Por tanto, político-criminalmente se considera que los actos de competencia desleal sólo van a ser objeto de sanción penal en cuanto que lesionan intereses patrimoniales concretos del empresario, de otros competidores o afectan a los consumidores. Dicho de otro modo, la simple eficiencia del mercado, las reglas de buena fe que deben presidir las relaciones comerciales, la simple infracción del deber de la confianza en el empleado y la lealtad, no alcanzan el suficiente grado de importancia para ser bienes jurídico penales. De seguir la opción contraria, supondría justificar la intervención penal para tutelar los dogmas del liberalismo económico.

5. Con respecto al delito de enriquecimiento ilícito, las convenciones orientadas a países con menos tradición democrática (Convención de la Unión Africana o Convención Interamericana contra la Corrupción) instan a tipificarlo (si bien, siempre hacen mención al respeto a los principios fundamentales de cada Estado). La Convención de Naciones Unidas justifica de forma poco convincente la incriminación de este delito para superar las dificultades que tienen los fiscales a la hora de demostrar que un funcionario público ha solicitado o aceptado sobornos en los casos en que su enriquecimiento es tan desproporcionado respecto de sus ingresos legítimos que puede establecerse

prima facie (es decir, presumirse) que se ha cometido un acto de corrupción. El funcionario público, agente de la autoridad o particular tiene que demostrar que los regalos u otros efectos recibidos no guardaban ninguna relación con el desempeño de su función, así como a aportar una explicación convincente del origen lícito del espectacular incremento de su patrimonio, cuando fuera el caso. La búsqueda de eficacia ha llevado, en este caso, a la inversión de la carga de la prueba o a la introducción de presunciones de culpabilidad ante vagas sospechas o indicios no muy sólidos que naturalmente menoscaban el principio de culpabilidad y de presunción de inocencia. Se ha producido así el abandono de algunos de los postulados garantistas que tradicionalmente se venían considerando incuestionables en algunos Estados. Por otra parte, en algunos convenios se recomienda la tipificación de otras figuras delictivas que exigen castigar cualquier actuación del funcionario para obtener un beneficio indebido,[103] negociaciones prohibidas, etc. Estas son conductas "previas" al enriquecimiento ilícito, y respecto de los cuales ya no se puede decir que vulneren el principio de presunción de inocencia.[104]

Para tratar de prevenir este tipo de conductas, los cargos electos o los trabajadores públicos, sobre todo aquellos que intervengan en procesos urbanísticos o de contratación pública,[105] deberían tener la obligación de hacer pública una declaración de bienes y derechos patrimoniales, antes y después de dejar el cargo o puesto, y ser la Administración Tributaria quien realice la oportuna investigación y en su caso sanción.

3.4 Asistencia y cooperación

1. En el plano procesal y de la investigación policial conviene destacar que las autoridades que asuman la persecución de la corrupción deben estar especializadas y dotadas de instrumentos jurídicos capaces de penetrar en el entramado empresarial y económico de la corrupción y, sobre todo, debe estar

---

103. Así, la CICC (art. 6.1.c) y la Convención de la Unión Africana (art. 4.c). La CNUCC simplemente insta a castigar (no es obligatorio) cualquier abuso del cargo para obtener un beneficio indebido (art. 19).

104. El derecho a la intimidad de quien ocupa puestos tan relevantes en la Administración no puede ni debe amparar la ocultación de dichos datos, que resultan indispensables para la verificación de su probidad y honradez. En estos casos, la publicidad estaría justificada para así garantizar mejor la integridad de las Instituciones. No estaríamos ante un supuesto de "injerencia ilegítima".

105. *Ley 7/1985, de 02 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.*

garantizado "que puedan desempeñar sus funciones con eficacia y sin presiones indebidas".[106]

2. Junto a ello, dada la cercanía del fenómeno de la corrupción con el crimen organizado, se justifica en estos casos la aplicación en su persecución de técnicas internacionalmente admitidas en la lucha contra este tipo de criminalidad. Desde diferentes ámbitos se trata de acomodar el posible contenido de las comisiones rogatorias a las nuevas tecnologías (videoconferencias, vigilancia electrónica, comunicaciones por Internet etc.), se promulgan institutos procesales en el ámbito interno (agente encubierto, entregas vigiladas etc.) y, en el ámbito de la delincuencia económica, se intenta privar a estos delincuentes de sus ingentes ganancias. Ahora bien, ese esfuerzo ha de ir acompañado de la paralela voluntad de creación de un marco internacional de garantías efectivas para los imputados que, hoy por hoy, no está asegurado. Invocar, como hacen determinados países, que esas garantías son una cuestión interna de cada Estado o que bastan los Convenios ya existentes y, en concreto, la Declaración de Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales es, o renunciar de antemano a las garantía en aras de una pretendida eficacia u olvidar que el carácter genérico de las disposiciones contenidas en los Tratados mencionados, conduce a que, en muchos países, dichos principios se hayan convertido en meras declaraciones formales sin contenido real alguno y, en otros, a que la interpretación realizada de esos tratados no alcance los estándares garantistas que exige la vigencia de principios fundamentales asentados en nuestra tradición democrática.[107]

3. En este contexto, lo que se defiende es que tratándose de delitos transnacionales que pueden llegar a tener una importante trascendencia económica, debería estar vigente la extraterritorialidad del tipo penal y la supresión el principio de doble incriminación.[108] Un paso importante en esta materia ha supuesto la orden de detención europea, adoptada mediante Decisión Marco del Consejo de 13/6/2002. Esta orden se considera la primera concreción del reconocimiento mutuo, la extraterritorialidad del tipo penal y además suprime el principio de

106. Art. 36, CNUCC.

107. GARCÍA ARÁN, Mercedes (coord.). *Trata de personas y explotación sexual*. Comares, 2007. Conclusión vigésima, p. 321.

108. En este sentido, vide, ARROYO ZAPATERO, Luís. Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos. In: _____; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coords.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Ediciones de la Universidades de Castilla-La Mancha/ Salamanca, 2001. vol. 2, p. 41 y ss.

doble incriminación. La supresión de éste, desde el punto de vista del Derecho penal internacional, convierte a estos delitos en una suerte de grupo intermedio entre los supuestos de personalidad activa y justicia universal.[109]

En los distintos países deben adoptarse normas relativas a la atribución de la competencia jurisdiccional (por ejemplo, a través de la ampliación del principio real o de protección) para poder perseguir estas conductas, aun cuando hubieran sido cometidas en el extranjero y por parte de un funcionario igualmente extranjero –sin perjuicio, evidentemente, de la probable preferencia de otros Estados en la persecución y condena de tales conductas.

4. La cooperación judicial no debe limitarse a los institutos de la extradición y de las rogatorias, sino que se extiende el ámbito de la asistencia mutua a incautaciones y comisos de los activos procedentes de delitos. Por ello, ha de prestarse especial atención a los mecanismos que garantizan la confiscación de los sobornos y demás elementos utilizados para la realización de hechos de corrupción, así como para la prevención y sanción del blanqueo de capitales procedentes de la corrupción. Se previó, en efecto, que la restitución del bien decomisado internacionalmente es obligatoria toda vez que se trate de bienes públicos o, de todas maneras, de bienes de propiedad del Estado; para las demás hipótesis, la restitución, aunque prioritaria, deja de ser obligatoria.

En cualquier caso, la cooperación policial y judicial, por muy intensa que sea, no puede, sin embargo, agotar las expectativas político-criminales. Tampoco la solución pasa por la expansión del Derecho penal y en una transformación profunda de los criterios clásicos de imputación procesal-penal, acentuando unilateralmente finalidades preventivas y de eficacia que tienen las connotaciones propias de una legislación de excepción, con el correlativo menoscabo del respeto a derechos fundamentales indeclinables en el contexto material de un Estado de Derecho. Las exigencias de una actuación eficaz frente a la corrupción pasan por alto que las demandas que la sociedad dirige al Derecho penal son siempre prácticas. La eficacia socialmente demandada no se identifica con la agravación de las sanciones o la minoración de garantías, sino con el incremento de resultados preventivos. En este camino, no cabe articular estrategias que prescindan de una referencia a valores. Parece que la tarea inicial es el control político de la economía mundial, después en el ám-

109. Pues de un lado, permite castigar no sólo a españoles que cometan estas infracciones en el extranjero, sino a cualquier persona, en este punto son más amplios que el principio de personalidad activa, pero de otro no castigan, como hace el principio de justicia universal, cualquier delito cometido en cualquier parte del mundo, sino sólo los casos cometidos en el extranjero que van a terminar repercutiendo dentro del territorio.

bito jurídico-penal consiste en fijar una persecución internacional de los tipos delictivos de corrupción, todo ello sin obviar que las medidas penales deben verse acompañadas y precedidas por otros muchos y diversificados mecanismos de control en distintas instancias, tendentes en su conjunto a favorecer la transparencia en el sector público y privado, desechar cualquier clase de clientelismo en los sistemas democráticos, y profundizar en definitiva en las bases constitutivas del Estado de Derecho. Lo que supone una ponderación de costes que ha de integrar la eventual colisión de cada una de las alternativas con los principios garantizadores que se entienden definidores del sistema.

Situados en este debate, no parece que los avances en la lucha contra la corrupción global se hayan realizado con un utilitarismo a ultranza desconocedor de principios garantizadores. Los delitos graves exigen respuestas preventivamente adecuadas, al menos si se quiere mantener cierta coherencia con las valoraciones inherentes a todos los sistemas jurídicos-penales. Por tanto, no se trata de rebajar el sistema de garantías, porque no es aceptable rebajar la contundencia de las sanciones.

En suma, es necesario conseguir un progreso enérgico para hacer frente a la corrupción de Estado y económica a través de la internacionalización de medidas preventivas y represivas desde la armonización legislativa penal de los países, debiendo estar presididas esta últimas, por criterios de subsidiariedad y proporcionalidad frente a cualquier generalización indiscriminada de tipificación de conductas.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A corrupção em uma perspectiva internacional, de Carlos Eduardo Adriano Japiassú – *RBCCrim* 64/29;
- A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica, de Emerson Garcia – *RT* 820/440;
- Corrupção e modos de governo: desafios para a democracia, de Flávia Schilling – *RIASP* 26/241;
- La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, de Luigi Foffani – *RBCCrim* 81/48; e
- Su majestad la corrupción, de Teodosio A. Palomino – *RDT* 133/327.

54629

URBANISMO Y CORRUPCIÓN 2

Notas sobre el proceso evolutivo de su tratamiento penal en España

ANTONIO VERCHER NOGUERA

Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo (España).

ÁREA OO DIREITO: Penal

RESUMEN: El artículo examina el fenómeno de la corrupción urbanística en España, tanto desde el punto de vista sociológico como penal, así como el tratamiento que se le ha dado en nuestro país, mostrando los resultados prácticos obtenidos y especialmente la respuesta que al tema le ha dado la jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: Corrupción - Medio ambiente - Ordenación del territorio urbanismo - Código Penal - Derecho Penal.

ABSTRACT: This article analyses the problem of corruption in urban planning in Spain from a sociological and criminal point of view, how it is handled in our country, the results obtained and especially the response of the jurisprudence to the issue.

KEYWOROS: Corruption - Environment - Land planning - Urban studies - Criminal Code - Criminal Law.

SUMARIO: 1. Introducción - 2. Los origenes del problema y respuesta social al fenómeno de la corrupción urbanística: 2.1 Ciudadanos propietarios como acicate para la construcción; 2.2 Prohibición de la especulación con el suelo y, por ende, con la vivienda; 2.3 Respuesta

social a la prohibición de la especulación del suelo – 3. La respuesta penal al fenómeno de la corrupción urbanística en España: 3.1 Algunos precedentes jurisprudenciales; 3.2 Regulación legal: 3.2.1 Desarrollo jurisprudencial del delito sobre la ordenación del territorio; 3.2.2 Desarrollo jurisprudencial sobre aspectos relativos a la corrupción en los delitos sobre la ordenación del territorio – 4. Epílogo.

1. INTRODUCCIÓN

Hablar de urbanismo y corrupción hace apenas unos pocos años resultaba casi políticamente incorrecto. La construcción constituía la reserva de la que se alimentaba una parte importante de la economía española, y así se venía admitiendo abiertamente en toda suerte de foros y oráculos. La pujanza económica que, con algunos interregnos, se venía produciendo en España de manera casi ininterrumpida, –especialmente desde su ingreso en la Unión Europea en el año 1986–, llevaba a amplios sectores a postergar la valoración de algunos aspectos dudosos, o no muy ortodoxos, de ese crecimiento, acusando poco menos de aguafiestas a quien osara cuestionar un modelo que se venía revelando como altamente eficaz.[1] No sería honesto alegar ahora que no había constancia y, por ende, pleno conocimiento de un importante número de irregularidades relacionadas con la construcción.

Las hemerotecas están llenas de referencias al respecto, a principios de los años ochenta y noventa con titulares tan llamativos como los que manifestaban que "Mover una rayita vale millones"[2] o "Ayuntamientos y autonomías

1. Como señala el economista Justo Zambrana, "Atrás quedaban muchas décadas de aislamiento y, para sorpresa general, España se convirtió en un país admirado. Crecíamos más rápido que los demás, reconvertíamos nuestro sistema productivo y poníamos en marcha el Estado de bienestar. En Europa los tópicos sobre una España indolente, poco trabajadora y un tanto folclórica dieron paso a la idea de un país dinámico, trabajador y bien avenido que aprovechaba del mejor modo posible las oportunidades de la integración en Europa. Hasta en las reuniones comunitarias conseguíamos fama de ser los más puntuales (...)". ZAMBRANA, J. ¿Prusianos del sur o PIGS? *El país*, 03.07.2010. p. 29.

2. El artículo, cuyo autor era Juanjo García del Moral, continuaba como sigue: "Las recalificaciones de terrenos aportan inmensos beneficios en los municipios turísticos. Una trama aparece en un plano y un funcionario y sus socios ganan 200 millones de pesetas en la compraventa de un inmueble. Un promotor dona 100 millones a un Ayuntamiento por ampliar suelo urbano. La empresa de un Concejal de Urbanismo construye en zona verde y otro edil elimina una calle y amplía un hotel de su propiedad. Son ejemplos –recogidos en lugares concretos– de las ilegalidades que se producen en España, que habitualmente no se castigan y que constituyen la punta

incumplen la legislación ambiental",[3] casi siempre en pro de la construcción, por supuesto. Dejadez que inevitablemente contrastaba con otros titulares del tipo del que indicaba que "España envía al Golfo Pérsico uno de los primeros grupos de ayuda ecológica",[4] para mitigar los desastres ambientales producidos como consecuencia de las mareas negras causadas por la primera guerra en el Golfo, titular que paradójicamente compartía página con el segundo de los titulares periodísticos anteriores. También muestran las hemerotecas como, por aquel entonces, se vino a producir algún que otro cese político como consecuencia de irregularidades urbanísticas.[5] Son simples ejemplos expuestos a vuelapluma y seguramente susceptibles de ser extensamente ampliados de dedicar más tiempo y esfuerzo a la labor de su búsqueda y localización.

La historia que sigue es harto sabida y se reduce a la fatal atracción por el dinero fácil que ha tenido lugar en el mundo de la burbuja del ladrillo y sobre la que no es necesario insistir demasiado, habida cuenta la absoluta obviedad del tema. Todo el mundo es España sabe hoy, que nuestra nación ha sido el país de la Eurozona más dependiente de la construcción, hasta el punto de que, en determinados momentos (marzo del 2008) la construcción suponía el 10.9% del producto interior bruto nacional.[6] Donde sí es importante insistir, sin embargo, es las causas determinantes de este fenómeno, así como en las consecuencias legales que el mismo ha implicado, para tener una idea, siquiera elemental, de ese proceso evolutivo que ha acabado produciendo la burbuja inmobiliaria, consustancial, sin duda, a uno de los fenómenos de corrupción más importantes que ha sufrido España a lo largo de su existencia.

Lo realmente sorprendente es que el legislador español retrasara varias décadas –hasta el año 1995, con la promulgación del nuevo Código Penal actualmente en vigor– el tratamiento penal de los excesos y abusos en urbanismo y ordenación del territorio. Se era consciente de que el problema existía, y lo

---

del iceberg de las irregularidades que rodean la planificación urbanística. Políticos y cargos públicos que son, a la vez, constructores o promotores figuran como moneda común en los Ayuntamientos españoles, especialmente en las zonas turísticas costeras, donde mover una rayita en un plano puede reportar millones de beneficios." GARCÍA DEL MORAL, J. *El país*, 16.05.1991. p. 26.

3. Planteamiento que, según la autora del artículo, Sofía Menéndez, seguía cualquiera que fuera la ideología del partido al frente de tales instituciones. *El independiente*, 24.05.1991. p. 22.
4. En este caso el autor era Ángel Muñoz. *El independiente*, 24.05.1991. p. 22.
5. La noticia en cuestión alude a que "El PSOE granadino suspende de militancia a un abogado por irregularidades urbanísticas". *El país*, 09.04.1983, p. 16.
6. *El país*, 13.07.2009, p. 20.

acabado de indicar lo pone de manifiesto. Se incorporó incluso una regulación en ese sentido, con diferentes conductas delictivas, en el proyecto de Código Penal de 1980, indicándose en la Exposición de Motivos del mismo que la incorporación del delito urbanístico al ordenamiento penal se debía a "una demanda de la colectividad". Regulación que, lamentablemente, no vio la luz.

Realmente ha sido necesario que la burbuja inmobiliaria "pinchara" en España y que, especialmente, las instituciones comunitarias exigieran cambios al respecto[7] a nuestro país, para que se decidiera afrontar finalmente el problema. Resulta llamativo, sin embargo, el que algunas instituciones públicas se estén planteando la "vuelta" al viejo modelo económico basado en la construcción, como si nada hubiera ocurrido.[8]

2. LOS ORIGENES DEL PROBLEMA Y RESPUESTA SOCIAL AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA

Que España es un país cuyos ciudadanos suelen ser los propietarios de los inmuebles que habitan es algo tan real como el proceso de desertificación en el que está envuelta nuestra geografía nacional o el cambio climático que afecta a buena parte del planeta, aunque algunos se nieguen a admitirlo. Debo reconocer, a fuer

7. El Informe Auken, aprobado por el Parlamento Europeo el 26.03.2009, denuncia ese modelo urbanístico insostenible, señalando además que en muchos casos, "todas las Administraciones, central, autonómicas y locales has sido responsables de haber puesto en marcha un modelo de desarrollo insostenible, que ha tenido gravísimas consecuencias, por supuesto medioambientales y, además, sociales y económicas" (apartado S). El Informe añade "Considerando que existen cada vez más pruebas de que las autoridades judiciales en España han empezado a reaccionar ante el reto que supone la urbanización excesiva en muchas zonas costeras, en particular mediante la investigación y la imputación de cargos contra funcionarios locales corruptos quienes, por sus acciones, han facilitado desarrollos urbanísticos no reglamentados sin precedentes en detrimento de los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea, que han conllevado daños irreparables a la biodiversidad y la integridad medioambiental de muchas regiones de España (...)" (apartado U).

8. Según se ha puesto de manifiesto en relación a varios Consistorios la Comunidad de Madrid, "Las señales del derrumbe del mercado inmobiliario español parece no haber llegado a los oídos de muchos de los alcaldes de la región. Tampoco parecen ver que la estrategia de vender suelo público para sanear los gastos corrientes de los Ayuntamientos es insostenible y vulnera la Ley del Suelo... No obstante, algunos Consistorios de la Comunidad de Madrid, a pesar del parón de la actividad inmobiliaria y de ingente stock de viviendas sin vender, siguen empeñados en obtener recursos por esa vía". MARTÍNEZ, J. L. El Ladrillo no se rinde. *El país*. Propiedades, 08.01.2010, p. 1 y 3.

de ser sincero, que determinar el origen de esa actitud del español de a pie, en la que se prima la propiedad del inmueble sobre cualquier otra forma o título de uso o disfrute del mismo, es una labor que exigiría un estudio infinitamente más profundo y mucho más extenso que las breves reflexiones que aquí y ahora se van a efectuar. Aun así, y partiendo de la base de que es un fenómeno reciente y paralelo al proceso de accesión a las fórmulas del bienestar que depara el estado moderno, creo que vale la pena proceder con esas reflexiones.

2.1 Ciudadanos propietarios como acicate para la construcción

Según Viloria, las casas baratas para clases sociales menos favorecidas, que a principios del siglo XX constituía la mayoría de la población, son consecuencia de la aparición de un incipiente estado de bienestar que empieza a pergeñarse en España a principios del citado siglo: "En 1919 se aprobó el retiro obrero obligatorio, que sólo se aplicó a partir de 1921. A partir de ese año las cotizaciones (obligatorias) de los empresarios y las aportaciones del Estado fueron constituyendo un importante fondo que permitió al Instituto Nacional de Previsión, a los Ayuntamientos y a los distintos Gobiernos acometer la construcción de casas baratas, escuelas y dispensarios (...) Durante el franquismo, la presencia del Instituto Nacional de Previsión se incrementó y se levantaron nuevos inmuebles (...)".[9]

Es fácil observar la existencia todavía, en múltiples edificios procedentes de aquella época, de placas atornilladas en la fachada de los mismos, y junto a la puerta principal, en las que se observa una referencia al Instituto Nacional de la Vivienda con su logotipo, consistente en una pequeña casa, al modo de un yugo, atravesada por seis flechas, equiparándose de tal modo al yugo y las flechas de Falange Nacional, único partido político permitido durante la Dictadura. Gil Calvo, por su parte, ha venido haciendo referencia a la manera cómo ese español de a pie que se siente propietario por primera vez con su casa barata en los años cuarenta, cuando mejora su situación económica en los años cincuenta y sesenta, invierte sus ganancias en la única forma de propiedad que conoce, es decir la propiedad inmobiliaria. Gil Calvo alude incluso a una forma de "pisofundismo" que se extiende paralela o como continuación al tradicional "latifundismo", que ha formado parte de la idiosincrasia aristocrática nacional y que, hasta cierto, punto incluso emula.[10]

---

9. VILORIA, A. Una huella en la ciudad. *El País*. Madrid, 09.12.2008, p. 5.

10. GIL CALVO, E. *Las proliferaciones de lo "inmobiliario" en la sociedad y en la política españolas*. Conferencia pronunciada el 21.11.2007, UIMP, Sede de Cuenca.

Curiosamente, sin embargo, cuando el art. 47 de la Constitución Española de 1978 deja claro que "Todos los españoles tienen el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada", siguiendo el modelo de constitucionalismo social de nuevo cuño adoptado en su momento por Grecia (1975) y por Portugal (1976),[11] el legislador constitucional no está pensando que esa vivienda tenga que ser necesariamente en propiedad. De hecho nada se dice en la norma. Lo cierto es, no obstante, que, como consecuencia de esa tendencia acabada de referir, en España solamente el 11.4% de los hogares vive actualmente de alquiler frente al casi 40% de la media europea.[12] Y ello es así porque, tal como se adelantaba, la propiedad de la vivienda ha sido el símbolo del desarrollo español desde la posguerra.

Otro aspecto a tomar en consideración, en línea con lo acabado de expresar, es el aumento de la población que ha tenido lugar en España que en el momento de de concluir el presente decenio supera los cuarenta y siete millones de habitantes, cuando hace apenas 50 años era algo más de la mitad. Es evidente que a mayor población se suscita una mayor necesidad de vivienda, sin que tampoco sea necesario insistir demasiado en ello por razones evidentes. Si además lo que pide el ciudadano es vivienda en propiedad, esa demanda de vivienda moviliza las leyes del mercado, produciéndose la correspondiente oferta.

Finalmente, un tercer factor a añadir determinante de la construcción en España: estamos inmersos en un proceso de éxodo rural de la población que tiene dimensiones globales, siendo un problema universal que por ende es también aplicable a nuestro país. Según el estudio de la London School of Economics y del Deutsche Bank,[13] el 75% de la población vivirá en áreas urbanas en el año 2050, frente al 10% que habitaba las ciudades en el año 1900. Si bien es cierto que ese proceso, tal como pone de relieve Sachs, tiene una lectura positiva por cuanto que puede contener la natalidad,[14] lo cierto es sin embargo que puede tener también efectos extraordinariamente adversos en otros contextos, especialmente en el que es ahora objeto de análisis. Ello es así dado que

---

11. RUIZ-RICO RUIZ, G. Derecho constitucional a la vivienda *versus* especulación urbanística. *Cuadernos de Derecho Público* 31/32, mayo-ago. 2007.

12. MUÑOZ, R. Si puedes consumir, ¿para qué poseer? *El país*, 18.07.2010, p. 34.

13. London School of Economics and Deutsche Bank. *The endless city*. [www.phaidon.com/endlesscity], 2008.

14. Según Sachs, "Un dato bien conocido es que las familias urbanas suelen tener menos hijos que las de zonas rurales, siempre que se mantengan constantes otras características socioeconómicas familiares". SACHS, J. Economía para un planeta abarrotado. Barcelona: Debate. 2008. p. 258.

una mayor población en la ciudad suscita, casi necesariamente, una superior necesidad de construcciones y habitáculos. Se trata de un proceso que, como señala en informe citado, se viene produciendo desde principios del siglo XX y que de hecho, por ejemplo, ha configurado verdaderas zonas de Madrid, especialmente el sur de la capital, por el origen de los emigrantes llegados a la misma en los años 50 y 60, generalmente andaluces y extremeños.

Sin duda hay otras razones de peso que seguramente avalan el que se haya seguido construyendo en España. Estas razones, sin embargo, carecen ahora de excesivo interés. Lo que importa destacar en este momento es el hecho de que si la actitud del ciudadano español es la de adquirir la vivienda en propiedad, lejos de optar por el alquiler, ese planteamiento se aplicará generalizadamente la adquiera quien la adquiera, siempre y cuando viva en España, porque esa es la tónica general.

2.2 Prohibición de la especulación con el suelo y, por ende, con la vivienda

El art. 47 de la Constitución española, además de dejar claro que todos tenemos derecho a una vivienda digna y adecuada añade, de manera meridianamente clara, que "Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación". Fórmula esta que, por lo demás, reproducen algunas legislaciones autonómicas en la materia.[15] Lo que importa, sin embargo, es que esa referencia que se hacía a la especulación del suelo en la norma constitucional, no era sino una forma de poner de manifiesto que el problema estaba ahí y que se era consciente de ello ya en el año 1978.

2.3 Respuesta social a la prohibición de la especulación del suelo

Otro tema distinto es el seguimiento y consecuente respuesta social que se le ha dado a ese principio constitucional plasmado en la prohibición de especulación del suelo. Tal como se ha indicado por la doctrina, para evitar potenciales usos especulativos del suelo se han venido a implantar mecanismos de colaboración ciudadana en los diferentes instrumentos de ordenación urbanística en la normativa urbanística más reciente, especialmente a partir de

15. Por ejemplo, el art. 203 del Estatuto de Autonomía de Andalucía se refiere al "uso racional del suelo, adoptando cuantas medidas sean necesarias para evitar la especulación y promoviendo el acceso, especialmente de los jóvenes a viviendas de financiación pública (...)".

la Ley del Suelo 8/2007.[16] Así, se dice, que "resulta significativa la señalización de un derecho –que adopta también el formato de mandamiento legal– con el que se intenta garantizar la información de los ciudadanos y de las entidades representativas de los intereses afectados por las actuaciones de transformación urbanística; y junto a éste otro que reconoce explícitamente la participación pública en la ordenación y gestión urbanísticas (...) Se avanza así, de manera significativa, respecto de normativas precedentes, ya que las posibilidades de colaboración ciudadana no se restringen al instrumento básico de planificación urbanística (PGOU) (...) En el ámbito de la información pública, se ha previsto, por último la obligación de la Administración competente de suministrar a los ciudadanos que reclamen una respuesta motivada a las alegaciones y observaciones que se hagan a los ciudadanos, evitando de este modo todo intento de eludir su responsabilidad para dar una contestación –sea positiva o negativa– a las demandas que se planteen a través de la figura del silencio administrativo".[17] Esta argumentación se refuerza con una serie de novedades que introduce el Texto Refundido de la Ley del Suelo[18] en su Disposición Adicional Novena con un más contundente objetivo de parar la corrupción.[19]

Es difícil valorar, sin embargo, la eficacia de estas disposiciones en la práctica a la hora de reducir la especulación del suelo. Ello es así, básicamente, porque la introducción de las mismas ha coincidido, de manera plena, con el inicio del pinchazo de la burbuja inmobiliaria que empezó a tener lugar en el año 2008, que es cuando se promulgan y entran en vigor estas normas. A su vez, este pinchazo ha provocado, como es sabido, la paralización, suspensión o anulación de numerosos proyectos urbanísticos, decreciendo con ello, presumiblemente, el número de actividades delictivas relacionadas con la materia.

Es cierto que los datos recabados y ofrecidos en estadísticas por la Fiscalía Coordinadora de Medio Ambiente y Urbanismo a lo largo del 2008 y del 2009, indican que el número de procedimientos de investigación penal abier-

16. Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo.

17. RUIZ-RICO RUIZ, G. Op. cit., p. 45.

18. Real Decreto Legislativo 2/2008, de 29 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo.

19. Se modifican los arts. 22.2, 70 ter, 75.7, añadiéndose un nuevo apartado 8 al art. 75, así como una nueva Disposición Adicional Decimoquinta, de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 de abril con ese específico objetivo. Con esta reforma, la Ley regula, entre otros aspectos, el régimen de incompatibilidades, la declaración de actividades, bienes y derechos patrimoniales, etc. de los directivos locales, personal al servicio de las entidades locales etc.

tos por las Fiscalías en esta materia[20] y de procedimientos judiciales abiertos al respecto[21] ha decrecido levemente. Pero, en cualquier caso, y para que esa tendencia decreciente continúe, es necesario, al menos a mi parecer, afrontar una perspectiva mucho más profunda de lo que lo hacen las nuevas opciones ofrecidas por la norma administrativa urbanística plasmada en la nueva Ley del Suelo y su Texto Refundido, a tenor de lo acabado de exponer. De hecho hay un serio problema en relación al diseño, uso, utilización y aplicación de la norma administrativa, en su más amplio sentido, en todo lo que tiene que ver con el urbanismo y la ordenación del territorio. Blanquer, por ejemplo, admite que la indisciplina urbanística sigue siendo un grave problema en España y que el Derecho administrativo "debe asumir profundas reformas para reaccionar ante la inactividad en el ejercicio de las potestades sancionadoras y de restablecimiento de la legalidad vulnerada".[22] Otro especialista en Derecho administrativo, Soriano, admite que la clave de la corrupción urbanística es "Transaccionar con el acto administrativo en contra de las leyes poniéndolas precio. Crear un mercado de actos administrativos, que como un zoco ofrece sus averiadas mercancías al mejor postor, para ventaja agiotista de munícipes, empleados públicos y demás paniaguados".[23]

Este tipo de planteamientos, aunque no absolutamente generalizados,[24] ha llevado en numerosas ocasiones a los Tribunales de Justicia, pertenecientes al

20. En el año 2008 se incoaron por las Fiscalías de medio Ambiente un total 3.877 Diligencias de Investigación, de las cuales 2.266 correspondieron a Ordenación del Territorio y Urbanismo. A su vez, en el año 2009 las Fiscalías incoaron un total de 3.403 Diligencias de Investigación, de las cuales 1.729 correspondieron a Ordenación del Territorio y Urbanismo. Se constata una ligera disminución de las Diligencias de Investigación en el año 2009 respecto al año 2008 prácticamente en todas las materias, salvo en el apartado relativo a Medio Ambiente.

21. En el año 2008 se constata la existencia de un total de 4.530 procedimientos judiciales en materia de medio ambiente de los que 1.734 lo fueron en Ordenación del Territorio y Urbanismo. En el año 2009 se constata la existencia de un total de 5.504 procedimientos judiciales de los que 1.737 correspondían a Ordenación del Territorio y Urbanismo.

22. BLANQUER, D. En la disciplina urbanística, como en el siete y medio, tan malo es no llegar como pasarse. *Notario*, ene.-feb. 2010, p. 39.

23. SORIANO, J. E. Urbanismo y corrupción. Medidas cautelares, única solución. *Notario*, ene.-feb. 2010, p. 36.

24. Entre los arquitectos se habla, por ejemplo, y de ello que es expresiva la opinión de Bardají, de la existencia, al respecto, de lo que este autor denomina una "Opinión colectiva acrítica dominante" que ve en el urbanismo "sólo la actitud propia de las recalificaciones, los pelotazos y, con ellos, la corrupción", añadiendo que a pesar de

área penal, a reclamar el recurso al Derecho penal para afrontar el problema urbanístico ante la situación poco alentadora que ofrece el Derecho administrativo en la materia y que, tal como hemos visto, muchos de sus propios especialistas han venido reconociendo. Por ejemplo, la sentencia de 25.04.2002 de la Audiencia Provincial de Barcelona, es rotunda al señalar que "Como consecuencia del fracaso estrepitoso del Derecho administrativo urbanístico sancionador y la realidad cada día más evidente en cuanto al fenómeno de la especulación urbanística y la comisión de verdaderas aberraciones de este tipo cometidas al amparo de conductas administrativas defraudatorias de la normativa urbanística a vacíos legislativos, el nuevo Código Penal de 1995 introdujo los denominados delitos sobre la ordenación del territorio, bajo su inclusión sistemática en un Título dedicado a la protección del medio ambiente y ecología en sentido amplio, en tanto que entorno del ser humano". Es cierto que, en ocasiones, el Tribunal Supremo ha intentado ser más aséptico cuando ha analizado la aplicación del Derecho penal ante la inaplicación de la norma administrativa en medio ambiente, en contraste con posicionamientos judiciales como el acabado de exponer. Así se desprende de la sentencia de 13 de febrero de 2008, al señalar que el Derecho penal para la protección del medio ambiente no refleja necesariamente la ineficacia de la Administración cuando ésta no cumple, sino que tiene entidad propia a la hora de proteger el medio ambiente. Sin embargo, cuando se ha tratado de revisar irregularidades urbanísticas de cierto calado o entidad la actitud del alto Tribunal ha sido más contundente. Así, la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009, relativa a los hechos de corrupción urbanística acaecidos en el Consistorio de Andraxt, en Palma de Mallorca, califica, en dos ocasiones, la situación urbanística de España de "*desastrosa*", añadiendo que una de las causas de esa situación es la inoperancia de la disciplina administrativa en España. A tal efecto, la Sala II pone de manifiesto lo siguiente:

"Más la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajística, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa se acude al Derecho penal como última ratio. Sin que quepa desconocer que la profunda lesión del bien jurídico protegido trae causa en buena parte del efecto acumulativo provocado por trasgresiones."

---

las experiencias nefastas que al respecto se han tenido en España, "el urbanismo es una disciplina noble". BARDAJÍ, E. El contexto de la corrupción urbanística. Algunos criterios necesarios para dificultar su proliferación. *Notario*, ene.-feb. 2010, p. 26.

Hay que reconocer que los especialistas en Derecho administrativo no son tan proclives, como en ocasiones lo son los Tribunales de Justicia, a recurrir al Derecho penal ante la inoperancia del Derecho administrativo. Blanquer, por ejemplo, expresa, muy ilustrativamente, lo siguiente: "el que la indisciplina urbanística sigue siendo hoy un grave problema es un diagnostico que no admite controversias; pero la medicina para sanar esa situación patológica no está necesariamente en el quirófano del Derecho penal (que debe ser la última solución), sino en la botica del Derecho administrativo (que debe asumir profundas reformas para reaccionar ante la inactividad en el ejercicio de las potestades sancionadoras y de restablecimiento de la legalidad vulnerada)".[25]

Lo cierto es que ese no es un tema menor en el contexto del Derecho penal. La creciente criminalización de las disciplinas jurídicas no ha sido nunca motivo de orgullo en ninguna sociedad que se precie. Hasta tal punto es así, que ese debate ha acabado trascendiendo al más amplio foro público, con intervención del ciudadano de a pie y superando cualquier esquema jurídico tradicional, siempre limitado y elitista.[26] Hay que reconocer, sin embargo, que el problema radica en el hecho de que esa creciente tendencia criminalizadora de lo jurídico es casi consustancial a la evolución de los tiempos y a la cada vez mayor complejidad de la sociedad moderna. Se trata de las "necesidades de tutela penal en una sociedad cada vez más compleja", que implica "dar prudente acogida a nuevas formas de delincuencia", tal como se expresa en la Exposición del Motivos del actual Código Penal de 1995. A su vez tales nuevas, y a veces intratables, formas de delincuencia exigen, precisamente por eso, respuestas más contundentes que las que venía ofreciendo la sociedad tradicional. Prueba de ello es, posiblemente, la aparición de un delito contra el medio ambiente en el ámbito europeo comunitario, plasmada en las Directivas de 19.11.2008 y 23.10.2009, respecto a conductas que hasta entonces eran estrictamente administrativas, debido a que, según se dice desde las propias instituciones comunitarias:

"Es preciso combatir enérgicamente el delito ecológico que es el incumplimiento intencionado o por negligencia grave del Derecho comunitario del medio ambiente y sus posibles medidas de aplicación en el Derecho nacional,

25. BLANQUER, D. Op. cit., p. 39.

26. Es indicativo de lo acabado de exponer artículos periodísticos como el magníficamente elaborado por Ramón J. Comes titulado "Contra el populismo penitenciario", cuyo primera frase se inicia argumentando que "España es el país de Europa con más presos por cada 100.000 habitantes pese a tener una de las tasas de criminalidad más bajas. A golpe de calentones hemos ido endureciendo nuestro Código Penal". MOLES, R. J. Contra el populismo penitenciario. *El país*, 17.07.2010, p. 27.

en particular si es organizado. La Comisión va a organizar una estrategia de dos vías con objeto de establecer sanciones penales a nivel nacional en casos de desobediencia deliberada al Derecho comunitario, con arreglo al primer pilar comunitario y aproximar las legislaciones de los Estados miembros de lucha contra el delito ecológico organizado, cooperación judicial incluida, con arreglo al tercer pilar comunitario."[27]

Hay otro aspecto que conviene reseñar, confirmando lo expuesto, y que aunque no tiene que ver directamente con la especulación, ni tiene que ver con quienes especulan o se ven envueltos en supuestos de corrupción, sí tiene que ver, sin embargo, con quienes "dejan hacer" a los corruptos. Para empezar hay que poner de relieve que, según el Centro de Investigaciones Sociológicas, a lo largo de las encuestas realizadas en los años 2007 y 2008, menos del 3% de los encuestados mencionaron la corrupción como uno de los problemas más importantes del país.[28] Lo cual lleva a la inquietante conclusión de que la población considera que no hay corrupción en España o, dicho en otros términos, "que todo el monte es orégano". Según se ha puesto de manifiesto "el grado de corrupción depende de la tolerancia social hacia la misma por parte de la opinión pública, que es la que en los sistemas democráticos inspira la elección de los administradores públicos".[29] A su vez, la posición del público al respecto, y sobre todo su percepción de la legalidad, no está necesariamente basada en el sentido común, la reflexión o la sensatez, "sino por prejuicios que deberían ser revisados. Sabido es que cuando la gente cree en algo, da vida ese algo, aunque sea falso e irracional".[30]

En segundo lugar, el Informe sobre la Democracia en España 2008, de la Fundación Alternativas, aporta datos sobre un sondeo en relación a las elecciones municipales en el 2007 en España, subrayándose que en 133 Municipios en los que hubo algún tipo de acusación contra alcalde o edil significado a lo largo de la legislatura 2003-2007, en el 70.7% de los casos (es decir, en 97) los políticos afectados fueron reelegidos. Es difícil determinar cuales son las razones por las que el ciudadano de a pie se inclina por uno o por otro candidato en las elecciones. Resulta, sin embargo, interesante la lectura del "Breviario de Campaña Electoral", de Quinto Tulio Cicerón, dirigido a su hermano Marco Tulio Cicerón, al modo epistolar, cuando este último aspiraba al consulado, la

27. Art. 1.3 de la Decisión 1600/2002/CEE, relativa al Sexto Programa de Acción Ambiental de la Unión Europea.

28. Barómetros de 2007 y 2008.

29. GIL VILLA, F. *La cultura de la corrupción*. Madrid: Ediciones Maia, 2008. p. 10.

30. Idem, ibidem.

magistratura más importante de la república romana. En el Breviario se dice que "hay tres cosas en concreto que conducen a los hombres a mostrar una buena disposición a dar su apoyo en unas elecciones, a saber, los beneficios, las expectativas y la simpatía sincera, es preciso estudiar atentamente de qué manera puede uno servirse de esos recursos".[31] Observe el lector que "la simpatía sincera" es la tercera de las razones que inclinan el voto del ciudadano, tras "los beneficios" y "las expectativas". Lo cual coincide con otras aportaciones más recientes en el sentido de que, con el sistema actual, "se acaba confirmando que la cuenta de resultados de cada hogar predomina sobre cuestiones anejas a la política ordinaria, independientemente de su gravedad".[32]

En tercero y último lugar, según pone de manifiesto Kliksberg, el problema reside en que cuando la cultura imperante en un entorno social apoya o permite la corrupción, la misma acaba convirtiéndose en el *modus operandi* que rige todo tipo de comportamiento social. Contrariamente, si la cultura rechaza la corrupción, los corruptos acaban convirtiéndose en "parias sociales". Es por ello por lo que el citado autor propugna que "La ilegalización cultural, además de jurídica, de la corrupción es la doble batalla a dar".[33] Esa doble vía, jurídica y ciudadana, es subrayada igualmente por Prats Catalá, conjugándolas, al precisar que "la génesis de la corrupción se encuentra en el marco institucional del actuar administrativo y de las relaciones entre ciudadanos, empresas, políticos y funcionarios".[34] De lo que se trata es de esforzarse en conseguir una perspectiva en la que superada la corrupción, tanto a través iniciativas legales como a través de un correcto comportamiento ciudadano,[35] pueda finalmente imperar una concepción ética de la vida social que se extienda a todos los estratos, y que además sea pública y ampliamente perceptible.[36]

---

31. CICERÓN, Q. T. *Breviario de campaña electoral*. Barcelona: Editorial Acantilado, 2003. p. 45.
32. SAUQUILLO, J. Corrupción y elecciones. *Notario*, nov.-dic. 2009, p. 71.
33. KILKSBERG, B. Corrupción. Más allá de los mitos. *El país*. Opinión, 08.03.2009, p. 11.
34. PRATS CATALÁ, J. La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de la buena administración. *Cuadernos de Derecho Público* 31/16, mayo-ago. 2007.
35. "Es este axioma acerca de la naturaleza de la realidad social lo que hace tan importante la intervención de los intelectuales y de los creadores de opinión en aquellas falsas creencias que poseen efectos discriminatorios, como es el caso de la xenofobia o el de la corrupción (...)". GIL VILLA, F. Op. cit., p. 10.
36. En ese sentido, Prats Catalá subraya que "Está claro que incluso en el mejor de los marcos institucionales pueden darse comportamientos corruptos atribuibles al factor humano y de ahí la importancia de la ética pública (política, empresarial, cívica y funcionarial). PRATS CATALÁ, J. Op. cit., p. 16 y 17.

3. LA RESPUESTA PENAL AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA EN ESPAÑA

El Código Penal de 1995,[37] actualmente en vigor, introdujo, después de los frustrados intentos anteriormente citados, el delito sobre la ordenación del territorio. Su exposición de motivos, sin embargo, no da muchas explicaciones que justifique esa novedad normativa. Es verdad que los delitos sobre la ordenación del territorio aparecen referidos en citada Exposición de Motivos, pero lo cierto es que todo se limita a una simple mención, tal como se hace con otros delitos de nuevo cuño.

Hasta cierto punto ese laconismo tiene su razón de ser. El Código Penal de 1995 parte de la base de que su simple existencia como código supone una adaptación del sistema penal a los valores constitucionales de la Carta Magna de 1978, frente al Código Penal de la Dictadura. Este último fue promulgado en el año 1944, diseñado en el contexto de una situación política en la que estaba ausente la democracia y sufrió, con el tiempo, un proceso de constante, y en ocasiones inexplicable, reforma para adaptarse a la evolución de los acontecimientos, como si de una pastilla de goma de mascar se tratara. Asumía, por lo tanto, el nuevo Código Penal, un planteamiento sin duda rompedor frente a una situación de prolongación insólita de su predecesor y, quizás por ello, considerara el legislador que lo elaboró que no había muchas explicaciones que dar.

El Código Penal de 1995 decidió pues incorporar este nuevo delito e incluirlo, a mayor abundamiento, dentro del delito contra el medio ambiente, que por lo demás, como se verá, había sido incorporado ya en el Código Penal de 1944, aprovechando una de las numerosas reformas de las que fue objeto durante el largo período de tiempo durante el que estuvo vigente.[38]

3.1 Algunos precedentes jurisprudenciales

En cualquier caso, varias aportaciones jurisprudenciales habían venido dando pistas, con anterioridad, sobre la necesidad de regular penalmente la ordenación del territorio, y de incluirlo en el contexto penal ambiental. Lo dicho no debe causar sorpresa. Tal como ya he puesto de relieve en otra ocasión, "La incidencia de las aportaciones jurisprudenciales en la protección penal del medio ambiente ha sido (...) la de un verdadero órgano propulsor. La razón de

37. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

38. Ley de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 25.06.1983.

ello es simple: ha sido la propia jurisprudencia, ayudada indefectiblemente por la doctrina, la que ha ido perfilando paso a paso, los elementos básicos, determinantes e integradores del delito contra el medio ambiente (...)".[39] El tiempo ha demostrado también que la jurisprudencia, además de órgano propulsor como se acaba de decir, puede acabar indicando al legislador la línea a seguir a la hora de regular normativamente una materia.

En esa línea, por ejemplo, la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 18.01.1994, señalaba que "en el urbanismo se encierra, nada más y nada menos, que el equilibrio de las ciudades y de los núcleos de población en general y, como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellos viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tienen que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive". A su vez, la sentencia, también de la Sala II del mismo Tribunal, de 13.03.2000, referida a un delito contra el medio ambiente –pero de la regulación previa a la del Código Penal de 1995, cuando el delito sobre la ordenación del territorio todavía no existía–, planteaba aspectos propios de esa materia, así como su incidencia en lo ambiental. Se trataba de un vertido de aguas residuales en una fosa séptica, aspecto que tiene que ver con el urbanismo y con la ordenación del territorio. La Sala señalaba al respecto que "Una fosa séptica es, normalmente, una oquedad realizada en el subsuelo, que es absolutamente anormal dado que todo planeamiento urbanístico exige, previamente incluso a las construcciones, el establecimiento de la adecuada infraestructura urbana consistente en el establecimiento de la conducción de agua potable, electricidad, desagüe, etc., etc. Aunque habría que ver cuales son los antecedentes concretos del caso, los establecimientos existentes con fosas sépticas suelen tener su origen en construcciones ilegales, más o menos antiguas y consentidas o no. Es decir, una fosa séptica es normalmente una ilegalidad". Por su parte, la sentencia de 14.02.1995 de la Audiencia Provincial de Valencia, si bien trataba igualmente de un problema de vertidos, el problema real que venía a afrontar era un problema de ordenación del territorio, dado que lo que se enjuiciaba era un proceso de aterramiento y desecación de una zona húmeda, efectuando vertidos de tierra y materiales sólidos sobre la misma con el objeto de proceder a construir posteriormente sobre ella.

No sorprende, por lo tanto, que cuando el legislador decidiera incorporar la temática de la ordenación del territorio y el urbanismo en el Código Penal, procediera a hacerlo incluyéndola en la parte correspondiente a los delitos contra el medio ambiente. La propia jurisprudencia ha proporcionado posteriormente

39. VERCHER NOGUERA, A. Evolución jurisprudencial del delito contra el medio ambiente. *Revista Jurídica de Castilla y León* 1/233, sep. 2003.

los elementos interpretativos necesarios para que el ajuste de los delitos sobre la ordenación del territorio dentro de los delitos contra el medio ambiente se efectuara de manera adecuada. Ese ajuste ha sido sin duda necesario, según veremos.

En una fase inicial, el Tribunal Supremo, en la primera sentencia dictada en relación al delito contra el medio ambiente,[40] indicó que el bien jurídico protegido de este tipo de delito era el medio ambiente antropocéntrico, frente a la versión ecocéntrica del medio ambiente. Poco a poco esa perspectiva inicial expresada por el Tribunal Supremo se ha venido desarrollando con una expresa referencia, en muchas ocasiones, al concepto de desarrollo sostenible, lo que permite salvaguardar la naturaleza y los valores naturales haciéndolos compatible con el desarrollo y avance de la sociedad.[41] Es dentro de ese concepto dónde cabría conjugar el medio ambiente, estrictamente hablando, que sería un sub-bien jurídico protegido, con la ordenación del territorio, otro sub-bien jurídico protegido, que tiene que ver con a la "calidad de vida y el habitat en el que se desenvuelven los seres humanos".[42]

En una sentencia de 28 de marzo de 2006 la Sala II, realizando un ejercicio de precisión, señala que el bien jurídico protegido del delito sobre la ordenación del territorio no es "exclusivamente la normativa sobre la ordenación del territorio en la medida en que la propia actuación sancionadora de la Administración ha resultado ineficaz al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta materia, ha llevado al legislador a la creación de estos tipos penales que se contraen básicamente a los castigos de las edificaciones sin licencia, en el art. 319, y a la prevaricación administrativa, en el art. 320 del Código Penal, sino que así como en el delito ecológico (art. 325) no se tutela la normativa ambiental, sino el medio ambiente, en el delito urbanístico no se tutela la normativa urbanística –un valor formal o meramente instrumental– sino el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación

40. Sentencia de 30.11.1990.

41. Sentencia de 20.12.2003.

42. Lo cual permite equiparar al ser humano con el resto de especies y señalando que el ser humano requiere su propio "*habitat*", dentro del que sería incardinable el concepto de ciudad propiamente dicha. Así, la sentencia de la Sala II de 27.04.2007, después de señalar que el medio ambiente no es un bien jurídico individual, sino colectivo, añade que: "Sin embargo, el medio ambiente es también el habitat de una o varias personas, es decir, el conjunto local de condiciones geofísicas en las que se desarrolla la vida de una especie o de una comunidad animal o de personas. Aunque el Diccionario de la Real Academia Española no haga referencia al domicilio de las personas, es evidente que éste es el lugar en el que se desarrolla una parte importante de la vida humana y, en ese sentido también forma parte del medio ambiente (...)."

e su uso al interés general". Así pues, ambos sub-bienes jurídicos protegidos estarían, en consecuencia, bajo la égida de un bien jurídico más amplio que sería el desarrollo sostenible. Lo cual explica que "si el legislador ha optado por recoger los delitos contra el medio ambiente dentro del Título XVI, del Libro II, conjuntamente con los delitos relativos a la ordenación del territorio, a la protección del patrimonio histórico y a la vida silvestre, es porque las conexiones de los bienes jurídicos protegidos de todos ellos son indudables, de modo que (...) se trata de defender determinados bienes comunes que son necesarios y felicitan la existencia de los seres humanos en cuanto inciden en su salud y bienestar, y constituyen un patrimonio común que es necesario preservar".[43]

3.2 Regulación legal

Como es sabido, la regulación que la ordenación del territorio y el urbanismo reciben el en Código Penal español está plasmada en sus arts. 319 y 320. El primero incorpora la regulación propiamente dicha del delito sobre la ordenación del territorio como tal[44] y el segundo incluye la conocida como prevaricación urbanística,[45] que es, precisamente, la plasmación más clara de la respuesta penal a las irregularidades urbanísticas, cuya gravedad supera en ámbito estrictamente administrativo.

---

43. Sentencia de 04.02.2005 de la Audiencia Provincial de Córdoba.

44. Según el art. 319: "1. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación espacial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. 2. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable. 3. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe."

45. Según el art. 320: "1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia."

El hecho de que se creara una figura prevaricación especial para la ordenación del territorio y el urbanismo, en este caso el citado art. 320, no supone, en sí mismo, nada especial. Téngase en cuenta que de la misma manera que se creó un delito de prevaricación urbanística se crearon también sendos delitos de prevaricación en otras dos expresiones de supuestos delictivos ambientales, una de las cuales es el patrimonio histórico[46] y la otra el medio ambiente propiamente dicho.[47] Y es fácil colegir que la razón de esa novedad se debía a varias sentencias dictadas sobre el delito contra el medio ambiente en su redacción primitiva con el Código Penal de 1944,[48] de las que se desprendían signos

46. Art. 322: "1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la Autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia."

47. Art. 329: "1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, será castigado con la pena establecida en el art. 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia."

48. Según el art. 347 bis del Código Penal de 1944, relativo al inicial delito contra el medio ambiente: "1. Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas el que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques espacios naturales o plantaciones útiles. 2. Se impondrá la pena superior en grado si la industria funcionara clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones o se hubiere desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración. 3. También se impondrá la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico. 4. En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el Tribunal proponer

indelebles de participaciones corruptas, bien por parte de la Administración, bien por parte de particulares, pero sobre todo por la primera.[49] Ese tipo de actividades corruptas en las que se ha visto involucrada la Administración en temas de urbanismo y ordenación del territorio se debe, entre otras razones, a la relación especial que en España tiene la Administración y el medio ambiente. Conviene recordar que en España la Administración, y así viene reconocido a nivel constitucional incluso, es algo así como el *totum factotum* en todo lo que al medio ambiente se refiere, especialmente al constituirse en la garante del mismo. Téngase en cuenta, a ese respecto, que el párrafo 2 del art. 45 de la Constitución Española señala que "Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de promover y mejorar la calidad de la vida, y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva". Como es sabido sin embargo, en ocasiones quien actúa como garante o bien se excede en sus funciones o bien no las ejerce, dando lugar, en consecuencia, a situaciones de irregularidad o de abuso, que bien pueden ser delictivas, si así está previsto en la norma penal. Tal como señala la sentencia de 24.05.2003 de la Sala II del Tribunal Supremo, "Cualquiera que sea el criterio y la técnica de tutela penal elegida en materia medioambiental (...) la responsabilidad cabe extenderla, no sólo a los causantes o titulares de la fuente de contaminación, sino a los administradores públicos, a los que se debe exigir un escrupuloso cumplimiento de sus responsabilidades, aun reconociendo que es necesario dejar en sus manos una cierta discrecionalidad técnica (...)".

La comisión de actividades delictivas corruptas en medio ambiente ha sido bastante frecuente. Así se desprende de las resoluciones que han ido dictando los Tribunales de Justicia tras la creación del delito contra el medio ambiente o tal como se ha puesto de relieve por diferentes formas y medios de comunicación en España.[50] Si eso es así en medio ambiente y si se parte de las bases a las que se ha hecho referencia en los apartados I y II del presente trabajo, de ningún modo puede suscitarse sorpresa al comprobar que esos mismos planteamientos delictivos corruptos se reproducen en esa temática. En cualquier caso, ese tipo

---

a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores."

49. Se trata, por ejemplo, de las sentencias de la Sala II del Tribunal Supremo de 30.11.1990 (caso Cercs) o la sentencia de 27.05.1994 de la Audiencia Provincial de Murcia (caso Bahía de Portman), entre otras.

50. Vide, al respecto, VERCHER NOGUERA, A. Reflexiones de futuro sobre Ministerio Fiscal y lucha contra la corrupción en medio ambiente. *La corrupción en un mundo globalizado*. Coordinadores Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2003. p. 305 et seq.

de supuestos van apareciendo a medida que se va aplicando la norma penal en materia de ordenación del territorio, de igual modo que en su momento ocurrió con la aplicación de la norma reguladora de los delitos contra el medio ambiente.

3.2.1 Desarrollo jurisprudencial del delito sobre la ordenación del territorio

Tal como suele ocurrir con la mayoría de delitos de nueva planta, con los delitos sobre la ordenación del territorio ha sido necesario todo un largo proceso de interpretación judicial, amén de recurrir al Código Civil, a la Ley de Ordenación de la Edificación[51] etc., con el objeto de clarificar los términos utilizados en la redacción de las figuras penales, precisar los tipos, concretar las conductas etc. etc. Términos tales como "constructor y promotor" del art. 319 del CP[52] dieron lugar, en su momento, a un largo debate jurisprudencial, a nivel de la pequeña jurisprudencia y a la hora de determinar si debían de revestir o no la condición de profesionales, que sólo pudo encauzarse a partir de la clarificación que de los mismos hizo la sentencia de 25.06.2001 de la Sala II del Tribunal Supremo, sin que ese proceso de unificación de criterios haya sido completo en la actualidad.[53] Lo mismo cabría decir de los conceptos de "construcción", del párrafo primero del art. 319, o "edificación", del párrafo segundo, respecto a los que la casuística es de tal enjundia que los Tribunales han tenido que entrar a determinar en cada caso concreto si nos encontrábamos ante alguna de estas opciones terminológicas o ante ninguna. Así los Tribunales de Justicia han puesto de manifiesto que una balsa de riego es una construcción,[54]

---

51. Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación.

52. Vide nota 39.

53. Según la Memoria de la Fiscalía Coordinadora de Medio Ambiente y Urbanismo, correspondiente al año 2009, "La anterior Memoria de Las Palmas destacaba la existencia de problemas interpretativos por parte de los órganos judiciales en relación con los delitos sobre la ordenación del territorio. Afortunadamente la tendencia de ajuste a los planteamientos que sobre esa materia ha venido haciendo el Tribunal Supremo empieza a ser una realidad. La Memoria refiere sendas sentencias de las Secciones primera y segunda de la Audiencia Provincial en las que se recoge el criterio ya pacíficamente adoptado por la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente después de la sentencia de 27.11.2009 (Caso Andraitx) en la que, sin ningún género de dudas se mantiene el criterio previo de la no profesionalidad del promotor. Esa misma errónea perspectiva –promotor y constructor necesariamente profesionales– ha sido ya definitivamente encauzada por la Audiencia Provincial de Cáceres, como refiere la Memoria de esa Fiscalía, si bien con dificultades, tal como se pone de manifiesto unos párrafos más adelante, al exigirse por los Tribunales un 'dolo súper-reforzado' para el promotor".

54. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 07.03.2001.

igual que un bordillo de hormigón sobre una masa de cemento[55] o un pozo,[56] así como una larga lista de supuesto que, por razones fáciles de comprender, no se incluyen en el presente texto.[57] No ha resultado tan complejo, casuísticamente hablando, el determinar qué es una edificación porque el término sí viene previsto, e incluso descrito, en la normativa administrativa en vigor.[58] Huelga hacer hincapié en los denodados y valiosos esfuerzos efectuados por la doctrina en ese mismo proceso de clarificación conceptual, paralelamente a los esfuerzos, en esa misma línea, de la jurisprudencia.

El mismo proceso se ha suscitado con otros términos novedosos existentes en la normativa reguladora del delito sobre la ordenación del territorio, habiendo sido posiblemente el término "demolición", del párrafo tercero del art. 319, uno de los más problemáticos. Este término jurídico ha exigido, –además de esa necesaria clarificación conceptual, tanto por las aportaciones de las Fiscalías en sus Memorias[59] como la doctrina[60] y la jurisprudencia[61] a la que hací-

55. Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 04.03.2004.

56. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 24.02.1998.

57. Para una perspectiva mucho más amplia vide DÍAZ MANZANERA, J. L. El delito urbanístico en la jurisprudencia. *La ley*. n. 50. año 5, jun. 2008.

58. Art. 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre.

59. La Fiscalía gaditana pone de manifiesto, y así se recoge en la Memoria de la Fiscalía Coordinadora de Medio Ambiente y Urbanismo, que "el restablecimiento de la legalidad que supone la demolición es un prius a la sanción, más importante que ésta, sin el cual la represión (penal o administrativa) es una entelequia que no puede cumplir ninguna función preventiva, pues aparece como un coste posterior (e incierto) de esta vía heterodoxa de obtener lo que la ley prohíbe". Por esa razón, al recurrir el Fiscal las resoluciones judiciales en las que se rechaza aplicar la demolición, lo que se trata de hacer ver en tales recursos es que "lo que está en juego es la propia vigencia del orden jurídico y, en definitiva, la restauración del orden legal en el caso concreto". De no ser así, como también ponía de manifiesto ilustrativamente la Fiscalía de Córdoba, "ello supondría tener que resignarse a que el infractor, dicho en términos coloquiales, se salga con la suya, bendiciéndose absurdamente el agotamiento del delito". Por otra parte, un aspecto en el que la Fiscalía de Cádiz está totalmente inmersa, a través de sus actuaciones, es en la necesidad de dejar claro que la demolición de la obra contraria al ordenamiento jurídico que prevé el art. 319.3.º "no debe ser la excepción sino la regla", tal como ha venido a reconocer a su vez la sección primera de la Audiencia Provincial de Cádiz. Memoria de la fiscalía coordinadora de medio ambiente y urbanismo, 2008. p. 608.

60. Vide RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. Demolición por delito. *El restablecimiento de la legalidad urbanística en vía penal*. Granada: Comares, 2009.

61. La esencia de la demolición, como medida penal, radica en que "si de alguna manera ha sido el elevado grado de incumplimiento de la disciplina urbanística, tanto por lo que se refiere a la protección de la legalidad, como de forma especial al restablecimiento

amos referencia al hablar de otros términos contenidos en el articulado, por su condición de novedosos–, esfuerzos adicionales a la hora de conseguir su aplicación en la práctica. En esa línea, la Memoria de la Fiscalía Coordinadora de Medio Ambiente y Urbanismo recoge aportaciones de diferentes secciones de medio ambiente de las Fiscalías españolas en las que se pone de manifiesto esa dificultad. Así, se dice que si bien se sigue avanzando en materia de demoliciones, tal como vienen previstas en el párrafo tercero del art. 319, las dificultades a la hora de aplicarlas son importantes:

"La Fiscalía de Huelva, por ejemplo, alude al establecimiento de una especial vigilancia sobre las ejecutorias en esta materia con el fin de evitar que las demoliciones acordadas no se lleven a cabo, igual que la Fiscalía de Córdoba, Jaén, Pontevedra y Sevilla. La Fiscalía de Almería precisa que, de forma casi general, las demoliciones son acordadas en la mayoría de sentencias condenatorias y sólo excepcionalmente no se recurre a las mismas. La Fiscalía de Córdoba, igual que otras Fiscalías, condiciona, a los efectos de facilitar las demoliciones, la suspensión de la pena impuesta a la previa satisfacción de las responsabilidades derivada del delito y, en su caso, a la demolición acordada en sentencia, al considerase tal medida como una forma de responsabilidad civil para restauración de la legalidad alterada por la delictiva actividad. La Fiscalía de Sevilla, por su parte, pone de manifiesto que durante 2009 se han acordado diez demoliciones, algunas ya ejecutadas en los parajes de 'El Serafín' (La Rinconada) y 'Clarevot' (que abarca varios municipios: Alcalá, Utrera, los más significativos). En otras cuatro ocasiones, se han llegado a acuerdos de conformidad con las defensas para demoler antes del juicio oral, de manera que se resuelva satisfactoriamente la restauración del suelo a su estado original al tiempo que los acusados se benefician de la atenuante privilegiada del art. 340 del CP cuando no de la conformidad beneficiada propia del enjuiciamiento rápido. Pontevedra refleja en su Memoria la repercusión mediática que tienen las demoliciones, tal como se demostró con ocasión de las acordadas por los Juzgados de lo Penal en viviendas de la Isla de Ons, posiblemente porque se trata de una medida que no ha perdido aun su estigma de novedad en el ámbito penal."[62]

---

del orden jurídico perturbado, lo que ha motivado la incriminación penal de conductas como las enjuiciadas, no tendría sentido que, pudiendo los Tribunales penales decidir sobre el restablecimiento de la legalidad urbanística (a través de la demolición) no lo hicieran , y remitieran de nuevo la decisión a la administración cuya insuficiente actuación propició la creación de estas novedosas figuras delictivas". Sentencias 27.06.2007, 15.11.2007,0 3.12.2007, 20.07.2010 etc. de la Audiencia Provincial de Sevilla.

62. Memoria de la fiscalía coordinadora de medio ambiente y urbanismo, 2009. p. 825-826.

Quizás dónde mejor quedan reflejados los problemas provocados por las demoliciones es en la Memoria de la Fiscalía de Sevilla, tal como se recoge en la Memoria de la Fiscalía Coordinadora:

"Todo ello sin dejar de reconocer, de nuevo según la Fiscalía de Sevilla, la gran dificultad de la materia, habida cuenta las naturales trabas creadas por los condenados, la sistemática impugnación de cualquier providencia orientada a ejecutar tal pronunciamiento y la falta de colaboración de algún Ayuntamiento particularmente afectado, hasta el punto de que en el 2009 se dictaron sendos pronunciamientos judiciales de ingreso en prisión de dos personas condenadas por no haber cumplido ese aspecto de la responsabilidad civil derivado del delito."[63]

Además de este tipo de problemas interpretativos basado en la propia terminología del articulado, la casuística la ofrecido toda suerte de aspectos fácticos novedosos sobre los que han tenido de actuar, aclarándolos, los Tribunales de Justicia. Uno de los temas más socorridos, a mero título de ejemplo, ha sido el reiterado uso de las casas prefabricadas con el objeto de conseguir la inaplicación de la normativa aplicable a los "inmuebles", basándose en que generalmente son de madera y han sido prefabricadas y, por lo tanto, no vienen adheridas al suelo, sino colocadas directamente sobre el mismo.[64] De igual manera se ha venido procediendo, por algunos particulares, a intentar hacer pasar viviendas nuevas como viviendas antiguas, con el objeto de solicitar su legalización, haciéndose uso, al respecto, de los instrumentos legalmente previstos al efecto con base en ciertos resquicios existentes en la normativa anterior.[65] Y así muchos otros supuestos similares.

Todo lo cual permite percatarse de las grandes dificultades que han surgido a la hora de aplicar el tipo en materia de ordenación del territorio y urbanismo

63. Idem, p. 826.

64. Tanto la sentencias de 17.07.2002 de la Audiencia Provincial de Jaén como la sentencia de 15.06.2004 de la Audiencia Provincial de Madrid, así como una larga lista de sentencias más recientes, insisten en que la instalación de tales casas prefabricadas constituyen delito, dado que son construcciones del número uno del art. 319 del CP.

65. Básicamente, a través de "certificado municipal, certificado catastral, acta de notoriedad, o certificación de un técnico", a tenor del art. 52 de las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario para la Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, aprobado por Dec. 1.093/1997, de 4 de julio. Ello era posible dado que la Disposición Transitoria Octava de la Ley 8/90, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, establecía en su art. 25.2 que "(...) no será aplicable a las declaraciones de obra nueva finalizada al menos cuatro años antes de la entrada en vigor de la presente Ley".

en España. Estas dificultades, tal como se verá, se han suscitado igualmente, si no incluso de manera más agravada, en aquellos supuestos en los que los hechos delictivos en materia de urbanismo alcanzaban el grado de lo que se podría considerar como corrupción urbanística.

3.2.2 Desarrollo jurisprudencial sobre aspectos relativos a la corrupción en los delitos sobre la ordenación del territorio

Ya se ha puesto anteriormente de relieve que en el Código Penal en vigor se ha incorporado un delito de prevaricación especial urbanística, junto al delito sobre la ordenación del territorio propiamente dicho, lo cual es indicativo de que el legislador era ya consciente de ese problema en el momento de elaborar el Código y de que tenía que asumir las necesarias iniciativas legales para poder afrontarlo de manera adecuada. Así se ha confirmado después, y el apartado relativo a temas urbanísticos que incorporan las Memorias de la Fiscalía Coordinadora de Medio Ambiente y Urbanismo en su edición anual, es perfectamente indicativo de ello. Por ejemplo, la Memoria correspondiente al año 2006, año de la aparición de los Fiscales especialistas en la materia, señala que "Respecto a la prevaricación urbanística (...) debemos destacar la constatación de la íntima relación que mantienen muchas de las conductas delictivas en esta materia con la corrupción política (...)".[66] La Memoria del 2007 denuncia, según lo expresado a su vez por varias Fiscalías, el que muchas conductas delictivas por delitos sobre la ordenación del territorio no sean puestos en conocimiento de las Fiscalías por parte de la Administración, "generándose así importantes bolsas de impunidad".[67] Según la Memoria de 2008, "En materia urbanística varias Fiscalías manifiestan en sus Memorias que las Administraciones competentes para velar por la disciplina urbanística, especialmente los Ayuntamientos, no actúan de la forma que sería de desear en materia de inspección previa, sanción y restablecimiento de la legalidad, poniendo de manifiesto la inaplicación generalizada de la demolición de las edificaciones como medida de reposición de la realidad física alterada y disuasoria de otros posibles comportamientos infractores",[68] y así sucesivamente.

Pues bien, tan pronto se empezó a aplicar la normativa penal en materia de ordenación del territorio, intentando reprimir supuestos delictivos cometidos por particulares, y de los que serían un buen ejemplo los referidos en el apar-

66. Memoria de la fiscalía coordinadora de medio ambiente y urbanismo, 2006. p. 507.

67. Memoria de la fiscalía coordinadora de medio ambiente y urbanismo, 2007. p. 466.

68. Memoria de la fiscalía coordinadora de medio ambiente y urbanismo, 2008. p. 602.

tado anterior, se observó una modalidad prevaricadora peculiar, sobre la que merece hacer unas breves consideraciones. Se trataba simplemente de "tolerar" la construcción ilegal por parte de la Autoridad competente, generalmente la consistorial. En una primera fase los Tribunales empezaron señalando que la inactividad de la Administración en urbanismo no era causa de justificación de la conducta delictiva cometida. Así la Audiencia Provincial de Cádiz, en sentencia de 14.02.2007, venía a rechazar que "Esta posición (es decir, la inactividad de la Administración) parece que sienta la tesis de la irreversibilidad de toda infracción urbanística en cualquier paraje o zona si la Administración no la detiene a tiempo, lo que no es acorde con la legislación vigente".

Precisamente gracias al paso dado en su momento por la Sala II del Tribunal Supremo a través del Pleno no Jurisdiccional de 30.06.1997 admitiendo la prevaricación omisiva, este tipo de supuestos han acabado recibiendo su procedente tratamiento penal, lo cual ha permitido que se hayan dictado diferentes sentencias de condena por parte de los Juzgados y los Tribunales de Justicia españoles. La sentencia, por ejemplo, de 19.04.2010 del Juzgado de lo Penal número 7 de Málaga, después de condenar al autor de una construcción ilegal, condena igualmente al Alcalde-Presidente de la Corporación dado que el mismo "tenía la obligación legal de velar por el cumplimiento de la legalidad urbanística en el territorio de su Municipio (...)". En ocasiones, sin embargo, la situación se complica, como es el caso reflejado por la sentencia de 11.01.2007, del Juzgado de lo Penal número seis de Sevilla, a la hora de dar respuesta el Juzgador a un particular que ha construido ilegalmente en un tipo de suelo no permitido, siendo así que "existen numerosas viviendas por los alrededores, entre ellas una perteneciente al Alcalde (...)".

Hay que reconocer, no obstante, que esa dejación de funciones tiene otras muchas versiones y posibilidades plasmadas en la falta de colaboración por parte de las Autoridades en diferentes ámbitos, pero dentro del contexto urbanístico, que viene obligando al Fiscal a proceder, por ejemplo, por el delito de desobediencia[69] u otros supuestos delictivos tales como faltar a la obligación de perseguir los delitos de los que tuviere noticia.[70]

Por su parte, la aseveración efectuada con relativa frecuencia por parte de ciertas autoridades locales en el sentido de que lo construido ilegalmente se va a legalizar en el futuro, también ha sido tratada por los Tribunales. Este planteamiento resulta sin duda problemático dado que con el mismo se alecciona a que se siga construyendo ilegalmente, dejando además entrever que cuando

69. Art. 556 del CP.

70. Art. 408 del CP.

el número de construcciones ilegales sea muy elevado la legalización será casi una exigencia ineludible. En tales casos, lo que la jurisprudencia viene a señalar es que:

"Cuando el legislador introduce en el art. 319.2 la mención de que la edificación ilegal ha de ser no autorizable, no se está refiriendo a la eventualidad de que en un futuro, más o menos incierto, pudiera modificarse la legalidad urbanística. Esta interpretación conduciría al absurdo, puesto que en el terreno de las hipótesis de trabajo toda calificación, incluso la declaración de especial protección, es susceptible de modificación por decisión del legislador o de la Administración competente en materia urbanística, por lo que este elemento del tipo ha de referirse necesariamente a la ilegalidad de la edificación en el momento en que se realiza, de modo que no basta que se haya levantado sin licencia y que se haya hecho en suelo no urbanizable, sino que es necesario que, además, sea contraria a la legalidad urbanística objetiva vigente en ese momento y que, por ello, no hubiera sido posible su autorización."[71]

Otro aspecto problemático ha sido la tendencia o costumbre, bastante frecuente en nuestro país, de no publicar el planeamiento en materia urbanística, por parte de las autoridades competentes, y que ha sido seguida por muchos consistorios españoles, contrariamente a lo previsto en la normativa en vigor sobre el tema.[72] En tales casos generalmente se alegan motivos económicos y/o lo extenso de los documentos a publicar. El problema reside en el carácter de norma que tiene el planeamiento[73] y la dificultad que ello conlleva a la hora de exigir el cumplimiento de una norma que no ha sido publicada. De lo dicho es exponente la sentencia de 16.10.2000 del Juez de lo Penal número tres de los de Almería, que, por lo demás, reconoce que esa ausencia de publicidad constituía, en aquel momento, una situación generalizada en la provincia de Almería. En ese sentido, la sentencia expresa, en su Fundamento Jurídico Segundo, que "no podrá argumentarse hipotéticamente que toda norma legal puede ser consultada en el correspondiente boletín, por cuanto, según enseña cierta experiencia forense, es bastante frecuente que, al menos por lo que a la provincia de Almería se refiere, dichas normas urbanísticas no estén efectiva y completamente publicadas de forma oficial".

---

71. Sentencia de 22.12.2006 de la Audiencia Provincial de Sevilla, entre otras muchas en ese mismo sentido.

72. El art. 70.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, como el art. 11 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, actualmente en vigor, obligan a esa publicación.

73. Sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 23.06.2003, entre otras muchas.

En el presente momento, y especialmente considerando el cariz que ha tomado la situación, la nueva regulación, más rotunda, que introduce la normativa administrativa en el tema, así como el impulso a la publicidad telemática que la normativa interesa de las Administraciones se de a los instrumentos de ordenación territorial y urbanística,[74] llevan a concluir que la no publicación es prácticamente inasumible y, por ello, susceptible de provocar la correspondiente responsabilidad penal, en la misma línea considerada en el párrafo anterior del presente apartado, es decir prevaricación omisiva.

En ocasiones las autoridades cambian el planeamiento urbanístico, del que ya se ha puesto de manifiesto su carácter de norma, directamente y al margen de cualquier esquema procedimental. En otras ocasiones se basan para ello, por ejemplo y haciendo uso de una mayor sutilidad, en los convenios urbanísticos o en los estudios de detalle.

Del primer supuesto es exponente la sentencia condenatoria de 17.03.2010, de la Audiencia Provincial de Bizkaia. En este caso, la Corporación Local, después de conceder licencia para el derribo improcedente de un antiguo hospital y para construir doce viviendas sobre el terreno que el mismo dejaba libre, aprobó provisionalmente la modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento en un pleno del Ayuntamiento y poco después de una manera definitiva a través de una Orden Foral.

Otra forma de modificar improcedentemente el planeamiento urbanístico es a través de los convenios. Los convenios urbanísticos son, en general, acuerdos de voluntades entre las Administraciones públicas y personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, titulares de intereses o derechos urbanísticos. Estas figuras jurídicas tienden a complementar las determinaciones legales en la materia, posibilitando el acuerdo de las partes afectadas, contribuyendo a facilitar la gestión y eliminación, desde el inicio, de los puntos de fricción y obstáculos que una determinada actuación urbanística pueda originar.[75] En principio, el objetivo de los convenios urbanísticos no es otro que el de conseguir la máxima intervención pública en la toma de decisiones en la materia y en su puesta en acción que todo régimen democrático debe tener como práctica común.

Desde el punto de vista legal, el art. 88 de la Ley de Procedimiento Administrativo proporciona un respaldo normativo expreso a la actividad convencional, al regularse la posibilidad de que la Administración celebre acuerdos,

74. Art. 11. 4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

75. Sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 15.02.1994.

pactos, convenios o contratos con particulares. Hay que poner de manifiesto que la jurisprudencia, de la que es expresiva la sentencia del Tribunal Supremo de 07.11.1990, permite la aplicación a los mismos de la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas, siempre que su contenido lo permita; lo cual reafirma su naturaleza jurídico-administrativa, por lo que las cuestiones relativas a su cumplimiento, interpretación, efectos y extinción serán competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. En la actualidad la mayoría de las regulaciones autonómicas en la materia incorporan referencias expresas a los convenios urbanísticos, así como el texto Refundido de la Ley del Suelo en vigor.[76]

El incremento de actividades que ha tenido lugar en los últimos años en el contexto urbanístico, completado por la insuficiencia normativa en este aspecto concreto, ha llevado al recurso constante de la actividad convencional de la Administración con los particulares. Sin embargo, si bien los convenios urbanísticos deberían tener un efecto positivo, por cuanto que sirven para propiciar la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones y evitar con ello una total discrecionalidad por parte de la Administración, la práctica demuestra importantes consecuencias negativas. Quizás el mejor ejemplo de esas consecuencias negativas es la tendencia a negociar y a someter a transacción todo cuanto se encuentra en el ámbito urbanístico, olvidándose con frecuencia del interés general que debe estar presente en toda actuación urbanística como función pública. Ello puede llevar a abusos dado que, en algunas ocasiones, la propia Administración ha actuado de manera prepotente haciendo valer su posición de manera unilateral y, en otras, los particulares han utilizado la negociación con una finalidad puramente especulativa y al margen de cualquier planteamiento legal. Para ello, se suelen utilizar los convenios de planeamiento. Llegados a este punto hay que señalar que de las diferentes clasificaciones de los convenios urbanísticos una de ellas distingue entre los convenios de gestión o ejecución del planeamiento y los de planeamiento propiamente dichos.[77] Los primeros constituyen instrumentos para resolver las cuestiones que surjan entre la Administración y los particulares a la hora de acometer la ejecución de un plan y no suponen modificación o alteración de planeamiento alguno. Los de planeamiento, por su parte, tampoco pueden modificar el planeamiento en vigor, si bien sí pueden incidir en el mis-

76. Art. 47 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

77. Existen diferentes clasificaciones de convenios urbanísticos. Una de ellas, basada en la fase de la actuación urbanística en la que aparecen, distingue entre los convenios de planeamiento, es decir aquellos que inciden en la fase del planeamiento urbanístico y los de ejecución que afectan a la fase de ejecución del planeamiento. Vide Memento práctico francis lefebvre. Madrid: Francis Lefebvre, 2006. p. 106.

mo. Hay que precisar que tal incidencia viene limitada al simple hecho de vincular a las partes para la iniciación y tramitación de los pertinentes procedimientos de modificación del planeamiento, sobre la base del acuerdo alcanzado y siempre que se sigan los trámites legales procedentes. Sin embargo, se han dado multitud de supuestos en los que se ha hecho uso del convenio de planeamiento para modificar el planeamiento urbanístico y, de hecho, la especialidad y complejidad de la materia ha venido provocando incluso confusión en Jueces y Fiscales en relación a lo acabado de señalar. La sentencia de 24.07.2006 del Juzgado de lo Penal n. 3 de los de Madrid, es un buen ejemplo de ello. En este caso, el juzgador dictó sentencia absolutoria en un tema de naturaleza claramente penal por el simple hecho de que el Ayuntamiento suscribiera un convenio urbanístico con una entidad privada autora de una construcción que apenas unos meses antes amenazaba con demoler, precisamente por su ilegalidad y había denunciado además por la vía penal.

Todo ello sin olvidar, la intervención o participación en los convenios de personas improcedentes, o en los que resulten beneficiarias personas igualmente improcedentes, lo que podría dar lugar a la posible aplicación del delito del art. 439 del CP,[78] tal como ya ha demostrado la variada casuística que ha dado lugar a la intervención del Ministerio Fiscal en este tipo de temas.

Otro planteamiento similar en la línea de los convenios urbanísticos se ha venido ofreciendo a través de los estudios de detalle. Los estudios de detalle ocupan el último puesto del escalafón en el planeamiento urbanístico, tal como señala la jurisprudencia.[79] Debido a ello, y a su carácter indefectiblemente contingente,[80] en modo alguno los estudios de detalle pueden modificar el planeamiento. Sin embargo, los estudios de detalle no dejan por ello de ser verdaderos instrumentos planificadores urbanísticos, lo cual ha llevado a que, con frecuencia, se abuse de este instrumento para la consecución de objetivos que son ajenos a su naturaleza, meramente derivativa o complementaria del planeamiento Todo ello supone, en consecuencia, que los estudios de detalle no pueden ser utilizados para cambiar la calificación del suelo, proponer la apertura de vías de uso público, aumentar el porcentaje de ocupación del suelo, las alturas máximas, número de plantas, volumen de edificación, etc. Lo cual implica que la simple existencia de un estudio de detalle que realice alguna de

78. El art. 439 del CP es la norma reguladora del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios.

79. De esa jurisprudencia es expresiva la sentencia de 08.10.1985 de la Sala III del Tribunal Supremo.

80. Sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 08.05.1996.

las modificaciones del tipo de las citadas o similares, o adopte alguna iniciativa que pueda suponer las mismas, no constituye en modo alguno un título o instrumento legitimador que permita excluir la aplicación del Código Penal.

4. EPÍLOGO

Por supuesto que existen otros muchos tipos de corrupción urbanística diferentes de los que se acaban de citar. De hecho la casuística es casi inabarcable y supera, en multitud de ocasiones, los ejemplos aquí reflejados. De igual modo se podría señalar que, con frecuencia, se producen otras formas de actuaciones corruptas en el ámbito urbanístico a gran escala, en las que intervienen grupos organizados y en las que se blanquea dinero procedente de otras actividades delictivas de la más variada clase, forma y condición. La operación Malaya, entre otros casos similares, es un buen ejemplo de ello. Se trata de tipos de supuestos en los que la Fiscalía Coordinadora de Medio Ambiente y Urbanismo y Fiscalía Anticorrupción actúan conjuntamente, o bien, si la materia se revela de la competencia exclusiva de la última, se le transfiere la competencia y documentación, manteniendo, sin embargo, una abierta la colaboración entre ambas instituciones.[81]

Los casos examinados son el resultado, más bien, de esos excesos a los que se hacía referencia en el apartado 2.3 del presente trabajo, cuando se hace un uso improcedente y torticero de la norma administrativa, que acaba llevando a situaciones casi impensables, por el nivel de abuso que reflejan, tal como se ha descrito en algunos de los supuestos aquí reseñados, En el apartado 3.2.2 del presente trabajo, sobre "Desarrollo jurisprudencial sobre aspectos relativos a la corrupción en los delitos sobre la ordenación del territorio", hemos tenido ocasión de observar la existencia de demasiada "interpretación imaginativa" de la normativa urbanística, con los resultados de sobra conocidos.

Es precisamente por eso por lo que se ha emprendido una reciente reforma del Código Penal[82] en la que además de ampliar las conductas relativas al delito sobre la ordenación del territorio, e incrementar sus penas,[83] se introducen

---

81. VERCHER NOGUERA, A. Delitos sobre la ordenación del territorio y la corrupción urbanística: notas sobre su tratamiento por el Ministerio Fiscal. *Cuadernos de Derecho Público* 31/141 et seq, mayo-ago. 2007.

82. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

83. El art. 319 señala que: "1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por

novedades en el delito de prevaricación urbanística. A tal efecto, se completa el ámbito de los objetos sobre los que se puede proyectar la conducta prevaricadora con la inclusión de los "instrumentos de planeamiento", así como la de los proyectos de parcelación y reparcelación. Se otorga, además, rango típico a la ocultación de actos ilícitos observados por la inspección y a la omisión de inspecciones que tuvieran carácter obligatorio. En todos estos supuestos, se agravan las penas en correspondencia con la gravedad de este tipo de conductas, suprimiéndose además, en el art. 320, la alternatividad entre la pena de prisión o multa a fin de evitar que los funcionarios y responsables públicos tengan un tratamiento privilegiado.[84]

---

el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. 2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable. 3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. 4. En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33."

84. Según el art. 320: "1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión

Hay que señalar, para concluir, que, al margen de lo eficaz o conveniente que pueda resultar esta última reforma del Código Penal, lo que sí es evidente, sin embargo, es que sin estos mimbres "sociales y administrativos", los cestos de la delincuencia urbanística a gran escala, seguramente no existirían. Sin duda esa situación de corrupción urbanística a gran escala, a la que se hacía referencia, se ha producido habida cuenta ese descontrol administrativo interesado que ha existido durante años, que ha servido de caldo de cultivo y que, mientras permanezca, difícilmente estaremos en condiciones de poner coto a la corrupción urbanística seria y a gran escala, incluso aun habiéndose producido el pinchazo de la burbuja urbanística, tal como así ha ocurrido. O ¿será, como muy certeramente indica Reyes Mate, refiriéndose a otros temas pero claramente extensible a éste, que "En el breve espacio de una generación, la crítica ha perdido mansamente su capacidad de decir basta"?[85]

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Acerca da autonomia da ordenação do territorio enquanto bem jurídico, de Luiz Regis Prado e Bruna Azevedo de Castro – *RDA* 59/92;
- Convênio técnico e científico celebrado entre Irib, Anoreg-BR e Colégio de Registradores da Propriedade e Mercantis da Espanha el derecho a la información registral y el derecho constitucional de información, de Jesús Lópes Medel – *RDI* 49/196;
- "Loteamentos fechados" nas grandes cidades: a produção da ilegalidade por atores revestidos de poder social, económico e político, de Sonia Marilda Péres Alves – *RDI* 64/81;
- Política urbana e a questão habitacional, de Maria Garcia – *RDCI* 22/72; e
- Regulação urbanística e exclusão social no Estado de São Paulo: mitos e verdades, de Raquel Rolnik – *RDI* 46/126.

de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia."

85. MATE, Reyes. Rebajas de Otoño. *El país*, 05.09.2010, p. 31.

54630

INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS NO COMBATE À CORRUPÇÃO. TRANSFORMAÇÕES E HARMONIZAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

3

Considerações sobre os crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira

BEATRIZ CORRÊA CAMARGO

Mestre em Direito Penal pela Universidade de Bonn, Alemanha. Doutoranda em Direito Penal pela USP.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo uma análise crítica das principais medidas tomadas pelo Brasil para a adaptação de sua legislação penal às convenções internacionais ratificadas e promulgadas no âmbito de combate à corrupção. Para tanto, serão analisados os compromissos firmados pelo país a esse respeito. A avaliação realizada pela OCDE quanto à adequação das normas penais brasileiras ao alcance desses propósitos servirá de escopo à apreciação da real situação do direito penal no Brasil diante dos problemas apresentados.

ABSTRACT: This paper is a critical analysis of the main measures taken by Brazil to adapt its criminal law to the international conventions ratified and promulgated in the fight against corruption, and for this purpose it will be analyzed the agreements signed by the country in this aspect. The evaluation done by the OECD on how the Brazilian criminal norms are being adapted to attain this objective will serve as an overview of the real situation of the Brazilian Criminal Law on the problems presented.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção - Promulgação e ratificação dos tratados - Direito penal internacional - Jurisdição penal - Hermenêutica.

KEYWORDS: Corruption - Promulgation and ratification of treaties - International criminal law - Criminal jurisdiction - Hermeneutics.

SUMÁRIO: 1. Conceituações - 2. A participação do Brasil no cenário internacional de luta contra a corrupção: 2.1 Convenção Interamericana contra a Corrupção; 2.2 Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais; 2.3 Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional; 2.4 Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção - 3. A política legislativa brasileira em matéria penal diante dos instrumentos internacionais ratificados - 4. A adequação da legislação penal brasileira segundo os relatórios da OCDE: 4.1 Primeira fase do processo de avaliação; 4.2 Segunda fase do processo de avaliação - 5. A corrupção em transações comerciais internacionais no Brasil: observações: 5.1 A força normativa da Convenção; 5.2 Normas da parte especial e regras de participação e autoria: 5.2.1 Ato de ofício e competência do funcionário público estrangeiro; 5.2.2 Realização da oferta e início da execução; 5.2.3 *Direta ou indiretamente*; 5.3 Ato relacionado à transação comercial internacional; 5.4 Justificativa do agente e concussão; 5.5 Aplicação da lei brasileira - 6. Lei 10.467/2002 - Um avanço na luta contra a corrupção? - 7. Considerações finais - 8. Referências bibliográficas - 9. Referências documentais.

1. CONCEITUAÇÕES

A noção de corrupção, em referência normalmente feita à etimologia da palavra[1] como derivação do latim, remete às ideias de deterioração, devassidão, sedução, agir de modo vicioso.[2] *Corrumpere* é sinônimo de estragar, prejudicar, deteriorar, perder, danificar, viciar, perverter, subornar.[3] Deste modo, o termo aparece em diversos contextos na legislação penal brasileira: corrupção de água potável, de substância ou produto alimentício e produto terapêutico (arts. 271 a 273, CP); corrupção de menores nos crimes sexuais (art. 218, CP) e corrupção de menores para o cometimento de crimes (art. 244-B, Lei 8.069/1990); corrupção ativa e passiva (arts. 333 e 317, CP). Esse último caso, que faz parte do objeto de estudo do presente trabalho, remete ao uso mais comum da palavra nos dias de hoje.

---

1. Assim, KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán. *Política Criminal: Revista electrónica semestral de políticas públicas em materiais penales*, n. 3. p. 5. 2007.
2. TORRINHA, Francisco. *Dicionário latino português*. Porto: Gráficos Reunidos, 1986.
3. LEITE, J. F. Marques; JORDÃO, A. J. Novaes. *Dicionário latino vernáculo*. Rio de Janeiro: Labor Vincit, 1944.

Importante notar que nesse contexto o emprego do termo *corrupção* demonstra claramente a intenção de manter na esfera jurídica a carga semântica de cunho moral[4] que a história da palavra revela. Isso explica a razão pela qual a corrupção é frequentemente definida de modo bastante amplo, a partir da referência aos valores que ela atinge, como um desrespeito ou deslealdade do indivíduo com relação aos valores constitucionais e à democracia[5] ou ainda como a utilização abusiva do poder que se detenha, destinando-o à consecução de benefícios apartados do bem comum.[6] Sob outra perspectiva, tem recebido bastante ênfase a noção de que o Estado corrupto perderia sua legitimidade dentro da sociedade ao deixar de ser social e decidir democraticamente, desrespeitando com isso seu próprio ordenamento jurídico.[7]

Todavia, a especificidade da corrupção nesses casos é que ela não encerra apenas a dimensão de uma deterioração externa, como ocorre na lesão de um valor (por exemplo, a saúde que a água contaminada não pode mais proporcionar). Antes disso, essa dimensão externa da corrupção depende justamente de uma dimensão interna sua, qual seja, a "deterioração" do próprio indivíduo implicado.

Em geral, os crimes de corrupção assim entendidos possuem uma certa estrutura comum, a despeito dos seus variados modos de expressão na sociedade.[8] No mais das vezes, tal estrutura é caracterizada como uma relação bilateral entre os sujeitos – um "acordo ilícito" ou uma relação de "compra e venda".[9] Especificamente no que diz respeito à ideia de um contrato de compra e venda, deve ser ressalvado que por meio dela é reforçada uma visão estreita sobre o fenômeno da corrupção, por duas razões. Por um lado, limita-se

4. *Moral* aqui entendida em sentido amplo. A respeito do conceito e da relação entre direito e moral, vide MACCORMICK, Neil. *Institutions of law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 243 e ss.
5. Nesse sentido, VILLAREJO, Carlos Jiménez. Contra la corrupción: más transparencia, más prevención. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2006. p. 531.
6. GARCÍA-SAUCO, Antonio Núñez, La convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. In: GARCÍA, Nicolás Rodriguez; CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004. p. 14.
7. CERINA, Giorgio D. M. Corrupción y cohecho. El derecho penal español de iure condito y de iure condendo. In: CAPARRÓS, Eduardo Fabián; CEPEDA, Ana Isabel Pérez (orgs.). *Estudios sobre corrupción*. Salamanca: Ratio Legis, 2010. p. 76.
8. Incluindo-se a corrupção praticada na esfera privada, que no Brasil é punível em âmbito desportivo, conforme os arts. 41-C e 41-D da Lei 10.671/2003, criados em 2010.
9. CERINA. Op. cit., p. 91 e ss.

a natureza da vantagem oferecida – no instituto da compra e venda uma das prestações é necessariamente pecuniária. Por outro, restringe-se a corrupção a situações em que a vantagem oferecida e a atividade a ser prestada pelo sujeito corrompido já estejam concretamente determinadas desde o fechamento do "negócio".

Na verdade, a ideia de um acordo delitivo representa apenas em parte o fenômeno da corrupção, de maneira que tais crimes podem ser compreendidos mais adequadamente se considerada a existência de uma relação trilateral. Como salienta Kindhäuser, a simples caracterização do comportamento como um acordo delitivo não possibilitaria distinguir os casos de corrupção dos casos em que mandante e autor ajustam o cometimento de um crime qualquer.[10] O que diferenciaria ambas as situações é que na corrupção o comportamento de uma das partes, que é objeto de negociação, relaciona-se ao mesmo tempo a um dever específico dessa parte perante um terceiro, que lhe delega funções e poderes decisórios especiais para que ele atue em seu interesse. Seu comportamento representa um conflito entre os interesses das outras duas partes, i.e., aquele perante quem possui um dever específico e aquele de quem obtém algum tipo de vantagem. Sem a referência a essa incompatibilidade de interesses são ininteligíveis os delitos de corrupção. Ela faz parte da *ratio legis*, ainda quando não integre explicitamente o texto legislativo.[11]

No âmbito estatal, o dever do agente público consiste no poder de decisão independente de vantagens particulares, expressado tanto com relação à exatidão do conteúdo da decisão, quanto com relação ao respeito das regras de procedimento (princípios da eficiência, imparcialidade e igualdade).[12] Na corrupção o exercício do poder é vinculado ao oferecimento da vantagem, com a perda da independência de decisão em função dos interesses particulares da outra parte.[13] Essa vinculação do agente reflete a dimensão interna da corrupção referida acima, a qual dá margens a definições da corrupção que se centram mais no comportamento do agente do que nos valores específicos que ela atinge, como por exemplo, a concepção da corrupção como uma conduta "desviada, fraudulenta e desleal na gestão de interesses públicos ou privados".[14]

---

10. KINDHÄUSER. Op. cit., p. 5 e ss.
11. Em crítica às formulações legislativas que atropelam esse aspecto essencial do fenômeno, idem, p. 7.
12. Idem, p. 9 e ss.
13. Idem, p. 10.
14. CASCÓN, Fernando Carbajo. Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión.

A partir dessas considerações fica claro que a celebração prévia do acordo em todas as suas condições não é condição necessária para a possibilidade de vinculação do sujeito. Nesse sentido, basta que o comportamento de uma das partes possa ser interpretado como um convite para a celebração de acordo posterior, como no caso da "recompensa" dada a um ato já praticado, quando estiver direcionada a uma conduta futura ilícita da outra parte.[15] Isso permite a punibilidade do sujeito que realiza a sua prestação, deixando para concretizar a sua contraprestação apenas posteriormente. Sendo assim, não se justifica a tendência no direito brasileiro de desconsiderar a existência de corrupção nesses casos.[16]

Nesses termos, quando falamos em crimes de corrupção ou simplesmente em corrupção, consideramos crimes diversos no direito penal brasileiro (dentre os quais o tráfico de influência do art. 332, CP, por exemplo), e não apenas a corrupção passiva e ativa. Estas correspondem ao *coecho* do direto penal espanhol, muito embora a legislação espanhola abranja mais condutas do que os crimes de corrupção ativa e passiva no Brasil, ao menos na letra expressa da lei.[17] Os crimes de corrupção ativa e passiva, na versão em português da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (arts. 15, 16 e 21) ou da Convenção Interamericana contra a Corrupção (art. VIII), recebem ainda a denominação *suborno*.

In: GARCÍA, Nicolás Rodriguez; CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004. p. 135.

15. KINDHÄUSER. Op. cit., p. 8. Em contornos semelhantes, HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal – Arts. 280 a 361*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. 9. p. 369. Atualmente, PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – Arts. 250 a 359-H*. São Paulo: Ed. RT, 2010. vol. 3. p. 442, admite igualmente a corrupção passiva nos casos em que o agente recebe a vantagem sem que haja o ajuste prévio à sua conduta. No mesmo sentido, ainda, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1024; GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. Niterói: Impetus, 2008. p. 1258.

16. Tendência verificada tanto na jurisprudência quanto na doutrina. Cf. DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado: apanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 954 e ss.; CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal – Parte especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 418; MIRABETE, Julio Fabbrini. Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção. *RBCCrim* 4/94, p. 100.

17. A título de exemplo, o art. 422 do CP espanhol tipifica o simples recebimento de doação ou presente oferecidos em consideração do seu cargo ou função, nos termos da redação dada pela Ley Orgánica 5/2010 de 22.06.2010. Quanto ao diploma legal anterior, cf. CERINA. Op. cit., p. 90 e ss.

2. A PARTICIPAÇÃO DO BRASIL NO CENÁRIO INTERNACIONAL DE LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO

No âmbito internacional de combate à corrupção, o Brasil é signatário dos principais instrumentos elaborados nesse sentido, tendo até o momento ratificado e promulgado os seguintes:

2.1 Convenção Interamericana contra a Corrupção

Na esfera de atuação da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Brasil assinou em 29.03.1996 a Convenção Interamericana contra a Corrupção, inspirada na necessidade de resguardarem-se a legitimidade das instituições públicas, a democracia representativa e o desenvolvimento integral dos povos.

Esse foi o primeiro instrumento internacional assinado pelo Brasil em que as partes se comprometem a adotar medidas para proibir e punir atos de corrupção envolvendo funcionários públicos estrangeiros, cometidos por pessoas físicas e por empresas brasileiras ou domiciliadas no Brasil (art. VIII). A previsão da Convenção Interamericana limita o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros aos atos que estejam de alguma forma relacionados com uma transação de natureza econômica ou comercial.

A essa altura, tanto um tipo penal específico de corrupção de funcionário público estrangeiro como a responsabilização das empresas por ilícitos penais representavam uma novidade à ordem jurídica brasileira. Por outro lado, as definições de corrupção e de funcionário público nesse contexto não se diferenciam das previsões típicas já existentes na lei penal brasileira.

Em que pese a assinatura desse tratado ter ocorrido já no ano de 1996, a Convenção Interamericana passou a vigorar no Brasil somente seis anos após a sua assinatura, a partir do Dec. 4.410, de 07.10.2002, ou seja, depois que a Convenção da OCDE sobre a mesma matéria, elaborada posteriormente, já havia sido ratificada e promulgada no país e já se encontrava na primeira fase de avaliação da sua implementação. Ao que tudo indica, portanto, a tardia entrada em vigor da Convenção Interamericana contra a Corrupção foi fruto do interesse mais imediato do Brasil em obter uma conceituação favorável na avaliação da OCDE que estava ocorrendo naquele momento.

Importante notar que, embora o procedimento de promulgação dos tratados seja essencial para que os atos internacionais possam ter validade e executoriedade no ordenamento interno brasileiro, trata-se de um procedimento demasiado lento e cujos efeitos são bastante questionáveis. Primeiramente, é preciso que eles sejam submetidos ao Congresso Nacional (art. 49, I, CF/1988).

Apenas após a aprovação deste órgão pode ser realizada a ratificação da Convenção. Findo o processo de depósito, necessária se faz ainda a promulgação pelo Presidente da República (art. 84, IV, CF/1988). É uma perspectiva distinta da existente no direito espanhol, o qual possui um sistema de recepção automática de acordos internacionais.

Na Espanha, assim como no Brasil, a promulgação é necessária para que os tratados sejam parte integrante do ordenamento jurídico (art. 96.1, Constituição espanhola). Todavia, esse procedimento é considerado tão somente uma condição de aplicabilidade dos acordos internacionais por parte dos órgãos internos para os casos em que o tratado caracterize uma situação jurídica menos favorável ao indivíduo.[18] Semelhantemente, o Brasil também oferece um tratamento diferenciado aos acordos que estabeleçam maiores direitos e garantias individuais. Entretanto, o Brasil restringe esses casos a tratados que dispõem sobre direitos humanos, exigindo que obtenham votação no Congresso equivalente à necessária para a realização de emendas constitucionais para que então possuam *status* constitucional (art. 5.°, § 3.°, CF/1988). A partir disso, esses direitos passam a ser intocáveis, não podendo mais ser suprimidos do ordenamento jurídico brasileiro (art. 60, § 4.°, IV, CF/1988). Mas em não havendo esse procedimento ou em se tratando de outras matérias, os tratados têm tão somente força de lei ordinária, podendo ser modificados ou suprimidos a qualquer momento.[19]

Na Espanha, as disposições dos tratados como um todo não podem ser modificadas ou suprimidas a não ser da forma prevista pelos próprios tratados ou de acordo com as regras e princípios do direito público internacional (art. 96.1, Constituição espanhola), o que se mostra mais adequado ao reconhecimento paulatino da importância do direito internacional público para o desenvolvimento dos povos e nações.

2.2 Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais

A Convenção da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos

18. Nesse sentido, ROMERO, Alicia Cebada. La participación española en acciones internacionales contra la corrupción. *Derecho de los negocios*, set. 2002. p. 26.

19. Muito embora discutível, essa visão ainda constitui a posição majoritária na doutrina e jurisprudência brasileira. Sobre o tema, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 124 e ss.

Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais foi firmada pelo Brasil em 17.12.1997, ratificada por meio do Decreto Legislativo 125, de 14.06.2000 e promulgada pelo Dec. 3.678, de 30.11.2000.

A Convenção da OCDE tem por finalidade o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros exclusivamente no contexto de transações comerciais internacionais. Isso põe no centro das atenções a preocupação da Organização em resguardar sobretudo *as condições internacionais de competitividade*, afirmada no Preâmbulo, ainda que outros objetivos sejam igualmente mencionados, como a necessidade de preservação da *boa governança e o desenvolvimento econômico* dos países, por exemplo. No mesmo sentido, a Recomendação Revisada do Conselho de Combate ao Suborno em Transações Comerciais Internacionais de 1997 da OCDE reafirma posteriormente a necessidade de prevenção de "um fenômeno muito difundido em transações comerciais internacionais, incluindo o comércio e o investimento, levantando sérias preocupações morais e políticas e distorcendo condições de competitividade internacionais".

Por meio dessa Convenção o Brasil comprometeu-se a tomar medidas necessárias para que segundo suas leis fosse punida como crime a conduta de "oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou omissão do funcionário público no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais" (art. 1.º, 1).

Esse dispositivo é bastante amplo. Ele inclui qualquer tipo de comportamento da autoridade pública que possa vir a influenciar o curso de um negócio específico ou de transações comerciais em geral, seja pelo fato de a Administração Pública estrangeira exercer um papel decisivo na transação ou mesmo ser parte contratante, seja, indiretamente, através de algum ato da administração que interfira na capacidade de transação das partes implicadas na negociação ou represente ainda uma vantagem ou desvantagem às partes quanto a transações futuras. O leque de possibilidades se abre ainda mais quando se considera que a Convenção inclui na expressão *funcionários públicos* os funcionários e representantes de Organizações Públicas Internacionais. Essa redação, como veremos, distancia-se da opção realizada pelo legislador brasileiro.

Além disso, foi firmado o compromisso do Brasil em estabelecer a responsabilidade, penal ou não, das pessoas jurídicas pelos atos de corrupção de fun-

cionário público estrangeiro previstos na Convenção (art. 2.°), o que não foi realizado até o presente momento pelas autoridades brasileiras.[20]

Deve-se notar que o documento exige certa lealdade na instituição da punição a essas condutas, que não devem receber tratamento inferior ao já estabelecido pela ordem jurídica do Estado signatário. Isso se verifica quanto à punibilidade da tentativa e conspiração criminosa, que devem ficar estabelecidas caso sejam também puníveis no ordenamento pátrio (art. 1.°, 2), e quanto às sanções aplicáveis, que devem ter medida comparável às já existentes para os crimes de corrupção envolvendo o próprio funcionário público nacional (art. 3.°, 1) e caráter penal no caso das pessoas jurídicas, quando isso estiver de acordo com os princípios preestabelecidos pelo direito interno (art. 3.°, 2). Esse também constitui um ponto problemático na política legislativa desenvolvida pelo Brasil nos últimos anos, como se verá melhor adiante.

2.3 Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional

No mesmo ano em que é promulgado o tratado da OCDE pelo Presidente da República, é elaborada em Nova Iorque, no mês de novembro, a Convenção das Nações Unidas (ONU) contra o Crime Organizado Transnacional. Sendo aberta às assinaturas em 12.12.2000, em Palermo, a referida Convenção entra em vigor internacionalmente apenas em 29.09.2003. No Brasil, passa a vigorar na data de 12.03.2004, por meio do Dec. 5.015/2004.

Essa Convenção estabelece várias medidas (inclusive de caráter não legislativo) a serem adotadas pelos Estados na prevenção à criminalidade organizada transnacional. Dentre elas, encontram-se a criminalização de diversas condutas praticadas em seu território, que incluem, além da participação em um grupo criminoso organizado (art. 5.°), a corrupção de funcionários públicos nacionais (art. 8.°), a obstrução à justiça (art. 23) e a lavagem do produto desses crimes (art. 6.°) e outros punidos com pena máxima não inferior a quatro anos (art. 2.°).

Tais condutas, ressalte-se, devem constituir crimes nos ordenamentos internos das Partes independentemente de possuírem caráter transnacional ou esta-

20. Sobre a resistência da dogmática penal brasileira para a implementação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 121 e ss.; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis et. al. Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas: uma contribuição para o debate público brasileiro. *Revista Jurídica*, jun.-set. 2009. p. 18 e ss.

rem relacionadas a um contexto envolvendo a criminalidade organizada (art. 34, 2). No entanto, a penalização da corrupção de funcionários públicos estrangeiros e funcionários internacionais foi deixada em aberto pela Convenção à consideração dos Estados, que têm, neste tocante, a possibilidade de sopesar tais objetivos em conjunto com seus próprios interesses de política criminal.

2.4 Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção

Por fim, o Brasil assinou em 09.12.2003 a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, também conhecida como Convenção de Mérida, promulgada através do Dec. 5.687, de 31.01.2006. É um instrumento detalhado, que visa oferecer largo escopo para o desenvolvimento de políticas de prevenção e repressão da corrupção por parte dos países signatários.

O Capítulo III da Convenção prevê a criminalização da corrupção ativa dos agentes públicos nacionais (art. 15), dos funcionários públicos estrangeiros e funcionários de organização internacional pública (art. 16, 1). Aqui novamente a corrupção ativa dos funcionários estrangeiros remete ao contexto das negociações comerciais transnacionais. O art. 16 tem redação também bastante genérica, referindo-se a qualquer situação em que o particular age com a intenção de que o funcionário "atue ou se abstenha de atuar no exercício de suas funções oficiais para obter ou manter alguma transação comercial ou outro benefício indevido em relação com a realização de atividades comerciais internacionais". No que respeita a corrupção passiva praticada pelos funcionários públicos de outros países e das organizações internacionais, é deixado às considerações do Estado signatário a adoção de medidas para a sua transformação em delitos penais (art. 16, 2).

Além da corrupção ativa e passiva, outras formas de desvio da função pública e de corrupção são previstas, muitas delas já tipificadas no direito brasileiro. Com relação à maioria dessas condutas, a Convenção deixa igualmente ao Estado a faculdade de decidir sobre a sua criminalização, como o tráfico de influência (art. 18), o abuso de funções do funcionário público (art. 19), o enriquecimento ilícito (art. 20), o suborno no setor privado (art. 21), a malversação ou peculato de bens no setor privado (art. 22). Apenas o art. 17 ("malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público") obriga realmente os países à adoção de medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar as condutas como delito.

Além disso, a Convenção prevê a punição de condutas normalmente relacionadas a esse tipo de crime, como a lavagem do produto de delito (art. 23), o encobrimento de crimes (art. 24) e a obstrução da justiça (art. 25). Ainda, na linha das convenções anteriores, estabelece em seu art. 26 a instituição da

responsabilidade penal, civil ou administrativa das pessoas jurídicas pelos atos indicados na Convenção, com a aplicação de sanções "eficazes, proporcionadas e dissuasivas".

Ao final do Capítulo III são previstas no art. 42 algumas regras de jurisdição sobre os delitos da Convenção, cabendo destacar aqui o estabelecimento de jurisdição extraterritorial do Estado quando o delito for cometido contra um de seus cidadãos ou contra o próprio Estado parte, bem como quanto houver cometimento do crime por parte de um de seus cidadãos ou de estrangeiro residente em seu território. Embora com certas restrições, o Código Penal brasileiro já estabelece regras de extraterritorialidade nesse sentido, conforme será posteriormente referido.

3. *A política legislativa brasileira em matéria penal diante dos instrumentos internacionais ratificados*

Quanto à adaptação da legislação penal às exigências dos acordos mencionados, a postura do Brasil não foi muito feliz. Nesse sentido, houve inclusive certo retrocesso no que respeita a Convenção Interamericana contra a Corrupção: em pouco mais de dois meses após a sua promulgação, o Congresso aprova a reforma do texto através do Dec. 4.534, de 19.12.2002, incluindo uma ressalva ao art. XI, § 1.º, *c*, da Convenção, visando esquivar-se do seu compromisso de analisar a adoção de medidas para incluir como crime no ordenamento "toda ação ou omissão realizada por qualquer pessoa que, por si mesma ou por interposta pessoa, ou atuando como intermediária, procure a adoção, por parte da autoridade pública, de uma decisão em virtude da qual obtenha ilicitamente, para si ou para outrem, qualquer benefício ou proveito, haja ou não prejuízo para o patrimônio do Estado".

Não obstante isso, ao menos um aspecto positivo pode ser apontado relativamente a tal postura: ela demonstra que os parlamentares levam realmente em consideração o caráter vinculante dos compromissos internacionais para as suas atividades legislativas. Talvez isso possa explicar a razão pela qual seis anos se passaram para que o texto da Convenção fosse aprovado, enquanto que apenas dois meses foram necessários para revogar uma norma que enquadra a corrupção de uma maneira muito mais abrangente do que a atual legislação brasileira o faz, i.e., sem a necessidade de configurar-se a contraprestação do particular.

A atuação mais significativa do Brasil para a implementação dos acordos internacionais no campo legislativo foi a reforma do Código Penal através da Lei 10.467/2002, que introduziu no Título XI ("Dos Crimes Contra a Administração Pública") o Capítulo II-A ("Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração Pública Estrangeira"), criando dois novos tipos penais e um artigo

definindo o conceito de funcionário público estrangeiro.[21] Além disso, a mesma Lei 10.467/2002 incluiu os crimes contra a administração pública estrangeira no rol de antecedentes do crime de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998).

Após essa reforma, o Código Penal foi novamente modificado pela Lei 10.763, de 12.11.2003, que aumentou a pena cominada aos crimes de corrupção ativa e passiva (arts. 317 e 333) para o mínimo de dois e o máximo de doze anos de reclusão. Isso se justificou principalmente pelo fato de que a pena anterior, que variava de um a oito anos, possibilitava a suspensão do processo nos termos do art. 89 da Lei 9.099/1995, o que foi muito bem recebido no país.

Problemático na mudança da lei em 2003, entretanto, foi o fato de que a pena para a corrupção ativa dos funcionários públicos estrangeiros ficou intocada, o que gerou uma discrepância no tratamento da corrupção de funcionários estrangeiros com relação aos nacionais. Com isso, três anos depois dessa reforma, foi elaborado o PL 7.710/2007 com vistas a corrigir essa disparidade. Como se depreende da exposição de motivos do Projeto, a sua realização foi baseada sobretudo na necessidade de resposta à pressão externa sofrida pelo Governo nesse sentido, mais especificamente no que respeita as recomenda-

21. Os dispositivos possuem a seguinte redação:
"Corrupção ativa em transação comercial internacional
Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.
Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.
Tráfico de influência em transação comercial internacional
Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
Parágrafo único. A pena é aumentada da 1/2 (metade), se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.
Funcionário público estrangeiro
Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro.
Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais."

ções recebidas por ocasião da realização da Conferência sobre a Implementação da Convenção contra a Corrupção da OCDE ocorrida em Brasília, em setembro de 2004. Para a doutrina brasileira até agora, porém, essa questão parece não apresentar maiores problemas.[22]

Além das reformas mencionadas, ainda outros dois projetos foram apresentados para a adequação da legislação penal brasileira à legislação internacional no combate à corrupção. O primeiro deles dispõe sobre a criminalização do enriquecimento ilícito.[23] O segundo, sobre a responsabilização de pessoas jurídicas em âmbito administrativo e civil por atos praticados contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.[24]

A seguir será desenvolvida uma análise mais detalhada da atuação brasileira nesse âmbito, partindo-se especificamente da inclusão dos crimes contra a Administração Pública estrangeira no Código Penal e considerando-se o controle exercido pela OCDE quanto à implementação da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (item 4), o que se justifica sobretudo em razão de ter sido essa a principal medida legislativa realizada pelo Brasil até agora nesse sentido.

Como se verá, é questionável se a criação de novos tipos penais realmente representou um avanço na luta do Brasil contra a corrupção transnacional. Deverá, assim, ser avaliado de que maneira essa legislação atende aos propósitos das convenções internacionais (item 5) e se outras alternativas podem ser apresentadas a problemas que venham ser apontados (item 6).

4. A ADEQUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA SEGUNDO OS RELATÓRIOS DA OCDE

4.1 Primeira fase do processo de avaliação

O primeiro relatório do grupo de trabalho sobre Corrupção nas Transações Comerciais Internacionais da OCDE, adotado e aprovado em 31.08.2004, teve por objetivo avaliar se as leis do Brasil estão em conformidade com os padrões legais estabelecidos pela Convenção.

---

22. Somente com relação à pena do crime de tráfico de influência em transação comercial internacional, a qual possui pena mínima superior ao crime de corrupção ativa em transação comercial internacional, vê-se em Delmanto a crítica no sentido de um desrespeito ao princípio da proporcionalidade (Cf. DELMANTO. Op. cit., p. 980).
23. PL 5.586/2005.
24. PL 6.826/2010.

O relatório observa inicialmente que apesar de a Convenção ter força de lei ordinária no Brasil, o seu art. 1.°, que prevê o delito de corrupção de funcionários públicos estrangeiros, não é autoaplicável. Isso significa que em casos de conflito com a legislação penal nacional, ou quando a legislação penal nacional for deficiente em relação aos dispositivos da Convenção, a sua prevalência não estará assegurada. Nesse tocante, as autoridades brasileiras informaram que a Convenção seria uma fonte importante de interpretação, ainda que os tribunais não sejam obrigados a interpretar a legislação de implementação de acordo com o art. 1.° da Convenção em caso de discrepância entre ambos.

No que concerne aos tipos penais de corrupção de funcionário público estrangeiro, alguns pontos mostraram-se especialmente problemáticos. Dentre eles, os avaliadores demonstraram sua preocupação com a possibilidade de limitação do espectro de aplicação da lei penal brasileira em comparação com aquele originalmente visado pela Convenção, pelo fato de não haver definição expressa dos termos *função pública*, *Poder Público*, *entidades estatais*, *país estrangeiro* e *organizações públicas internacionais* na lei brasileira. O Brasil respondeu afirmando que os tribunais brasileiros poderiam utilizar também aqui o Dec. 3.678/2000 como fonte interpretativa.[25]

Em seguida, dois problemas foram apontados com relação à expressão *ato de ofício relacionado à transação comercial internacional* do art. 337-B, do CP.[26] Em primeiro lugar, não estaria claro se o conceito *ato de ofício* permitiria a aplicação da lei a casos em que o ato esteja fora da competência do funcionário público. O Brasil alegou a punibilidade do agente mesmo quando o ato possuir qualquer tipo de relação, mesmo que apenas indireta, com as atribuições do funcionário público. Partiu-se aqui do exemplo de quem oferece uma vantagem a um funcionário do alto escalão do governo para que este se utilize de seu cargo – atuando dentro ou fora de sua competência – para determinar a outro funcionário que lhe conceda um contrato. Segundo as autoridades brasileiras, a solução jurídica dada a esse caso consistiria na punição ou por coautoria no crime de corrupção ou pelo tráfico de influência.

Em segundo lugar, surgiram dúvidas sobre se o elemento do tipo *relacionado à transação comercial internacional* alcançaria por sua vez situações em que o ato não tenha qualquer implicação internacional nem esteja diretamente relacionado com qualquer transação comercial, porém de algum modo represente uma vantagem ao corruptor na condução de transações comerciais internacionais no país ou em sua capacidade de realizá-las. A respeito de alguns exem-

25. Relatório da OCDE – 2004, p. 6.

26. Relatório da OCDE – 2004, p. 7.

plos nesse sentido, como concessão de licenças ou autorizações comerciais no país do funcionário, concessão de tratamento fiscal favorável e até mesmo permissão para a entrada de pessoas físicas no país, as autoridades brasileiras responderam que eles estariam enquadrados pelo tipo penal em questão.

Com relação às regras de aplicação da lei penal brasileira, os representantes da OCDE pediram maiores esclarecimentos sobre casos-limite. No que tange a jurisdição territorial (arts. 5.º e 6.º, CP), as dúvidas diziam respeito principalmente sobre se qualquer tipo de conduta praticada no Brasil, como um telefonema, fax ou *e-mail*, seria suficiente para estabelecer a jurisdição brasileira sobre os crimes de corrupção em transações comerciais internacionais, normalmente consumados no país estrangeiro.[27] Nesse quesito a resposta brasileira foi também afirmativa.

4.2 Segunda fase do processo de avaliação

O relatório relativo à segunda fase de avaliação do Brasil, adotado em 07.12.2007, em continuidade à avaliação da implementação da Convenção no país e com vistas ao monitoramento da sua aplicação na prática jurídica, frisou a necessidade de as autoridades responsáveis pela persecução penal agirem mais ostensivamente na detecção e investigação de crimes e instauração de processo nesses casos. Até o momento não havia nenhum processo penal em tramitação no Judiciário, apesar de duas suspeitas[28] e quatro investigações em curso.[29]

Após discussões com representantes do Ministério da Justiça, promotores e juristas brasileiros, os examinadores concluíram que de um modo geral os crimes de corrupção de funcionários estrangeiros previstos no Código Penal estariam de acordo com os padrões estabelecidos no art. 1.º da Convenção.[30] Todavia, permaneceram as dúvidas já suscitadas no relatório anterior.

---

27. Relatório da OCDE – 2004, p. 16.
28. Dessas, uma denúncia feita pela mídia e outra descoberta por ocasião de outra investigação em curso da Polícia Federal; vide o Relatório da OCDE – 2007, ponto 14.
29. Relativas aos resultados do quinto relatório do Comitê Independente de Investigação sobre o Programa das Nações Unidas "Petróleo por Alimento" de abril de 2004, no qual foram apontadas irregularidades na implementação do programa da ONU no Iraque. Empresas de vários países, dentre eles o Brasil, foram apontadas como possíveis participantes nos casos de corrupção em questão. Cf. o Relatório da OCDE – 2007, ponto 17.
30. Relatório da OCDE – 2007, ponto 11.

Mais especificamente sobre a legislação envolvendo o crime de corrupção de funcionário público estrangeiro, a preocupação expressada acerca da falta de uma definição sobre os termos-chave como *país estrangeiro*, *órgão público internacional* etc., reafirmaram as autoridades brasileiras que a Convenção teria força interpretativa com relação aos arts. 337-B, 337-C e 337-D do CP.[31]

Os examinadores retomaram uma questão já suscitada na primeira fase de avaliação,[32] em relação à qual naquela oportunidade não haviam sido feitas maiores observações. Trata-se da possibilidade de punição pelo crime de corrupção quando houver exercício de influência através de intermediários, respondida afirmativamente com base nas regras de autoria e participação do Código Penal brasileiro e na própria redação do art. 337-B ("direta ou indiretamente"). Na segunda fase de avaliação os examinadores observaram, porém, não estar claro se o art. 337-B do CP contemplaria ainda situações em que o intermediário não chega a finalizar a oferta ou a entrega do suborno.[33] Essa última questão permaneceu em aberto.

Nessa fase de avaliação foi igualmente levantada a dúvida sobre se o art. 337-B aplica-se a atos que não estejam dentro da competência legal do funcionário. As autoridades brasileiras reiteraram que o delito será produzido quando o ato tiver qualquer relação, mesmo que indiretamente, com as funções do funcionário público, e que não serviria como defesa a afirmação de que o ato encontra-se fora da autoridade do funcionário.[34]

Além disso, os examinadores recomendaram novamente o acompanhamento do tratamento dado aos crimes de corrupção de funcionários públicos estrangeiros, no intuito de ser verificado se representa uma barreira à punição por corrupção o fato de a lei relacionar o ato ou omissão do funcionário público estrangeiro a uma transação comercial internacional, em vez de relacioná-lo à possibilidade de o subornador obter ou reter vantagem na condução de negócios internacionais, conforme prevê originalmente o art. 1.º da Convenção.[35]

Por último, grande controvérsia gerou a discussão a respeito da possibilidade de o agente justificar-se naqueles casos que no Brasil correspondem ao delito de concussão.[36] Em outras palavras, foi questionado se a escusa do

31. Relatório da OCDE – 2007, ponto 140.
32. Relatório da OCDE – 2004, p. 5.
33. Relatório da OCDE – 2007, ponto 141.
34. Relatório da OCDE – 2007, ponto 142 e ss.
35. Relatório da OCDE – 2007, ponto 143.
36. Relatório da OCDE – 2007, ponto 145 e ss.

particular por força do art. 316 do CP geraria efeitos sobre a interpretação do crime de corrupção do funcionário estrangeiro. Os representantes brasileiros não puderam apresentar uma resposta unânime sobre o âmbito de aplicação do art. 316 do CP ou sobre sua diferença em comparação ao crime de corrupção passiva, art. 317 do CP. Nesse tocante, foram feitas afirmações tanto no sentido de que a concussão não se diferenciaria da corrupção passiva, sendo uma mera *solicitação* suficiente para caracterizar o delito de concussão, quanto no sentido de que para a concussão seria necessário o envolvimento de algum tipo de coação ou intimidação por parte do funcionário.[37] Em conclusão ficou firmado pelas autoridades do Brasil, porém, que a concussão por parte do funcionário público estrangeiro não excluiria a condenação por corrupção ativa do sujeito que faz o que lhe é requisitado.

5. A CORRUPÇÃO EM TRANSAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS NO BRASIL: OBSERVAÇÕES

Com relação aos problemas apresentados pelo grupo de trabalho sobre Corrupção nas Transações Comerciais Internacionais nas duas fases de avaliação, algumas observações devem ser feitas às respostas oferecidas pelo Brasil, a fim de que questões atinentes ao direito brasileiro possam ser situadas adequadamente.

5.1 A força normativa da Convenção

Primeiramente, em relação à utilização da Convenção da OCDE como fonte interpretativa, deve restar claro que não fica ao mero arbítrio dos juízes recorrer ao Dec. 3.678/2000 no momento de aplicação da lei penal, como pode sugerir o posicionamento dos representantes brasileiros mencionado acima. A partir do momento em que houve a sua aprovação pelo Congresso Nacional e a sua promulgação pelo Presidente da República, a Convenção, por ser parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro, passou a ter força normativa vinculante aos cidadãos e a todas as esferas estatais.

A Convenção não pode ser diretamente aplicada para a punição por não ter a necessária cominação de pena em seus dispositivos, garantia essa assegurada pelo

37. No documento original faz-se referência a *demand*, o que em português pode ter tanto o sentido de *exigir* quanto de *solicitar*. A tradução não oficial para o português, disponibilizada no *site* do Ministério da Justiça (Secretaria de Assuntos Legislativos), optou pela segunda alternativa. Todavia, ela é errônea, pois não reproduz o sentido do art. 316 do CP, tornando assim incompreensível o ponto 146 do documento.

art. 5.°, XXXIX, da CF/1988. Mas, uma vez existente a cominação da pena no ordenamento brasileiro – o que ocorreu através da reforma do Código Penal em 2002 – os seus dispositivos devem integrar o processo de interpretação e aplicação do direito penal como um todo. Isso encontra-se explicitado muitas vezes nos próprios tratados, como a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional da ONU (Dec. 5.015/2004), que no art. 3.° afirma que seu âmbito de aplicação estende-se à investigação, instrução e julgamento das infrações ali previstas.

Nesse tema, o Brasil encontra-se ainda muito distante da mudança de paradigma ocorrida nas últimas décadas em diversos países, especialmente os de tradição europeia, que consiste em reconhecer a importância desempenhada atualmente pelo direito internacional público, cujos reflexos se estendem também ao direito penal. O principal exemplo a ser considerado aqui é a maneira pela qual os Estados-membros da União Europeia (UE) – sob a perspectiva interna de interpretação e aplicação do direito nacional – lidam com os tratados constitutivos e os atos normativos criados na esfera europeia.

Por força do art. 4.°, 3 do Tratado da União Europeia (sucessor do art. 10 do Tratado da Comunidade Europeia, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa) os Estados-membros têm um dever geral de lealdade à União, segundo o qual devem tomar todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos tratados ou resultantes dos atos das instituições da UE. Isso significa que existe uma vinculação de todos os representantes do poder público nesse sentido, o que implica o dever dos tribunais nacionais em considerar o direito da UE na interpretação do direito nacional sempre quando houver espaço para tanto (o chamado princípio da interpretação conforme).[38] Ou seja, mesmo onde não possua aplicação imediata no direito nacional,[39] o direito europeu não perde o seu caráter vinculante no momento da aplicação da lei.

Portanto, as dúvidas que podem ser suscitadas nesse tema dizem antes respeito aos limites desse tipo de interpretação, especialmente por tratar-se de normas de caráter penal, do que à questão de se saber se a aplicação do direito internacional é ou não obrigatória. Naturalmente, os principais limites dessa aplicação a serem considerados decorrem da força de princípios reconhecidos

38. SATZGER, Helmut. *Internationales und Europäisches Strafrecht*. Baden-Baden: Nommos, 2009. p. 144.

39. Pois quando tiver aplicabilidade imediata não se fala mais em interpretação conforme, mas na primazia do direito europeu sobre o direito nacional, ou seja, a sua superioridade hierárquica sobre o direito nacional (Idem, p. 137 e ss.). Sobre o tema na doutrina brasileira, SHECAIRA. Op. cit., p. 60 e ss.

tanto pelo direito nacional quanto pelo europeu, como a segurança jurídica, a proibição de retroação da lei penal e o princípio da legalidade. Deste modo, quando diversas alternativas de interpretação para uma norma forem possíveis, tem preferência aquela que melhor representa o direito da União Europeia, resguardada a proibição de analogia em matéria penal.[40]

A dogmática brasileira tem muito a aprender com a experiência dos países europeus nesse campo, especialmente no reconhecimento de que onde a lei penal mostrar-se dúbia ou apresentar conceitos abertos (por exemplo, a falta de definição do que seja *organizações públicas internacionais* – art. 337-D, parágrafo único, do CP), o juiz tem a obrigação, jurídica e moral, de aplicar os tratados existentes nessa matéria. Como mencionado, existem barreiras a esse procedimento quando a lei brasileira falha explicitamente em reproduzir os compromissos firmados no plano internacional. Onde esse parece ser o caso, será melhor analisado nos tópicos a seguir.

5.2 Normas da parte especial e regras de participação e autoria

Alguns problemas apontados pela OCDE relacionam-se com questões de participação e autoria. A solução de tais problemas depende, em parte, da interpretação conferida ao art. 337-B do CP, a saber, se o tipo penal de corrupção ativa de funcionário público internacional corresponde ao tipo de corrupção ativa de funcionário público nacional em todas as suas nuances. Isso será esclarecido a partir dos dois exemplos abaixo (itens 5.2.1 e 5.2.2).

5.2.1 Ato de ofício e competência do funcionário público estrangeiro

Uma questão levantada pelos examinadores da OCDE nas duas fases de avaliação faz referência à possibilidade de caracterização dos delitos de corrupção mesmo que o ato praticado esteja fora do âmbito de competência do funcionário público estrangeiro.

Inicialmente, deve ficar claro que, na verdade, a questão suscita dois problemas concernentes ao comportamento do funcionário público, relacionados, porém distintos entre si. O primeiro concerne ao que se pode entender por *ato de ofício*. O segundo, sobre as implicações da falta de competência do funcionário na configuração do delito.

Discussões envolvendo a competência do funcionário público para agir, entendida como suas atribuições legais, pressupõem o conceito *ato de ofício*, caso

40. SATZGER. Op. cit., p. 144 e ss.

este seja compreendido como um ato administrativo ou um ato pertencente à Administração Pública.[41] Assim, poderia ser objeto de controvérsias a hipótese de estar ou não enquadrada no tipo a situação em que o funcionário pratica um ato que extrapola a sua competência, ou seja, um ato que pertença a atribuições de outro cargo público que não o seu. Tomando em consideração o exemplo apresentado nos relatórios da OCDE, seria o caso em que o funcionário do alto escalão do governo desse uma ordem a um funcionário que não se encontra sob sua autoridade ou uma ordem cujo conteúdo foge às suas atribuições. Tratar-se-ia de um vício, não de uma completa inexistência do ato administrativo.[42]

Porém, se o comportamento do funcionário do alto escalão já não pudesse desde início ser caracterizado como um ato administrativo ou da Administração Pública, como não é possível no caso do exercício de mera influência com relação a um subordinado, não haveria que se falar em falta de competência do funcionário. No exemplo em questão, estaria configurada a corrupção apenas se *ato de ofício* fosse conceituado como qualquer ato que o agente público pratica prevalecendo-se de sua posição, seja uma atuação oficial ou não.

Na jurisprudência brasileira não existe uma distinção clara entre o conceito de ato de ofício e de competência legal com relação aos crimes praticados contra a Administração Pública nacional. De qualquer maneira, é importante notar a tendência dos tribunais superiores em negar a configuração do delito quando o ato esteja totalmente fora das atribuições legais do funcionário público.[43] Esse entendimento é também partilhado na doutrina brasileira.[44] Segundo Hungria, "o ato ou abstenção a que a corrupção se refere deve ser da competência do *intraneus*, isto é, deve estar compreendido nas suas específicas atribuições funcionais, pois só neste caso pode deparar-se com um dano efetivo

41. Para a diferenciação entre ambos, vide BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 376 e ss.

42. Certos vícios de competência, como o exercício fático de determinados atos pelo funcionário, são considerados válidos para a preservação dos terceiros de boa-fé. Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 154; SUNFELD, Carlos Ari et al. *Introdução ao direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 124 e ss.

43. Cf. DELMANTO. Op. cit., p. 954.

44. Cf MIRABETE. Op. cit., p. 99 e ss.; PRADO. Op. cit., 442 e ss., que entende ser o *ato de ofício* um sinônimo de *ato funcional*, que pode estar de acordo ou contra os deveres da função, porém, dentro de seu âmbito. Para o autor, a corrupção pressupõe que o ato "seja da competência ou atribuição inerente à função exercida pelo funcionário público, já que a tipicidade cinge-se justamente ao tráfico da função". No mesmo sentido, BITENCOURT. Op. cit., p. 1099 e 1130.

ou potencial ao regular funcionamento da Administração". Conforme o autor, isso não significaria a impunidade dos agentes (considerando-se o contexto nacional), pois outras respostas seriam oferecidas pelo ordenamento jurídico ao funcionário que atue fora de suas atribuições.[45]

De qualquer maneira, na hipótese de não estar configurado o ato de ofício por parte do funcionário do alto escalão do governo, o particular pode apenas ser partícipe do crime praticado por ele. Em outras palavras, o particular seria o instigador do tráfico de influência que o funcionário pratica com relação ao subordinado, pois apenas este último é que viria a praticar, omitir ou retardar um ato de ofício. Vale lembrar que, diferentemente da corrupção passiva, que possui um correspondente no crime de corrupção ativa, o tráfico de influência é dirigido apenas à pessoa que irá exercer a influência (no caso mencionado, o funcionário do alto escalão).

Do exposto, duas conclusões podem ser deduzidas. De um lado, a posição firmada pelos representantes brasileiros não é correta, pois toma como pacífica uma questão obscura, senão absolutamente contrária, às suas afirmações. De outro lado, isso significa que não se pode falar propriamente em coautoria no crime de corrupção, mas tão somente em participação no tráfico de influência exercido pelo funcionário público sobre um subordinado.

5.2.2 Realização da oferta e início da execução

Igualmente delicada é a questão formulada pelos examinadores da OCDE na segunda fase de avaliação a respeito da necessidade de finalização da oferta ou da entrega da vantagem pelo intermediário ao funcionário público para a configuração da corrupção.

A entrega da vantagem ao funcionário, via de regra, não tem relevância penal, sendo considerada mero exaurimento do crime de corrupção passiva do funcionário no direito brasileiro.[46] Ela é importante na análise do problema apresentado apenas quando tem o significado de uma oferta ao funcionário público para acordos futuros. Neste e nos demais casos de corrupção, porém, há uma dificuldade a ser considerada, decorrente da interpretação do art. 333 do CP mormente realizada.

Segundo essa visão, é necessário para a consumação do crime de corrupção ativa que o oferecimento ou a promessa da vantagem chegue ao conhecimento do

45. HUNGRIA. Op. cit., p. 369.

46. DELMANTO. Op. cit., p. 910.

funcionário público.[47] Por um lado, tendo-se em mente a interpretação dada até o momento aos crimes de corrupção nacional, a finalização da oferta ou entrega da vantagem pelo intermediário muito provavelmente seria exigida para a consumação dos crimes de corrupção contra a Administração Pública estrangeira.

Por outro lado, a situação em que o particular utiliza-se de outra pessoa, a qual deverá ela mesma fazer a proposta ao funcionário público, apresenta novamente uma relação de participação e autoria entre o particular e o intermediário. Consequência disso é a condição, nos termos do art. 31 do CP, que o intermediário tenha iniciado a proposta ao funcionário público ou que ela já tenha sido enviada, para que o particular possa ser responsabilizado.[48] Há de se questionar, todavia, se esta seria realmente uma interpretação adequada destes tipos penais.

5.2.3 Direta ou indiretamente

Em ambos os casos mencionados, embora caracterizadas situações de participação, a punição por força das regras gerais de participação e autoria (arts. 29 a 31, CP) parece não ser necessariamente a mais correta no que respeita em específico o crime de corrupção ativa de funcionário público internacional (art. 337-B do CP).

Nesse sentido, é preciso haver o devido cuidado para que não se aplique a interpretação dos delitos de corrupção de funcionários nacionais de modo automático à corrupção de funcionários estrangeiros. Tal se deve ao fato de que, a despeito da semelhança entre os tipos penais, os arts. 337-B e 337-C do CP, ao contrário dos arts. 332 e 333 do CP, possuem a expressão *direta ou indiretamente* em sua redação.

Isso sugere que a corrupção de agentes públicos estrangeiros deva ser compreendida de modo a dispensar-se o início da execução do crime por parte do intermediário, excetuando-se assim tais tipos à regra do art. 31 do CP. A ideia por trás do art. 337-B do CP seria justamente ampliar a responsabilização por autoria de formas de comportamento que em princípio seriam caracterizadas como instigação em cadeia ou a antecipação da punição do autor nas situações em que basta o auxílio de um terceiro para que a proposta chegue ao conhecimento do funcionário.

---

47. Cf. DELMANTO. Op. cit., p. 953; CUNHA. Op. cit., p. 418; PRADO. Op. cit., p. 443; SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (orgs.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 1471 e ss.

48. Conclusão também defendida na jurisprudência. Cf. DELMANTO. Op. cit., p. 955.

Essa é a leitura racional da lei, pois, do contrário, a expressão *direta ou indiretamente* seria uma proposição supérflua no texto legal. Há de ser considerada, ainda, a intenção dos avaliadores da OCDE em assegurar a aplicação mais ampla possível da lei penal nessas situações. O lado negativo dessa formulação é que ela permite a intervenção penal na esfera individual em casos demasiadamente antecipados, avançando em momentos de mero planejamento do crime. Qualquer discussão nesse sentido deve manter em vista a justificativa que intervenções desse porte exigem.[49]

5.3 Ato relacionado à transação comercial internacional

Justifica-se por inteiro a preocupação dos examinadores da OCDE quanto à restrição das condutas dos arts. 337-B e 337-C do CP a uma transação específica, no lugar de sua relação com a condução de negócios no país estrangeiro em geral. Contudo – em que pese a resposta oferecida pelas autoridades brasileiras – nenhuma solução interpretativa pode ser oferecida a esse problema sem que se esbarre em uma analogia contrária ao réu. Pois há uma grande diferença entre relacionar diretamente o ato a uma transação comercial internacional[50] e fazer referência a atos que de algum modo tenham repercussões, mesmo remotas, na realização de transações comerciais. A diferença é de tal monta que não se pode deduzir essa última constelação de fatos da primeira, por ser muito mais ampla do que esta.

No entanto, se por um lado a legislação brasileira falhou em representar adequadamente os interesses objetivados pela Convenção, por outro, a maneira pela qual a Convenção busca coibir tais comportamentos mostra-se equivocada. Isso porque a relevância jurídica da corrupção transnacional, segundo a Convenção, depende não de circunstâncias em torno do comportamento do funcionário público ou da existência de uma negociação em curso, mas é muito amplamente vinculada à pessoa do empresário já desde o momento em que intenciona atuar no exterior, de modo que a mera permissão de seu ingresso no país estrangeiro já caracterizaria corrupção nos termos da Convenção segundo a comissão examinadora.

5.4 Justificativa do agente e concussão

Com relação à possibilidade de o particular justificar-se quando ficar caracterizado o crime de concussão (art. 316, CP), algumas ponderações devem ser

49. Nesse sentido, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 167-173.

50. Note-se que os próprios dispositivos são intitulados de "corrupção ativa (e tráfico de influência) *em* transação comercial internacional" (grifo nosso).

feitas tendo-se em consideração o modo pelo qual tal crime é compreendido no direito penal pátrio.

Cunha afirma que a concussão seria uma "forma especial de extorsão, executada por funcionário público", na qual "há sempre algum tipo de constrição, influência intimidativa sobre o particular ofendido, havendo necessariamente algo de coercitivo".[51] Mas não apenas isso: o autor exemplifica o crime de concussão referindo-se ao médico de um hospital público que cobra por exames que são de graça, o que aponta uma situação na qual não resta outra escolha ao particular que não seja ceder à exigência do funcionário para receber algo a que tem direito.[52]

No mais das vezes a história desse dispositivo serve de referência à doutrina para diferenciá-lo da corrupção passiva.[53] O crime de concussão, segundo Hungria, tem suas origens no direito romano, onde era ilícito "o abuso do poder público para a captação de pecúnia". No direito romano, tal situação difere da corrupção por ficar excluído o arbítrio do particular, seja através da ameaça de uso da autoridade pública, seja através do emprego de fraude contra o particular.[54] De acordo com o autor, a concussão prevista no Código Penal brasileiro relaciona-se a situações nas quais o funcionário público, para cumprir o seu dever, exige uma prestação não determinada em lei, que ele impõe como uma obrigação ao particular.[55]

Portanto, uma interpretação da lei penal que diferencia a concussão da corrupção parte da concepção segundo a qual o particular, vítima da coação exercida pelo funcionário, age em fundado temor de represálias decorrentes da função pública do coator.[56] Trata-se de uma situação na qual o sujeito não obtém uma vantagem propriamente dita em satisfazer os interesses ilícitos do funcionário público.

Essa diferenciação é empreendida pela maioria doutrinária e jurisprudencial.[57] Se um caso de concussão por parte do funcionário público estrangeiro fosse decidido hoje no Brasil, muito provavelmente o particular não seria

---

51. CUNHA. Op. cit., p. 387.
52. Idem, p. 387 e ss.
53. Por exemplo, PRADO. Op. cit., p. 423 e ss.
54. Hungria. Op. cit., p. 357.
55. Idem, p. 358 e ss.
56. PRADO. Op. cit., p. 426 e ss.; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal – Parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 4. p. 139, chega a caracterizar a concussão como uma "forma especial de extorsão cometida pelo funcionário público, com abuso de autoridade, contra o particular"; no mesmo sentido, GRECO. Op. cit., p. 1255; BITENCOURT. Op. cit., p. 1015 e ss.; SILVA FRANCO. Op. cit., p. 1459 e ss.
57. Para a jurisprudência nesse sentido, cf. DELMANTO. Op. cit., p. 906.

responsabilizado pela entrega da vantagem indevida ao funcionário. Além do mais, essa orientação permite uma visão coerente do Código Penal, excluindo a concepção de que ele contém dois tipos penais absolutamente idênticos, e possibilita uma proteção do indivíduo nos casos em que fica caracterizado o abuso do poder público contra a sua liberdade de ação, sem que se tenha de recorrer a categorias gerais de justificação da conduta. Fica em aberto, todavia, uma discussão acerca dos limites de ação do particular nesses casos, especialmente com relação ao momento em que a sua postura possa ser caracterizada como uma conivência com o crime do funcionário público.

5.5 Aplicação da lei brasileira

A jurisdição penal brasileira é estabelecida fundamentalmente a partir do princípio da territorialidade (art. 5.°, CP). Nos termos do art. 6.° do CP, a determinação do lugar do crime é decida pelo local onde se deu a conduta criminosa, bem como o local de seu resultado (*princípio da ubiquidade*).[58] A jurisdição brasileira incide ainda em caráter excepcional, conforme as disposições do art. 7.° do CP (extraterritorialidade).

O art. 6.° do CP fala em *ação* ou *omissão*, o que é interpretado de maneira extensiva de modo a abarcar não apenas a execução do crime, mas também os atos de participação. Nos casos de participação, a territorialidade é constituída, segundo parte da doutrina, mesmo quando a ação principal não seja considerada crime no país onde foi executada.[59] Essa compreensão, entretanto, é bastante problemática, pois em princípio ela desconsidera o caráter acessório da participação com relação ao fato delitivo: de acordo com a lei brasileira (arts. 29 a 31, CP), não são puníveis o auxílio e a instigação a uma conduta que não constitui ela própria um crime.[60] A importância dessa discussão é diretamente afetada pela interpretação que se faça do arts. 337-B e 337-C do CP, mencionada acima (item 5.2.3).

O art. 31 do CP permite expressamente a exceção à acessoriedade da participação no que respeita a antecipação da tutela penal para um momento em que o delito principal ainda não chegou ao estágio da tentativa.[61] No entanto,

58. Cf. Idem, p. 98; SILVA FRANCO. Op. cit., 2007. p. 84.

59. SILVA FRANCO. Op. cit., p. 85.

60. Em geral, a doutrina brasileira exige que a ação principal seja típica e antijurídica. Cf. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 415 e ss.

61. Conforme se discutiu acima em 5.2.

a exceção que a doutrina brasileira confere aqui ao art. 6.º do CP é de outra natureza, pois suprime a necessidade de existência de um crime para a punição por tentativa, sem que haja sequer previsão típica para tanto.

Contrariamente a essa perspectiva, porém, alguns autores afirmam não haver contradição real com o princípio da acessoriedade, pois muito embora o injusto da participação seja deduzido do injusto da ação principal, nada impediria que o direito nacional, e não o estrangeiro, servisse de parâmetro para determinar o injusto da ação principal.[62] Por outro lado, assim como a antecipação da tutela penal para momentos anteriores à execução do crime exigem razões político-criminais específicas que a justifiquem, ainda hoje é amplamente debatido se uma regra de aplicação que dispensa a incriminação do fato principal para a persecução penal dos partícipes (como o § 9.º II 2, StGB na Alemanha) conduziria a uma expansão do âmbito de aplicação do direito penal nacional realmente necessária e desejável político-criminalmente.[63] Sob esse aspecto questiona-se principalmente a existência de um ponto de conexão de direito internacional público legítimo e de um interesse do país em aplicar punição nos casos concretos.[64]

A preocupação demonstrada pelos examinadores da OCDE relativamente ao modo de ação (como telefonema, fax ou *e-mail* enviados do Brasil, mencionados no relatório) não repercute na determinação da territorialidade brasileira. Todavia, nos casos em que tais condutas não integrem a execução do crime de corrupção, mas constituam meros atos de participação, os problemas aqui apontados devem ser levados em consideração. Sobretudo, carece a dogmática penal brasileira de um maior aprofundamento em discussões neste tema.

6. LEI 10.467/2002 – UM AVANÇO NA LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO?

Feitas essas observações, cabe por fim responder à pergunta feita anteriormente, sobre até que ponto a nova legislação penal brasileira representa realmente uma contribuição à repressão da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais.

Considerando-se a semelhança dos tipos penais criados pela Lei 10.467/2002 com os delitos de corrupção anteriormente existentes e, com isso, a tendência

62. SATZGER. Op. cit., p. 64.

63. LEMKE, Michael. Kommentierung § 9 StGB. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg.). *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band I. Baden-Baden: Nomos, 2005, Rn. 28.

64. Idem, § 9 Rn. 28.

em interpretá-los de modo também semelhante, a principal crítica que deve ser feita à reforma consiste no fato de o legislador não ter levado em consideração as possibilidades de responsabilização que o Código Penal já oferecia. A reforma de 2002 praticamente não criou resultados que já não pudessem ser alcançados desde o início apenas com base na utilização das regras de aplicação da lei penal dos arts. 6.º e 7.º do CP.

Isso porque, consideradas as regras de territorialidade do art. 6.º do CP, os arts. 337-B e 337-C do CP possuem aplicação imediata apenas se praticados por brasileiro ou estrangeiro dentro do território nacional. Na hipótese de um brasileiro corromper o funcionário público em território estrangeiro, a sua punição depende de qualquer modo das regras do art. 7.º do CP mesmo. Nesse caso, o art. 7.º, § 2.º, do CP impõe algumas condições para a aplicação da lei penal brasileira, como a entrada em território nacional, a punibilidade do fato no país em que foi praticado e a possibilidade de extradição pela prática do crime em questão.

Em vez da criação dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira, portanto, teria sido mais indicada a revisão dos crimes de corrupção então existentes, a fim de serem sanadas as dificuldades indesejáveis que eles apresentam e realizarem-se as adaptações necessárias na lei para o alcance dos fins político-criminais almejados.

Pode-se inclusive dizer que a Lei 10.467/2002 não apenas foi desnecessária, mas criou também efeitos colaterais indesejáveis. Tal afirmação é justificada pelo fato de que anteriormente não existia no Código Penal nenhuma restrição do conceito de Administração Pública ou de funcionário público ao âmbito exclusivamente nacional.[65] Com a introdução do título "Dos Crimes praticados por Particular contra a Administração Pública estrangeira" no Código Penal criou-se de uma contraposição expressa destes aos crimes realizados contra a "administração em geral", cujo sentido passa então a ser o da administração brasileira.

65. Diferentemente de outros países, como a Alemanha, cujo Código Penal em seu § 11 I ancora tais conceitos às normas do direito público nacional. Para a adequação da legislação alemã, junto à promulgação da Convenção da OCDE foi introduzido um artigo que equipara os funcionários públicos estrangeiros e das organizações internacionais aos funcionários públicos alemães e, além disso, dispõe sobre as regras de aplicação da lei penal alemã (art. 2.º e parágrafos da Lei alemã para o Combate da Corrupção Transnacional – Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung vom 10. September 1998). A respeito da adaptação do direito alemão às exigências da Convenção, cf. MEHLE, Bastian. Korruption im internationalen Kontext. In: BUB, Wolf-Rüdiger; MEHLE, Volkmar; SCHUMANN, Ekkehard (orgs.). *Festschrift für Peter Gauweiler zum 60. Geburtstag*. Köln: Luchterhand, 2009. p. 397.

A nova lógica trazida à interpretação sistemática do Código Penal tem por consequência a combinação das regras de jurisdição extraterritorial, em casos de corrupção envolvendo agentes estrangeiros, com os tipos penais dos arts. 337-B, 337-C e 337-D apenas.

Com isso inviabiliza-se a punibilidade por outros comportamentos que eventualmente não estejam cobertos pelas normas dos arts. 337-B, 337-C e 337-D do CP e abre-se espaço para descompassos entre a proteção ofertada à administração nacional e a proteção da administração estrangeira, como já deu mostras a Lei 10.763/2003 ao elevar a penas dos arts. 317 e 333 do CP e deixar intacta a pena do art. 337-B do CP.

Sem essa restrição na lei, a promulgação do tratado no Brasil teria a função de corroborar a aplicação da lei penal já existente aos casos em que brasileiros no exterior ou brasileiros e estrangeiros dentro do território nacional viessem a corromper funcionários públicos de outro país. Poderia ser argumentado que a leitura dos crimes contra a Administração Pública no Código Penal conduz intuitivamente à ideia de proteção da Administração Pública nacional, que estaria, assim, implícita na legislação penal brasileira. Porém, deve-se ter em conta que, da mesma maneira, uma leitura inicial do art. 121 do CP nos induz a imaginar casos de homicídios ocorridos no Brasil, mas apesar disso, quando um homicídio é realizado no exterior por um brasileiro, por exemplo, a jurisdição brasileira estende-se a ele.

Dentre as adaptações necessárias exigidas pelas Convenções, a reforma teve o mérito de ter instituído como crime a corrupção de funcionários das organizações públicas internacionais. Deve ser mencionada igualmente a inclusão expressa na redação do tipo criado a corrupção realizada indiretamente pelo sujeito, de modo a desvincular a punição do início ou natureza da atividade realizada pelo intermediário. Não obstante isso, diversos outros pontos ficaram sem regulação, como a responsabilidade da pessoa jurídica pela prática de ilícitos penais, já mencionado anteriormente, e a falta de jurisdição extraterritorial de atos praticados por residentes no país, conforme requisita a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se concluir que pouco avançou a reforma penal introduzida pela Lei 10.467/2002 na matéria de combate à corrupção. As críticas apresentadas acima sugerem uma extensão da aplicação da lei penal brasileira a todos os casos de corrupção praticados em âmbito internacional, não apenas no contexto de transações comerciais. Assim sendo, deve ser questionado se seria tal solução legítima ou se estaria ela fora do âmbito de interesse do Estado brasileiro.

A introdução no Código Penal dos crimes contra a Administração Pública estrangeira foi bem recebida pela doutrina no Brasil. Nesse sentido, embora critique a inclusão da reforma sob o Título XI do Código Penal, por entender que o bem jurídico tutelado nesses casos não é a Administração Pública estrangeira, Prado a considera um avanço na legislação pátria.[66]

O autor entende que os bens jurídicos protegidos pelos arts. 337-B, 337-C e 337-D do CP seriam especificamente a boa-fé, a regularidade e a transparência nas relações comerciais internacionais. Tratar-se-ia, portanto, de um imperativo de caráter sobretudo econômico, já que tais tipos teriam por finalidade resguardar a concorrência entre os agentes econômicos e permitir a melhor alocação possível de seus recursos.[67] Por essa razão, a corrupção praticada em âmbito nacional seria conceitualmente distinta da corrupção transnacional, sendo seu único ponto em comum a existência de um funcionário corrompido. Afinal, o Brasil não poderia pretender atribuir para si a tutela sobre a integridade da Administração Pública de outro país.[68]

Em que pese a respeitável opinião do autor, é importante ressaltar que na análise dessa questão o argumento econômico não é capaz de justificar, isoladamente, a punição da corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros. Simplesmente porque o Brasil poderia ter as empresas menos competitivas e ao mesmo tempo mais corruptas no plano externo. Considerando-se apenas a perspectiva econômica, a corrupção representaria aos brasileiros um ganho, não uma perda. Por que razão deveria então o nosso ordenamento proibir uma conduta que em princípio não lhe traz nenhum prejuízo? Essa indagação mantém-se ainda quando se considera que as empresas corruptas repassam os gastos tidos com o pagamento de vantagens ilícitas ao consumidor final,[69] uma vez que o consumidor nessas circunstâncias seria estrangeiro, não brasileiro.

A punição por corrupção ativa de funcionário público estrangeiro só se explica na medida em que o Brasil pode ser ele próprio afetado pela corrupção praticada e incentivada por outros países no âmbito internacional. Ou seja, a vantagem só é possível quando todos os demais estrangeiros respeitem a Ad-

66. PRADO. Op. cit., p. 571.

67. Idem, p. 572.

68. Idem, p. 573.

69. Sobre a forma como a corrupção é economicamente lesiva ao Estado e às empresas nacionais, PATINO, María Victoria Muriel. Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción. In: GARCÍA, Nicolás Rodriguez; CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004. p. 33 e ss.

ministração Pública brasileira. No entanto, um Estado não pode cobrar dos outros aquilo que não está ele mesmo disposto a fazer e a sua proposta só funciona na medida em que todos colaborarem. Isso significa que, antes de mais nada, os pressupostos e os mecanismos que asseguram aos Estados a sua coordenação e cooperação em âmbito internacional é que devem ser preservados em primeiro lugar, para que somente então possam ser resguardados outros interesses (econômicos, humanitários etc.).[70]

De fato, a economia é o principal propulsor das relações internacionais no mundo globalizado. Mas não é o único e não é apenas economicamente que um Estado pode ser afetado com a corrupção que ocorre em outros países ou que é realizada por estrangeiros em seu território. Tanto o combate à corrupção nacional quanto à transnacional objetivam fundamentalmente a proteção do Estado de Direito e das relações estáveis entre os países, com vistas ao seu desenvolvimento comum e solidário.

Isso de certa forma é reconhecido por Prado quando, relativamente aos bens jurídicos protegidos pelos crimes contra a Administração Pública estrangeira, ele afirma que "não são bens exclusivos de determinado país, mas pertencem à própria comunidade internacional. Isso porque todos os Estados têm interesse na preservação da liberdade no sistema de intercâmbio e no direito de que suas administrações, seus cidadãos e suas empresas não sejam obrigados a arcar com despesas injustas. Além de um novo bem jurídico a proteger, descortina-se aqui também uma nova forma de proteção: cada Estado exerce jurisdição sobre seus nacionais no intuito de tutelar um bem jurídico que pertence à comunidade internacional".[71]

Mas mesmo que não houvessem outros interesses a serem protegidos por meio da repressão à corrupção transnacional, haveria de ser admitida, ao menos, a inaptidão em reguardar-se a livre concorrência por meio da repressão da corrupção exclusivamente no contexto das transações comerciais internacionais. Pois não se pode esperar que um sistema seja corrupto em todas as áreas, com exceção apenas daquelas que interfiram na condução de negócios transnacionais. A corrupção estatal em qualquer contexto é negativa para o desenvolvimento nacional dos Estados, repercutindo, mesmo que de forma indireta, nas transações internacionais. Apenas quando o Estado como um todo não é corrupto, é que ele não o será também em relação aos atos de relevância econômica imediata.

---

70. Não se pode, portanto, limitar a análise do problema à proteção do mercado pretendida pela OCDE, como faz MAURI, Miriam Cugat. La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. *Estudios de derecho judicial*. n. 61. p. 328. 2004.

71. PRADO. Op. cit., p. 574.

A dificuldade da Convenção em delimitar os atos compreendidos pelo delito, a partir de uma referência genérica a qualquer ato que de algum modo represente ou venha a representar um benefício na condução de transações, é prova disso.

Com efeito, ao Brasil não cabe avocar para si a tutela da integridade da Administração Pública de outro país. Cada Estado possui autonomia para determinar o âmbito de sua jurisdição conforme seus interesses. Entretanto, limites são impostos pelo direito internacional público ao exercício da jurisdição penal, decorrentes do dever de respeito à soberania dos demais Estados, cabendo a cada um observar, no momento de determinação da sua competência jurisdicional, a existência de um elo racional entre a sua lei e as circunstâncias fáticas do comportamento em questão.[72]

Pelos motivos indicados acima, não se pode dizer que o Brasil ultrapassaria esses limites na hipótese de aplicação da lei penal brasileira a todos os casos de corrupção transnacional e não apenas aos casos que envolvem acordos comerciais. Sob outro aspecto, não se encontra uma ligação que justifique o exercício da jurisdição brasileira sobre os crimes dos funcionários públicos estrangeiros. Fazê-lo seria uma invasão dessa soberania.[73] Ressalte-se, porém, que o mesmo não pode ser dito com relação ao funcionário de organização pública da qual o Brasil faz parte – por exemplo, um árbitro do Tribunal *ad hoc* de Solução de Controvérsias no âmbito do Mercosul.[74]

Ao coibir a corrupção de funcionários estrangeiros por parte de seus nacionais e de todos que se encontrem sob sua jurisdição territorial, o Brasil assegura a sua parcela de responsabilidade no cenário internacional, resguardando, assim, seus próprios interesses, que não são apenas econômicos. As medidas de adaptação do ordenamento brasileiro para o alcance desse propósito devem, portanto, ser rediscutidas.

O Brasil foi elogiado em seu empenho na implementação das Convenções de combate à corrupção,[75] tendo realizado nos últimos anos grandes avanços na criação de mecanismos estruturais de controle e prevenção da corrupção es-

72. Cf. SATZGER. Op. cit., p. 41 e ss.

73. Ao contrário do que afirma MAURI. Op. cit., p. 332 e 335, é o respeito à soberania dos Estados e não a proteção dos mercados que justifica a postura de não se incriminar amplamente a corrupção passiva do funcionário estrangeiro.

74. Procedimento dos arts. 7.º e ss. do Protocolo para a Solução de Controvérsias no âmbito do Mercado Comum do Sul, firmado em Brasília em 17.12.1991 e promulgado pelo Dec. 922, de 10.09.1993.

75. Já nas duas fases avaliação da OCDE, bem como no relatório aprovado na segunda rodada de avaliação realizada pela OEA, aprovada em 12.12.2008.

tatal, esforço esse que deve ser reconhecido.[76] A resposta jurídica ao problema, entretanto, ainda deixa muito a desejar. Se por um lado é verdade que o direito penal não pode por si só pretender uma solução às causas da corrupção, por outro é verdade que a adequação do arsenal jurídico para a responsabilização de quem quer que assim se comporte constitui um indicativo fundamental do real interesse de uma sociedade em combatê-la.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASCÓN, Fernando Carbajo. Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión. In: GARCÍA, Nicolás Rodriguez; CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

CERINA, Giorgio D. M. Corrupción y cohecho. El derecho penal español de iure condito y de iure condendo. In: CAPARRÓS, Eduardo Fabián; CEPEDA, Ana Isabel Pérez (orgs.). *Estudios sobre corrupción*. Salamanca: Ratio Legis, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal – Parte especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado: apanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCÍA-SAUCO, Antonio Núñez. La convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. In: GARCÍA, Nicolás Rodriguez; CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. Niterói: Impetus, 2008.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal – Arts. 280 a 361*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. 9.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal – Parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 4.

_____. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1999.

KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán. *Política criminal: Revista Electrónica Semetral de Políticas Públicas en Materiais Penales*. n. 3. 2007.

76. Sobretudo na criação de órgãos de controle e conscientização da sociedade civil, destacando-se a Controladoria-Geral da União: [www.cgu.gov.br].

LEITE, J. F. Marques; JORDÃO, A. J. Novaes. *Dicionário latino vernáculo*. Rio de Janeiro: Labor Vincit, 1944.

LEMKE, Michael. Kommentierung § 9. StGB. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg.). *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band I. Baden-Baden: Nomos, 2005.

MACCORMICK, Neil. *Institutions of law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis et al. Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas: uma contribuição para o debate público brasileiro. *Revista Jurídica*, jun.-set. 2009. p. 18 e ss.

MAURI, Miriam Cugat. La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. *Estudios de derecho judicial*. n. 61, 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

MEHLE, Bastian. Korruption im internationalen Kontext. In: BUB, Wolf-Rüdiger; MEHLE, Volkmar; SCHUMANN, Ekkehard (orgs.). *Festschrift für Peter Gauweiler zum 60. Geburtstag*. Köln: Luchterhand, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 4. p. 94. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

PATINO, María Victoria Muriel. Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción. In: GARCÍA, Nicolás Rodriguez; CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – arts. 250 a 359-H*. São Paulo: Ed. RT, 2010. vol. 3.

ROMERO, Alicia Cebada. La participación española en acciones internacionales contra la corrupción. *Derecho de los negocios*, set. 2002.

SATZGER, Helmut. *Internationales und Europäisches Strafrecht*. Baden-Baden: Nommos, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (orgs.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira et al. *Introdução ao direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008.

Torrinha, Francisco. *Dicionário latino português*. Porto: Gráficos Reunidos, 1986.

VILLAREJO, Carlos Jiménez. Contra la corrupción: más transparencia, más prevención. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2006.

9. REFERÊNCIAS DOCUMENTAIS

– Recomendação Revisada do Conselho de Combate ao Suborno em Transações Comerciais Internacionais de 1997 da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Disponível em: [www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/Recomen%20Revis%20de%201997OCDE.pdf].

– Primeiro relatório sobre a aplicação da Convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais e a recomendação revisada de 1997 sobre o combate ao suborno em transações comerciais internacionais, adotado e aprovado pelo grupo de trabalho de combate ao suborno em transações comerciais internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico em 31.08.2004. Versão original em inglês disponível em: [www.oecd.org/dataoecd/52/46/33742137.pdf]. Tradução não oficial para o português disponível em: [www.cgu.gov.br/ocde/convencao/mecanismosavaliacao/index.asp].

– Segundo relatório sobre a aplicação da Convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais e a recomendação revisada de 1997 sobre o combate ao suborno em transações comerciais internacionais, aprovado e adotado pelo grupo de trabalho de combate ao suborno em transações comerciais internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico em 07.12.2007. Versão original em inglês disponível em: [www.oecd.org/dataoecd/61/30/39801089.pdf]. Tradução não oficial para o português disponível em: [www.cgu.gov.br/ocde/convencao/mecanismosavaliacao/index.asp].

– Relatório referente à implementação na República Federativa do Brasil das disposições da Convenção Interamericana contra a Corrupção selecionadas para serem analisadas na segunda rodada e sobre o acompanhamento das recomendações formuladas ao país na primeira rodada. Aprovado pela comissão de peritos do mecanismo de acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, na sessão plenária celebrada no dia 12.12.2008, no âmbito de sua Décima Quarta Reunião, em Washington D.C., Estados Unidos. Disponível em: [www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_II_inf_bra_sp.pdf].

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A corrupção em uma perspectiva internacional, de Carlos Eduardo Adriano Japiassú – *RBCCrim* 64/29;
- A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica, de Emerson Garcia – *RT* 820/440;
- A Lei 10.467/2002 e os novos crimes de corrupção e tráfico de influência internacional, de Luiz Regis Prado – *RT* 803/441;
- Nota introdutória ao Relatório sobre a conformidade do arcabouço institucional e da legislação brasileira à Convenção Interamericana contra a Corrupção, adotada pelos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos – OEA, de Carolina Mota – *RDCI* 70/257; e
- Os novos delitos de corrupção e tráfico de influência internacional no direito brasileiro, de Luiz Regis Prado – *RT* 815/429.

Veja também Legislação

- Aprovação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção: Dec. Legislativo 348/2005; e
- Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção: Dec. 4.923/2003.

54631

4 ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE EL BLANQUEO IMPRUDENTE DE CAPITALES

(Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)

EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS

Profesor titular de Derecho Penal, Universidad de Salamanca.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: El presente trabajo pretende plantear los problemas interpretativos que implica el delito imprudente de blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español. Tras describir el contexto internacional y comparado en el que se inserta, el autor realiza un estudio crítico, tomando en consideración las opiniones doctrinales y la abundante jurisprudencia producida a lo largo de los últimos años.

PALABRAS CLAVE: Blanqueo de capitales – Imprudencia – Deber objetivo de cuidado – Dolo eventual – Sujeto activo del delito.

ABSTRACT: The following paper analyzes the problems resulting from the interpretation of the imprudent crime of money laundering in the Spanish Legal System. After describing the international context, the author makes a critical study taking into account the opinions of legal scholars and the broad jurisprudence produced during the past years.

KEYWORDS: Money laundering– Imprudence – Objective duty – Constructive intent – Active subject of a crime.

SUMARIO: 1. Introducción – 2. El delito imprudente de blanqueo de capitales en las iniciativas supranacionales – 3. La estructura del tipo imprudente de blanqueo en el Código Penal

español: 3.1 La problemática configuración del delito imprudente de blanqueo; 3.2 El conocimiento del origen de los bienes; 3.3 La intención de ocultar los bienes o de favorecer a los responsables – 4. El deber de cuidado exigible – 5. Definición del sujeto activo del delito: 5.1 Planteamiento del problema; 5.2 El blanqueo imprudente como delito especial; 5.3 El blanqueo imprudente como delito común – 6. Algunas consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN[1]

Desde la entrada en vigor de nuestro Código Penal de 1995,[2] la regulación del delito de blanqueo de capitales se ha reformado en dos ocasiones. La primera, por obra de la Ley Orgánica 15/2003,[3] amplió el cuadro de infracciones determinantes a cualquier hecho tipificado como delito – en su redacción original sólo se refería a los delitos graves – y retocó algunos otros aspectos con objeto de incrementar las sanciones. La segunda, producida por la reciente Ley Orgánica 5/2010,[4] ha afectado a varios aspectos de entre los que cabe destacar la ampliación de las conductas punibles, incluyendo la expresa tipificación del autoblanqueo – esto es, el que se produce cuando quien legaliza los bienes es el mismo sujeto que antes los ha obtenido participando en la infracción determinante –, la agravación de la pena cuando los bienes procedan de actos de corrupción o de delitos contra la ordenación del territorio, y, finalmente, la modificación de la propia rúbrica del Capítulo en el que se aloja este delito, que por fin descarta el artificioso apelativo de "conducta afín a la receptación" para pasar a denominarse, simple y llanamente, "blanqueo de capitales".

Realmente, hemos asistido a bastantes cambios normativos a lo largo de los últimos años que han afectado a esta materia. Más allá de los aspectos penales,

---

1. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "El blanqueo de capitales en el marco de la moderna delincuencia económica y la financiación del terrorismo", financiado por el Ministerio de Ciencia e Inovación del Gobierno de España (DER2009-13351) y en el Proyecto de Investigación "Corrupción, fraude y delincuencia económica: vías de integración jurídica desde las experiencias europea e iberoamericana", financiado por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León (SA033A10-1).
2. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal* (*BOE* n. 281, de 24 de noviembre, p. 33987 y ss.).
3. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (*BOE* n. 283, de 26 de noviembre, p. 41842 y ss.).
4. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE n. 152, de 23 de junio, p. 54811 y ss.).

nuestro Parlamento también ha aprobado recientemente la nueva Ley 10/2010, *de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*,[5] a la que luego me referiré con más detenimiento. Sin embargo, regresando al terreno criminal, ha habido otros aspectos que, aun resultando doctrinal y jurisprudencialmente controvertidos, no han sido revisados hasta la fecha por el legislador.

Uno de esos asuntos conflictivos es el relativo al delito imprudente de blanqueo. Aunque sólo referido a las ganancias derivadas del narcotráfico, fue introducido hace casi dos décadas por la Ley Orgánica 8/1992.[6] Su incorporación al Código entonces vigente bien podría calificarse de rocambolesca.[7] Con todo,

5. Ley 10/2010, de 28 de abril, *de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo* (*BOE* n. 103, de 29 de abril, p. 37458 y ss.). Esta norma es el resultado de la transposición de la Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26.10.2005, *relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo* (*DOUE* n. L 309, de 25 de noviembre, p. 15 y ss.) y de la Directiva 2006/70/CE, de la Comisión, de 01.08.2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de "personas del medio político" y los procedimientos técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada (*DOUE* n. L 214, de 4 de agosto, p. 29 y ss.). Como España no transpuso las citadas Directivas dentro del plazo en ellas establecido – 15.12.2007 –, nuestro país fue condenado por la Corte de Luxemburgo por Sentencia de 01.10.2009 (Asunto C-502/08, *DOUE* n. C 282, de 21 de noviembre, p. 13) y por Sentencia de 24.09.2009 (Asunto C-504/08, *DOUE* n. C 282, de 21 de noviembre, p. 14).

6. Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas (BOE n. 308, de 24.12.1992, p. 43861 y ss.).

7. El Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya propuso como enmienda n. 16 que el delito de tráfico de precursores, que entonces también se tramitaba, se previera en forma imprudente (Proyecto de Ley 121/000101, *Orgánica de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas*, *BOCG* de 06.10.1992, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, n. 101-4, p. 13 y 14). En el debate celebrado en el Pleno de la Cámara Baja sobre las modificaciones al Proyecto, el Grupo Socialista defendió una enmienda transaccional que, finalmente aprobada con el voto afirmativo de los 298 Diputados presentes en ese momento, transformó el pretendido delito culposo de tráfico de precursores en un delito imprudente de blanqueo de capitales derivados del narcotráfico (*BOCG* de 12.11. 1992, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, n. 227, p. 11267). Sobre esta cuestión, vid. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. t. XLVI. p. 607. 1993.

sus líneas básicas se trasladaron al texto de 1995, en el que hoy, *mutatis mutandis*, se mantiene inalterado en su art. 301.3:

"Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo."

En su aparente simplicidad, esta figura delictiva alberga una colección de problemas, muchos de ellos pendientes de resolver. Además, se trata de una infracción poco frecuente en el Derecho comparado[8] cuya propia existencia, como detallaré más adelante, ha sido duramente criticada. A mi juicio, bien merece que se le dediquen unas cuantas páginas a su estudio.

2. EL DELITO IMPRUDENTE DE BLANQUEO DE CAPITALES EN LAS INICIATIVAS SUPRANACIONALES

A pesar de que el blanqueo de capitales sea una de los fenómenos criminales que más atención ha merecido por parte de la Comunidad Internacional, llama la atención que su forma imprudente no haya tenido más que una escasa acogida en las iniciativas adoptadas hasta la fecha. Así lo han venido destacando tanto la doctrina[9] como la jurisprudencia,[10] que advierten sobre el hecho de que el legislador español haya ido más allá de los compromisos asumidos.

Resulta significativo que esta figura no aparezca contemplada por ninguna de las Convenciones sobre la materia aprobadas en el ámbito de las Naciones Unidas. Ni la veterana *Convención de Viena* de 1988,[11] ni, más recientemente,

---

8. En nuestro entorno, se castigan ciertas formas de blanqueo imprudente, por ejemplo, en los apartados 2 y 4 del art. 505 del Código Penal belga ("... alors qu'ils connaissent ou devaient connaître l'origine de ces choses"), en el apartado 1 del art. 305 bis del Código Penal suizo ("... valeurs patrimoniales dont ils savait ou devait présumer qu'ils provenaient d'un crime") o en el apartado 5 del art. 261 del Código Penal alemán, aunque sólo respecto de las infracciones penales más graves ["Wer (...) leichtfertig nicht erkennt, dass der Gegenstand aus einer (...) echtswidrigen Tat herrüht (...)"].

9. Entre otros, vid. ABEL SOUTO, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002. p. 177-178; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*. Granada: Comares, 1999. p. 181-182.

10. Vid. las SSTS 28/2010, de 28 de enero; 16/2009, de 27 de enero; 483/2007, de 4 de junio. También el ATS 790/2009, de 16 de abril.

11. Convención *contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, hecha en Viena el 19.12.1988 (Instrumento de ratificación por España, seguido del texto del Tratado, publicado en el *BOE* n. 270, de 10.11.1990, p. 33062 y ss.).

la *Convención de Palermo* de 2000[12] o la *Convención de Mérida* de 2003[13] prevén nada al respecto, limitándose a pedir a las Partes que penalicen el blanqueo intencional respecto de una gama progresivamente amplia de delitos previos. Con todo, es cierto que en ellas se establece una cláusula abierta según la cual los Estados quedan autorizados a adoptar medidas complementarias más severas a las establecidas – como podría ser la tipificación del blanqueo imprudente – en el caso de que se consideren necesarias para cumplir con los fines establecidos en cada instrumento.[14]

Algo parecido cabe decir de los trabajos derivados del Grupo de Acción Financiera (FATF-Gafi),[15] probablemente la institución de la que han derivado más resultados en la prevención y represión del fenómeno que nos ocupa. De hecho, su Recomendación n. 1 prevé que los países deben tipificar como delito el blanqueo de capitales, remitiéndose para su definición a lo previsto en la *Convención de Viena* y en la *Convención de Palermo*, antes citadas.

Diferente es el caso del Consejo de Europa. En este marco institucional, el art. 6.° del *Convenio de Estrasburgo* de 1990,[16] tras exigir la tipificación del blanqueo intencional en su párrafo 1, preveía en el apartado a) de su párrafo 3 la posibilidad de que cada Parte también criminalice todas o parte de ta-

12. Convención *contra la delincuencia organizada transnacional*, hecha en Nueva York 15.11.2000 (Instrumento de ratificación por España, seguido del texto del Tratado, publicado en el *BOE* n. 233, de 29.09.2003, p. 35280 y ss.).

13. Convención *contra la corrupción*, hecha en Mérida el 31.10.2003 (Instrumento de ratificación por España, seguido del texto del Tratado, publicado en el *BOE* n. 171, de 19.07.2006, p. 27132 y ss.).

14. Así se ve en el art. 24 de la *Convención de Viena*, el art. 34.3 de la *Convención de Palermo* y en el art. 65.2 de la *Convención de Mérida*. Con carácter general, hablando de un "estándar máximo abierto" –aunque quizá fuera más correcto hablar de un "estándar mínimo"–, vid. ABEL SOUTO, Miguel. Op. cit., p. 177-178.

15. Financial Action Task Force – Groupe d'Action Financière (FATF Gafi), creado con motivo de la Cumbre de París del G 7 que tuvo lugar en 1989. La actuación del FATF-Gafi gira en torno a la implementación y seguimiento de sus célebres *Cuarenta Recomendaciones*, aprobadas inicialmente en 1990 y cuya redacción vigente data de 2003. Tras los acontecimientos del 11.09.2001, el FATF Gafi aprobó otras *Nueve Recomendaciones* sobre financiación del terrorismo. Actualmente, el Grupo está integrado por 36 miembros, y a él pertenece España desde su fundación. Se puede obtener más información en su web [www.fatf gafi.org].

16. Convenio *relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito*, hecho en Estrasburgo el 08.11.1990 (Instrumento de ratificación, seguido del texto del Tratado, publicado en el *BOE* n. 252, de 21.10.1998, p. 34713 y ss.).

les conductas dolosas en aquellos casos en los que el sujeto activo "debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito". Ampliando los supuestos punibles, el párrafo 3 del art. 9.º del *Convenio de Varsovia* de 2005[17] también propone a los Estados que penalicen los hechos cuando su autor "albergaba sospechas de que los bienes eran producto de un delito". Por todo ello, los Tratados sobre blanqueo de capitales suscritos bajo los auspicios de esta Organización demuestran claramente su interés por el castigo de una amplia gama de formas de conocimiento atenuado sobre la procedencia ilícita de los bienes – no sobre cualquier otro elemento objetivo del tipo – abarcando tanto los supuestos fronterizos entre la imprudencia consciente y el dolo eventual, como el desconocimiento negligente sin representación o, incluso, la mera sospecha.[18] Con todo, obsérvese que estas disposiciones no tienen carácter imperativo, sino sólo opcional, constituyendo una simple orientación político-criminal cuyo cumplimiento no puede ser jurídicamente exigido a los Estados Parte.[19]

El Derecho Comunitario previo al Tratado de Lisboa nos ofreció una iniciativa sobre blanqueo de capitales adscrita al tercer pilar que, sin embargo, en nada afecta a su tipificación imprudente por parte de los Estados miembros. En efecto, la Decisión Marco 2001/500/JAI[20] se limitó a incorporar al acervo común parte de los contenidos establecidos en el *Convenio de Estrasburgo* de 1990, prohibiendo la formulación o mantenimiento de reserva alguna a una colección de disposiciones contenidas en la citada iniciativa del Consejo de

17. Convenio *relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo*, hecho en Varsovia el 16.05.2005 (Instrumento de ratificación, seguido del texto del Tratado, publicado en el *BOE* n. 155, de 26.06.2010, p. 56174 y ss.).

18. Así, vid. el epígrafe 97 del *Explanatory Report* al *Convenio de Varsovia* de 2005, disponible en [http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/198.htm].

19. Como destaca expresamente el epígrafe 98 del *Explanatory Report* al *Convenio de Varsovia* (cit.), "(...) el párrafo 3 es opcional. En consecuencia, con motivo del proceso de seguimiento previsto en el propio Convenio, no se podrá poner de relieve o censurar el hecho de que una Parte decida no adoptarlo en su Derecho interno".

20. Decisión Marco del Consejo, de 26.06.2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (DOCE n. L 182, de 05.07.2001). El art. 5 de esta disposición derogó, reiterándolas, las previsiones comentadas en el texto contenidas en la Acción Común 98/699/JAI del Consejo, de 03.12.1998, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (DOCE n. L 333, de 09.12.1998).

Europa – por ejemplo, las relativas a la definición básica del delito de blanqueo –, pero no incluyendo entre ellas a las referentes a su forma negligente. En el ámbito del primer pilar, el art. 1.1 de la vigente Directiva 2005/60/CE[21] exigió a los Estados miembros que el lavado de activos quedara prohibido en sus respectivos ordenamientos internos – sus limitaciones competenciales le impidieron pronunciarse sobre la naturaleza de la prohibición –, pero su art. 1.2, a la hora de definirlo, sólo quiso referirse a las formas dolosas.

Además de los compromisos contraídos por España, ya indicados, la inactividad de las instituciones internacionales respecto del castigo del blanqueo imprudente es la nota común. Como notable excepción, merece destacarse la postura asumida por la Organización de Estados Americanos a través del *Reglamento Modelo sobre delitos de lavado de activos*,[22] aprobado en el marco de su Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (Cicad), cuya redacción original data de 1992. En su redacción actual, el art. 2.° define los delitos de blanqueo en sus tres primeros párrafos, previendo la tipificación de las conductas allí previstas cuando se cometen con dolo directo ("a sabiendas") y dolo eventual ("ignorancia intencional"), pero también con imprudencia ("debiendo saber"), si bien sólo refiriéndola a la procedencia delictiva de los bienes. En todo caso, respecto de la comisión culposa, el propio Reglamento apunta que esta forma de imputación subjetiva queda por debajo de los estándares mínimos en el Derecho de algunos Estados miembros, motivo por el cual los Estados que la incorporen a su legislación "lo harán de una forma consistente con su respectivo ordenamiento jurídico".

En consecuencia, cabe concluir que el castigo del blanqueo imprudente no constituye una prioridad en el marco internacional. Estando sólo presente en contadas iniciativas, en ellas no se impone a los Estados la obligación de que tipifiquen esta conducta. Más bien, se limitan a proponerles que la asuman voluntariamente en sus respectivos ordenamientos penales y, además, restringiendo su relevancia al conocimiento del origen delictivo de los bienes, no al resto de elementos que integran el tipo doloso.

---

21. Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26.10.2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación de terrorismo (DOUE n. L 309, de 25.11.2005).

22. *Reglamento Modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves*, adoptado en junio de 1992 por la Asamblea General de la OEA con motivo de su XXII Periodo Ordinario de Sesiones, disponible en la web de la CICAD [www.cicad.oas.org]. El *Reglamento Modelo* fue elaborado por un Grupo de Expertos que periódicamente actualiza sus contenidos.

Simultáneamente, siendo conscientes de que – al menos, desde la perspectiva del respeto al principio de presunción de inocencia – el principal problema al que se enfrenta la acusación consiste en demostrar que el acusado de blanqueo intencional tuvo noticia del origen ilícito de los bienes, las citadas iniciativas, en general, reconocen la significación de la prueba de indicios para detectar tal conocimiento.[23] En tal sentido, parece que en la esfera supranacional se ha preferido abrir cauces procesales que permitan evidenciar la existencia de actos dolosos de blanqueo antes que relajar las exigencias subjetivas orientadas a imponer a los Estados la obligación de tipificar formas imprudentes.

3. LA ESTRUCTURA DEL TIPO IMPRUDENTE DE BLANQUEO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

3.1 La problemática configuración del delito imprudente de blanqueo

En España, el delito de blanqueo imprudente de capitales es una figura dotada de una arquitectura relativamente extraña al sistema. Consagrada la técnica de *crimina culposa* en el art. 12 del Código Penal ("las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley"), la mera existencia del art. 301.3 cumple formalmente con el citado mandato, pero traslada al operador jurídico la obligación de realizar un esfuerzo interpretativo semejante al que exigen las cláusulas generales que caracterizan a los sistemas de *crimen culpa*.[24] Como confirma la jurisprudencia, en este caso, "el legislador no crea un tipo distinto en el que se describan las correspondientes conductas basadas en la infracción del deber de diligencia",[25] sino que opta por remitirse a las correspondientes figuras dolosas, perjudicando gravemente su autonomía y, en general, provocando ciertos problemas que trataré de abordar a continuación.

Para definir la conducta, el precepto alude tan solo a "los hechos", refiriéndose con esta breve expresión a los actos intencionales contenidos en los apar-

---

23. El art. 3.3 de la *Convención de Viena* ya declaraba en 1988 que "el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo (incluido el blanqueo de capitales) podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso". En similares términos se expresa el art. 6.2.f) de la *Convención de Palermo*, el art. 28 de la *Convención de Mérida*, el art. 6.2.c) del *Convenio de Estrasburgo*, el art. 9.2.c) del *Convenio de Varsovia* etc.

24. Vid. PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Edersa, 2000. p. 589.

25. SSTS 28/2010, de 28 de enero; 483/2007, de 4 de junio.

tados 1 y 2 del mismo artículo. Sin embargo, la carga subjetiva que contiene la redacción de tales apartados limita la posibilidad – si no la impide, a juicio de algunos – de que esos actos puedan cometerse culposamente. Como ha señalado reiteradamente nuestro Tribunal Supremo – poniendo con ello de relieve los dos grandes escollos de carácter subjetivo a los que se enfrenta la aplicación del art. 301.3 –, esta figura "no deja de presentar dificultades dogmáticas, por cuanto el blanqueo de capitales es delito esencialmente doloso que incorpora incluso el elemento subjetivo del injusto consistente en *conocer la ilícita procedencia de los bienes* y *la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación*".[26]

3.2 *El conocimiento del origen de los bienes*

Comenzando por el primero de los problemas citados, es cierto que el hecho que todos los comportamientos intencionales de referencia exijan que el sujeto activo conozca el origen de los bienes[27] no es fácil de conciliar con la idea de imprudencia. En este sentido, la STS de 17.06.2005 destaca – desde una perspectiva causalista – que el art. 301.3 introduce "un factor culpabilístico que no deja de chocar y confrontarse con la redacción del texto, que se refiere reiteradamente a conductas realizadas a sabiendas del origen ilícito de los bienes".[28] Por ello, no debe de extrañar que haya quienes piensen que el art. 301.3 es, pura y simplemente, inaplicable.[29]

---

26. SSTS 1257/2009, de 2 de diciembre; 1025/2009, de 22 de octubre; ATS 790/2009, de 16 de abril; 960/2008, de 26 de diciembre; 1034/2005, de 14 de septiembre (la cursiva indicada en el texto es mía). En otros pronunciamientos sobre la aplicabilidad del art. 301.3, el máximo órgano jurisdiccional también ha indicado, genéricamente, que "resulta cuestionable que los tipos penales que incorporan elementos subjetivos del injusto sean susceptibles de comisión imprudente" (SSTS 28/2010, de 28 de enero; 483/2007, de 4 de junio).

27. Refiriéndose a los bienes, el apartado 1 indica que el sujeto debe actuar "sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva", mientras que el apartado 2 exige que lo haga "a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior".

28. STS 924/2005, de 17 de junio.

29. Así, COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios. (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea)*. Madrid: Cesej, 2005. p. 101 y ss.; PALACIOS CRIADO, María Teresa. Agentes intervinientes: el deber de colaboración. Especial mención de los Notarios. In: _____; FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián (dirs.). *Judicatura y Notariado ante los delitos económicos*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006. p. 57-80.

A pesar de ello, mayoritariamente se tiende a realizar una interpretación correctora de la norma, coherente con la voluntad del legislador,[30] que salve su vigencia: por una parte, considerando que la remisión implícita que hace a los "hechos" contenidos en los apartados 1 y 2 del mismo artículo ha de entenderse en sentido naturalístico, no técnico-jurídico;[31] por otra, valorando que el conocimiento – defectuoso – de esa procedencia es, justamente, el elemento sobre el que reposa la negligencia. Dicho de otro modo, actuaría imprudentemente quien ignora el origen por haber incumplido el deber objetivo de cuidado que exige el art. 301.3. De hecho, en los últimos años se han dictado numerosas condenas por blanqueo negligente – a lo largo de este trabajo se citan numerosos ejemplos –, resultado al que siempre se ha llegado a partir de esta forma de ver las cosas.

Que el art. 301.3 contenga una cláusula genérica para tipificar el blanqueo imprudente y que, además, sea tan parco en palabras – tan poco explícito – permitiría que la imprudencia no sólo se proyecte sobre el conocimiento del origen delictivo de los bienes, sino también sobre el resto de elementos que integran las figuras contenidas en los apartados 1 y 2 del mismo precepto, sobre la propia conducta.[32] En tal sentido, cabría imaginar que este precepto también

---

30. Adviértase que la receptación – delito con el que el blanqueo comparte Capítulo en el Código de 1995, y para cuya existencia su art. 298 también requiere expresamente que el sujeto activo actúe con conocimiento del delito previo – no dispone de una figura imprudente paralela, por lo que el hecho de que sí se prevea para el blanqueo no debe ser intrascendente. Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 12. p. 14. 2010. Reforzando esta postura, recuerdan que "el principio de legalidad, evidentemente, obliga a considerar la comisión imprudente del delito" las SSTS 1257/2009, de 2 de diciembre; 960/2008, de 26 de diciembre.

31. Vid., en tal sentido, VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 129. Previamente, VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 1466-1467.

32. Considerando que el desconocimiento imprudente sobre el origen de los bienes cubre la mayoría de los casos enjuiciables a través del art. 301.3, pero no todos, vid. BLANCO CORDERO, Isidoro. Op. cit., p. 196-197. Indica que "sólo casos de ceguera lógica palmarios" podrían integrar una hipótesis de blanqueo imprudente en referencia a la realización de la conducta – aunque refiriéndose al viejo Código Penal –, QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. n. 96. p. 3. 1993. En sentido parecido, respecto del nuevo texto, LÓPEZ GARRIDO, Diego; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 148.

castigue a quienes, por ejemplo, realizan sin querer – pero quebrantando su deber objetivo de cuidado – actos de conversión o transmisión de bienes de origen criminal; o también a quienes, siendo garantes, incumplan negligentemente sus deberes de supervisión que les sean inherentes y no eviten que se produzcan.[33]

Sin embargo, parece mayoritaria la opinión según la cual la negligencia punible no recae en este caso sobre la conducta en sí, sino sólo sobre el conocimiento del origen delictivo de los bienes.[34] Esta misma posición ha sido asumida uniformemente por la jurisprudencia, que se ha pronunciado reiteradamente afirmando que "es claro que la imprudencia recae no sobre la forma en que se ejecuta el hecho, sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes receptados".[35] Además, esta interpretación es coherente con lo establecido en el *Convenio de Estrasburgo* de 1990 y en el *Convenio de Varsovia* de 2005, que son los únicos instrumentos internacionales a los que se encuentra vinculada España en los que se hace referencia al castigo del blanqueo imprudente, aunque sea en los términos potestativos ya indicados en este mismo trabajo. Por último, conviene destacar que el hecho de que el art. 301.3, a diferencia del 301.1 y del 301.2, no prevea modulación penal alguna en referencia al origen de los bienes – recuérdese la agravación del castigo prevista en estos dos últimos preceptos para aquellos casos en los que los bienes provengan del tráfico de drogas, de los delitos de corrupción o de aquellos otros contra la ordenación del territorio –, induce a pensar que la carencia cognitiva que determine la imprudencia debe de vincularse, necesariamente, a tal aspecto.[36]

Realmente, entender así este polémico precepto permite, en cualquier caso, establecer una pauta hermenéutica de restricción que redundará en pro del principio de intervención mínima.

---

33. Previendo numerosos supuestos respecto de profesionales vinculados al sector financiero, vid. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 2003. p. 411-412. En sentido parecido, PALMA HERRERA, José Manuel. Op. cit., p. 591-592.

34. Entre otros, vid. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998. p. 421; GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en el derecho español*. Barcelona: Cedecs, 1996. p. 59; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. Op. cit., p. 129.

35. Vid. las SSTS 1257/2009, de 2 de diciembre; 1025/2009, de 22 de octubre; 16/2009, de 27 de enero; 960/2008, de 26 de diciembre; 1034/2005, de 14 de septiembre, etc. También el ATS 790/2009, de 16 de abril.

36. Entre otros, vid. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales*... cit., p. 421.

3.3 La intención de ocultar los bienes o de favorecer a los responsables

Que los tipos intencionales de referencia exijan al sujeto activo que conozca el origen delictivo de los bienes es un inconveniente que se puede salvar mediante una interpretación correctora. Sin embargo – y con ello entro a valorar el segundo de los problemas –, parece claro que el apartado 1 del art. 301 es absolutamente inidóneo para fundar una incriminación por blanqueo imprudente, dado que en él no sólo se exige tener noticia de esa procedencia, sino también que el sujeto actúe "para ocultar o encubrir su origen ilícito" o "para ayudar a la persona que ha participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos".[37] Es obvio que las citadas expresiones implican una carga subjetiva incompatible con la comisión culposa e, incluso, con el dolo eventual.

En cualquier caso, la restricción de la imprudencia del art. 301.3 a los hechos contenidos en el art. 301.2 no supone, a mi juicio, una limitación sustancial que afecte al ámbito de lo punible. Como ya tuve ocasión de pronunciarme hace años,[38] la fenomenología del blanqueo de capitales me hace pensar que el art. 301.1 ("para ocultar o encubrir") no es una tentativa del art. 301.2 expresamente tipificada ("ocultación o encubrimiento"), ni tampoco un tipo alternativo que criminalice otra conducta sustancialmente diferente.[39] En consecuencia, podría decirse que todas las conductas previstas en el art. 301.2 – salvo las realizadas con dolo eventual o, precisamente, con imprudencia – podrían quedar incluidas en la ilimitada amplitud de la cláusula "o realice cualquier otro acto", en tanto no se estimen incluidas dentro de la colección de verbos "adquirir", "poseer", "utilizar", "convertir" o "transmitir", tal y como ha sido recientemente ampliada por la Ley Orgánica 5/2010.

4. EL DEBER DE CUIDADO EXIGIBLE

Por exigencia expresa del art. 301.3, el blanqueo imprudente sólo se puede cometer si la negligencia es grave. En consecuencia, quedan desterrados del ámbito

37. Entre otros muchos, vid. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales...* cit., p. 361-418; PALMA HERRERA, José Manuel. Op. cit., p. 592; RUBIO LARA, Pedro Ángel. *Parte especial del Derecho penal económico español. (Una aproximación al estado de la cuestión en la Doctrina y Jurisprudencia españolas)*. Madrid: Dykinson, 2006. p. 149.

38. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales...* cit., p. 412-413.

39. Salvo que, como ya ha hecho la jurisprudencia en algún caso (STS 457/2007, de 29 de mayo), la finalidad "para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos", prevista en el art. 301.1, se utilice para convertir casos que podrían haberse calificado fácilmente como supuestos de encubrimiento o falso testimonio en formas de blanqueo.

penal los hechos en los que intervenga imprudencia leve, descartándose también la aplicación de esta norma cuando se estime que la conducta del sujeto alcanza el dolo eventual, en cuyo caso procederá la aplicación de los arts. 301.1 o 301.2.

Como en tantas otras ocasiones, la calificación jurídica, mucho más fácil de resolver en el plano teórico, se complica cuando llegamos al terreno de la práctica. Tratándose de la frontera superior – la que distingue la imprudencia del dolo eventual –, la doctrina casi unánime ha aceptado su viabilidad en el marco de la tipificación del lavado de activos intencional. Es obvio que, desde una perspectiva político-criminal, no tiene sentido que se castigue la imprudencia, permaneciendo atípico el dolo eventual,[40] y desde la óptica de la dogmática – y aunque no deba detenerme sobre este punto, por exceder del núcleo de este trabajo – existen diferentes vías que permiten su adopción. En algunos casos se ha rechazado respecto de las conductas previstas en el art. 301.1 en atención a la específica carga subjetiva que implican, admitiéndose al menos respecto del art. 301.2.[41] Con todo, salvadas las dificultades de interpretación que puedan derivar de la expresa referencia a la necesidad de que el sujeto activo conozca el origen delictivo de los bienes, la mayoría de los autores han venido admitiendo su existencia, generalmente apoyándose en los criterios hermenéuticos establecidos en relación con el delito de receptación.[42] En esta misma línea, se ha defendido con razón que resultaría incoherente exigir certeza absoluta en la mente del agente para luego rebajar las exigencias de prueba y acabar admitiendo que se deduce de datos objetivos indirectos – la cuantía de la operación, la aparente carencia de sentido económico, el empleo de grandes sumas en metálico etc. –, siendo mucho más sensato argumentar que esos mismos datos objetivos permiten deducir que el autor previó la alta probabilidad de que los bienes procedían de actividades delictivas y, a pesar de ello, actuó.[43]

La jurisprudencia ha venido aceptando sin reservas el dolo eventual en los delitos de blanqueo desde hace bastante tiempo.[44] Con todo, una vez más, lo

40. Vid., por ejemplo, Blanco Cordero, Isidoro. *El delito de blanqueo*... cit., p. 387.

41. Así lo consideré hace años en Fabián Caparrós, Eduardo A. *El delito de blanqueo*... cit., p. 397-398 y 415. En sentido similar, vid. Gómez Iniesta, Diego J. Op. cit., p. 55-56.

42. Apoyándose con frecuencia en razonamientos ya elaborados con motivo del delito de receptación, vid., por ejemplo, Blanco Cordero, Isidoro. *El delito de blanqueo*... cit., p. 384 y ss.; Fabián Caparrós, Eduardo A. *El delito de blanqueo*... cit., p. 397.

43. Respecto de la receptación, pero aplicando este criterio al blanqueo, vid. Pérez Manzano, Mercedes. El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero. *Cuadernos de Derecho Judicial*. vol. 1. p. 219 y ss. 1995.

44. Entre otras muchas, vid. las SSTS 801/2010, de 23 de septiembre; 483/2007, de 4 de junio; 457/2007, de 29 de mayo; 390/2007, de 26 de abril; 289/2006, de 15 de marzo; 202/2006, de 2 de marzo; 1070/2003, 22 de julio; 2545/2001, de 4 de enero etc.

ha referido al conocimiento del origen delictivo de los bienes que constituyen el objeto material del delito, no a otros elementos objetivos del tipo. En tal sentido se pronunció el Tribunal Supremo con motivo de una Sentencia relativamente reciente dictada con ocasión del enjuiciamiento de un grupo organizado dedicado al tráfico internacional de cocaína, que parece ser deudora de los criterios ya acuñados desde hace bastante tiempo a propósito del delito de receptación:

"Esta Sala abandonó, hace tiempo, una concepción que exigiera un dolo directo sobre el conocimiento de la ilícita procedencia de los bienes, afirmando la suficiencia del dolo eventual para su conformación. Consecuentemente puede afirmarse ese conocimiento cuando el autor ha podido representarse la posibilidad de la procedencia ilícita y actúa para ocultar o encubrir o ayudar a la persona que haya participado en la ilícita actividad, sin que deba exigirse una concreta calificación, siendo bastante un conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho sobre cuyos efectos se actúa. En otras palabras, basta con un conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significado social."[45]

Sentada la plena posibilidad de deducir responsabilidad a título de dolo eventual, lo que corresponde ahora es determinar cuándo procede esta calificación y en qué casos debe sólo apreciarse imprudencia grave del art. 301.3. La distinción entre ambas categorías bien podría plantearse en términos clásicos, acudiendo a los criterios del consentimiento y de la probabilidad. Restringiendo el análisis al problema de la determinación del origen de los bienes, cometería blanqueo doloso quien, previendo *ex ante* su origen delictivo, aceptara la realización de operaciones sobre los mismos – teoría del consentimiento – o las realizara siendo consciente de que existen muchas posibilidades de que en efecto tengan ese origen.[46]

Con todo, tratándose del blanqueo de capitales, la interpretación de las normas es deudora de una construcción de origen anglosajón (*willful blindness*),

45. STS 483/2007, de 4 de junio, en la que también se citan las SSTS 1034/2005, de 14 de septiembre; 33/2005, de 19 de enero; 1113/2004, de 9 de octubre; 308/2004, de 12 de marzo; 1070/2003, de 22 de julio; 157/2003, de 5 de febrero; 1637/1999, de 10 de enero de 2000.

46. Respecto de las teorías diferenciadoras entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, y sin ánimo de menospreciar la excelente y abundante doctrina al respecto que se ha publicado mucho más recientemente, me permito recordar el reconocido trabajo de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Acerca del dolo eventual. En su conocida recopilación *Estudios de Derecho Penal*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 240 y ss.

aceptada por nuestro Tribunal Supremo bajo la denominación "ignorancia deliberada".[47] Como destaca la doctrina, numerosas resoluciones equiparan esta forma de obrar con la de quien lo hace bajo el concepto de dolo eventual, en la medida en que el sujeto "pretende desconocer la procedencia ilícita de los bienes, cuando constan elementos suficientes para deducirlo".[48]

En el límite inferior de la responsabilidad, debe recordarse que la imprudencia que castiga el art. 301.3 es la grave, no la leve, que queda fuera del Código Penal. Distinguir entre ambas no es fácil; tanto es así que entre la doctrina española se ha llegado a defender que en este caso se infringe el principio de legalidad – por ausencia de taxatividad –, postulando por ello la inconstitucionalidad del precepto.[49] También la jurisprudencia se ha hecho eco de estas dificultades, afirmando que "no es fácil separar en estos casos lo grave (o temerario) de lo leve (o simple)",[50] especialmente cuando se trata de particulares cuyos deberes de cuidado no se encuentran normativamente tasados, como sí ocurre con los sujetos obligados por la vigente Ley 10/2010, que vino a sustituir a la derogada Ley 19/1993. En general, se aprecia que la gravedad debe quedar motivada claramente en el fallo condenatorio, indicando claramente en qué punto concreto se produjo la infracción de ese quebrantamiento de la cautela debida y señalando cómo el acusado podría haber alcanzado en cada caso el conocimiento respecto de la procedencia delictiva de los bienes cuyo blanqueo realizó.

5. DEFINICIÓN DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO

5.1 Planteamiento del problema

Una de las cuestiones más controvertidas sobre la regulación del delito de blanqueo imprudente es la relativa a la definición de su sujeto activo. Como veremos a continuación, no hay una doctrina dominante que permita establecer si nos en-

47. Sobre esta construcción doctrinal, vid. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2008. passim.

48. CALDERÓN CEREZO, Ángel; SAAVEDRA RUIZ, Juan (coords.). *Delitos contra el orden socioeconómico*. Madrid: La Ley, 2008. p. 407. Los autores citan, entre otras, las SSTS 390/2007, de 26 de abril; 797/2006, de 20 de julio. Me permito añadir las más recientes SSTS 961/2010, de 11 de noviembre; 374/2009, de 28 de enero.

49. Citando a Blanco Lozano, vid. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal*... cit., p. 187.

50. STS 957/2007, de 23 de noviembre, en la que se hace también referencia a la STS 1034/2005, de 14 de septiembre.

contramos ante un delito común o especial. A ello se une una jurisprudencia que probablemente no merezca tal nombre, dado que tampoco ofrece criterios homogéneos de interpretación en sus – sin embargo – numerosos pronunciamientos.[51]

Definir el sujeto activo de un tipo delictivo corresponde al estudio de la vertiente objetiva del mismo. Sin embargo, como veremos a continuación, optar por una u otra solución conecta íntimamente con la idoneidad del agente para cumplir con su vertiente subjetiva en relación con su capacidad para conocer las situaciones de riesgo de afectación del bien jurídico protegido que, desde la posición social que en cada caso desempeñe, le son penalmente exigibles. A esta cuestión dedicaré las próximas líneas.

5.2 El blanqueo imprudente como delito especial

Los partidarios de la tesis del delito especial basan su postura sobre la inexigibilidad de un deber objetivo de cuidado a la generalidad de los ciudadanos en relación con la tutela del contenido material que da fundamento al art. 301.3.[52] Quienes así piensan consideran que este delito sólo puede ser cometido por aquellas personas y entidades que estén sometidas a especiales deberes de vigilancia por la normativa administrativa sobre prevención del blanqueo de capitales – los denominados "sujetos obligados" enumerados en el art. 2.° Ley 10/2010, *de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*[53] –, que igualmente serían las únicas vinculadas a los deberes de cui-

---

51. Recordemos que el apartado 6.° del art. 1.° del Código Civil español define la jurisprudencia como "la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho", esto es, las fuentes del Derecho reconocidas en el apartado 1.° del mismo precepto. Siendo así, podrá afirmarse que, como queda demostrado en el presente trabajo, existe un número relevante de resoluciones de nuestro máximo órgano jurisdiccional sobre esta materia, pero, faltando criterios unitarios al respecto, no existe realmente una jurisprudencia sobre la misma. Denunciando esta falta de coherencia, COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Blanqueo de capitales*. Op. cit., p. 101. Reconociendo la existencia de pronunciamientos discrepantes emitidos por el Alto Tribunal, vid. la STS 960/2008, de 26 de diciembre.

52. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo*... cit., p. 416.

53. Refiriéndose a la entonces vigente Ley 19/1993, derogada por la nueva Ley 10/2010, aparentan defender esta postura, entre otros, BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal*... cit., p. 198-199; GÓMEZ INIESTA, Diego J. Op. cit., p. 59-60; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. De la receptación y otras conductas afines. In: _____ (dir.). *Comentarios al nuevo Código Penal*. 4. ed. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005. p. 1519; RUBIO LARA, Pedro Ángel. Op. cit., p. 149; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. Op. cit., p. 127.

dado que impone el delito de blanqueo imprudente. Empleando una argumentación similar, pero realizándolo desde la perspectiva opuesta, se ha llegado a afirmar que la interpretación como delito común del art. 301.3 haría que éste fuera inconstitucional, dado que en el marco de un Estado de Derecho sería inadmisible que se impusiera a todas las personas un deber de investigación y conocimiento de los movimientos económicos ajenos, así como de los posibles delitos que hayan cometido sus conciudadanos.[54] En términos menos radicales, también se ha defendido la conveniencia de apreciar el carácter especial de esta figura en cumplimiento del principio de intervención mínima.[55]

En consecuencia, como delito especial, el art. 301.3 sería una ley penal en blanco[56] que se remitiría implícitamente a tales normas administrativas, toda vez que en ellas – tanto en la ya citada Ley 10/2010 como en las disposiciones reglamentarias que la desarrollan – es donde se describen las exigencias que competen a tales sujetos, esto es, la concreción del deber objetivo de cuidado al que se encuentran sometidos.

El carácter especial del delito de blanqueo imprudente también es defendido desde la óptica del principio de taxatividad. Como ya recordé anteriormente,[57] el legislador no describe la conducta que el sujeto activo debe de realizar para consumarlo. Por ello, se considera que es muy difícil distinguir en la práctica la frontera entre la imprudencia grave – punible – de la leve – atípica – cuando no existe una referencia normativa que establezca los criterios de cuidado exigible, esto es, en el caso de los sujetos no obligados, de los ciudadanos comunes y corrientes que son ajenos a la tantas veces aludida regulación administrativa sobre prevención del blanqueo de capitales.[58]

Trasladando el debate al ámbito jurisprudencial, las resoluciones judiciales que hasta hoy han estimado que el blanqueo culposo es un delito especial

54. Respecto del delito de blanqueo imprudente previsto en el viejo Código Penal, BLANCO LOZANO, Carlos. El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español. In: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.). *Comentarios a la legislación penal. Delitos contra la salud pública (reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores)*. Madrid: Edersa, 1996. p. 53 y ss.

55. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito del blanqueo de capitales. In: _____; BACIGALUPO SAGESSE, Silvina (eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 18.

56. Así se pronuncia explícitamente la STS 483/2007, de 4 de junio, siguiendo la doctrina planteada en la STS 924/2005, de 17 de junio. Expresamente en contra, rechazando los argumentos de la defensa, vid. la STS 960/2008, de 26 de diciembre.

57. Vid. supra, apartado 3.1 del presente trabajo.

58. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal*... cit., p. 187.

también han puesto de relieve la cualificada posición de los sujetos obligados, afirmando que "su comisión sólo estará al alcance de personas cuya conducta sea reprobable por la infracción de específicos deberes de cuidado que le sean exigibles legal o reglamentariamente, en consideración al desempeño de determinadas actividades con carácter profesional o funcionarial",[59] llegando a expresar la idea de que en estos casos los particulares quedarían suficientemente sancionados mediante la apertura de los correspondientes expedientes administrativos y el comiso de los bienes incautados.[60] Aunque no creo que se trate de un argumento especialmente convincente, en otros pronunciamientos se refuerza esta argumentación apelando a la vigencia del art. 303, entendiéndose que este precepto "da pie para establecer (...) que el legislador está pensando en una amplia gama de profesionales entre los que incluye a los empresarios, intermediarios en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador en el ejercicio de su cargo".[61]

A este "deber de diligencia intensificado que podría derivar en una auténtica negligencia profesional",[62] el Tribunal Supremo añade otro argumento aparentemente vinculado al principio de seguridad jurídica. Así, la falta de una norma

---

59. Sobre la argumentación originalmente contenida en la STS 924/2005, de 17 de junio, luego asumida por la STS 94/2006, de 10 de febrero, el fragmento transcrito se ha tomado de las SSTS 16/2009, de 27 de enero; 483/2007, de 4 de junio.

60. STS 924/2005, de 17 de junio.

61. SSTS 94/2006, de 10 de febrero; 924/2005, de 17 de junio. Afortunadamente, no parece que el Tribunal Supremo haya vuelto a apelar en este sentido a la *mens legislatoris* después de estas resoluciones que he citado. A mi juicio, invocar aquí el art. 303 es un argumento poco oportuno: primero, porque los profesionales cuya responsabilidad se agrava en este precepto no coinciden con los relacionados en la normativa administrativa sobre prevención del blanqueo de capitales; segundo, porque el art. 303 constituye un claro vestigio de la subordinación que el lavado de activos tuvo en sus orígenes con los delitos de narcotráfico, situación inaceptable en la actualidad. Transcurridos más de quince años desde la publicación del nuevo Código Penal y aprobadas más de una veintena de reformas sobre su texto, sorprende comprobar que este precepto – copia prácticamente literal del art. 372, dentro de los delitos contra la salud pública – mantenga imperturbada su vigencia y prevea la imposición de una pena complementaria de inhabilitación a ciertos profesionales –trabajadores sociales, docentes, educadores, médicos, psicólogos, enfermeros, veterinarios, farmacéuticos etc.– cuyo desempeño es totalmente ajeno a la fenomenología del blanqueo de capitales, así como a su contenido material. Ya me pronuncié hace casi veinte años en este mismo sentido respecto del art. 344 bis c) del viejo Código Penal en relación con el delito de blanqueo en FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Consideraciones de urgencia... cit., p. 614.

62. STS 924/2005, de 17 de junio.

de referencia que regule la conducta exigible al común de los ciudadanos en este ámbito hace que respecto de ellos se requiera determinar "en qué punto concreto se produjo la infracción de ese deber de cuidado inherente siempre al concepto de imprudencia, es decir, ha de decirse qué es lo que podía haber hecho el acusado en estos casos de negligencia inexcusable, cómo podía haber alcanzado en este concreto ese conocimiento de la procedencia delictiva de esos bienes cuyo blanqueo se ha realizado".[63] Como señala el alto Tribunal en otra resolución "problemático será en las actividades sociales en que no se han establecido normas de cuidado, o en las situaciones atípicas, determinar el cuidado objetivamente debido mediante el criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social, y si es en el ámbito de los negocios cuál sería la actitud con respeto a la realización de operaciones comerciales extrañas".[64] Resumiendo – y también conectando con el criterio doctrinal antes citado que apelaba al cumplimiento del principio de taxatividad –, según esta línea jurisprudencial, no existiendo dolo, tal vez pueda identificarse un cierto grado de negligencia en la actuación de los particulares, pero resulta extremadamente difícil determinar que esa imprudencia alcanza el rango de grave, como exige el art. 301.3.

Concatenado a este último argumento, el Tribunal Supremo se ha visto en la necesidad de establecer criterios para diferenciar el ámbito de la imprudencia grave – que, según este planteamiento, no afectaría a los particulares, generando con ello un supuesto de atipicidad – del terreno del dolo eventual – que, en cualquier caso, vincula a la generalidad de los ciudadanos –. Tratándose de sujetos no obligados por las disposiciones administrativas, entiendo que lo ha hecho interpretando las normas en atención a las consecuencias que derivan de optar por una u otra solución: cuando en la instancia se ha condenado por imprudencia y la acusación no ha recurrido solicitando la condena por dolo, ha lamentado que los hechos probados no hubieran sido empleados para considerar la conducta intencional, quedando obligado a absolver aplicando elementales criterios de congruencia;[65] y cuando la defensa ha tratado de rebajar

63. STS 959/2007, de 23 de noviembre. Amparándose en la amplia literalidad del precepto, esta resolución no descarta totalmente la posibilidad de que el art. 301.3 pueda aplicarse a particulares, pero viene a hacerlo en términos prácticos – fundamentando así la absolución de los acusados, previamente condenados en la instancia – a partir de los argumentos indicados en el texto.

64. STS 16/2009, de 27 de enero.

65. STS 924/2005, de 17 de junio. Ante un caso de condena a una particular por transportar grandes cantidades de dinero en metálico, detectadas en el aeropuerto de Bara-

la responsabilidad del condenado a título de imprudencia grave, se ha resistido a casar la condena de instancia por dolo eventual apoyándose en la jurisprudencia acuñada por el propio Tribunal Supremo al respecto: "Puede afirmarse ese conocimiento cuando el autor ha podido representarse la posibilidad de la procedencia ilícita y actúa para ocultar o encubrir o ayudar a la persona que haya participado en la ilícita actividad, sin que deba exigirse una concreta calificación", bastando "un conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho sobre cuyos efectos se actúa, (...) un conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significado social".[66]

Como atinadamente afirmó Radbruch, "la interpretación es el resultado de un resultado: uno no se decide a favor de un medio de interpretación hasta que no ha visto el resultado a que conduce".[67] Sin embargo, ante esta forma de interpretar el art. 301.3, cabe pensar si en estos casos el Tribunal Supremo no estará perjudicando a los ciudadanos ordinarios respecto de los sujetos obligados por las normas de prevención, apreciando dolo sobre ellos – siquiera, eventual – cuando, de existir reglas de cuidado que les fueran aplicables, tal vez podría haberse calificado su comportamiento como imprudente.

5.3 El blanqueo imprudente como delito común

Frente a la consideración del blanqueo imprudente como delito especial, existe otra línea de pensamiento – a mi juicio, más acertada – que aboga por considerar que se trata de una figura común. Como el art. 301.3 no hace refe-

---

jas, la Sentencia casa la dictada en instancia, absolviendo, y afirma que "en estos casos, las personas que aceptan esta operación necesariamente deben intuir o conocer la procedencia ilícita del dinero aunque sea de forma genérica o abstracta (...). Nadie puede justificar seriamente que se presta a transportar cantidades de dinero, sin más detalles ni datos del que les entrega la cantidad y de la persona o grupo a la que van destinados (...). Como no podemos empeorar la situación procesal de la recurrente, no queda mas remedio que admitir que la calificación jurídica de los hechos no ha sido la correcta". También criticando la benévola calificación del acusador, pero en este caso confirmando el castigo por imprudencia grave ante un supuesto de compraventa masiva de divisas, reconociendo que el art. 301.3 es un delito común, vid. la STS 1746/2003, de 23 de diciembre.

66. STS 483/2007, de 4 de junio, citando las SSTS 1637/1999, de 10 de enero de 2000; 157/2003, de 5 de febrero; 1070/2003, de 22 de julio; 308/2004, de 12 de marzo; 1113/2004, de 9 de octubre; 33/2005, de 19 de enero; 1034/2005, de 14 de septiembre. En sentido muy similar, vid. la anterior STS 94/2006, de 10 de febrero.

67. RADBRUCH, Gustav. Introducción a la Ciencia del Derecho. *Revista de Derecho Privado*. Trad. de Recaséns Siches. Madrid, 1930. p. 156.

rencia explícita al sujeto activo ("si los hechos se realizasen por imprudencia grave..."), parece sensato aceptar que este precepto contiene una figura que puede cometer cualquiera, toda vez que *ubi lex non dintinguit, nec nos distinguere debemus*. A idéntica conclusión cabe llegar si interpretamos la norma en relación con los tipos dolosos que le sirven de referencia pues, siendo comunes, también lo será el tipo imprudente que de ellos depende.[68]

Amén de una literalidad que no invita a imponer limitaciones, la interpretación conforme a bien jurídico también permite abonar la tesis del delito común. En orden a la protección del contenido material del tipo, cualquier ciudadano puede ser sometido al deber de interesarse por el origen de los bienes, motivo por el cual nadie debe quedar excluido de la obligación penal de respetar el correspondiente deber objetivo de cuidado, máxime teniendo presente que sólo se comete el delito descrito en el art. 301.3 si se incurre en un quebrantamiento de carácter grave. En tal sentido, el quebrantamiento de esa regla de cuidado debido vendrá determinado por la falta de adecuación de la conducta del sujeto al criterio de la normal inteligencia, tomando como referencia las reglas de la lógica y la experiencia.[69] El carácter grave de esa imprudencia que exige el art. 301.3 se predique de quien olvide todas las precauciones o, al menos, incurra en una grave infracción de las normas elementales de cuidado; a quien omita la diligencia más elemental.[70]

Comentario aparte merece una circunstancia que, afortunadamente, ya ha sido resuelta por el legislador. Hasta la incorporación a nuestro ordenamiento de la Ley 10/2010, *de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*, el ámbito objetivo de la regulación administrativa y penal sobre lavado de activos no era coincidente. Desde la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, el art. 301 del Código Penal castiga los actos de blanqueo de bienes derivados de cualquier delito. Sin embargo, el art. 1.º de la derogada Ley

68. Vid., entre otros, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 284; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo*... cit., p. 416; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo*... cit., p. 418 y 419.

69. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. Op. cit., p. 284. En concreto, este autor plantea el ejemplo del artista que recibe el pago por una de sus obras en forma de una elevada cantidad de dinero en metálico, a pesar de que cualquier persona inteligente con una mínima experiencia es consciente de que es absolutamente inusual que en el tráfico comercial de nuestros días alguien realice un pago de varias decenas de miles de euros en efectivo.

70. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo*... cit., p. 417-418; PALMA HERRERA, José Manuel. Op. cit., p. 593-594.

19/1993, *sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales*,[71] reformado finalmente por la Ley 19/2003,[72] sólo vinculaba a los sujetos obligados a vigilar las operaciones relacionadas con delitos castigados "con pena de prisión superior a tres años". Ante esta indeseable incoherencia, que se prolongó bajo distintas formas durante casi diecisiete años,[73] la solución consistente en interpretar el tipo de blanqueo imprudente del art. 301.3 como un delito especial condicionaba el referido ámbito objetivo de aplicación de este precepto penal: vigente la Ley 19/1993, sólo las personas obligadas por ella, y sólo respecto de los citados delitos antecedentes establecidos en la misma, quedaban vinculadas al cumplimiento del art. 301.3. En consecuencia – y en tanto se persista en la idea de que el blanqueo imprudente es un delito especial, insisto –, se daría la paradójica circunstancia de que, pudiendo perpetrarse las figuras dolosas de los arts. 301.1 y 301.2 respecto de los bienes procedentes de cualquier delito, el blanqueo imprudente del art. 301.3 sólo podría cometerse respecto de los beneficios derivados de la comisión de delitos castigados con pena de prisión superior a tres años. Apreciando incorrecta esta limitación, hubo quienes abandonaron la posibilidad de que el art. 301.3 constituyera un delito especial, prefiriendo interpretarlo como un tipo común.[74]

---

71. Ley 19/1993, de 28 de diciembre, *sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales* (*BOE* n. 311, de 29 de diciembre, p. 37327 y ss.).

72. Ley 19/2003, de 4 de julio, *sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales* (BOE n. 160, de 5 de julio, p. 26166 y ss.).

73. Desde la vigencia de la Ley 19/1993 hasta la de la Ley 10/2010, la discordancia entre la normativa penal y la normativa administrativa ha variado. En ocasiones, la norma represiva se ha referido a menos delitos previos que la norma de preventiva – así ocurrió hasta la entrada en vigor de la versión original del Código Penal de 1995 –, mientras que durante otros periodos – por ejemplo, hasta el momento en que comenzó a regir la Ley 10/2010– la relación ha sido inversa. Durante todo ese periodo, el ámbito objetivo de aplicación sólo coincidió entre la reforma de la regulación administrativa operada por la Ley 19/2003 (6 de julio de 2003) y la entrada en vigor de la modificación del Código Penal que introdujo la Ley Orgánica 15/2003 (1 de octubre de 2004), tiempo durante el cual ambas regulaciones se refirieron como infracciones previas a los delitos graves: aquellos con una pena de prisión superior a tres años.

74. Así, PALMA HERRERA, José Manuel. Op. cit., p. 594 (cuando este autor defendió este argumento, la Ley 19/1993 sólo contemplaba como delitos antecedentes el tráfico de drogas, el crimen organizado y el terrorismo, mientras que el art. 301 del Código Penal, previo a la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, se refería a los bienes procedentes de cualquier delito grave). Haciéndose eco de este planteamiento, vid. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...* cit., p. 415.

Con todo, tras la derogación y reemplazo de la Ley 19/1993 por la nueva Ley 10/2010 – que, desde la perspectiva de la prevención, controla los movimientos de capitales procedentes de cualquier delito, del mismo modo que lo hace desde la represión el art. 301 del Código Penal –, el problema ha desaparecido y, con ello, el argumento a favor de la tesis del delito común. En la actualidad, la calificación del blanqueo imprudente como delito especial o común no condiciona el cuadro de infracciones antecedentes que atiende.

En el marco de esa jurisprudencia vacilante a la que ya me he referido, el Tribunal Supremo también ha tenido ocasión de denunciar la limitación de delitos previos a la que conducía una interpretación conjunta de la extinta Ley 19/1993 y del Código Penal.[75] Superado este problema por el legislador, resulta más rentable centrarse en otros aspectos sobre los que se ha pronunciado este órgano jurisdiccional en beneficio de la tesis del delito común.

Las resoluciones dictadas hasta ahora en este sentido parten de un dato evidente: los destinatarios habituales de las penas previstas en el art. 301.3 son los profesionales que actúan en aquellos sectores económicos más utilizados por los blanqueadores; sujetos que, por lo demás, si las normas administrativas sobre prevención están bien construidas, deberán encontrarse entre el listado de sujetos obligados. Sin embargo, que esto sea cierto en el plano criminológico no significa que también lo sea en el dogmático. De hecho, la confusión entre lo fenomenológico y lo normativo – entre la normalidad y la normatividad, empleando terminología de Heller[76] – parece caracterizar el contenido de algunas de las resoluciones del Tribunal Supremo sobre la materia, que incluso ha llegado a invocar los mismos argumentos para llegar a conclusiones contrapuestas.[77] Aunque el hecho delictivo "normalmente coincidirá en

75. SSTS 1034/2005, de 14 de septiembre; 1257/2009, de 2 de diciembre.

76. HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. 11. ed. Trad. de Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1985. p. 269.

77. Así, las SSTS 1257/2009, de 2 de diciembre; 16/2009, de 27 de enero; y 483/2007, de 4 de junio, refiriéndose a la actuación de los sujetos obligados, señalan que "el blanqueo por imprudencia reviste el carácter de delito especial, que sólo pueden cometer los destinatarios de los deberes que impone la normativa administrativa (intermediarios financieros, mediadores en las transacciones inmobiliarias, profesionales del sector bancario etc.)". Con todo, mientras las dos últimas resoluciones se lleva el argumento hasta las últimas consecuencias, considerando que el art. 301.3 alberga un tipo especial, la primera concluye finalmente afirmando que "es un delito común, de manera que puede ser cometido por cualquier ciudadano, en la medida en que actúe con falta del cuidado socialmente exigible para evitar el daño al bien jurídico protegido".

sujetos o entidades cuyas actividades guarden relación con los movimientos de capitales",[78] nada impide que un ciudadano cualquiera pueda ser autor de un delito imprudente de blanqueo. De hecho, ni la mera infracción de la normativa administrativa constituye necesariamente un supuesto de blanqueo imprudente,[79] ni el escrupuloso cumplimiento de todas y cada una de las ellas garantiza – en tanto aceptemos la discutible conclusión a la que llegado el Tribunal Supremo en un reciente pronunciamiento – que un sujeto obligado no pueda ser condenado por este delito, dado que los deberes contenidos en las normas preventivas son eminentemente formales.[80]

En todo caso, el problema consistirá en determinar el deber objetivo de cuidado al que se encuentran sujetos en este ámbito con objeto de evitar el daño al bien jurídico protegido. Como ya señalé antes en relación con la tesis del delito

78. STS 960/2008, de 26 de diciembre. Entre la doctrina, vid., por ejemplo, BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo*... cit., p. 416; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo*... cit., p. 419-420; PALMA HERRERA, José Manuel. Op. cit., p. 593 y ss.

79. ZARAGOZA AGUADO, Javier A. Receptación y blanqueo de capitales. En: VV. AA. *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico-práctico (III)*. Madrid: Coopers & Lybrand, 1996. p. 476. En el mismo sentido, BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo*... cit., p. 418; PALMA HERRERA, José Manuel. Op. cit., p. 596.

80. Como señala la STS 810/2010, de 23 de septiembre, "ni siquiera el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley y el Reglamento serían criterio concluyente para excluir su eventual responsabilidad penal, pues se estaría ante un cumplimiento puramente formal realizado en la confianza de que no se iban a activar los mecanismos de persecución de la actividad supuestamente delictiva (...). Otra cosa es que el incumplimiento de esas obligaciones administrativas sea un dato que permite apuntalar la convicción de esa responsabilidad, o sobre el que construir la negligencia". Sin duda, nos encontramos ante una afirmación cuestionable que sólo puede aceptarse en el caso de que partamos de la convicción de que el art. 301.3 integra un tipo común. Respecto de la generalidad de los ciudadanos, existiría un deber genérico de cuidado que podría vulnerarse con independencia de las normas administrativas de control; pero respecto de los sujetos obligados, la teoría de los actos neutrales nos lleva a defender que el profesional que actúa desde el estricto cumplimiento de las normas que le afecten como profesional no debe responder penalmente, incluso en el caso de que sea consciente de la ayuda que presta (vid. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal*... cit.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: La intervención de Notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos. In: PALACIOS CRIADO, María Teresa; FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián (dirs.). *Judicatura y Notariado* ante los delitos *económicos*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006. p. 178-179]. De este modo, se daría la paradoja de que la presión penal derivada del art. 301.3 podría llegar a ser más intensa para los profesionales que para los particulares, lo cual carece de sentido.

especial, el Tribunal Supremo considera que es especialmente difícil determinar las cautelas exigibles en aquellas actividades sociales para las que no se hayan establecido expresamente normas de cuidado, o en las situaciones atípicas, determinar el cuidado objetivamente debido mediante el simple criterio de "la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social".[81] Así, las resoluciones son variadas y apelan a "una mínima atención, una precaución exigible",[82] a la "significativa dejación del cuidado y determinante abandono de las precauciones usuales del caso"[83] o a haber obviado toda medida de precaución de modo que "con la más mínima y elemental diligencia hubiera podido esclarecer y estar perfectamente impuesto del delictivo origen de los fondos a los que se prestó a facilitar su encubrimiento e introducción en el tráfico económico".[84] Refiriéndose a casos concretos, se ha afirmado que "cualquier persona con un nivel intelectivo medio es sabedora, sin necesidad de especiales conocimientos técnicos y/o especial formación académica, de que para realizar una transferencia no es preciso valerse de la cuenta corriente de un tercero, lo que hubo de despertar sus sospechas"[85] o que "el recurrente estaba en condiciones de haber conocido, con sólo observar las mínimas cautelas, el origen ilícito del dinero utilizado en la adquisición de la vivienda que se puso a su nombre y su relación con el tráfico de drogas", estimándose grave la imprudencia en la que incurrió por la "alta posibilidad que tenía de superar toda ignorancia sobre el origen de los bienes".[86]

6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Como indiqué al comienzo de la exposición, el art. 301.3 del Código Penal español alberga numerosas interrogantes que aún carecen de una respuesta definitiva.

81. ATS 790/2009, 16 de abril; STS 1034/2005, de 14 de septiembre. En idénticos términos, aunque luego afirmando que se trata de un delito especial, la STS 16/2009, de 27 de enero.
82. STS 1746/2003, 23 de diciembre.
83. STS 1034/2005, de 14 de septiembre.
84. STS 960/2008, de 26 de diciembre.
85. ATS 790/2009, 16 de abril, en relación con un joven que aceptó una oferta recibida por correo electrónico para transferir a otras personas, a través de su propia cuenta y a cambio de una comisión, importantes cantidades de dinero recibidas de terceros.
86. STS 1257/2009, de 2 de diciembre, respecto de la adquisición de diversos bienes con los rendimientos derivados del narcotráfico.

La primera de ellas afecta a su propia existencia. En el terreno de lo formal, nos encontramos ante una figura que apenas encuentra respaldo en los instrumentos internacionales y que ha sido acogida por muy pocos Estados en sus respectivos ordenamientos internos. En el ámbito de la antijuricidad material, cabe cuestionarse si se trata de una conducta que merece ser atendida por parte del ordenamiento penal o si, por el contrario, bastaría con encomendar su control a las normas de Derecho Administrativo.

En general, el juicio que ha merecido la incorporación del delito culposo de blanqueo al ordenamiento español ha sido predominantemente negativo. En su Informe al Anteproyecto de Código Penal de 1992, el Consejo General del Poder Judicial censuró su posible inclusión en el texto definitivo afirmando que "aunque razones de política criminal puedan justificar la penalización de la imprudencia grave, no es menos cierto que tal posibilidad es dogmáticamente muy discutible".[87] Ya aprobado el Código de 1995, numerosos autores valoraron negativamente la existencia del art. 301.3, acusándolo de vulnerar los principios de *ultima ratio* y proporcionalidad[88] o, directamente, de ser un "disparate" derivado de los excesos de la reciente política criminal, alentados por la presión de los medios de comunicación.[89]

Con todo, entiendo que el principal argumento para su mantenimiento no estriba en razones dogmáticas, sino en un argumento práctico tan indiscutible como cuestionable. La posibilidad de castigar supuestos de negligencia, asociada a la necesidad de respetar el principio de presunción de inocencia, permite afirmar que el art. 301.3 es un instrumento orientado a penalizar actos de blanqueo respecto de los cuales no haya sido posible probar el dolo del sujeto. Siendo así, el blanqueo imprudente se convierte en un tipo de recogida en el que no se pretende tanto castigar a quien opera sobre unos bienes cuyo origen criminal no conoció, debiendo haberlo hecho, como a quien, siendo sospechoso de haber tenido noticia de esa procedencia, no se le pudo probar. Como ya indiqué hace años, en tanto la principal dificultad ante la que se hallen las autoridades consista en demostrar que el acusado ha cumplido la vertiente subjetiva del tipo, el legislador puede decantarse por negar la mayor, esto es, prescindir de esa regulación tan incómoda cuando sea inaplicable para sustituirla por otra tipicidad cuya vertiente subjetiva sea menos exigente.[90]

---

87. Consejo General del Poder Judicial. *Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*. Madrid, 1992. p. 246.

88. En tal sentido, vid. ABEL SOUTO, Miguel. Op. cit., p. 179-180.

89. COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. Op. cit., p. 101 a 103.

90. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo*... cit., p. 337. En sentido similar, y entre otros, BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal*... cit., p. 191-192; PALMA HERRERA, José Manuel. Op. cit., p. 598-599.

Según Pieth, la penalización del blanqueo imprudente constituye un "invento con cálculos criminalísticos".[91]

Más allá de las razones a favor o en contra sobre su existencia, también cabe realizar algunos comentarios sobre su configuración típica. Siguiendo la estructura de la exposición que he realizado en el presente trabajo, me permito indicar las siguientes observaciones:

a) Siendo coherentes con el criterio de *crimina culposa* seguido por el codificador de 1995, sería deseable reformar el art. 301.3 con objeto de definir con claridad la conducta infractora del deber objetivo de cuidado sin necesidad de remitirse a las figuras dolosas. En consecuencia, se reclama un tipo verdaderamente autónomo que no precise apoyarse en otros tipos para su aplicación.

b) Sería deseable restringir típicamente las hipótesis punibles de blanqueo imprudente al desconocimiento respecto del origen delictivo de los bienes, suprimiendo con ello la posibilidad de que la literalidad del art. 301.3 permita extender su vigencia a otros supuestos, como puede ser el error respecto de la conducta. Con ello, además, el legislador español sería más coherente con las previsiones internacionales al respecto y con el resto de países que han aprobado figuras similares.

c) Respecto del sujeto activo, de *lege lata*, entiendo que debe aceptarse que nos encontramos ante un delito común. Al amparo del principio de legalidad, nada impide que el castigo se extienda a cualquier ciudadano. Además, no parece demasiado consistente la idea de limitar la amenaza penal a los sujetos obligados por la Ley 10/2010, a pesar de que sea cierto que respecto de ellos sea más fácil determinar el quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que dé lugar a un caso de imprudencia grave. A mi juicio, cabe exigir a todos los ciudadanos ciertas cautelas elementales, sin duda menos intensas que las que recaen sobre ciertos profesionales cuya actividad se encuentra específicamente regulada,[92] pero cuya relevancia en el marco de la sociedad de la información parece fuera de toda duda.[93]

---

91. Citado por BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal...* cit., p. 191-192.

92. LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. *Blanqueo de capitales. Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria.* Barcelona: Bosch, 2009. p. 182-183.

93. Baste recordar el caso enjuiciado por el ATS 790/2009, 16 de abril, en el que se confirma la Sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial de Granada sobre un "mulero" que aceptó realizar numerosas transferencias de dinero entre cuentas ajenas, empleando la propia como intermediaria, a cambio de una sustanciosa comisión. Sobre este caso, vid. idem, p. 58-59.

d) De *lege ferenda*, sin embargo, considero que en esa reformulación que propongo para el art. 301.3 debería valorarse la oportunidad de configurar un tipo especial que sólo se dirija a los profesionales sometidos a las obligaciones derivadas de la normativa administrativa preventiva. Probablemente una medida como esta limite la eficacia práctica de los dispositivos penales sobre el blanqueo de capitales, dado que con ello sólo se podrá castigar a la generalidad de los ciudadanos en la medida en que se pruebe que actuaron, al menos, con dolo eventual. Por ello, cuando proceda, interesará reforzar la motivación de las resoluciones judiciales argumentando su estructura lógica de acuerdo con los criterios de prueba indiciaria, no rebasando nunca los límites establecidos por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De ello resultará beneficiado el principio de intervención mínima.

e) En cualquier caso, me parece que la ausencia de un criterio unitario en la jurisprudencia respecto de la delimitación del sujeto activo del art. 301.3 exige un Acuerdo de Sala que establezca de una vez por todas – y en tanto permanezca la legalidad vigente, claro está – el criterio a seguir en futuras resoluciones.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório, de Luiz Regis Prado – *RT* 860/433;
- O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro, de Roberto Podval – *RBCCrim* 24/209;
- O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução, de Celso Sanchez Vilardi – *RBCCrim* 47/11;
- O fenômeno da globalização e o direito penal econômico, de José de Faria Costa – *RBCCrim* 34/9; e
- Tópicos essenciais da lavagem de dinheiro, de Marcelo Batlouni Mendroni – *RT* 787/479.

54632

5 Sobre la corrupción entre particulares

Convenios internacionales y derecho comparado

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca y Director del Grupo de Estudio sobre corrupción, delincuencia económica y crimen organizado de la misma Universidad, reconocido como Grupo de Investigación de Excelencia de Castilla y León.

Giorgio D. M. Cerina

Doctor en Derecho Penal. Colaborador del área de Derecho Penal, Universidad de Salamanca.

Área do Direito: Penal

Resumen: La tipificación de un delito de corrupción entre particulares se ha vuelto una prioridad para algunos sistemas penales que todavía no lo incorporan y entre los cuales se encuentra el español. Amén que por discutidas razones político-criminales, ello debe relacionarse con una precisa voluntad de la comunidad internacional que ha encontrado expresión en toda una serie de instru-

Abstract: The definition of private-to-private corruption has become a priority for many legal systems like Spain that still hasn't included it. Apart form the overly discussed criminal policy reasons, this is due to the willpower of the international community that has found a voice in a series of supranational and international legal instruments forcing the member countries

mentos jurídicos supranacionales e internacionales que obligan a los países miembros a introducir un delito de corrupción privada. Por ello, en una perspectiva *de lege ferenda*, se hace prioritario un estudio de los principales planteamientos doctrinales formulados alrededor de la categoría corrupción que permitan aclarar rasgos comunes a un fenómeno que ya parece deberse vincular no sólo a la actividad de la Administración pública. Amén de ello y en la misma óptica, resulta fundamental analizar de forma pormenorizada las obligaciones contenidas en las principales herramientas jurídicas internacionales así como las soluciones adoptadas por ordenamientos de nuestro entorno cercano. Así las cosas, el estudio que se desarrolla a continuación resulta prodrómico para cualquier análisis (ya en una óptica *de lege lata*) de la solución adoptada por el legislador español.

PALABRAS CLAVE: Corrupción en setor privado – Competencia desleal – Política criminal – Legislación penal española.

to criminalize private corruption. From the point of view *de lege ferenda*, a study of the doctrinal approach around "corruption" as a category is of utmost importance in order to identify the common features with a phenomenon that seems to be linked not only to Public Administration. Furthermore, within this same framework, it is absolutely necessary to deeply analyze the obligations of the main international legal instruments as well as the solutions adopted by our codes. Therefore, the following study seems to represent the first necessary step towards the analysis (from a *de lege* lata point of view) of the solution added to the Spanish Criminal Code.

KEYWORDS: Corruption – Private commercial bribery – Criminal policy – Spanish Criminal Law – Unfair competition.

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Consideraciones generales: 2.1 Sobre el término corrupción en la legislación penal española; 2.2 Aproximación al contenido de la corrupción entendida como "traición" – 3. La corrupción entre particulares. Los convenios internacionales: 3.1 Introducción; 3.2 La Convención de Derecho Penal sobre corrupción del Consejo de Europa; 3.3 La Decisión Marco del Consejo Europeo de 22.07.2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; 3.4 La Convención de Mérida de las Naciones Unidas contra la corrupción y la corrupción en el sector privado – 4. Los modelos de tipificación de la corrupción entre particulares en el derecho comparado: 4.1 Introducción; 4.2 La corrupción privada como deslealtad del empleado-agente hacia el empleador-principal: el caso holandés; 4.3 La corrupción privada como daño patrimonial para el principal que tiene su causa en un soborno: el caso italiano; 4.4 Breves consideraciones sobre el modelo privado de tipificación de la corrupción entre particulares y algunos principios constitucionales; 4.5 La corrupción privada y la lealtad en la competencia. Notas sobre la regulación en Derecho alemán – 5. Conclusión – 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN[1]

La Ley Orgánica 5/2010 reforma ampliamente y con desigual acierto, el Código Penal español. Entre las novedades se encuentra la incorporación de una

1. Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación DER2009-13351 financiado por el Ministerio de Educación de España, del cual el Prof. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre es su Investigador Principal.

Sección 4 en el Titulo XIII del libro II, con el epígrafe "De la corrupción entre particulares". La nueva sección tiene un único y amplio artículo, el 286 bis, que en sus tres primeros párrafos pretende dar respuesta, ciertamente severa a los actos de corrupción en el sector privado de la economía. El nuevo precepto se cierra con un último párrafo referido a la corrupción el deporte, a priori de problemática conexión con las conductas recogidas en los párrafos anteriores.

Con carácter general la reforma, de acuerdo con su Exposición de Motivos, responde a "las obligaciones internacionales, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea", contraídas por España. Mas adelante, el propio legislador al justificar la introducción del nuevo delito afirma que "uno de los aspectos importantes de la reforma es la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI" y añade, "la idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas", para continuar, "por que con estos comportamientos que exceden la esfera de lo privado, se rompen las reglas del buen funcionamiento del mercado".

A pesar de estas afirmaciones una aproximación a las obligaciones internacionales derivadas del contenido de distintos convenios pone de relieve que no solo es esta Decisión Marco la que se pronuncia sobre la represión de estas conductas. Por otro lado, la lectura del nuevo y complejo precepto y de las tipificaciones que de análogos comportamientos se llevan a cabo por las legislaciones de otros países, hace necesarias algunas reflexiones previas al estudio del 286 bis.

Por ello el objetivo de este estudio, es, en primer lugar, efectuar una reflexión introductoria sobre la corrupción en el sector privado, que comprende la denominación, su contenido material y el interés jurídicamente protegido. Tras ello abordaremos la exposición de los Convenios Internacionales suscritos por España, y que se pronuncian sobre esta clase de corrupción, para en una tercera parte analizar algunos modelos de Derecho comparado.

Este análisis nos permitirá, en un segundo trabajo pronunciarnos sobre los problemas que plantea el nuevo delito que la reforma de 2010 ha incorporado al Código Penal.

2. CONSIDERACIONES GENERALES

2.1 Sobre el término corrupción en la legislación penal española

Tradicionalmente, en la mayoría de los Códigos Penales de los países de habla hispana, no existen delitos para los que el legislador haya utilizado el término *corrupción*. España, no constituía una excepción, pues, desde el año 1822, cuando se redactó el primer Código Penal, hasta el año 1995, año en el

que entró en vigor el texto actualmente vigente, la palabra *corrupción* había brillado por su ausencia en el derecho penal positivo español, con la excepción, lejana del tema que hoy nos ocupa, del delito de corrupción de menores.

Esta opción legislativa coexistía con la utilización dentro de la doctrina hispano-hablante de la palabra *corrupción* para designar una categoría criminológica, útil para el desarrollo de análisis en este ámbito o en el de la política criminal, pero en ningún caso incorporada al léxico jurídico-penal.[2] Lo que, entre otras razones se debía a la imposibilidad de acotar exactamente su significado, esta objeción se tornaba decisiva, desde el momento que el Derecho penal precisa de conceptos taxativamente delimitados. Por ello, y dado que ni la doctrina ni el legislador internacional parecen haber sido capaces de proporcionar una definición universalmente compartida de la palabra, se estimaba preferible no hacer mención de la misma en el Código Penal.

Curiosamente, la tradición jurídica de la mayoría de los países de raíz latina se ha desarrollado en sentido absolutamente contrario, pues, en Italia,[3] Francia,[4] Bélgica,[5] Suiza,[6] Portugal[7] o Brasil,[8] el Código Penal suele recoger uno o varios delitos de *corrupción*. Por lo que hay que presumir, que los legisladores de estos Estados parecen haber resuelto también la cuestión definitoria. El argumento es justamente el mismo que se ha esgrimido por la doctrina hispano-hablante, el léxico jurídico-penal precisa de conceptos taxativamente definidos y si en el Código Penal italiano, francés, belga, suizo, brasileño o portugués, se tipifican uno o unos delitos de corrupción, se deberá llegar a la conclusión de que, en estos países, el legislador ha resuelto de forma satisfactoria el debate inherente sobre el significado del término corrupción.[9]

---

2. FABIÁN CAPARRÓS, E. A. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 16. En términos parecidos, entre otros, VOGEL, J. La tutela penale contro la corruzione del settore privato: l'esperienza Tedesca In: ACQUAROLI, R., FOFFANI, L. (a cura di). *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di reforma, atti del convegno, Jesi (AN), 12-13 aprile 2002*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 75 y ss.; véanse también las consideraciones de VICENTE MARTINEZ, R. (de). *Derecho penal del deporte*. Barcelona: Bosch, 2010. p. 549 y ss.
3. Arts. 318 y ss.
4. Párrafo II, Libro IV, Título III, capítulo II, sección III. Arts. 432-11 y ss.
5. Arts. 246 y ss.
6. Art. 322ter – octies, pero también los arts. 238 y 168.3.
7. Arts. 372 y ss., 341.
8. Arts. 317, 333, 337-b.
9. En estos contextos, el término corrupción no sólo pertenece a un horizonte conceptual técnico-jurídico sino que, suele afirmarse, "presenta una naturaleza intrínseca-

Pero además basta una simple lectura de los preceptos que los cuerpos legales mencionados rubrican como *corrupción* para observar que estos legisladores nacionales no sólo delimitan de forma taxativa este fenómeno, en su vertiente penalmente relevante, sino que, lo que el Código Penal italiano llama *corruzione*, el francés y el belga llaman *corruption*, el portugués y el brasileño llaman *corrupçao*, es *mutatis mutandis*, lo mismo.

Por otra parte, el hecho que el Código Penal español, tradicionalmente, no contemplara un delito bajo la denominación de *corrupción*, no significa que, en España, el contenido de la *corruzione* o *corrupçao* o *corruption* de otros ordenamientos no represente un comportamiento penalmente relevante. En España se sigue en este punto una técnica legislativa análoga a la empleada en Alemania e Inglaterra. En los ordenamientos de estos dos países se distingue entre *corrupción* (o *Korruption* o *corruption*) –conceptos demasiados genéricos para ser incluidos en el Código Penal– y cohecho (o *Beshtechung* o *Bribery*) –conceptos que, por lo menos en el léxico jurídico-penal, traducen el italiano *corruzione*, el portugués *corrupçao*, el francés *corruption*. Dicho en otras palabras, el Derecho penal español tipifica la *corruzione, corrupçao* o *corruption*, pero tradicionalmente la denomina *cohecho*.

Esta terminología ha sido mantenida por el legislador español desde 1822 hasta el 2000. Año en el que se introduce una primera excepción con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2000 de 11 de enero que incorpora al Código Penal el delito de "*corrupción* de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales".[10] La segunda, que es la que va a centrar nuestro estudio, se debe a la reciente Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio que incorpora al Código una nueva figura delictiva bajo la denominación "*corrupción* entre particulares".[11]

Curiosamente, ambas estas *novedades* se deben, como adelantábamos, al intento del ordenamiento penal español de dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en diversos instrumentos internacionales ratificados por Es-

---

mente normativa, tal que sus contenidos tienen que buscarse en la disciplina concretamente dictada por el legislador" penal. Así, por ejemplo, SEMINARA, S. La corruzione: problema e prospettive nella legislaczione italiana vigente. In: FORNASARI, G.; LUISI, N. D. (a cura di). *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*. Padua: Cedam, 2003. p. 145.

10. "De modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales", *BOE* de 12.01.2000, n. 10, p. 1139 y ss.

11. *BOE* de 23.06.2010, n. 152.

paña, y con la finalidad, por tanto, de armonizar la legislación española con la de los demás Estados parte.[12] La consecuencia de estas modificaciones es que en el Código Penal español vigente, las conductas de *corruzione, corrupçao* o *corruption*, quedan comprendidas dentro dos denominaciones, cohecho (arts. 419 y ss.) y corrupción (art. 286bis y 445).[13]

2.2 Aproximación al contenido de la corrupción entendida como "traición"

La corrupción entre particulares queda incluida dentro de la categoría más amplia de corrupción. Por ello, cualquier intento de aproximación al contenido de la *corrupción privada* pasa por el análisis previo del contenido general de la *corrupción*. En otras palabras, para entender qué es la corrupción entre particulares, previamente habrá que aclarar qué es corrupción.

Antes de tratar de formular una respuesta al interrogante así planteado y para que la tarea no resulte desde un primer momento desproporcionada para el contenido del presente estudio, debemos señalar que no nos interesa ahora el término corrupción en su significado criminológico o político-criminal, sino que centraremos nuestras reflexiones sobre las características esenciales que mantiene este termino en un contexto eminentemente jurídico-penal, corrupción como *corruzione, corrupçao, corruption*.[14]

En este marco, parte de la doctrina se ha esforzado en establecer los rasgos que la "corrupción penalmente relevante" mantiene en todos los ordenamientos. En este sentido, se han elaborado diversos modelos explicativos.

En principio existe sustancial acuerdo en considerar a la corrupción como un peculiar "negocio jurídico" de carácter marcadamente patrimonial. Ya Francesco Carrara, a finales del siglo XIX, observaba que *corruzione, corrupçao, corruption* y *cohecho* son todas expresiones que designan un particular tipo de

12. Obsérvese que la mayoría de estos instrumentos internacionales tienen como parte a los países que sí mantienen, en sus Códigos penales, delitos de "corrupción". Piénsese, por ejemplo, a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (de la que Brasil también es parte).

13. Obsérvese que la duplicación terminológica (cohecho y corrupción) no tiene correspondencia en ninguna de las legislaciones penales de nuestro entorno cercano. En el derecho comparado, por lo general, o bien se utiliza en todos los casos la palabra "corrupción" (*corruzione, corruption, corrupçao*) o bien se utiliza en todos los casos la palabra cohecho (*bribery* o *Bestechung*).

14. La ortografía de la palabra francesa *corruption* es idéntica a la del inglés *corruption*. Por ello, es conveniente aclarar que, en este segundo caso, la referencia es al idioma francés.

compraventa[15] cuyas características esenciales, que diferencian la compraventa corrupta de la compraventa lícita, serían esencialmente dos: por un lado, que el sujeto que vende mantenga una relación con la Administración pública; por otro, que el objeto del contrato sea un acto propio de la función de este sujeto. Cumplidas estas dos condiciones, en el sujeto y en el objeto, el negocio jurídico deviene ilícito y, como observaba el autor, debe ser duramente reprimido por el legislador penal.[16]

Al igual que otras construcciones, el modelo propuesto por Carrara de corrupción como compraventa tiene cualidades y defectos. Hay que valorar positivamente la simplicidad del mismo, si corrupción es compraventa indebida de un acto propio de un cargo, que tiene como vendedor a un sujeto público, es relativamente sencillo abordar desde este punto de partida la explicación de las distintas clasificaciones propuestas por la doctrina. Así, según el acto objeto del negocio jurídico sea, de por sí, legal o ilegal, se hablará, respectivamente, de corrupción *impropia* y *propia*; mientras que si tiene por objeto un acto ya realizado, aceptando una recompensa, o un acto futuro, comprometiéndose a realizarlo, se hablará, respectivamente, de corrupción *subsiguiente* o *antecedente*; y, finalmente, según que se analice la relación desde la óptica del comprador o del vendedor, se dirá que respectivamente estamos ante una corrupción *activa* o *pasiva*.

---

15. CARRARA, F. *Programma del corso di diritto criminale*. Florencia, 1924. vol 5, § 2545 en donde se lee textualmente que "la corruzione (o baratteria di magistrato) è dunque la vendita conslusa tra un privato e un pubblico ufficiale di un atto appartenente al ministero di questo, che, di regola, dovrebbe essere gratuito". KINDHÄUSER, U. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán. *Política criminal*, 2007. p. 5. Mencionan la posibilidad de describir la relación corrupta en estos términos, entre otros, también SPENA, A. *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 20 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 97; PAGLIARO, A. *Principi di diritto penale, parte special, Delitti contro la pubblica amministrazione*. Milán: Giuffrè, 2008. p. 150; COLOMBO, G. Stato di diritto e corruzione. I risultati delle indagini milanesi sui reati contro la pubblica amministrazione. *Cassazione Penale*, 1994, p. 2257 según el cual "la característica fundamental de la corrupción, su esencia consiste en el hacer compraventa (*mercimonio*) de la función pública, cualquiera que ella sea". Define la corrupción como una compraventa, también NIETO MARTÍN, A. Corrupción y abuso de poder. In: GÓMEZ RIVERO, C. (coord.). *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial*. Madrid: Tecnos, 2010. p. 751; por último, véase también VICENTE MARTÍNEZ, R. (de). Op. cit., p. 557.

16. CARRARA, F. Op. cit., loc. cit.

Pero este modelo de explicación del contenido de la corrupción no da una respuesta satisfactoria a otras cuestiones. Pues, por un lado, al hacer hincapié en la relación del sujeto vendedor con la Administración pública, el esquema de la compraventa ilícita explica claramente en qué consiste la corrupción del servidor público pero no aporta nada respecto al contenido de la corrupción privada. Pues esta se caracteriza justamente por el hecho que el autor del cohecho pasivo no mantiene relación alguna con la Administración pública, definición negativa de la corrupción entre particulares. Además, este modelo que ahora se analiza tiene un indudable valor descriptivo pero aporta más bien poco desde un punto de vista axiológico. Pues, limitarse a afirmar que la corrupción, tal como esta tipificada en los Códigos Penales de Italia, Francia, Bélgica, Portugal o Brasil es una compraventa con determinadas características, no ayuda el intérprete a individualizar el objeto de protección del injusto típico o a responder a la pregunta sobre el por qué ha de sancionarse la corrupción.

Desde una perspectiva *de lege ferenda* y precisamente en aras a obviar estos problemas, la doctrina, sobretodo anglosajona, ha desarrollado algunas variantes al modelo de la corrupción como compraventa.[17] Los autores que siguen esta orientación, a la hora de aproximarse al análisis de la problemática subyacente a la tipificación de la corrupción entre particulares, han defendido un esquema basado en la relación principal-agente. Conforme a este modelo, la relación corrupta es una relación esencialmente...a tres: *él*, *ella y...el otro*.[18] *Él* es el principal que establece una relación de agencia con *ella*, el agente. Este último pasa así a ocupar una posición cualificada ya que el principal, a cambio de otorgarle ciertos poderes, por ejemplo, actuar en nombre y por cuenta de él, le exige el cumplimiento de ciertos *deberes* relacionados con su posición, todos ellos pueden ser englobados en un genérico deber de actuar en interés del

17. Entre otras, cabe ahora recordar el modelo "del pago ilícito" que hace hincapié en la presencia de normas jurídicas extrapenales que prohíben la recepción del cualquier beneficio por parte del sujeto vendedor; el modelo "de la influencia ilícita" que hace hincapié en el hecho que el sujeto vendedor, a raíz de la recepción de la ventaja, modifica su forma de actuar; el modelo de la "conducta ilícita" que hace hincapié en la ilicitud de lo que promete el vendedor a cambio del beneficio obtenido. Véase, para una panorámica general el documento elaborado por la *Law Commission* de Inglaterra y Gales de cara a la reforma de la penalización de la corrupción. El análisis previo se encuentra disponible en la página www.lawcom.gov.uk/closed_consultations.htm.

18. La expresión es de SPENA, A. Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali. *Cassazione Penale*, 2007, p. 809 y ss. que hace referencia a la *role responsability*.

principal.[19] La existencia de esta relación, más exactamente de esta *posición* del agente, es presupuesto necesario de toda corrupción. El cohecho se produce cuando la relación principal-agente se ve perturbada por la intervención del... *otro* que consigue comprometer al agente a quebrantar sus deberes vinculados a su posición o, si se prefiere, a... "traicionar" al principal, es decir, *el otro* "compra" el quebrantamiento de los deberes.[20]

Este esquema –que se presenta como una variante del de la compraventa, más que como una alternativa[21]– tiene la ventaja de explicar tanto la corrupción en el sector público como la corrupción en el sector privado. En el caso del sector público, la Administración actúa como principal del servidor público. En función de una relación que podríamos definir de agencia, el servidor público adquiere una posición *cualificada* por la que, a cambio de la concesión de ciertos *poderes*, se encuentra vinculado a actuar en el interés del principal--Administración y a hacerlo respetando ciertas reglas.

En el caso del sector privado, objeto primordial de ese estudio, un centro de intereses distinto a la Administración, normalmente una empresa, instaura

19. Véase, sobre este punto, SPENA, A. Punire... cit., loc. cit.

20. En este sentido, FORTI, G. La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione. In: ACQUAROLI, R.; FOFFANI, L. Op. cit., p. 294 y ss. Sobre la reconstrucción de la corrupción como quebrantamiento de las reglas que subyacen a la relación principal-agente, cfr. también DELLA PORTA, D.; VANNUCCI, A. *Un paese anormale. Come la clase política ha perso l'occasione di tangentopoli*. Roma: Laterza, 1999. p. 208; DELLA PORTA, D. *Lo scambio occulto. Casi di corruzione politica in Italia*. Bolonia: Il Mulino, 1992. p. 13 y ss.; STESSENS, G. The Internacional fight against corruption. *Internacional Review of Penal Law*, 2001. p. 894. Véase también MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal, parte especial*. 18. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 1017 quien define la corrupción como un abuso del poder delegado al funcionario por la administración.

21. Según algunos autores, la violación de las reglas subyacentes a la delegación de poderes por parte del principal al agente, es decir, de aquellas normas (escritas o no) que obligan al agente a una actuación *fiel*, privilegiando el interés del principal incluso en perjuicio del propio, daría lugar a una corrupción en sentido amplio (el inglés *corruption* o el alemán *Korruption*) mientras que, cada vez que el quebrantamiento de las reglas que son condiciones de la delegación de poderes es consecuencia de una dádiva o de una promesa de cualesquiera utilidades (o, utilizando otra terminología, es objeto de un contrato de compraventa), podremos hablar de corrupción en sentido estricto (el inglés bribery o el alemán Bestechung-Bestechichkeit). Así, por ejemplo, FORTI, G. Op. cit., loc. cit. En el mismo sentido, ANNONE, M.; ILIOPULOS, E. *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*. Milán: Vita e Pensiero, 2005. p. 33 y ss. Cfr. también SEMINARA, S. Gli interessi tutelati nei reati di corruzione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1993. p. 991.

una relación con un agente, típicamente un trabajador de la empresa, por la que éste, a cambio de ciertos *poderes*, por ejemplo actuar en nombre y por cuenta de la empresa, adquiere ciertos deberes, por ejemplo, actuar en el interés de la empresa y hacerlo respetando las reglas que le incumben como agente que opera en el mercado. En ambos casos, tanto en el ámbito público como en el privado, se entiende la *corrupción* como aquella "compraventa" que tiene como fin el quebrantamiento de los deberes adquiridos, vinculados a la posición de "agente".

Como tendremos ocasión de examinar más adelante, este esquema plantea más de un problema. En primer lugar, resulta extremadamente complejo individualizar cuales son los deberes cuyo quebrantamiento, motivado por un beneficio, queda integrado dentro de la corrupción. En el caso de la corrupción pública, el cohecho administrativo, la doctrina ampliamente mayoritaria, tanto italiana como española, parece estar de acuerdo en señalar la imparcialidad como el deber cuyo quebrantamiento fundamenta la sanción.[22] En el caso de la corrupción en el sector privado, en cambio, el debate permanece abierto, ya que no existe acuerdo sobre quien es el sujeto pasivo en este delito, es decir, quien es el interesado en que la relación entre *él* y *ella*, entre la empresa y su empleado, se desarrolle dentro del respeto a las reglas establecidas.

Una primera línea de interpretación, centra su análisis en lo que puede calificarse como una dimensión *privada* de la corrupción entre particulares, según ella el derecho penal ha de asumir la protección del interés del principal a que el agente no le *traicione*. Frente a esta posición, la consideración de una dimensión *pública* de la corrupción entre particulares, fundamenta la intervención penal en la necesidad de tener presente el interés de terceros, fundamentalmente los competidores del corruptor y/o los consumidores, a en que esta relación de agencia, como ya hemos dicho, normalmente una relación empresa-trabajador, se desarrolle en el respeto de las reglas dispuestas a su tutela. La posición que se asuma es rica en consecuencias, pues parece evidente que el interés del principal, en determinados supuestos, puede incluso colisionar con el de los terceros interesados.[23]

---

22. En este sentido, la doctrina absolutamente mayoritaria. Ello no obstante, sobre todo en jurisprudencia, se siguen defendiendo puntualmente planteamientos tradicionales que deberían considerarse ya superados (véase v.g. lo afirmado por SÁNCHEZ MELGAR, J. La corrupción en el sector privado. *Revista Jurídica Gallega* 63/15).

23. Recuérdese que "es (...) perfectamente explicable que uno de los mayores enemigos del sistema competitivo sean las propias empresas, que tratan de ponerse de acuerdo para no competir o para reducir la competencia entre ellas" (así BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de derecho mercantil*. 8. ed. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2007. p. 293.

El otro problema conexo con la adopción del modelo agente-principal es que favorece la confusión entre dos planos que la doctrina, no siempre diferencia con claridad, el del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el pacto corrupto y el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el acto-consecuencia del pacto corrupto, es decir, diferenciar entre el pacto y la actuación objeto del pacto. Dicho en otras palabras, si se entiende la corrupción como compraventa de una actuación, habrá que diferenciar entre el interés en que dicha compraventa no se produzca y el interés en que no se lleva a cabo la actuación comprada.

Si el análisis se centra sólo en el perjuicio resultante del acto realizado por el corrupto a consecuencia del *pactum sceleris*, habrá que llegar a la conclusión de que el acuerdo remuneratorio representa sólo un peligro de que dicho acto se realice. En este sentido, existe unanimidad en la doctrina, al afirmar que el cohecho se consuma en el momento en que los dos sujetos llegan a un acuerdo, siendo absolutamente irrelevante que el acto objeto del acuerdo resulte efectivamente realizado.[24]

Ahora bien, la explicación de la corrupción basada en una relación de agencia hace especial hincapié en la violación de los deberes que le incumben al agente en cuanto titular de una posición cualificada. Por lo que, en el caso de la corrupción pública, el cohecho, quizás sea posible argumentar la existencia de un deber de imparcialidad en el procedimiento de toma de decisiones que resulta lesionado ya en el momento en el que el agente acepta la remuneración para realizar una actividad propia de su función, con independencia de que esta actividad se lleve realmente a cabo y de que la misma sea, de por sí, conforme o contraria a sus deberes.[25] Dicho en otras palabras, en este marco, parecería posible afirmar que el ordenamiento penal se hace cargo de la protección de un bien jurídico que se ve lesionado en el mismo momento en el cual se produce la compraventa, la *traición* se produce en el mismo momento en el que el funcionario se vende.

---

24. Piénsese en el siguiente ejemplo: el sujeto A paga a B para que realice el acto X. Habrá que distinguir entre el interés en que A no pague a B (para la realización del acto X) y el interés en que B no realice el acto X. Para que exista corrupción, no es preciso que el acto X se realice siendo suficiente el pacto entre A y B. Si asumimos que existe un interés en que A no pague a B (para que realice el acto X), diremos que la corrupción es delito de lesión; si tan sólo nos interesa que B no realice X, diremos que la corrupción es delito de peligro abstracto.

25. No queda sino remitir al texto dactilografiado de la tesis doctoral de CERINA, G. D. M. *La lucha contra la corrupción en el siglo XXI: el papel del derecho penal. Estudio crítico del delito de cohecho en Italia y en España*. Salamanca, 2010. p. 536 y ss.

Pero, en el caso de la corrupción en el sector privado, naturalmente, las cosas resultan más complicadas pues la explicación que se de al contenido de la misma va a depender de la posición que se siga en el ya apuntado debate respecto a la determinación del sujeto pasivo del delito, que a su vez esta condicionado por la respuesta que se de cual es el bien jurídico protegido en estos delitos. Como se tendrá ocasión de observar los caminos que se siguen en los instrumentos internacionales y por las distintas legislaciones no son coincidentes y reflejan fundamentalmente los dos caminos apuntados.

3. LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES. LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

3.1 Introducción

La internacionalización es uno de los signos de identidad del mundo actual y con carácter general condiciona el contenido de las distintas ramas del ordenamiento jurídico, también el del Derecho Penal.

La internacionalización se proyecta de modo notable sobre las relaciones económicas, tanto sobre la estructura empresarial, como sobre las relaciones concretas que van más allá de las fronteras de los Estados. La libre circulación de capitales, de mercancías o de profesionales es un rasgo de nuestro momento histórico.

Esta realidad aparece favorecida y a su vez condiciona su actuación, por la existencia de estructuras e instituciones supranacionales, baste recordar a titulo de ejemplo, Naciones Unidas o la Unión Europea.

En este nuevo marco, política y económicamente condicionado, hay que aceptar la presencia de conductas que deben ser reguladas para garantizar el mantenimiento de los distintos modelos constitucionalmente contemplados. Si esto es así también hay que contar con la presencia de comportamientos que se aparten de los comportamientos esperados, que puedan ser contrarios a derecho.

Estos comportamientos llegan a alcanzar una dimensión internacional, por que sus efectos afecten a varios Estados, por la naturaleza internacional del sujeto o sujetos implicados o por la naturaleza misma de la relación económica. La gran cuestión es establecer una política criminal adecuada para evitar estas actuaciones, lo que pasa por aproximar el contenido de las legislaciones y por la colaboración policial y procesal entre los distintos Estados. A todo ello hay que añadir la gran cuestión de si las instituciones y razonamientos dogmáticos derivados de los Códigos del XIX deben ser revisadas o pueden ser adaptadas para dar una respuesta adecuada, eficaz pero con garantías, a toda esta nueva realidad.

Muchas de las conductas de corrupción privada son paradigmáticas de esta nueva realidad económica internacionalmente condicionada y han hecho que desde distintos organismos e instituciones internacionales tanto públicas como privadas se hayan propuesto respuestas para su erradicación, es decir, para determinar cual debe ser el contenido de una política criminal, no sólo una política penal, eficaz frente a ellas.

La doctrina cuando aborda la problemática de esta dimensión de la corrupción y a la hora de justificar la existencia de estos instrumentos internacionales, además de la apuntada reflexión sobre el carácter económico de la corrupción,[26] ha hecho también hincapié en elementos conexos con la lealtad competencial en el mercado global.

En particular, se ha subrayado el efecto de la presión sobre la comunidad internacional llevada a cabo por los Estados Unidos para alcanzar la armonización de las legislaciones nacionales anticorrupción. Esta actuación tiene lugar a partir de finales de la década de los '70 y principios de la década de los '80 del siglo pasado y se vincula a la aprobación del *Foreign Corrupt Practice Act*. Por medio de este acto legislativo y como consecuencia de un escándalo que sacudió la opinión pública norteamericana, se introdujo en ese país la prohibición para las empresas nacionales de sobornar a funcionarios públicos extranjeros.

La explicación de esta presión de los Estados Unidos[27] sobre la comunidad internacional hay que buscarla en la pretensión de que las empresas de ese país no se vieran en el marcado internacional en una posición de desventaja respecto a las de otros países. Pues, mientras que la normativa estadounidense, la FCPA, privaba a las empresas de ese país de una importante herramienta comercial, las de otras nacionalidades podían continuar valiéndose del soborno de funcionarios extranjeros toda vez que el mismo podía ser considerado lícito por sus ordenamientos nacionales. Ciertamente esta es una de las razones que están detrás del intento de armonizar las legislaciones penales anticorrupción llevado a cabo por la comunidad internacional, muy especialmente de la corrupción de funcionarios extranjeros.

Pero en materia de corrupción entre particulares, la explicación del contenido de los convenios internacionales es más compleja. Pues, no puede desconocerse que con anterioridad a los movimientos de internacionalización ya las

26. La creciente facilitad de circulación de capitales entre un país y otro, sería una de las principales razones que motivan una respuesta global frente a la criminalidad económica.

27. Presión que culminó con la aprobación de la Convención de OCDE sobre corrupción del funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales

empresas alemanas, inglesas, danesas, francesas entre otras tenían prohibido por sus respectivos ordenamientos sobornar a personal de otras empresas. Este dato ayuda a explicar la posición de las delegaciones de estos países cuando promueven la inclusión de normas sobre corrupción privada en los instrumentos jurídicos internacionales de lucha contra la corrupción,[28] y que incluso contribuye a entender por que solicitan, dentro de la Unión Europea, la adopción de herramientas supranacionales dirigidas a la incorporación en las legislaciones de los países miembros de un delito de cohecho entre particulares.[29]

En el caso de la corrupción del funcionario público extranjero, probablemente se ha pensado: "en un mercado global, lo que no puede hacer Lookheed, tampoco debe poder hacerlo Embraer". Pero, en el mismo orden de ideas, no parece descabellado pensar que, en el caso de la corrupción entre particulares, entre otras cosas, se ha considerado que "en un mercado global, lo que no pueden hacer Volkswagen o Renault, tampoco deberían poder hacerlo Fiat o General Motors".[30]

Todo lo expuesto explica que hoy existan herramientas jurídicas supranacionales que promueven la tipificación de la corrupción entre particulares. El que la mayoría de ellas haya sido adoptada en Europa y tenga como destinatarios países esencialmente europeos, se debe a la existencia de las instituciones europeas y muy especialmente de la propia Unión Europea. Pues la internacionalización de cualquier ámbito del Derecho tiene una mayor dimensión cuando mayor se la solidez de la estructura internacional que le da soporte.

---

28. Véase, por ejemplo, la contribución de Austria y de Holanda en la redacción del art. 21 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (véase documento A/AC.261/IPM/4).

29. Obsérvese que el Código Penal danés cuenta con un delito que sanciona la corrupción entre particulares desde el año 1930. Y fue precisamente el Reino de Dinamarca quien impulsó la adopción de una Decisión Marco sobre corrupción privada en el ámbito de la Unión europea.

30. En este sentido, véase el I considerando de la Iniciativa del Reino de Dinamarca con vistas a la adopción de una Decisión relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (2002/C 184/04) en el que se afirma que "junto con la mundialización, los últimos años han traído un aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios, por lo que la corrupción en el sector privado de un Estado miembro ha dejado de ser un problema meramente interno, para convertirse en un problema también transnacional, que se aborda más eficazmente mediante una actuación conjunta de la Unión Europea". Sobre la necesidad de contar con reglas "iguales para todos" como condición necesaria para el funcionamiento del mercado común, véase, entre muchos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. Op. cit., p. 300 y ss.

Pero, hay que subrayar que el instrumento jurídico internacional de lucha contra la corrupción de mayor *envergadura* a escala mundial es, sin lugar a dudas, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2003, cuyo contenido, como en su momento veremos, obliga a los países signatarios, entre los cuales, se encuentra Brasil,[31] a considerar la posibilidad de tipificar como delito el soborno entre particulares.

Como tendremos ocasión de analizar con mayor detenimiento en las siguientes páginas, el contenido de todos los convenios internacionales que propugnan la tipificación de conductas de corrupción en el sector privado puede ser explicado desde el esquema de la compraventa en su variante que insiste sobre la relación principal-agente. Con carácter general, en todas las formulaciones propugnadas del delito de corrupción, este se estructura sobre las siguientes características:

1. un sujeto no cualificado que compra o quiere comprar una actuación a un sujeto cualificado;

2. un sujeto cualificado, por mantener una cierta relación con una entidad del sector privado, que vende o quiere vender una actuación en contra de sus deberes.

En cambio, no existe unanimidad en la respuesta a alguna de las interrogantes que apuntábamos en el epígrafe anterior. En concreto, las posturas varían a la hora de determinar, cuáles son los concretos deberes cuya violación determina la relevancia penal de la corrupción entre particulares. Tampoco existe acuerdo en el establecimiento de la relación de sujetos cualificados que pueden ser sujetos de estos delitos y, finalmente, existe discrepancia en la determinación de cual es el bien jurídico protegido, con las obvias consecuencias dogmáticas que se vinculan a tal decisión.

Sobre este punto de partida analizaremos brevemente los preceptos contenidos en los tres principales instrumentos jurídicos supranacionales, haciendo especial hincapié en la respuesta que en ellos se da a estas cuestiones y, en consecuencia, en las principales características que ha de asumir el tipo penal "corrupción entre particulares" en los ordenamientos de los Estados que suscriben estos convenios.

Los textos que analizaremos serán: la Convención de Derecho Penal sobre corrupción de 1999, elaborado en el seno del Consejo de Europa y que abarca tanto la corrupción pública como la privada; la Decisión Marco de 2003 del Consejo Europeo que tiene por objeto la corrupción en el sector privado y la

31. La Convención de Mérida fue ratificada por Brasil el día 15.06.2005.

Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003, que se pronuncia tanto sobre la corrupción en el sector público como en el privado.

3.2 La Convención de Derecho Penal sobre corrupción del Consejo de Europa[32]

Desde el preámbulo de la Convención de Derecho penal sobre Corrupción del Consejo de Europa,[33] queda patente que la idea de la que parten sus compiladores va mucho más allá de la tradicional concepción de la corrupción entendida como fenómeno exclusivamente relacionado con la imparcialidad y el buen funcionamiento de la Administración Pública.[34] De acuerdo con el Preámbulo, la corrupción objeto del Convenio se considera una amenaza para "el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos", pues "debilita el buen gobierno, la equidad y la justicia social, distorsiona la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad".

---

32. La tabla actualizada de los países que han firmado y ratificado este Convenio está disponible en la página http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=173&CM=8&DF=4/4/2008&CL=ENG, El texto oficial del Convenio está disponible en la página http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/173.htm.

33. El Convenio fue abierto a las firma en la ciudad de Estrasburgo el día 27.01.1999. Pueden ratificarlo los Estados que hayan participado en su elaboración y está abierto al acceso de todo demás país. Entre los países no miembros, a fecha de hoy, la Convención ha sido ratificada por Bielorrusia y ha sido firmada por México y por Estados Unidos. La Convención de Derecho Penal contra la Corrupción entró en vigor el día 01.07.2002, al lograrse las 14 ratificaciones necesarias.

34. Sostienen que "imparcialidad" y/o "buen funcionamiento" de la Administración Pública representan el bien jurídico protegido por los delitos de corrupción, entre otros: SEGRETO, A.; DE LUCA, G. *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1995. p. 453 y ss.; VASSALLI, G. Corruzione propria e corruzione impropria. *La Giustizia Penale*, 1979. p. 326; BRICOLA, F. Tutela penale della Pubblica amministrazione e principi costituzionali. *Temi*, 1968. p. 563 y ss.; DUPUIS, M. B. *La corruzione*. Padua: Cedam, 1995; MIRRI, M. B. I delitti di corruzione: disciplina positiva e prospettive di riforma. *La Giustizia Penale*, 1987. p. 130; TAGLIARINI, F. *Il concetto di Pubblica Amministrazione nel Codice Penale*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 189 y ss.; para un referencia al principio de imparcialidad de la actividad de la Administración Pública como bien jurídico protegido por los delitos de cohecho, véase también VALEIJE ÁLVAREZ, I. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1995. p. 25 y ss.; RODRIGUEZ PUERTA, M. J. *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Aranzadi, 1999. p. 66 y ss.; sostienen que el bien jurídico protegido por los delitos de cohecho es el "correcto funcionamiento de la Administración Pública" OLAIZOLA NOGALES, I. Op. cit., p. 89 y ss.

La consideración de tales consecuencias derivadas de los comportamientos "corruptos" parece motivar la tipificación, junto con la tradicional corrupción "pública" (arts. 1-6), la de la corrupción en el sector privado (arts. 7 y 8).

La lectura del *Explanatory Report*,[35] pone de relieve las razones que han llevado al legislador internacional ha considerado conveniente la utilización del ordenamiento penal frente a la corrupción (*bribery*) privada.

En primer lugar, se entiende que los actos de corrupción en el sector privado representan una vulneración de los valores de *lealtad* y *confianza* necesarios para el mantenimiento y el desarrollo de las relaciones sociales y económicas. El menoscabo de estos valores puede ser consecuencia tanto de la corrupción en el sector público, como del soborno en el sector privado, lo que desautoriza regular de forma distinta relaciones iguales, con el sólo argumento que unas conciernen al sector público y otras al sector privado.[36]

Además, la penalización de la corrupción en el sector privado es necesaria para asegurar el respeto de las reglas que posibilitan una *competencia leal*.[37]

Finalmente, no hay que olvidar que en las últimas décadas, los masivos procesos de privatización han tenido como consecuencia la transferencia de funciones tradicionalmente prestadas desde el sector público al ámbito privado. Esta situación ha llevado consigo la necesidad de que controles tradicionalmente utilizados en el sector público sean extendidos también al sector privado, debido a la creciente importancia social de las actividades desempeñadas por éste.[38] Entre estos *controles*, estaría la prohibición de aceptar sobornos indebidos.

---

35. Cuyo texto integral en inglés es consultable a la página: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/173.htm.

36. Literalmente: "corruption in the private sphere undermines values like trust, confidence or loyalty, which are necessary for the maintenance and development of social and economic relations. Even in the absence of a specific pecuniary damage to the victim, private corruption causes damage to society as a whole. In general, it can be said that there is an increasing tendency towards limiting the differences between the rules applicable to the public and private sectors. This requires redesigning the rules that protect the interests of the private sector and govern its relations with its employees and the public at large". Así el *Explanatory Report*, párrafo 52.

37. Así el *Explanatory Report*, párrafo 52 donde se afirma literalmente que "(...) criminalisation of private sector corruption was necessary to ensure respect for fair competition".

38. Así el *Explanatory Report*, párrafo 52 donde se afirma literalemente que (...) it also has to do with the privatisation process. Over the years important public functions have been privatised (education, health, transport, telecommunication etc). The

Por estas razones, el art. 7 del Convenio (bajo el título *Active Bribery in the Private Sector*) dispone que:

"Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes."[39]

El siguiente artículo, bajo la rúbrica, "corrupción pasiva en el sector privado" (*Pasive Bribery in the Private Sector*), obliga a los Estados parte para que adopten:

"Las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de que una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado solicite o reciba, directamente o por mediación de terceros, una ventaja indebida o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes."[40]

Para el cumplimiento del contenido de estos artículos por los distintos legisladores nacionales resulta ciertamente de gran ayuda el ya mencionado *Explanatory Report*, pues son varias las interrogantes que deja abierta la redacción de estos preceptos.

Pero, la Convención de Derecho penal sobre Corrupción del Consejo de Europa cuenta con una gran ventaja respecto a los otros textos internacionales

---

transfer of such public functions to the private sector, often related to a massive privatisation process, entails transfers of substantial budgetary allocations and of regulatory powers. It is therefore logical to protect the public from the damaging effects of corruption in businesses as well, particularly since the financial or other powers concentrated in the private sector, necessary for their new functions, are of great social importance". Sobre la falta de relación proporcional entre privatización y disminución del nivel de corrupción, véase LORA, E.; PANIZZA, U. Globalización y reformas estructurales en América latina: lo que funcionó y lo que no. *Revista Asturiana de Economía*, n. 24, 2002. p. 27 y ss.

39. La traducción al español es la incluida en el *BOE* de 28.07.2010 en el cual se publica el instrumento de ratificación del Convenio del Reino de España.

40. La traducción al español es la incluida en el *BOE* de 28.07.2010 en el cual se publica el instrumento de ratificación del Convenio del Reino de España.

sobre esta materia. Pues, a partir del año 2007, el Grupo de Estados contra la Corrupción, Greco,[41] en cumplimiento de lo establecido en el art. 24 de esta Convención,[42] ha empezado su tercera ronda de evaluación. En la primera fase de esta ronda,[43] se lleva a cabo un examen comparativo de la legislación penal de los Estados miembros[44] con el contenido de la Convención de Derecho penal sobre Corrupción. El resultado de este análisis que ya se ha publicado respecto un amplio número de países, permite extraer numerosas indicaciones acerca de la correcta interpretación de los arts. 7 y 8 de la Convención.

Teniendo en cuenta el contenido del Explanatory Report y las indicaciones del Greco se pueden formular una serie de indicaciones respecto a los problemas a resolver en la aplicación de los mencionados arts. 7 y 8 de la Convención.

La primera cuestión a resolver es la de la determinación de los posibles sujetos pasivos de la corrupción privada, quien puede ser corrompido. Como ya se adelantó, es evidente que la primera característica de la corrupción privada es justamente el hecho de ser "privada", es decir, no-pública, por lo que se va a establecer la relevancia penal de conductas llevadas a cabo por sujetos no--públicos, definición negativa de la corrupción en el sector privado.[45]

Pero sobre este punto de partida, para quedar incluido dentro de los comportamientos penalmente relevantes se precisa que el corrupto, el *traidor*, de-

41. Como se aclara en el art. 1 del Estatuto del Greco, "la finalidad del Grupo de Estados contra la Corrupción es mejorar la capacidad de sus miembros para luchar contra la corrupción a través de un seguimiento, realizado a través de un proceso dinámico de mutua evaluación, de 'presión entre iguales (...)'". Para realizar dicho objetivo, de acuerdo con el art. 2 del propio Estatuto, el Greco "1. comprueba la observancia de los Principios-guía para la lucha contra la corrupción adoptados por el Comité de Ministro del Consejo de Europa el día 6 de Noviembre de 1997; 2. comprueba la implementación de los instrumentos jurídicos internacionales a adoptarse en observancia de las disposiciones contenidas en dichos instrumentos". El Capítulo III de la Convención de derecho penal sobre corrupción (rubricado "Seguimiento de la aplicación"), incluyera el art. 24.

42. "El Grupo de Estados contra la Corrupción (Greco) se encargará del seguimiento de la aplicación del presente Convenio por las Partes .

43. Menos relevante, a nuestros efectos, la segunda fase de esta tercera ronda que insiste sobre el análisis de la reglamentación de la financiación de los partidos políticos.

44. Estados miembros del Greco y no necesariamente de la Convención.

45. La Convención del Consejo de Europa contra la Corrupción deja completa libertad a los Estados miembros, estableciendo que, siendo sujeto activo del delito de cohecho el "funcionario público" (*public oficial*), dicha categoría ha de entenderse según la definición que de ella proporciona el ordenamiento nacional en el que el sujeto presta sus funciones.

sempeñe un cierto *rol* o tenga una determinada *posición*, por la que tenga ciertos deberes hacia un determinado centro de intereses. Si continuamos con el empleo de la metáfora que hemos utilizado líneas arriba, para que tenga exista una *traición*, es necesario que previamente exista un vínculo que pueda ser *traicionado*.

Si continuamos en esta línea de razonamiento de acuerdo con lo dispuesto por el Convenio que se analiza, para que el sujeto pueda llegar a convertirse en corrupto, definición positiva de la corrupción privada, es preciso que el mismo "dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado". Como nos indica el *Explanatory Report*, el abanico de posibles sujetos activos ha de entenderse muy amplio.[46] En este sentido, el término "entidad" engloba no sólo a las personas jurídicas sino también a las personas físicas que, de alguna manera, ejerzan una actividad comercial. Es decir, "entidad del sector privado" es toda entidad cuyo propietario, enteramente o como accionista mayoritario, sea un particular.

Establecida la condición de entidad privada, el convenio respecto a los eventuales sujetos susceptibles de corrupción contempla dos opciones. La primera está determinada por el hecho de que "trabaje en cualquier calidad". Con esta expresión se hace referencia no sólo a cualquier relación empleado-empleador, sino que también comprende a sujetos que no tienen el *status* de empleados o no trabajan de forma permanente para la empresa, como es el caso de consultores, agentes comerciales, abogados[47] etc., siempre que la actividad que desarrollen pueda determinar la responsabilidad de la empresa. La segunda opción aparece vinculada al alcance que se dé al término personas que *dirigen*. En él se consideran incluidos como posibles sujetos activos del delito de corrupción pasiva todos los que, en sentido amplio, desempeñan funciones directivas, con independencia de la posición que ocupen en la escala jerárquica de la entidad. Así, quedan comprendidos dentro de esta norma, los *managers*, los miembros de la junta directiva y todo el que, en general, como recuerda explícitamente el *Explanatory Report*, ocupe un cargo en la empresa. Sin embargo, debe subrayarse que quedan excluidos los simples accionistas.

En las primeras páginas de este estudio indicábamos el carácter esencial que la determinación del sujeto pasivo del delito y el bien jurídico protegido, presentaba para establecer el contenido de la corrupción privada penalmente relevante.

---

46. Véase *Explanatory Report*, párrafo 24. En el mismo sentido, MUSCO, E. Politica criminale in materia di corruzione privata. In: AA.VV. *Corrupción en el sector privado*, Korupcja w sektorze prywatnym: harmonizacja ustawodawstwa karnego w zakresie zwalczania przestepstw finansowych, wyludzen i korupcji, oszustwo informatyczne i przestepstwa w internecie : materialy z konferencji w Krakowie 10-13 lipca 2003. Varsovia, 2003. p. 34.

47. En este sentido, véase el párrafo 25 del *Explanatory Report*.

También se apuntaba que, en principio, se presentaban dos opciones, un modelo *privado*, en el que el sujeto pasivo del delito es el principal traicionado, y un modelo *público* en el que el sujeto pasivo del delito es, según algunos, los competidores del corruptor y los consumidores y, según otros, la entera colectividad.

Como acontece a menudo en los Tratados internacionales, el texto del Convenio que ahora comentamos no contiene elementos determinantes que solucionen claramente este debate. Aunque, como subraya el *Explanatory Report*,[48] el contenido de la corrupción en el sector privado tal y como aparece recogido por el Tratado del Consejo de Europa, esta condicionado por el que el propio Convenio da a la corrupción pública. En otras palabras, mientras que los arts. 1 y 2 del Tratado sancionan el soborno del funcionario público para que éste actúe *en el ejercicio de sus funciones*, con independencia de que la actuación sea conforme o contraria a sus deberes, los arts. 7 y 8 limitan la relevancia de la corrupción entre particulares a los casos en los que la finalidad del soborno es que el corrupto actúe *en violación de sus deberes*. El examen del *Explanatory Report*, profundiza en esta dirección y entiende que, con la criminalización del cohecho público, se trata de proteger la *transparencia* e *imparcialidad* de la Administración Pública que se ve lesionada con independencia de que el corrupto efectivamente actúe en contra de sus deberes, por lo que basta con la aceptación de un soborno para decidir algo en el ejercicio de sus funciones. Mientras que, entiende el *Explanatory Report*, el delito de corrupción privada se presenta como guardián de la *fiducia, confianza* y *lealtad* sobre las que se basa toda relación de derecho privado. Estas obligaciones, normalmente derivan del contrato de trabajo o de agencia. Por lo que, "el empleado, socio, directivo que acepta un soborno para actuar u omitir actuar de una forma contraria a los intereses *de su principal* estará traicionando la confianza que le ha sido acordada y la lealtad que le debe *a su principal*. Esto justifica la tipificación como delito de la corrupción en el sector privado".[49]

Por ello, el Convenio parece tener presente el *modelo privado* de la corrupción entre particulares: el sujeto pasivo del delito es el principal traicionado y el bien jurídico protegido está relacionado con los intereses *particulares* de este sujeto. Esto encuentra confirmación en el énfasis que se hace en el hecho que el corrupto actúa *en secreto*, sin el conocimiento de su principal, "en el carácter oculto del beneficio más que en el propio beneficio", sigue el *Explanatory Report*, "está la esencia del delito. Tal comportamiento secreto amenaza los intereses de la entidad del sector privado".

El contenido del Convenio, por otro lado, parece pretender limitar la relevancia penal de la corrupción en el sector privado a las actividades con fin

48. Párrafo 55.

49. Idem.

de lucro. Pues, a tenor de lo dispuesto por los arts. 7 y 8 del Convenio, las conductas de soborno en el sector privado asumen relevancia penal en tanto en cuanto se realicen "en el curso de una actividad mercantil". Como aclara el *Explanatory Report*, ello excluye de la relevancia penal a las actividades *non-profit oriented*.[50] Esta limitación, según los autores del *Report*, se debe a que el sector comercial se presenta como más vulnerable a este tipo de prácticas. Pero una formulación del delito en estos términos es problemática y, sobre todo, no completamente consecuente con la determinación del contenido bien jurídico protegido, que parece tener presente el Convenio.

Los autores del *Explanatory Report* son conscientes de esta situación y, un poco inesperadamente, subrayan que nada será óbice para que los legisladores nacionales vayan más allá de la literalidad de la norma y cubran así las posibles lagunas de punibilidad que resultarían de la trascripción literal del precepto.[51] En este mismo sentido, se insiste en que la expresión "actividad mercantil" ha de entenderse en sentido amplio, y comprender a "todo tipo de actividad comercial, con particular respecto al comercio de bienes y prestación de servicios, incluyendo servicios al público (transporte, telecomunicaciones etc...)".[52]

3.3 La Decisión Marco del Consejo Europeo de 22.07.2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado

El primer instrumento jurídico relacionado con la sanción penal de la corrupción entre particulares elaborado en el marco de la Unión Europea, fue la Acción común[53] de 22.12.1998 sobre la corrupción en el sector privado.[54] Esta

---

50. Dicha previsión, aclara el *Explanatory Report*, no constituye obstáculo alguno para que los Estados que ratifiquen este instrumento jurídico extiendan la sanción penal a conductas realizadas por este tipo de entidades.

51. Así el *Explanaroty Report*, párrafo 53.

52. Así el *Explanaroty Report*, párrafo 53.

53. Entre los años 1993 y 1999 (entrada en vigor del Tratado de Amsterdam), la acción común era instrumento normativo de la Unión Europea colocado por el Tratado constitutivo en el marco de las "Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior", y designaba una acción coordinada de los Estados miembros, en el nombre o en el marco de la Unión, a adoptarse cuando los objetivos de la Unión podían salir más beneficiados mediante una acción conjunta que mediante la actuación de los Estados miembros de forma aislada, debido a las dimensiones o a los efectos de la acción prevista.

54. *Diario Oficial*, n. L. 358 de 31.12.1998. Texto consultable a la página http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998F0742:ES:HTML. El art. 2 de la Acción común, establecía que "a efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción pasiva en el sector privado el acto intencionado de una persona que,

disposición fue adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, en adelante TUE, entonces vigente.[55]

---

directamente o por medio de terceros, solicite o reciba en el ejercicio de actividades empresariales ventajas indebidas de cualquier naturaleza, para sí misma o para un tercero, o acepte la promesa de tales ventajas, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones". El sucesivo art. 3 disponía que a efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción activa en el sector privado la acción intencionada de quien prometa, ofrezca o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona, para ésta o para un tercero, en el ejercicio de las actividades empresariales de dicha persona, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones . El art. 4 del texto legal *de quo*, obligaba a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para asegurar que las conductas de corrupción activa y pasiva en el sector privado, así como la complicidad en dichas conductas o la instigación a las mismas, sean objeto de sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias, que incluyan, al menos en los casos graves, penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición. Aparte de ello, el art. 5 obligaba los Estados miembros a introducir sanciones de naturaleza penal o administrativa para las personas jurídicas responsables de corrupción activa en el sector privado. Con respecto a la eficacia de las disposiciones contenidas en la Acción común, el art. 8 del texto legal establecía que los Estados miembros tendrán un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la misma para presentar propuestas adecuadas con objeto de que las autoridades competentes las estudien con vistas a su adopción. El Consejo, por su parte, se empeñaba a elaborar un informe, basándose en la información pertinente, acerca del cumplimiento por parte de los Estados miembros de las obligaciones derivadas de la Acción común al cabo de tres años de su entrada en vigor. Dicho ello, el texto legal matizaba la obligación de tipificar como delito las conductas referidas: los arts. 2.2. y 3.2. obligan a los Estados miembros para que adopten las medidas necesarias para asegurar que las conducta de corrupción activa y pasiva en el sector privado se tipifiquen como infracción penal, como mínimo, cada vez que supongan o puedan suponer una distorsión de la competencia, al menos en el marco del mercado común y que causen o puedan causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación o la ejecución irregular de un contrato. A parte de ello, el propio texto legal facultaba a todo Estado miembro para que estableciera sanciones de naturaleza distinta a la penal para los casos menos graves (art. 4.2.).

55. El art. K.1 T.U.E. en su versión precedente al tratado de Ámsterdam, con el que se da inicio al Título VI, definía los ámbitos de interés común en el marco de la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior. En este ámbito, decía el Tratado, "para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común los ámbitos siguientes: 1) La política de asilo; 2) Las normas por las que se rigen el cruce de personas por las fronteras exteriores de los Estados miembros y la práctica de controles sobre esas personas; 3) La política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados acerca de: a) las condiciones de acceso al territorio de los Estados

Con toda probabilidad el incumplimiento generalizado de las obligaciones contenidas en la Acción común por parte de los Estados miembros y el hecho de que la corrupción iba adquiriendo cada vez un mayor protagonismo en la agenda de la Unión Europea,[56] llevaron en el 2002, al Reino de Dinamarca a tomar la iniciativa encaminada a la adopción de un nuevo instrumento normativo que, sobre la base del contenido de la Acción común, afrontara la finalidad

---

miembros y de circulación por el mismo de los nacionales de terceros Estados; b) las condiciones de estancia de los nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros, incluidos el acceso al empleo y la reagrupación familiar; c) la lucha contra la inmigración, la estancia del trabajo irregulares de nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros; 4) La lucha contra la toxicomanía en la medida en que dicha materia no esté cubierta por los apartados 7 a 9 siguientes; 5) La lucha contra la defraudación a escala internacional en la medida en que dicha materia no este cubierta por los apartados 7 a 9 siguientes; 6) La cooperación judicial en materia civil; 7) La cooperación judicial en materia penal; 8) La cooperación aduanera; 9) La cooperación policial para la prevención y la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional, incluidos, si es necesario, determinados aspectos de la cooperación aduanera en conexión con la organización, a escala de la Unión, de un sistema de intercambios de información dentro de una Oficina Europea de Policía (Europol)." El sucesivo artículo K.3 disponía que en los ámbitos a que se refiere el artículo K.l, los Estados miembros se informaran y consultaran mutuamente en el seno del Consejo, con objeto de coordinar su acción. A tal fin establecerán una colaboración entre los servicios competentes de sus respectivas administraciones. 2. El Consejo podrá, – a iniciativa de cualquier Estado miembro 0 de la Comisión en las materias contempladas en los puntos 1 a 6 del artículo K.1; a iniciativa de cualquier Estado miembro en las materias contempladas en los puntos 7 a 9 del artículo K.1; a) adoptar posiciones comunes Y fomentar, en la forma y según los procedimientos oportunos, toda forma de cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión; b) adoptar acciones comunes, en la medida en que los objetivos de la Unión puedan alcanzarse mas fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados miembros en razón de las dimensiones 0 de los efectos de la acción de que se trate: el Consejo podrá decidir que las medidas de aplicación de una Acción común sean aprobadas por mayoría cualificada; c) sin perjuicio de 10 dispuesto en el art. 220 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales.

56. El VII considerando de la Decisión marco sobre corrupción en el sector privado menciona el punto 48 de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de los días 15 y 16.10.1999 de acuerdo con el cual "la corrupción es un ámbito de especial importancia a la hora de establecer normas mínimas sobre lo que constituye una infracción penal en los Estados miembros y las sanciones aplicables".

de "asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros".[57]

Mientras tanto, el Tratado de Ámsterdam había suprimido la "Acción común" como "instrumento normativo del tercer pilar", cooperación policial y judicial en materia penal,[58] y la había sustituido por las "decisiones"[59] y las "decisiones marco". Estas últimas[60] se utilizaron, hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa,[61] para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. La vía de las "Decisiones marco" obligaba a los Estados miembros a la consecución de un resultado, pudiendo las autoridades nacionales elegir la forma y los medios para alcanzarlo. Pero, según establecía el art. 34 b) TUE, en el caso de incumplimiento por parte de un Estado miembro, la Decisión marco no tenía, a diferencia de las Directivas, un efecto directo.[62] No obstante, la jurisprudencia del TCE reconocía su efecto

57. Así el décimo "considerando" de la Decisión marco.

58. El art. 29 T.U.E., con el que se da inicio al Título VI, es muestra eficaz de la idea de que la lucha transnacional contra los más graves fenómenos criminales se tiene que acompañar con la creación de una espacio supranacional con la finalidad última de ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia. Este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude, a través de tres vías de actuación: a) una mayor cooperación entre las fuerzas policiales, las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes de los Estados miembros, ya sea directamente o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol), de conformidad con lo dispuesto en los arts. 30 y 32; b) una mayor cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros, también mediante la Unidad Europea de Cooperación Judicial (Eurojust), de conformidad con lo dispuesto en los arts. 31 y 32; c) la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en el la letra e) del art. 31.

59. Art. 34.2.c, TUE.

60. Art. 34.2.b, TUE.

61. El Tratado de Lisboa entró en vigor el 01.12.2009.

62. Respecto de la obligatoriedad de las decisiones marco, una parte de la doctrina española (en particular QUERALT, J. J. *Derecho penal español, parte especial*. 6. ed. Barcelona: Atelier, 2010. p. 623) ha expresado sus dudas: después de la STJCE de 13.09.2005 en el asunto C-176/03 que anuló Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27.01.2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal

indirecto que se manifestaba en la obligación para el juez nacional de interpretar el Derecho nacional de conforme a lo establecido por las decisiones marco, naturalmente dentro del respeto al principio de legalidad.[63]

En este contexto jurídico, la iniciativa danesa llevó a que el 22.07.2003, se aprobara la Decisión marco del Consejo Europeo relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.[64]

El art. 4 de esta Decisión marco obliga a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para asegurar que los actos de corrupción activa y pasiva en el sector privado sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, y que incluyan una pena privativa de libertad de una duración máxima al menos de uno a tres años. La Decisión marco exige además que a toda persona física condenada por corrupción en el sector privado, al menos en los casos en que haya ocupado un puesto destacado en la empresa, se le prohíba temporalmente el ejercicio de esa actividad profesional o de una actividad comparable en un puesto o función similares, dentro del ramo de actividad de

---

(DO L 29, p. 55) y de la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo "Sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13.09.2005 dictada en el asunto C-176/03 (Comisión contra Consejo)" (Documento COM (2005) 583 final), sostiene el autor que las decisiones marco afectadas por el mismo vicio que afectaba la decisión marco anulada dejaron de ser obligatorias. La conclusión del autor no puede compartirse: en primer lugar, no parece poderse argumentar que, en ausencia de una pronuncia *ad hoc* del TJCE, una Decisión marco pierda eficacia (y el TJCE no se ha pronunciado en materia de corrupción entre particulares). En segundo lugar, no sobra recordar que, en la mencionada sentencia, el órgano de justicia comunitario reconoció que la competencia para dictar disposiciones relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros no debe entenderse limitada al antiguo III pilar sino que, en determinados ámbitos, también puede considerarse materia del antiguo primer pilar (se reconoció la posibilidad de utilizar directivas en lugar que decisiones marco en materia de Derecho penal del medio ambiente). Sin lugar a dudas, el resultado de la sentencia es reforzar el grado de obligatoriedad de los instrumentos comunitarios y no disminuirlo. Sobre este punto, entre otros cfr. NIETO MARTIN, A. Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal. *Revista General de Derecho Penal*, n. 3, mayo 2005. passim.

63. Cfr. en este sentido Sentencia TJCE C-105/03 en materia de Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15.03.2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. cfr. CASTILLO GARCÍA, J. F. La comunitarización del tercer pilar: un paso necesario para la consolidación del espacio penal europeo. *Revista General de Derecho europeo*, n. 11, 2006, en Iustel RI § 794239, p. 5 y ss.

64. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 192/54 de 31.07.2003, consultable la página [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:192:0054:0056:ES:PDF].

que se trate, cuando los hechos comprobados den motivos para pensar que existe un claro riesgo de que abuse de su posición o cargo mediante actos de corrupción activa y pasiva. Finalmente, los arts. 5[65] y 6[66] exigen la adopción de sanciones penales o administrativas para personas jurídicas, con o sin ánimo de lucro, responsables de corrupción en el sector privado, tanto en su vertiente activa, como pasiva, esta última no estaba contemplada por la Convención de Derecho penal del Consejo de Europa.[67]

Por su parte el art. 2 establece que deben ser sancionados penalmente por los Estados miembros, tanto supuestos de corrupción activa como pasiva.

Como casos de corrupción activa, se contemplan, prometer, ofrecer o entregar intencionadamente, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para

65. "Artículo 5 'Responsabilidad de las personas jurídicas' 1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones mencionadas en los artículos 2 y 3 cometidas en su provecho por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basado en: a) un poder de representación de dicha persona jurídica, o b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o c) una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica. 2. Además de los casos a que se refiere el apartado 1, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que pueda considerarse responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas mencionadas en el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica cometa en provecho de ésta una infracción del tipo descrito en los artículos 2 y 3. 3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 no excluirá el ejercicio de acciones penales contra las personas físicas implicadas como autoras, instigadoras o cómplices de una infracción del tipo descrito en los artículos 2 y 3."

66. "1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas consideradas responsables en virtud del apartado 1 del artículo 5 puedan ser castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y que podrán incluir otras sanciones, tales como: a) exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; b) inhabilitación temporal o permanente para desempeñar actividades comerciales; c) vigilancia judicial, o d) medida judicial de disolución. 2. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas consideradas responsables en virtud del apartado 2 del art. 5 puedan ser castigadas con sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias. castigadas con sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias."

67. Véase el art. 18 del texto del Tratado.

una entidad del sector privado,[68] una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.

Como contenido de la corrupción pasiva se establece, pedir, recibir intencionadamente, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones, siempre y cuando dichas actuaciones se produzcan en el marco de actividades profesionales de entidades con fines lucrativos y no lucrativos.

Al igual que en el caso del Convención del Consejo de Europa, aquí nos limitaremos a analizar los elementos más significativos del tipo penal, que se obliga a introducir en el derecho interno de los Estados miembros. En particular, nos parece que el contenido de la Decisión marco es particularmente significativo en relación con el contenido del bien jurídico protegido por este delito. En primera instancia y a diferencia de los arts. 7 y 8 de la Convención de Derecho penal del Consejo de Europa, la Decisión marco parece seguir un modelo de la corrupción entre particulares que se basa en un interés distinto al del principal-traicionado.

Ya desde los "considerandos" iniciales, puede observarse que, no obstante la aparente similitud con las motivaciones que aduce la Convención del Consejo de Europa, para los autores de la Decisión marco, la corrupción es "una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un de-

68. Algunos autores (MUSCO E. Politica criminale in materia di corruzione privata. In: AA.VV. *Corrupción en el sector privado*. Material z konferencji w Krakowie, 10-13 lipca, 2003, Wydawnichtwo Naukowe Scholar, Varsovia, 2004 I, p. 34 y passim; FERRÉ OLIVÉ, J. C. *Corrupción en el sector privado*. In: AA.VV. *Corrupción en el sector privado*. Material z konferencji w Krakowie, 10-13 lipca, 2003, Wydawnichtwo Naukowe Scholar, Varsovia, 2004. p. 28) apuntan la excesiva amplitud de la dicción "entidad del sector privado". Sin querer aquí enfrentarnos a la cuestión de si es tarea del legislador comunitario delimitar exactamente el alcance de la norma o si más bien la competencia sobre el punto es del legislador nacional, recordamos como el punto noveno del preámbulo de la Decisión marco recoge el empeño de "los Estados miembros que todavía no han ratificado el Convenio de la Unión Europea de 27 de enero de 1999" a estudiar el modo de hacerlo lo antes posible. Se recordará que el *Explanatory Report* anexo a este convenio contiene algunas notas interpretativas en materia del alcance de la dicción "entidad en el sector privado" que bien pueden resultar útil a la hora de implementar la Decisión marco que se comenta.

sarrollo económico sólido", y, al contrario de lo ocurre en el preámbulo de la citada Convención, se omite toda referencia a "los fundamentos morales de la sociedad". En coherencia con este punto de partida –y es seguramente el dato más relevante de la Decisión marco–, los párrafo 3 y 4 del art. 2 autorizan a los Estados miembros que así lo estimen, a sancionar penalmente sólo aquellos supuestos de corrupción entre particulares que impliquen o puedan implicar una *distorsión de la competencia* en relación con *la adquisición de bienes o de servicios comerciales.*[69]

Como ya se analizaba con anterioridad en el caso de la corrupción privada, parece fundamental delimitar cuales son los deberes cuyo quebrantamiento fundamenta la responsabilidad penal. En la Decisión marco, el contenido del tipo penal propuesto se basa en el "incumplimiento de las obligaciones" por parte del corrupto mediante la eventual realización del acto convenido con el corruptor. Al igual que en la Convención se propone la tipificación de un peligro de "incumplimiento de obligaciones". Pero, la fuente de las obligaciones quebrantadas es distinta en uno y otro caso. Mientras la Convención penal del Consejo de Europa pone el acento en los deberes contractuales que se infringen como consecuencia de la eventual realización del acto objeto del pacto corrupto, la Decisión marco en su art. 1 aclara que "la expresión incumplimiento de las obligaciones se entenderá conforme al derecho nacional" y mas adelante añaden que "el concepto del incumplimiento de las obligaciones en el Derecho nacional deberá incluir como mínimo cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado".[70] Obsérvese

69. Los Países miembros que así lo estimen deberán notificar las declaraciones al Consejo en el momento de la adopción de la Decisión, teniendo estas decisiones validez de cinco años a partir de 22.07.2005.

70. Al igual que en la Acción común de 1998, la definición de "incumplimiento de las obligaciones" aparece relativamente amplia, pivotando sobre un concepto de "deslealtad" que necesitará de una determinación a la hora de implementarse lo dispuesto por la Decisión marco. Nos sumamos, en este sentido a las críticas avanzadas al texto de la Decisión marco por algunos autores (entre ellos FERRÉ OLIVÉ, J. C. Op. cit., loc. cit.). El mismo autor observa, de forma igualmente crítica, como la Unión Europea, después de declarar que la expresión "incumplimiento de las obligaciones" ha de entenderse conforme establece el derecho interno de todos los países, en realidad termina disponiendo de forma "inapropiada" como el derecho nacional debe definirla. La observación tiene que ver, estimamos nosotros, con los límites a los que está

que la referencia de la Convención del Consejo de Europa al "derecho privado" y a los "contratos privados"[71] como fuente de los deberes cuyo quebrantamiento supone la lesión del bien jurídico tutelado, es aquí remplazada por la ley y los reglamentos. Esta mención sin duda, abona la idea del carácter público del interés sobre el que se construye el injusto típico propuesto.

Ciertamente la Decisión Marco adolece también de las ambigüedades que suelen caracterizar el contenido del Derecho penal supranacional e internacional.

En este sentido, el art. 2.3 de la Decisión marco, deja abierta la posibilidad para aquellos Estados miembros que así lo deseen y declaren de limitar el ámbito de aplicación del delito a "aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales". Una primera lectura de este texto parece llevar a la conclusión de que, siendo, en todo caso, el bien jurídico a protegerse la lealtad competencial, sería legítima, siempre y cuando fuera oportunamente declarada, la postura de aquel Estado que considere delictivo tan sólo el pacto corrupto cuya finalidad sea la realización de un acto *relacionado con la adquisición de bienes o de servicios comerciales* contrario a leyes y reglamentos nacionales. Sin embargo, la interpretación del inciso formulada por la Comisión[72] parece considerar que el objeto del verbo "limitar" es la "distorsión de la competencia":

---

sujeto el derecho comunitario en materia penal, límites que se han visto afectados por la sentencia C-176/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativa al reparto de competencias en materia penal entre la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea. El debate traspasa el objeto de este trabajo en donde sólo cabe afirmar que, en principio, cada esclarecimiento normativo a nivel comunitario que tenga la finalidad de armonizar los derechos internos de los países miembros ha de ser visto, en nuestra opinión, can favor, sin perjuicio de que la técnica legislativa utilizada pueda ser objeto de crítica. Muy crítico hacia la adopción de esta iniciativa comunitaria es también MUSCO, E. Op. cit., p. 40.

71. Recuérdese el párrafo 55 del *Explanatory Report*.

72. Informe de la Comisión Europea al Consejo Europeo basado en lo dispuesto en el art. 9 de la Decisión marco (Documento COM (2007) 328 final). La mencionada norma dispone que "los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión marco antes del 22 de julio de 2005" y que, "en la misma fecha, los Estados miembros transmitirán a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión el texto de las disposiciones de adaptación de sus legislaciones nacionales en virtud de las obligaciones derivadas de la presente Decisión marco. Sobre la base de un informe elaborado a partir de esa información y de un informe escrito de la Comisión, el Consejo verificará antes del 22 de octubre de 2005, en qué medida los Estados miembros han dado cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión marco".

Con lo que a los Estados miembros se les presentan dos opciones, limitar la tipificación de la corrupción entre particulares a comportamientos que afecten a la "lealtad de la competencia", o establecer una tipificación que tuviera presentes otros intereses. Finalmente, cabe observar que las mencionadas declaraciones (formuladas sólo por Alemania, Italia, Polonia y Austria) han tenido validez hasta el día 21.07.2010, fecha en la cual el Consejo habría tenido que pronunciarse sobre la posibilidad de reiterarlas.[73]

3.4 La Convención de Mérida de las Naciones Unidas contra la corrupción y la corrupción en el sector privado

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es, sin lugar a dudas, el instrumento jurídico internacional de mayor relevancia en materia de lucha contra la corrupción.[74] La Convención se aprueba en respuesta a la preocupación que genera la gravedad "de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley".[75]

A pesar de la contundencia de estas afirmaciones, contenidas en el preámbulo del Convenio, es de destacar la ausencia, en el texto del Tratado, de una definición de la corrupción. El silencio es consecuencia de la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre el particular.[76] A falta de una definición el texto de la

73. Informe de la Comisión al Consejo Europeo citado, p. 9.

74. Abierta a la firma en Mérida (México) en los días 9-11 del mes de diciembre de 2003 la Convención, a fecha de hoy, ha sido firmada por 148 países de los cuales 140 ya la han ratificado y ha entrado en vigor el 14.12.2005.

75. Así empieza el Preámbulo del Convenio.

76. Durante las negociaciones que llevaron a la redacción del texto definitivo del Convenio se presentaron varias y distintas propuestas de definición del término corrupción. En la segunda sesión de negociaciones el Vicepresidente encargado de este capítulo, en consulta con las delegaciones de Azerbaiyán, China, Eslovenia y Ucrania elaboró la siguiente definición: "por corrupción se entenderá la ejecución de actos o la inducción a que se ejecuten actos que constituyan ejercicio indebido del cargo [o uso indebido de autoridad], incluidas las omisiones, con la expectativa de un beneficio, o de obtener un beneficio, prometido, ofrecido o solicitado directa o indirectamente, o tras la aceptación de un beneficio otorgado directamente, ya sea en provecho propio o en nombre de otro". La delegación de Filipinas, por su parte, propuso la formulación siguiente: "Por 'corrupción' se entenderá la promesa, la solicitud, el ofrecimiento, la entrega o la aceptación, directa o indirectamente, de un beneficio indebido o de la posibilidad de obtener un beneficio indebido que

Convención sigue un método de carácter "inductivo". Esta postura fue sugerida ya desde las primeras negociaciones por la delegación de Colombia, según la cual "si no se podía llegar a un acuerdo sobre una definición suficientemente amplia, la Convención no debería incluir una definición de la corrupción, sino que debería concretar y penalizar actos de corrupción en el capítulo dedicado a la penalización".[77] En otras palabras, si no era posible alcanzar un acuerdo sobre todo lo que es o no es corrupción, había que intentar llegar un listado de comportamientos concretos que se estimaran incluibles en la categoría "actos de corrupción".

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción presenta una mayor complejidad que los instrumentos internacionales ya analizados. El tex-

---

desvirtúe el debido cumplimiento de cualquiera de las funciones o conductas que incumban al receptor del soborno, el beneficio indebido o la posibilidad de obtenerlo". Durante el tercer período de sesiones del Comité Especial, se formularon varias propuestas más, incluidas las de Argelia (documento A/AC.261/L.96) y Chile (documento A/AC.261/L.117). (Cita desde el documento A/AC.261/3/Rev.1 de las Naciones Unidas). A lo largo de la sexta sesión, se adoptó la definición basada en una propuesta formulada por Botswana y el Pakistán, apoyadas por los países que preferían restringir la definición de corrupción : "Sin perjuicio de los actos de corrupción generalmente reconocidos en los distintos ordenamientos jurídicos, el término 'corrupción' denotará los actos previstos en la presente Convención y tipificados como delito en su capítulo III, independientemente de que se atribuyan a un funcionario público o privado, así como cualesquiera otros actos que el Estado Parte pueda haber tipificado o definido como acto de corrupción en su derecho interno o pueda penalizar o definir de ese modo en el futuro. Nada de lo dispuesto en la presente Convención limitará las posibilidades futuras de penalizar nuevos actos de corrupción o de adoptar medidas de lucha contra tales actos". Algunos miembros del grupo de trabajo oficioso que se oponían a que se mantuviera la definición expresaron su disposición a apoyar el criterio restrictivo, según el cual el término *corrupción* se empleaba en el contexto de la futura convención únicamente. Por ejemplo, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte formuló poco después una propuesta que decía: "Sin perjuicio de la variedad de actos que puedan constituir corrupción en distintos ordenamientos, el empleo del término 'corrupción' en la presente Convención se referirá a [los delitos tipificados como tal con arreglo a la presente Convención] [los actos penalizados en el capítulo III de la presente Convención] y todo otro acto corrupto que se defina como tal en el derecho de cada Estado Parte. Nada de lo dispuesto en la presente Convención limitará las posibilidades futuras de penalizar nuevos actos de corrupción o de adoptar medidas de lucha contra esos actos" (documento A/AC.261/3/Rev. 4). En el quinto período de sesiones del Comité Especial, la mayoría de las delegaciones señaló que prefería suprimir este apartado, postura que, no obstante ulteriores esfuerzos, prevaleció.

77. Cfr. Documento A/AC.261/3/Rev. 1.

to se estructura en cinco secciones,[78] en la tercera, titulada "penalización", el Convenio exige o recomienda que los Estados parte tipifiquen como delito una serie de conductas que se consideran "actos de corrupción".[79] Dentro de esta sección, hay que distinguir tres clases de disposiciones, según el grado de obligatoriedad de su contenido para los Estados miembros que suscriban el Convenio.[80]

78. La primera de ellas incluye las "disposiciones generales", esto es, las definiciones de los términos empleados, el ámbito de aplicación y la reiteración de la protección de la soberanía de los Estados Parte. La segunda parte es dedicada a las medidas de "prevención" de la corrupción. "Tales medidas abarcan desde arreglos institucionales, como el establecimiento de un órgano concreto de prevención de la corrupción, hasta códigos de conducta y políticas de promoción de la buena gobernanza, el imperio de la ley, la transparencia y la obligación de rendir cuentas". Por lo que respecta a la tercera parte, véase en el texto. La cuarta parte es dedicada a la cooperación internacional. En esta sección, "la Convención subraya que cada uno de los aspectos de los esfuerzos de lucha contra la corrupción (prevención, investigación, enjuiciamiento de los delincuentes, incautación y restitución de los activos objeto de apropiación indebida) requiere de la cooperación internacional. La Convención requiere formas específicas de cooperación internacional, como la asistencia judicial recíproca para la reunión y transferencia de pruebas, la extradición, y la localización, el embargo preventivo, la incautación y el decomiso del producto de la corrupción. A diferencia de lo que se establecía en tratados anteriores, la Convención también prevé la prestación de asistencia judicial recíproca en ausencia de doble incriminación, siempre que esa asistencia no implique la adopción de medidas coercitivas. Además, la Convención hace hincapié en la exploración de todas las formas posibles de promover la cooperación: "En cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, éste se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados Parte, independientemente de si las leyes del Estado Parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado Parte requirente" (párrafo 2 del art. 43). La quinta parte del texto normativo es dedicada a la recuperación de activos. "La restitución de activos es una innovación muy importante y 'un principio fundamental de la Convención' (art. 51). Esta parte de la Convención contiene disposiciones concretas relativas a la forma que deberán adoptar la cooperación y la asistencia, la manera de proceder para restituir el producto de la corrupción a un Estado requirente, y cómo deben considerarse los intereses de otras víctimas o de los legítimos propietarios". (Entre comillas el texto literalmente trascrito de la Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción" (texto integral en lengua española consultable en la *web* www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/cosp/Ebook/V0653443s.pdf), p. 2 y ss.).

79. Cfr. la Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, p. 2

80. Para esta distinción, cfr. la Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, p. 3 y 4.

En primer lugar, aquellas normas que obligan, sin más, a tipificar como delito los supuestos en ellas contenidos. El Convenio es taxativo: "Cada Estado Parte *adoptará* las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito (...)". En este primer conjunto, el art. 15 del Convenio considera obligatoria la tipificación del delito de corrupción pública, en su vertiente antecedente, tanto activa como pasiva, y tanto propia como impropia.

En segundo lugar aquellas normas que obligan a los Estados miembros a considerar la penalización de las conductas en ellas descritas. Aquí el Convenio establece que "Cada Estado Parte *considerará la posibilidad de adoptar*[81] las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito (...)". Dentro de este grupo se incluye el art. 21 que se ocupa de la tipificación de la corrupción en el sector privado.[82]

Finalmente, en tercer lugar, al Convenio contiene normas que promueven la adopción de medidas de carácter facultativo, "Cada Estado Parte *podrá adoptar* las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito (...)". En este sentido, el art. 27.2 del Convenio no vincula los Estados miembros simplemente establece una recomendación.

La incorporación de los actos de corrupción privada al Derecho Penal tiene por tanto para la Convención de Naciones Unidas un grado de obligatoriedad "intermedio".[83] Pero antes de pasar a su análisis concreto, parece oportuno

---

81. La dicción, de indudable eficacia "política", parece tener un alcance jurídico por lo menos "dudoso". En ausencia de una bibliografía a este respecto, sugerimos una interpretación que atribuya al inciso cierta eficacia: cumpliría con la obligación contenida en estos artículos aquel Estado miembro que haya sometido a debate en el órgano legislativo competente la introducción de las medidas en ellas contenidas, sin perjuicio de que este órgano formule parecer negativo a su introducción en el ordenamiento jurídico interno.

82. La rubrica de la norma, en la traducción oficial española del Convenio es "soborno en el sector privado". El término soborno se utiliza también con respecto al art. 15, figura delictiva sustancialmente equivalente al delito del "cohecho". Este dato constituye un argumento más a favor de la tesis que hemos venido proponiendo según la cual el mismo término utilizado para designar determinadas conductas que se realizan "en el sector público", *de iure condito*, se emplea en el lenguaje técnico jurídico para individualizar las mismas conductas realizadas "en el sector privado".

83. En la nota n. 159 del documento A/AC.261/3/Rev. 3 se lee que "durante la segunda lectura del proyecto de texto, realizada en el cuarto período de sesiones del Comité Especial, algunas delegaciones expresaron serias dudas respecto de la necesidad de conservar este artículo y de tratar de establecer una obligación jurídica vinculante mundialmente con arreglo a la futura convención para penalizar exclusivamente la corrupción en el sector privado. Esas delegaciones observaron también que la cuesti-

subrayar como, a lo largo de las negociaciones, el debate respecto al contenido de la corrupción en el sector privado que podía ser objeto de la sanción penal, reflejó las distintas posiciones respecto al contenido de este ilícito. Junto con una primera propuesta avanzada por las delegaciones de Austria y de los Países Bajos[84] –que incluía lo que, finalmente, pasó a ser el texto definitivo de la Convención, la delegación de México[85] propuso que la corrupción en el sector privado adquiriera relevancia penal sólo en el caso en que, del comportamiento del corrupto, resultara un perjuicio económico para la "entidad del sector privado" en cuyo marco desempeña sus funciones.[86] La opción finalmente pre-

---

ón de la corrupción en el sector privado podía desviar a los negociadores del logro de soluciones viables para otros problemas importantes".

84. Estas delegaciones proponían una redacción no muy distinta a la adoptada por los dos instrumentos jurídicos supranacionales anteriormente examinados. En este sentido, se proponía que fuera corrupción privada activa "La promesa, el ofrecimiento o la concesión, directa o indirectamente, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones". Asimismo, el delito de corrupción privada pasiva habría consistido en "La solicitud o aceptación, directa o indirectamente, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones" (documento A/AC.261/IPM/4).

85. La delegación mexicana proponía que el delito se tipificara de la siguiente manera: a) La solicitud o aceptación por parte de cualquier persona física que trabaje o preste sus servicios en entidades del sector privado, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus obligaciones relacionadas con una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial, que redunde en un perjuicio de dicha entidad del sector privado; y b) La promesa, el ofrecimiento o la concesión intencionales a personas físicas que trabajen o presten sus servicios en entidades del sector privado, directa o indirectamente, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios indebidos que redunden en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto relacionado con una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial, en perjuicio de dicha entidad del sector privado (documento A/AC.261/IPM/13).

86. Cfr. documento A/A. 261/3/Rev. 1 consultable a la página www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_2/3rev1s.pdf en el que el precepto que sancionaba la corrupción en el sector privado es contenido en el art. 32. Cfr. sobre el punto MILITIELLO, V. Corruzione fra privati e scelte di incriminazione: le incertezza del nuovo reato societario. In: ACQUAROLI, R.; FOFFANI L. Op. cit., p. 367.

ferida por los redactores de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción parece haber desembocado en un texto que se coloca a mitad entre la propuesta Mexicana, de índole marcadamente privatista, y la posibilidad sugerida por otras delegaciones que defendían que "el ámbito de aplicación de este artículo debería l vincularse de alguna manera con el interés público".[87]

El resultad ha sido la incorporación en el Convenio del art. 21, cuyo texto es el siguiente:

"Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;

b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar."

Las Guías Legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que, si bien no constituye una interpretación auténtica del texto,[88] tiene un indudable valor interpretativo, subrayan los siguientes aspectos del tipo:

En primer lugar se pronuncian sobre el contenido que debe darse al "beneficio indebido". Pues, la doctrina y la jurisprudencia de algunos países han debatido ampliamente sobre la necesidad de que el beneficio o la ventaja que constituye el precio del acto o de la actuación en los delitos de cohecho deban tener necesariamente naturaleza económica o material para que las conductas asuman relevancia penal. Frente a esta posición, las Guías Legislativas sugieren una interpretación amplia del inciso, en el sentido que "beneficio indebido puede ser algo tangible o intangible, pecuniario o no pecuniario".

87. Véase, entre otros, el documento A/AC.261/3/Rev. 3 nota 160.

88. "La Guía no tiene por finalidad ofrecer una interpretación jurídica definitiva de los artículos de la Convención. Habida cuenta de que la Guía no tiene fuerza legal, al evaluar cada requisito específico, deberá consultarse el texto de las disposiciones" (Guía... cit., p. XI).

Además, se subraya la necesaria conexión entre el beneficio y la conducta del destinatario que podrá o no llegar a realizarse.

Pero las Guías no se pronuncian sobre otros aspectos del posible tipo penal. Realmente se echa en falta un pronunciamiento de la doctrina penal sobre el contenido de la Convención de Mérida en materia de tipificación del soborno entre particulares.

Por nuestra parte sin pretensión de ser exhaustivos, la redacción de la Convención nos lleva a las siguientes consideraciones:

1. El pago de sobornos en el sector privado asume relevancia penal siempre que se realice "intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales". Parece fuera de debate que el adverbio intencionadamente que implica la relevancia de las conductas dolosas. Pero es más problemático determinar el exacto alcance de la expresión "actividades económicas, financieras o comerciales". El alcance que el legislador nacional de a este inciso va a condicionar cuestiones como la inclusión o no de las actividades económicas sin fin de lucro, o puede dejar la cuestión abierta a un ulterior pronunciamiento jurisprudencial.

2. El objeto del dolo consiste en una acción u omisión que constituya una "falta al deber inherente a las funciones" por parte del corrupto. Por tanto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción tan sólo prevé una sanción para la vertiente propia antecedente del cohecho privado.

3. Con respecto a la individualización de los "deberes" violados, aunque ciertamente *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemos*, puede defenderse, ante el silencio de los redactores de la Convención, que la expresión ha de ser interpretada en sentido amplio. Lo que nos llevaría a incluir, aparte de *deberes* que descienden de leyes o reglamentos, toda violación de obligaciones contractuales, reglas contenidas en códigos éticos o incluso de simples instrucciones. Siempre teniendo en cuenta que los deberes a los que la norma hace referencia son aquellos que guardan algún tipo de relación con la función del corrupto en una "entidad del sector privado". Respecto de esta última expresión también parece preferible una interpretación amplia, sin limitar el alcance de la norma a los supuestos realizados por sujetos que tienen una relación de tipo laboral con una entidad privada e incluyendo las relaciones de agencia, abogado-cliente etc.

4. Por lo que respecta al contenido que se de a la expresión, "entidad en el sector privado", no parece casual la omisión de toda referencia expresa a las personas jurídicas.

5. El beneficio tiene que ser "indebido": se requiere que la ventaja-precio de la actuación no sea, de alguna forma, debida, quedando así fuera del alcance de la norma todo tipo de ventaja considerada lícita por alguna fuente normativa. En este caso presentan una especial complejidad aquellos beneficios, económicos o no, considerados socialmente "lícitos" o, de alguna forma, asimilables a "regalos de cortesía". Por otra parte, cabe aquí apuntar que, en el caso del cohecho propio, beneficio dado, prometido, recibido o solicitado para violar deberes, la mención expresa del adjetivo "indebido" parece ser pleonástica.

4. LOS MODELOS DE TIPIFICACIÓN DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES EN EL DERECHO COMPARADO

4.1 Introducción

Todo país que se proponga dotar de relevancia penal a la corrupción en el sector privado, junto a las eventuales obligaciones internacionales contraídas, puede también apoyarse en los ejemplos procedentes de aquellos Estados que, desde hace décadas, cuentan con un tipo delictivo con este contenido.

Además, el análisis del Derecho comparado y de las evaluaciones realizadas sobre su contenido por parte de los organismos internacionales[89] podrán representar una herramienta más en la interpretación del contenido de unos convenios no siempre suficientemente claros.

Con esta finalidad, en las páginas que siguen, expondremos brevemente las principales soluciones adoptadas por el Derecho comparado, en algunos casos desde hace décadas, utilizando como hilo conductor, la postura asumida por los legisladores respecto del bien jurídico a protegerse por el delito.

En Derecho comparado nos vamos a encontrar con las dos explicaciones, que ya hemos apuntado, a la utilización de la sanción penal frente a la corrupción entre particulares. Unos ordenamientos van a abordar la corrupción como una infracción de las obligaciones subyacentes a una relación entre privados, pretenden preservar al principal de la traición actual o posible de su agente, por tanto, el sujeto pasivo es el principal. Desde otra óptica, otras legislaciones también van a castigar la corrupción entre particulares en cuanto supone una lesión o un peligro para la leal competencia, el sujeto pasivo en este caso son los competidores y/o los consumidores o incluso a la entera colectividad, según la posición que se mantenga respecto al contenido y funciones de la competencia.

89. Entre ellas, como hemos dicho, tiene especial importancia la llevada a cabo por el Greco en el marco de la I parte de la III ronda de evaluaciones.

Tanto la legislación holandesa[90] como la italiana actualmente vigentes siguen un modelo básicamente privado. En cambio, la regulación de la corrupción privada en el Código Penal alemán, parece acoger un modelo que reposa sobre la protección de intereses de carácter colectivo.

4.2 La corrupción privada como deslealtad del empleado-agente hacia el empleador-principal: el caso holandés

El delito de corrupción privada, tal y como está recogido por el art. 328ter del Código Penal de Holanda,[91] adopta el ya analizado esquema de la compraventa: un sujeto compra una actuación de otro sujeto. Lo que caracteriza la tipificación de la variante "privada" de la corrupción en los Países Bajos es la violación por parte del corrupto de los deberes que mantiene *hacia su empleador* y el carácter *oculto* del soborno para el empleador o principal. La ausencia de cualquiera de estos dos elementos llevaría a que la conducta fuera atípica.

---

90. De acuerdo con lo establecido por el art. 328ter del Código Penal holandés, comete un delito de corrupción en el sector privado "una persona que, en una función distinta de la de funcionario público, bien al servicio de su empleador/a bien actuando como un agente, solicita o acepta un bien o servicio, o su promesa, en relación con algo que el/ella ha hecho o se ha abstenido de hacer o hará o se abstendrá de hacer en el servicio de su empleador/a o en el ejercicio de su mandato, y que, en violación de los deberes de buena fe, oculta la aceptación o solicitud en cuestión a su empleador/a o principal". La pena es de prisión no superior a los dos años o bien una multa de quinta categoría. El párrafo dos de la norma aclara que "la misma sentencia será impuesta a cualquier persona que de un bien, lo prometa u ofrezca o proporcione un servicio a otra persona que, en una función distinta que un público oficial, es empleado o actúa como agente, en relación con algo que esta persona ha hecho o ha omitido hacer o que hará o que omitirá hacer en su empleo o en el ejercicio de su mandato, siendo el bien o la promesa de tal naturaleza o habiendo sido el bien o la promesa realizados bajo circunstancias tales que el/ella podría razonablemente asumir que éste último, en violación de sus deberes de buena fe, ocultará la aceptación del bien o la promesa a su empleador o principal".

91. Sobre este punto, se remite al análisis realizada por CERINA, G. D. M.; BRAVO VESGA, A. C. La corrupción en el sector privado: apuntes de derecho comparado y supranacional. In: ROMERO GUZMÁN, J. J. (coord. ed.); RODRÍGUEZ GARCÍA, N.; OLIVARES J. M. (ed. asociados). *Buen gobierno y corrupción. Algunas perspectivas*. Santiago de Chile: Ediciones Derecho UC (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2008. p. 412 y ss. Véase naturalmente también TAK, P. The Netherlands. In: HEINE, G.; HUBER, B.; ROSE, T. O. *Private commercial Bribery, a comparison of National and Supranational Legal Structures*. ICC, Iuscrim ed., p. 280 y ss.; Idem. Il reato di corruzione privata in Olanda. In: ACQUAROLI, R.; FOFFANI, L. Op. cit., p. 145.

Esta estructura del tipo tiene obvias consecuencias dogmáticas, como es la relevancia del consentimiento del empleador-principal como causa de atipicidad. La identificación del bien jurídico protegido como la *lealtad* del empleado-agente hacia el empleador-principal, implica que el consentimiento de este último es lógicamente incompatible con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido y, por consiguiente, convierte la conducta en irrelevante. También es coherente con estas premisas la exclusión, del abanico de sujetos activos del delito de corrupción pasiva en el sector privado, de los directivos y a los administradores, pues el sujeto pasivo del delito difícilmente puede ser, a la vez, sujeto activo.

Por otra parte, se trata de un delito de lesión, por que el momento en el que se quebranta el interés protegido coincide exactamente con la consumación, se produce en el mismo momento en el que se recibe el soborno de forma oculta. Finalmente, la corrupción penalmente relevante es tanto la propia como la impropia, tanto antecedente como subsiguiente y tanto activa como pasiva. En síntesis, la violación de los deberes se consuma en el mismo momento en el que se oculta el soborno de tal manera que es indiferente que el mismo se dé como recompensa de un acto ya realizado o para realizar un acto, siendo igualmente irrelevante que el acto en sí sea conforme o contrario a los deberes del empleado.

A la luz de cuanto hemos observado anteriormente, el modelo adoptado por el legislador holandés es juzgado sólo parcialmente satisfactorio por parte de la Comisión europea,[92] mientras que, de acuerdo con el análisis desarrollado

92. En realidad, el ya repetidas veces citado Informe de la Comisión al Consejo redactado con apoyo en el art. 9 de la Decisión marco es anterior a la última modificación de la legislación holandesa que tiene fecha 23.11.2009 (véase, en este sentido, el *Compliance Report* del Greco sobre los Países Bajos publicado en la página *web* www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3(2010)5_Netherlands_EN.pdf). Es nuestra personal opinión que la mencionada modificación sigue dejando sin respuesta los actos de corrupción privada lesivos sólo del bien jurídico competencia leal lo que sigue apuntando hacia un cumplimiento sólo parcial por parte de Holanda de cara a la Decisión marco de 2003. Siempre respecto del Informe de la Comisión al Consejo, llama la atención que, por lo general, la Comisión denuncia, en la mayoría de los casos, un cumplimiento sólo parcial de lo dispuesto por el art. 2 de la Decisión marco mientras que considera "plenamente transpuesto" lo dispuesto por el art. 3 de la misma. Cabe preguntarse cómo es posible que un país que no tipifica correctamente el delito (art. 2 de la Decisión Marco) pueda luego tipificar correctamente los supuestos de "complicidad" o "incitación" a cometerlo (art. 3 de la Decisión Marco). Lo anterior levanta dudas respecto del análisis llevado a cabo por la Comisión que parece haber sido llevado a cabo no siempre con el necesario rigor jurídico.

por el Greco, cumple sustancialmente con los requerimientos de la Convención de Derecho penal sobre Corrupción del Consejo de Europa.[93]

4.3 *La corrupción privada como daño patrimonial para el principal que tiene su causa en un soborno: el caso italiano*

Otra variante del modelo privado de tipificación de la corrupción en el sector privado es la representada por el art. 2.635 del Código Civil italiano.[94] Este precepto fue introducido por el decreto legislativo n. 61 de 11 de abril 2002 titulado "Nuove disposizioni sugli illeciti penali ed amministrativi in materia di societa' e di consorzi". Ciertamente, la legislación italiana contaba desde hacía tiempo con preceptos que preveían sanciones penales "sectoriales"[95] para los autores de conductas asimilables a la corrupción entre particulares. Entre ellas cabe recordar el art. 353 del Código Penal, "perturbación de la libertad en las licitaciones",[96] los arts. 170 y 171 del *Regio Decreto* 1.265 de 27.07.1934, "*comparaggio*", es decir, corrupción del médico o farmacéutico,[97] el art. 233

93. Véase el citado *Compliance Report* del Greco sobre los Países Bajos, en el cual, a propósito de la modificación del Código Penal holandés de 2009, se lee que "Overall, however, Greco is pleased with the changes made since the main lacuna have been addressed and the private sector and public sector bribery offences have been brought closer; this should limit the risks of misinterpreting the private sector bribery offence of article 328ter of the Criminal Code" y que el Greco considera satisfactoriamente implementada su precedente recomendación.

94. En el ordenamiento jurídico italiano, tradicionalmente, los delitos societarios se recogen en el Código Civil.

95. La expresión es de PERRONE, D. L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione privata: in attesa dell'attuazione della L. 25 febbraio 2008, n. 34. *Cassazione Penale* 2/771.

96. "Turbativa en la libertad de las licitaciones": "cualquier, con violencia o amenaza, o con regalos, promesas, colusiones u otros medios fraudulentos, impide o perturba la competición en las licitaciones públicas o privadas por cuenta de públicas administraciones, o bien aleja los ofertantes, es penado con la reclusión de seis meses a cinco años y con la multa desde euros 103 a euros 1032. Si el culpable es persona encargada por la ley o por la autoridad de las licitaciones mencionadas, la reclusión es de uno a cinco años y la multa desde euros 516 hasta 2065. Las penas establecidas en este artículo se aplican también en el caso de licitaciones privadas por cuenta de privados, dirigidas por un funcionario público o por persona legalmente autorizada; pero se reducen a la mitad".

97. Se trata del delito de *compraraggio*. El art. 170 dispone que "el médico o veterinario que reciban, para sí o para otros, dinero u otra utilidad o bien acepten su promesa, con la finalidad de facilitar, con prescripciones médicas o en cualquier otro modo, la difusión

del *Regio Decreto* 267 de 16.03.1942 o *legge fallimentare*, la corrupción del concursado o del comité de acreedores,[98] el art. 1 de la Ley 401 de 13.12.1989, fraude deportivo,[99] sin olvidar la novedad introducida en por la Ley 62/2005 en

---

de especialidades medicinales o de cualquier otro producto para uso farmacéutico, son penados con el arresto hasta un año y con la multa (*ammenda*) desde 206,58 euros hasta 516,45 euros. Si el hecho viola también otras normas legales, se aplican las relativas sanciones según las normas en materia de concursos de delitos. La condena implica la suspensión del ejercicio de la profesión por un periodo de tiempo igual a la duración de la pena conminada". El art. 171, por su parte, dispone que "el farmacéutico que recibe para sí o para otros dinero u otra utilidad o acepte su promesa con la finalidad de facilitar de cualquier manera la difusión de especialidades medicinales o de productos indicados en el artículo precedente, en daño de otros productos o especialidades de los que también haya aceptado la venta, es penado con el arresto hasta un año y con la multa (*ammenda*) desde 206,58 euros hasta 516,45 euros. Si el hecho viola también otras normas legales, se aplican las relativas sanciones según las normas en materia de concursos de delitos. La condena implica la suspensión del ejercicio de la profesión por un periodo de tiempo igual a la duración de la pena conminada". Finalmente, el art. 172, dispone que "las penas establecidas en los artículos 170 y 171 primero y segundo párrafo, se aplican también a cualquiera que de o prometa al sanitario o al farmacéutico dinero u otra utilidad. Si el hecho haya sido cometido por los productores o por los comerciantes de las especialidades y de los productos indicados en los artículos precedentes, el Ministro de la sanidad, con independencia del ejercicio de la acción penal, puede ordenar, con decreto, la clausura de la oficina de producción y del local en el cual se ejerce el comercio por un periodo desde uno hasta tres meses y, en caso de reincidencia, puede disponer su clausura definitiva. El Ministro puede, además, revocar la registración de las especialidades medicinales o la autorización a preparar o importar para venta todo otro producto para uso farmacéutico".

98. "Mercadeo de votos": "El acreedor que estipule con el concursado o con otros en el interés del concursado ventajas a su favor para dar su voto en el concordato o en las deliberaciones del comité de acreedores, es penado con la reclusión de seis meses a tres años y con la multa no inferior a 103 euros. La suma o las cosas recibidas por el acreedor son decomisadas. La misma pena se aplica al concursado y a quien ha contratado con el acreedor en el interés del concursado".

99. Fraude en competiciones deportivas: "Cualquiera que ofrece o promete dinero u otra utilidad en beneficio de alguno de los participantes en una competición deportiva organizada por federaciones reconocidas por el Comité Olímpico Nacional Italiano (Coni), por la Unión italiana para el incremento de las razas equinas (Unire) o por otros entes deportivos reconocidos por el Estado y por las asociaciones que adhieren a ellos, con la finalidad de alcanzar un resultado diverso de aquél consiguiente al correcto y leal desarrollo de la competición, o bien realiza actos fraudulentos para conseguir dicha finalidad, es penado con la reclusión de un mes a un año y con la multa de liras quinientas mil a dos millones. En los casos de entidad leve, se aplica la sola pena de multa. 2. Las mismas penas se aplican al participante en las competiciones que acepta el dinero o la otra utilidad o ventaja, o acepta su promesa. 3. Si el resultado de la competición es

el "texto único de las disposiciones en materia de intermediación financiera", corrupción de los revisores contables.[100]

Con la finalidad de incorporar al ordenamiento una norma general, la comisión parlamentaria encargada de redactar esta nueva ley, hizo especial hincapié en que el nuevo precepto se adoptaba "recibiendo puntuales instancias procedentes de sedes internacionales, la Convención penal sobre corrupción del Consejo de Europa y la Acción común sobre corrupción en el sector privado de la UE",[101] y que la intención del legislador era "trasladar con las oportunas adaptaciones al ámbito privado-societario el tradicional modelo punitivo de la corrupción del funcionario público".[102]

El problema que presenta el texto definitivo,[103] después de que el Gobierno modificara la original propuesta de la Comisión, es que el delito finalmente tipificado en el art. 2.635 del Código Civil, ni es corrupción en sentido estricto ni cumple con las obligaciones derivadas de los convenios internacionales. El nuevo precepto, no sanciona la compraventa de una actuación, sino que conmina con una pena a quien actúa en contra de sus deberes provocando un

---

influyente a efectos del desarrollo de concursos pronósticos y apuestas regularmente ejercidas, los hechos previstos a los párrafos 1 y 2 son penados con la reclusión de tres meses a dos años y con la multa de liras cinco millones a cincuenta millones."

100. "La norma sanciona al hecho de los administradores, los socios, los responsables de la revisión contables y los dependientes de las sociedades de revisión, que, en el ejercicio de la revisión contable de las sociedades con acciones cotizadas, de las sociedades por ellas controladas y de las sociedades que emiten instrumentos financieros difundidos entre el público en medida relevante (...), por dinero u otra utilidad dada o prometida, actúan u omiten actuar en violación de las obligaciones inherentes al oficio. La norma prevé además una sanción para él que da o promete la utilidad."

101. Véase la Relazione Illustrativa allo schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario redatto dalla commissione presieduta da Antonio Mirone, consultable a la página *web* www.econ-pol.unisi.it/scdbanc/Normativa/dirsoc_relcom_2.html#art10.

102. Ibidem.

103. "Los administradores, los directores generales, los directivos encargados de la redacción de los documentos contables societarios, los síndicos y los liquidadores los cuales, después de la dación o promesa de utilidad, realizan u omiten actos, en violación de los deberes inherentes a su oficio, provocando un daño a la sociedad, son penados con la reclusión hasta tres años. La misma pena se aplica a quien da o promete la utilidad. La pena es doblada si se trata de sociedad con títulos cotizados en marcados reglamentados italianos o de otros Estados de la Unión europea o difundidos entre el público en medida relevante a la luz del artículo 116 del texto único del decreto legislativo de 24.02.1998, n. 58. Se procede tras querella de la persona ofendida".

daño para la sociedad después de haber recibido un soborno. No se trata aquí, en otras palabras, de la prohibición del acuerdo fraudulento, la compraventa, sino del desvalor de la conducta de quien actúa en contra de sus deberes después de que ha tenido lugar la compraventa. El legislador italiano, en otras palabras, una vez acatado que el vulnus del bien jurídico se produce no ya con el mercadeo sino con la violación de los deberes como consecuencia del pacto parece desplazar el momento consumativo del delito de tal manera que coincida con el de la lesión del bien jurídico. Se trata sin duda de un delito de lesión y también es claro la determinación del interés a proteger, que en este caso se trata del patrimonio del principal-empleador. En coherencia con toda esta construcción se establece la naturaleza privada del delito solo persiguible sólo tras la presentación de una querella de la persona ofendida.

Ahora bien, si el ilícito se consuma con la producción del daño económico a la entidad como consecuencia de una "compraventa", y si, como reiteradamente se ha puesto de relieve, la corrupción es una "compraventa", podrá afirmarse que el art. 2.635 sanciona una quiebra de los deberes del empleado hacia su empleador, que es consecuencia de una corrupción, pero no es correcto afirmar que la norma sanciona a la corrupción misma , ya que el acuerdo entre corruptor y corrupto, si no es seguida por la violación de deberes que genera un daño a la entidad es penalmente irrelevante. Además, y en igual sentido, es altamente significativo que el nomen iuris de este precepto no sea "corrupción entre particulares", sino "infidelidad después de dación o promesa".

Por lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones internacionales, el propio legislador italiano es consciente de que no es suficiente con esta nueva figura delictiva. Pues, por un lado, en la exposición de motivos del decreto legislativo de 2002, significativamente desapareció toda referencia a la normativa supranacional y por otro, el propio legislador italiano, en el año 2008, por medio de la ley de 25 de febrero, n. 34 delegó en el Gobierno la adopción, en el plazo de un año, los decretos legislativos necesarios para cumplimentar la, reiteradamente citada, Decisión marco 2003/568/JAI.[104] En conclusión, encar-

104. En este sentido, véase el art. 28 de la Ley 34/2008. El art. 29, además, delegar al Gobierno para que introduzca "en el libro II, título VIII, capítulo II, del Código Penal un tipo criminal que sancione con la reclusión de uno a cinco años la conducta de quien, en el ámbito de actividades profesionales, intencionadamente solicita o recibe, para sí o para un tercero, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o bien acepte la promesa de dicha ventaja en el desarrollo de funciones directivas o laborales no meramente ejecutivas por cuenta de una entidad del sector privado, para realizar u omitir realizar un acto, en violación de un deber, siempre que dicha conducta comporte o puede comportar distorsiones de competencia respecto de la adquisición de bienes o de servicios comerciales". A

gar al Gobierno que cumpla con lo establecido en una Decisión marco, es, sin duda, equivalente a admitir que todavía no se ha cumplido con ella.[105]

4.4 Breves consideraciones sobre el modelo privado de tipificación de la corrupción entre particulares y algunos principios constitucionales

El principio de lesividad exige en todos los tipo penales la presencia de un bien jurídico acorde con un modelo de sociedad personalista constitucionalmente diseñado. El principio de lesividad esta mas claramente respetado cuando el legislador acude a la formula de delitos de lesión o de peligro concreto. Por el contrario contradicen esta garantía constitucional los tipos penales estructurados sobre una mera desobediencia a la Administración y, en relación con su vigencia plena, siempre es problemático el recurso a las formulas de peligro abstracto.

Pero la lesividad implica también una utilización racional del Derecho penal, que tome como punto de partida el hecho indudable de que el ordenamiento punitivo no es el único medio que tiene el Estado para proteger los intereses importantes para el mantenimiento de un modelo social o si se prefiere las penas no son el único recurso que tiene el Estado frente a los comportamientos que no desea que alteren el orden social. Por ello no debemos olvidar el carácter fragmentario del Derecho penal y su condición de ultima ratio y subrayar por tanto, el carácter difícilmente compatible con nuestros modelos constitucionales de políticas criminales que supongan un "huida al Derecho penal" o la utilización "simbólica" del mismo.

Las dos regulaciones que acabamos de exponer resuelven las primeras exigencias del principio de lesividad pues estructuran las figuras delictivas sobre la lesión de un bien jurídico.

---

tenor de lo dispuesto por las letras b) y c) de la norma citada, la norma deberá "prever la punibilidad con la misma pena también de aquél que, intencionadamente, en el ámbito de actividades profesionales, directamente o por medio de un intermediario, da, ofrece o promete la ventaja (...)" y el Gobierno deberá introducir en la sección 111 del capítulo I del decreto legislativo de 08.06.2001 n. 231 (normativa que regula, en Italia, la responsabilidad penal-administrativa de las personas jurídicas) el tipo penal tipificado con arreglo a lo anterior, de tal manera que se le apliquen sanciones pecuniarias e interdictivas a las entidades en cuyo interés de realice el delito. Sobre el punto, véase PERRONE, D. Op. cit., passim.

105. Obsérvese que, según informa el propio Parlamento italiano, el Gobierno no ha ejercido los poderes legislativos que le otorgaba la Ley 34/2008 en materia de corrupción en el sector privado y que la delegación ya ha caducado (véase, en este sentido, el tabla publicada en la página www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/08034ld.htm.

Con independencia, de momento, de nuestra opinión respecto a otras cuestiones, es un hecho que la normativa holandesa, al insistir sobre el quebrantamiento del deber de fidelidad del trabajador hacia su empleador, que se concreta en la violación de las reglas de buena fe y en el carácter oculto del soborno, desplaza nuestra atención de la actuación que sigue al pacto, al pacto mismo. La regulación italiana, por su parte, parece asumir que el derecho penal no ha de ocuparse de la corrupción en sí, sino, a lo sumo, de las actuaciones perjudiciales para el principal, que se producen como consecuencia de la misma. En ambos casos la consecuencia es que, desde un punto de vista meramente dogmático, las dos regulaciones plantean pocos problemas en relación con su compatibilidad con el principio de lesividad.

Pero las dos regulaciones aunque en principio parezcan dar solución al problema de la ofensividad del ilícito, la hacen abriendo otro bloque de objeciones. Respecto de la normativa de los Países Bajos, parece muy dudoso que un derecho penal que se ocupa de proteger la *lealtad* o la *fidelidad* del trabajador-agente hacia su empleador-principal sea respetuoso de la idea con una consideración del Derecho penal como *ultima ratio*. Aparte de que la falta de concreción de estos deberes abre la puerta a un intento *moralizador* del mundo de los negocios que parece intrínseco en los propios conceptos de *lealtad* y de *fidelidad*. En síntesis, no parece que sea capaz de ir más allá de un derecho penal societario focalizado sobre el interés personal de los principales.

En el mismo sentido, el art. 2.635 del Código Civil italiano se coloca en el ámbito de un Derecho penal de la empresa cuya única finalidad es la protección del patrimonio del empresario.

Ambos legisladores parecen haber pasado por alto que los ordenamiento jurídicos laboral y civil otorgan al empresario medios menos graves y con certeza muchas veces más eficaces para proteger su interés en que sus empleados actúen de forma *fiel* o *leal* y para asegurar su pretensión de no sufrir daños patrimoniales injustos dolosamente provocados por la actuación de sus trabajadores o agentes.

La consecuencia última de esta situación es la práctica ausencia de casos en los que se han aplicado las normas en cuestión y una posición prácticamente unánime de la doctrina en calificar este modelo de tipificación de la corrupción en el sector privado como intervención legislativa que supone una reprobable utilización simbólica del Derecho penal.

4.5 La corrupción privada y la lealtad en la competencia. Notas sobre la regulación en Derecho alemán

En Alemania, la utilización del derecho frente a la corrupción en el sector privado ha sido y es todavía objeto de un encendido debate doctrinal. Esta discusión

se inicia a finales de siglo XIX cuando, en el marco de la ley de competencia desleal de 1896, ya algunos autores defendían su tipificación.[106] El delito de corrupción de empleados, pese a la oposición de la mayor parte de las asociaciones de comerciantes,[107] fue finalmente incorporado a la mencionada ley en el año 1909.

Pero este delito, modificado en el año 1974, seguía siendo escasamente aplicado. Esta situación hace que el legislador, intentando reforzar la conciencia pública del carácter ilícito de las conductas tipificadas, por la ley de 13.08.1997, las incorporó al parágrafo 299 del Código Penal bajo la rúbrica "corrupción activa y pasiva en el tráfico económico"[108] dentro de un nuevo título que incluía a "los delitos contra la competencia". La nueva regulación aumenta la pena y, en los casos más graves,[109] permite que sea perseguible de oficio.[110] Finalmente en el año 2002, se añade al parágrafo 299 un tercer párrafo que hace punibles los actos de corrupción privada de carácter internacional.

---

106. Überhofen, M. Germany. In: Heine, G.; Huber, B.; Rose, T. O. Op. cit., p. 120-121.

107. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; BLANCO CORDERO, I. La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español? *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir.* Coord. por José Luis Díez Ripollés, 2002. p. 271.

108. Hoy en día, así dispone el § 299 del Código Penal: "Quien como empleado o encargado de un establecimiento comercial exija, permita que le prometan o acepte en el tráfico comercial una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para que prefiera a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa". El párrafo dos añade que "de igual manera será castigado quien en el tráfico comercial, con fines de competencia, ofrezca, prometa o conceda un ventaja en el tráfico comercial a un empleado o encargado de una empresa comercial para sí o para un tercero como contraprestación para que favorezca al que ofrece o a otro en la compra de mercancías o servicios de manera desleal". El § 300 contiene una agravante para los casos de particular gravedad, en los que, por ejemplo, se dan, ofrecen, prometen, exigen "(...) ventajas de cantidad relevante" o en que el autor actúa profesionalmente o como miembro de una banda que se haya asociado para cometer continuamente hechos de esta índole. El § 301 dispone que el delito tipificado por el § 299 se persigue solamente tras la presentación de querella Según dispone la propia norma "El derecho a presentar la querella según el inciso 1 la tienen a parte del lesionado todos los comerciantes, asociaciones y cámaras de comercio mencionados en el § 13 inciso 2 numeral 1, 2 y 4 de la Ley contra la Competencia Desleal (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)".

109. En los que la autoridad penal persecutora, por la existencia de un interés público en la persecución, estime apropiada una intervención de oficio.

110. VOGEL, J. Op. cit., p. 78. En el mismo sentido ÜBERHOFEN, M. Op. cit., p. 121; GILLI PASCUAL, A. Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminologia*, 2007. p. 11.

Al contrario de la normativa vigente en Holanda y en Italia, el delito tipificado en el § 299 StGB parece responder a una idea de corrupción en el sector privado como ilícito construido en torno a la protección de un interés cuya titularidad no se limita al principal-empresario o empleador.

Como delito de corrupción se sanciona aquí el acuerdo entre dos sujetos, ninguno de los cuales desempeña una función pública, y que tiene como finalidad que uno de los dos, a cambio de una ventaja, "favorezca", de forma desleal, a otros en la adquisición de mercancía o servicios comerciales.

Es evidente, que si tenemos presente la historia del precepto, el título en el que está ubicado y la construcción del tipo penal, la conclusión sobre cual es el bien jurídico protegido no puede ser otra que la lealtad en la competencia.[111]

Pero, en cambio, es objeto de debate delimitar con precisión los contornos del concepto de competencia como bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el art. 299 StGB. Con carácter general no puede olvidarse la propia evolución de las funciones de la competencia directamente vinculadas a la evolución y contenido del modelo económico al que responda el ordenamiento jurídico. Esto lleva a la existencia de distintos planteamientos doctrinales sobre su contenido como bien jurídico que subrayan su dimensión institucional, o el interés de los competidores, o el del principal[112] o el de los consumidores en que la concurrencia sea leal.[113]

---

111. Así casi toda la doctrina. Véase FOFFANI L. La corrupción privada. In: ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A. (coords.). *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ed. De la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006. p. 384.

112. Sin ánimo de entrar ahora en detalles, parecería responder a un esquema *privado* de sanción de la corrupción entre particulares la norma del ordenamiento brasileño contenida en la Ley 9.279, de 14.05.1996, referida a la propiedad industrial. Dentro del T.V ("*Dos crimes contra a propriedade industrial*"), en el capítulo VI ("*Dos crimes de concorrência desleal*"), y dentro de ellos considera penalmente relevante las conductas de: "IX – dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X – recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador." Pese a referirse a la competencia estas conductas obedecen a una idea privatista de la misma que parece estrechamente vinculada a la propiedad industrial y al interés del principal. De forma coherente con estas premisas, los delitos son perseguibles solo a instancia de parte. Al igual que acontece en los demás países en los que el legislador penal ha privilegiado un modelo privado de sanción de la corrupción entre particulares, la relevancia práctica de esta norma en Brasil es escasa.

113. Cfr. GILLI PASCUAL, A. Op. cit., p. 15 con amplia referencia bibliográfica al respecto. En el ejemplo típico de la empresa A que tiene que elegir entre las empresas B y C el proveedor para el producto D, en el caso en que, el responsable de A, por haber recibido una ventaja de un empleado de la empresa B elija a esta misma como proveedor,

Ahora nos basta con subrayar que la mayor parte de los autores identifica el objeto jurídico de la norma con el "interés general en la lealtad de la competencia",[114] entendido como "bien jurídico supraindividual referido a la entera colectividad".[115] La tutela del mismo supone, de forma mediata, la de los potenciales intereses patrimoniales de los competidores excluidos de la relación de concurrencia o colocados en la misma en una posición de desventaja[116] a causa del pacto.

El tipo está orientado, por tanto, hacia una dimensión externa a la empresa, y pretende tutelar intereses de sujetos terceros con respecto a la relación agente-principal, pudiendo incluso el acuerdo objeto de sanción penal a favorecer los intereses patrimoniales del empresario. En un tipo como este no tiene relevancia ninguna el conocimiento o la autorización a aceptar las ventajas de parte del superior o del empresario,[117] al contrario de lo que veíamos en la regulación holandesa o en la italiana.

Por otro lado la configuración del tipo sobre la relevancia penal de comportamientos consistentes en la *compra* de una futura y eventual actuación lesiva del bien jurídico supraindividual lealtad en la competencia, lleva a la creación de un delito de peligro abstracto, con las consecuencias dogmáticas y político-criminales que ello supone.[118]

Pero la tutela de este bien jurídico, en este parágrafo, no resulta completamente coherente con algunos elementos del tipo. Sin entrar en el debate que

---

no obstante su producto sea de menor calidad y más caro del que ofrecía la empresa C resultarían afectados los siguientes intereses: el de C que se vería injustamente excluido del negocio, el de A que vendería un producto de menor calidad y de mayor precio, el de los consumidores que, en el mercado podrían lamentar la ausencia de un producto más barato y de mayor calidad.

114. Ibidem.

115. FOFFANI, L. La corrupción Privada... cit., p. 385.

116. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; BLANCO CORDERO, I. Op. cit., p. 271-271; en este mismo sentido, Úberhofen, M. Op. cit., p. 125.

117. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; BLANCO CORDERO, I. Op. cit., p. 272; en el mismo sentido ÚBERHOFEN, M. Op. cit., p. 128; NIETO MARTÍN, A. La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado). *Revista Penal*, 2002, II, p. 57.

118. VOGEL, J. Op. cit., p. 90, 97 y 98. El autor expresa sus dudas acerca de la posibilidad *de iure condendo* de configurar el tipo como tipo de resultado. Para la definición del delito de corrupción en el sector privado tipificado en el § 299 StGB como *de peligro abstracto*, cfr. también ÚBERHOFEN, M. Op. cit., p. 129-130; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; BLANCO CORDERO, I. Op. cit., p. 272.

existe sobre el contenido de "desleal",[119] no parece del todo coherente con el esquema *público* de la corrupción privada la ausencia de los titulares de la empresa entre los posibles sujetos activos de corrupción pasiva. Este planteamiento, parece hacer discutible el reconocimiento de la legitimación para presentar querella para el empresario en calidad de sujeto pasivo del delito,[120] y entra en contradicción con lo dicho anteriormente a propósito del bien jurídico protegido, pues si lo que se tutela es la competencia leal, es evidente que los posibles autores de comportamientos perturbadores de dicho bien son, antes de todo, los empresarios.[121]

En este mismo sentido, parece no encajar perfectamente en el modelo público de delito la formulación de la agravante prevista por el § 300 n. 1 que parece responder a una lógica más bien patrimonialista y, por tanto interna a le empresa. Este precepto prevé un aumento de la pena para los casos en que la ventaja-contraprestación de la actuación desleal es de cantidad relevante. En principio, resulta problemático establecer una relación entre la entidad del *precio* de la actuación y la gravedad de la lesión, o del peligro de lesión, para el bien jurídico protegido competencia leal.

De igual manera, no es acorde con la naturaleza *supraindividual* del bien jurídico protegido el que estemos ante un delito solo perseguible a instancia de parte. A este respecto, sin embargo, debe observarse que, según puntualiza el § 301, están legitimados para la presentación de la querella los comerciantes,

---

119. Como ya observábamos, definir lo que es desleal de lo que no lo es, en ámbito privado, resulta algo más complicado que por lo que respecta al sector público. La doctrina alemana, a este respecto, es divida: algunos autores, sostienen que "desleal" es aquel comportamiento susceptible de poner en peligro la competencia leal (así parece ÜBERHOFEN, M. Op. cit., p. 130). Vigente el actual tipo penal, sin embargo, parece también posible defender que desleal es todo aquel comportamiento que trae su motivación en el pago de un soborno; o, finalmente, tampoco parece incompatible con la *litera legis* afirmar que desleal es toda conducta que supone una violación de las obligaciones que el corrupto mantiene hacia su empleador: este último planteamiento incide inevitablemente sobre la reconstrucción del objeto jurídico de la norma puesto que limita la punibilidad de conductas lesivas de la competencia leal a aquellas que también suponen una violación de los deberes del empleado hacia su empleador. Finalmente, la doctrina mayoritaria observa que, para definir lo que es desleal, es necesario apelar a la buena costumbre, debiéndose considerar todas las circunstancias del caso (en este sentido, VOGEL, J. Op. cit., p. 91, 92 con amplias referencias bibliográficas).

120. VOGEL, J. Op. cit., p. 89. Véase la bibliografía ahí citada.

121. En este sentido ÜBERHOFEN, M. Op. cit., loc. cit.

asociaciones profesionales, cámaras de comercio etc...[122] Lo que relativiza el carácter privado de este delito. En este mismo sentido, debe también reiterarse que la misma norma, modificada en el año 1997, prevé la perseguibilidad de oficio de todas aquellas conductas que suponen la lesión de un interés público.

La doctrina, al insistir sobre los elementos problemáticos de este delito pone de relieve la falta de aplicación del §s 299 y ss. Por lo que se subraya que, mediante su inclusión en el Código Penal, parece buscarse el hacer llegar el mensaje carente de cualquier repercusión práctica de que Alemania repugna a la corrupción en el sector privado.[123]

Pero, sin embargo, según los datos publicados por la policía federal alemana, los casos conocidos están en constante crecimiento, de los 340 casos de 2004 se pasa a los 409 de 2006 para llegar a los 488 de 2008.[124] Respecto de las personas juzgadas, frente a las 23 del año 2004, se ha pasado a 72 en el 2008. Los condenados han pasado de los 16 del año 2004 a los 56 del año 2008.[125]

5. CONCLUSIÓN

Los nuevos perfiles de la corrupción exigen la adopción de políticas criminales coordinadas entre los distintos países. A esta finalidad responden los Convenios analizados. Pero obsérvese que el contenido de los mismos lo que obliga a los países signatarios respecto al uso del Derecho penal es a unos mínimos. Los dos elaborados en el marco europeo obligan a utilizar el ordenamiento punitivo frente a la corrupción privada, aunque el contenido respecto al interés que justifica esa utilización no sea el mismo.

El examen de otras legislaciones pone de relieve que la utilización del Derecho penal en este campo no es excepcional.

---

122. El Greco, a lo largo de la tercera ronda de evaluación observó que precisamente esta amplia legitimación activa para presentar la querella permitiría conciliar la naturaleza esencialmente privada del delito con un número más que satisfactorio de casos llegados a conocimiento de los tribunales.

123. VOGEL, J. Op. cit., p. 98.

124. www.bundeskriminalamt.de.

125. En este sentido, obsérvese que el Greco, en el informe inherente a la tercera ronda de evaluaciones declaraba claramente que "el número de casos de corrupción en el sector privado analizado por las instituciones de *law enforcement* alemanas está lejos de ser insignificante". (el informe completo puede consultarse en la página www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(2009)3_Germany_One_EN.pdf).

Pero la utilización del Derecho penal está sometida también en los nuevos campos a las limitaciones que se derivan de los textos constitucionales. En este caso las distintas manifestaciones del principio de lesividad no deben ser eludidas por el legislador penal, lo contrario además conduce y hay ejemplos en varios ordenamientos a una rechazable huida al Derecho penal vinculada a una utilización simbólica del mismo.

6. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *Corrupción en el sector privado,* Korupcja w sektorze prywatnym: harmonizacja ustawodawstwa karnego w zakresie zwalczania przestepstw finansowych, wyludzen i korupcji, oszustwo informatyczne i przestepstwa w internecie: materialy z konferencji w Krakowie 10-13 lipca 2003. Varsovia, 2003.

ACQUAROLI, R.; FOFFANI, L. (a cura di). *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di reforma, atti del convegno, Jesi (AN), 12-13 aprile 2002.* Milano: Giuffrè, 2003.

ANNONE, M.; ILIOPULOS, E. *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali.* Milán: Vita e Pensiero, 2005.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de derecho mercantil.* 8. ed. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2007.

BRICOLA, F. Tutela penale della Pubblica amministrazione e principi costituzionali. *Temi.* 1968. p. 563 y ss.

CARRARA, F. *Programma del corso di diritto criminale.* Florencia, 1924.

_____. *La lucha contra la corrupción en el siglo XXI: el papel del derecho penal. Estudio crítico del delito de cohecho en Italia y en España.* Salamanca, 2010.

CERINA, G. D. M.; BRAVO VESGA, A. C. La corrupción en el sector privado: apuntes de derecho comparado y supranacional. In: ROMERO GUZMÁN, J. J. (coord. y ed.); RODRÍGUEZ GARCÍA, N.; OLIVARES J. M. (eds. asociados). *Buen gobierno y corrupción. Algunas perspectivas.* Santiago de Chile: Ediciones Derecho UC (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2008. p. 412 y ss.

COLOMBO, G. Stato di diritto e corruzione. I risultati delle indagini milanesi sui reati contro la pubblica amministrazione. *Cassazione Penale.* 1994. p. 2257 y ss.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; BLANCO CORDERO, I. La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español? In: RIPOLLÉS, José Luis Díez (coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir.* 2002. p. 257 y ss.

DELLA PORTA, D. *Lo scambio occulto. Casi di corruzione politica in Italia.* Bolonia: Il Mulino, 1992.

_____; VANNUCCI, A. *Un paese anormale. Come la clase política ha perso l'occasione di tangentopoli.* Roma: Laterza, 1999.

DUPUIS, M. B. *La corruzione*. Padua: Cedam, 2002.

FABIÁN CAPARRÓS, E. A. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

FERRÉ OLIVÉ, J. C. *Corrupción en el sector privado*. In: AA.VV. *Corrupción en el sector privado*. Material z konferencji w Krakowie, 10-13 lipca, 2003, Wydawnichtwo Naukowe Scholar, Varsovia, 2004.

FOFFANI, L. La corrupción privada. In: ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A. (coords.). *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, p. 384 y ss.

FORNASARI, G.; LUISI, N. D. (a cura di). *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*. Padua: Cedam, 2003.

FORTI, G. La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione. In: ACQUAROLI, R., FOFFANI, L. (a cura di). *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di reforma, atti del convegno, Jesi (AN), 12-13 aprile 2002*. Milano: Giuffrè, 2003.

GILLI PASCUAL, A. Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, versión electrónica.

GÓMEZ RIVERO, C. (coord.). *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial*. Madrid: Tecnos, 2010.

HEINE, G.; HUBER, B.; ROSE, T. O. *Private commercial Bribery, a comparison of National and Supranational Legal Structures*. ICC, Iuscrim ed., 2003.

KINDHÄUSER, U. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán. *Política criminal*. 2007. p. 18 y ss. (consultado en versión electrónica).

LORA, E.; PANIZZA, U. Globalización y reformas estructurales en América latina: lo que funcionó y lo que no. *Revista Asturiana de Economía*. n. 24. 2002. p. 7 y ss.

MILITIELLO, V. Corruzione fra privati e scelte di incriminazione: le incertezza del nuovo reato societario. In: ACQUAROLI, R., FOFFANI, L. (a cura di). *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di reforma, atti del convegno, Jesi (AN), 12-13 aprile 2002*. Milano: Giuffrè, 2003.

MIRRI, M. B. I delitti di corruzione: disciplina positiva e prospettive di riforma. *La Giustizia Penale*, 1987.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal, parte especial*. 18. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

MUSCO, E. Politica criminale in materia di corruzione privata. In: AA.VV. *Corrupción en el sector privado*, Korupcja w sektorze prywatnym: harmonizacja ustawodawstwa karnego w zakresie zwalczania przestepstw finansowych, wyludzen i korupcji, oszustwo informatyczne i przestepstwa w internecie : materialy z konferencji w Krakowie 10-13 lipca 2003. Varsovia, 2003.

NIETO MARTÍN, A. Corrupción y abuso de poder. In: GÓMEZ RIVERO, C. (coord.). *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial.* Madrid: Tecnos, 2010.

_____. La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado). *Revista Penal*, 2002, II.

_____. Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal. *Revista General de Derecho Penal.* n. 3. mayo 2005.

OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

PAGLIARO, A. *Principi di diritto penale, parte special, Delitti contro la pubblica amministrazione.* Milán: Giuffrè, 2008.

PERRONE, D. L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione privata: in attesa dell'attuazione della L. 25 febbraio 2008. n. 34. *Cassazione Penale* 2/771. 2009.

QURALT, J. J. *Derecho penal español, parte especial.* 6. ed. Barcelona: Atelier, 2010.

RODRIGUEZ PUERTA, M. J. *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios.* Pamplona: Aranzadi, 1999.

SÁNCHEZ MELGAR, J. La corrupción en el sector privado. *Revista Jurídica Gallega.* n. 63. 2009. p. 13 y ss.

SEGRETO, A.; DE LUCA, G. *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.* 2. ed. Milano: Giuffrè, 1995.

SEMINARA, S. Gli interessi tutelati nei reati di corruzione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.* 1993. p. 974 y ss.

_____. La corruzione: problema e prospettive nella legislaczione italiana vigente. In: FORNASARI, G.; LUISI, N. D. (a cura di). *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali.* Padua: Cedam, 2003.

SPENA, A. Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali. *Cassazione Penale.* 2007. p. 809 y ss.

_____. *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica.* Milano: Giuffrè, 2003.

STESSENS, G. The Internacional fight against corruption. *Internacional Review of Penal Law.* 2001. p. 894 y ss.

TAGLIARINI, F. *Il concetto di Pubblica Amministrazione nel Codice Penale.* Milano: Giuffrè, 1973.

TAK, P. Il reato di corruzione privata in Olanda. In: ACQUAROLI, R., FOFFANI, L. (a cura di). La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di reforma, atti del convegno, Jesi (AN), 12-13 aprile 2002. Milano: Giuffrè, 2003.

_____. The Netherlands. In: HEINE, G.; HUBER, B.; ROSE, T. O. *Private commercial Bribery, a comparison of National and Supranational Legal Structures.* ICC, Iuscrim ed., 2003.

ÜBERHOFEN, M. Germany. In: HEINE, G.; HUBER, B.; ROSE, T. O. *Private commercial Bribery, a comparison of National and Supranational Legal Structures*. ICC, Iuscrim ed., 2003.

VALEIJE ÁLVAREZ, I. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1995.

VASSALLI, G. Corruzione propria e corruzione impropria. *La Giustizia Penale*. 1979.

VICENTE MARTINEZ, R. (de). *Derecho penal del deporte*. Barcelona: Bosch, 2010.

VOGEL, J. La tutela penale contro la corruzione del settore privato: l'esperienza Tedesca In: ACQUAROLI, R., FOFFANI, L. (a cura di). *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di reforma, atti del convegno, Jesi (AN), 12-13 aprile 2002*. Milano: Giuffrè, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A corrupção em uma perspectiva internacional, de Carlos Eduardo Adriano Japiassú – *RBCCrim* 64/29;
- A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica, de Emerson Garcia – *RT* 820/440; e
- Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção, de Julio Fabbrini Mirabete – *RBCCrim* 4/94.

Veja também Legislação

- Promulgação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção: Dec. 5.687/2006; e
- Aprovação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção: Dec. Legislativo 348/2005.

54633

Administração Pública gerencial e Direito Penal burocrático

6

Implicações na dogmática penal da aplicação do gerencialismo na Administração Pública brasileira

Luis Felipe Vidal Arellano

Mestrando em Direito Penal pela USP. Pós-graduando em Análise Econômica pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. Integrante da carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil, em exercício na Equipe de Informações Judiciais da Delegacia Especial de Administração Tributária em São Paulo.

Área do Direito: Penal; Administrativo

Resumo: O presente artigo trata das recentes mudanças enfrentadas na Administração Pública brasileira com a incorporação da mentalidade gerencial às práticas administrativas do Estado. Ao mesmo tempo, busca analisar a necessidade de que tal superação do paradigma burocrático pelo paradigma gerencial seja acompanhada de uma nova leitura dos tipos penais ligados à ideia de corrupção – tradicionalmente inspirados pelo espírito burocrático –, sob pena de frustração dos avanços almejados em termos de eficiência, eficácia e efetividade da Administração Pública.

Abstract: This article aims to discuss the recent changes experienced by the Public Administration in Brazil due to the incorporation of "managerialism" in the State Management practices. The article aims to assess that while shifting from a bureaucratic paradigm to a managerial one, there is a need for a new reading of the types of crimes related to the concept of corruption – traditionally inspired by a bureaucratic mentality –with the chance of the desired advances becoming frustrated such as efficiency, efficacy and effectiveness in the Public Administration.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública - Gerencialismo - Corrupção pública - Adequação social.

KEYWORDS: Public administration - Managerialism - Public corruption - Social adequacy.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Conceitos e paradigmas da Administração Pública moderna: 2.1 O conceito da Administração Pública; 2.2 Paradigmas da Administração Pública; 2.3 A visão burocrática do direito penal - 3. Propostas de convergência - Da realidade social à responsabilidade penal: 3.1 Risco permitido, adequação social e profissional; 3.2 O princípio da confiança - Elemento central da administração gerencial - 4. Conclusões - 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir a relação entre a repressão penal à corrupção, em sentido amplo, e o funcionamento da Administração Pública, especialmente em face do chamado *paradigma da administração gerencial*. Com esta finalidade, o trabalho passa por questões importantes, tanto no âmbito da Administração Pública, quanto da dogmática penal, tais como o pressuposto de confiança no funcionário público, formas de controle da Administração Pública e impactos da criação de códigos de conduta sobre os limites da chamada *adequação social*.

2. CONCEITOS E PARADIGMAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MODERNA

2.1 O conceito da Administração Pública

A Administração Pública é usualmente enfocada em duas distintas formas: sob o ângulo subjetivo/formal/orgânico e objetivo/material/funcional. Sob o ponto de vista subjetivo, a Administração coincide com o conjunto de órgãos, agentes e pessoas jurídicas que exercem funções administrativas dentro dos âmbitos da administração do Estado.[1] Por outro lado, sob o ponto de vista objetivo, a Administração Pública é entendida como o conjunto de atividades exercidas pelo Estado, por intermédio de seus órgãos e agentes, no atendimento de suas finalidades, por meio de sua função administrativa.[2]

---

1. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 57: "Desse modo, pode-se definir Administração Pública, em sentido subjetivo, como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado." Cf. também BARCHET, Gustavo. *Direito administrativo*. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 9.

2. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 57. "Assim, em sentido material ou objetivo, a Administração Pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata

Dentro do segundo conceito, encontrar-se-iam como atividades-fim do Estado as seguintes: fomento, polícia administrativa, serviços públicos e a intervenção administrativa. Sendo assim, a Administração Pública estaria presente, em qualquer caso, quando o Estado estivesse a desenvolver qualquer das atividades acima apresentadas, por meio de seu aparato jurídico.[3]

Convém, inicialmente, notar que tal conceito é bastante distinto (pois restritivo) do conceito adotado no direito penal para *funcionário público*, conforme previsto no art. 337 do CP brasileiro. O conceito de Administração Pública, para o direito administrativo não inclui, por exemplo, os cessionários e delegatários de serviços públicos, quando particulares. Tais personagens, ainda que estejam a exercer atividade de interesse público, fazendo incidir sobre eles algumas regras de direito administrativo, não se incluem na chamada Administração Pública, quer sob o conceito subjetivo, quer sob o conceito objetivo.

2.2 *Paradigmas da Administração Pública*

A Administração Pública moderna passou por diferentes paradigmas no último século. A princípio, a Administração estava ligada aos grupos tradicionalmente poderosos politicamente, apresentando-se como verdadeira extensão de seu poder e de sua esfera privada.[4] Assim, a Administração era marcadamente patrimonialista, utilizando-se de métodos nepotistas de preenchimento de car-

---

que o Estado desenvolve, sob regime jurídico total ou parcialmente público, para a consecução dos interesses coletivos."

3. BARCHET, Gustavo. Op. cit., p. 9. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 54: "Nesse sentido, a Administração Pública abrange o fomento, a polícia administrativa e o serviço público. Alguns autores falam em intervenção como quarta modalidade, enquanto outros a consideram como espécie de fomento."

4. Para uma profunda discussão sobre patrimonialismo e estamentos no Brasil, remetemos à leitura de FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patrono político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2009. p. 62. "O estamento supõe distância social e se esforça pela conquista de vantagens materiais e espirituais exclusivas. As convenções, e não a ordem legal, determinam as sanções para a desqualificação estamental, bem como asseguram privilégios materiais e de maneiras. (...) Os estamentos governam, as classes negociam. 'Os estamentos são órgãos do Estado, as classes são categorias sociais' (econômicas)"; e na p. 63: "As duas realidades, absolutismo e funcionalismo, estão em germe no Estado patrimonial de estamento, sem com elas se identificar. Reduzido o estamento a uma comunidade de dependentes do tesouro da Coroa, haverá a sua degradação à burocracia – embora uma burocracia de caráter aristocrático, com uma ética e um estilo de vida particularizados, impregnado do espírito pré-capitalista."

gos e de formas clientelistas de trabalho.[5] Não era clara, portanto, a distinção entre coisa pública e privada, neste primeiro momento da Administração.

No final do século XIX e início do século XX, duas instituições surgiram com o objetivo de separar as esferas pública e privada, moralizando a condução da política e a persecução do interesse público. Trata-se da democracia e da Administração Pública burocrática.

Max Weber, principal analista do processo de burocratização do Estado, descreveu tal evolução como a supremacia do modo de dominação racional-legal, com preponderância do saber técnico e da formalização dos processos.[6] Na Administração Pública, a burocratização foi uma tentativa de resposta à corrupção e ao nepotismo, impondo forte controle hierárquico sobre os processos e procedimentos, que passaram por marcante iniciativa formalista.[7] Além disso, neste período foram feitos investimentos no sentido de criação de uma classe profissionalizada e técnica de servidores públicos estáveis.[8] No Brasil, a inclinada burocrática coincidiu com a subida ao poder de Getúlio Vargas, em um contexto de maior intervenção estatal na economia.

Do ponto de vista macro, a administração burocrática se apresenta como a face executiva do Estado racional da Era Moderna. Neste contexto, as normas sociais são "domesticadas" pelo direito positivo,[9] em uma ingênua tentativa de

---

5. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Administração pública gerencial: estratégia e estrutura para um novo Estado*. Brasília: Enap, 1996. p. 8.

6. WEBER, Max. *Os três tipos puros de dominação legítima*, p. 130: "Toda a história do desenvolvimento do Estado moderno, particularmente, identifica-se com a da moderna burocracia e da empresa burocrática, da mesma forma que toda a evolução do grande capitalismo moderno se identifica com a burocratização crescente das empresas econômicas. As forma de dominação burocrática estão em ascensão em todas as partes". BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas)*. São Paulo: Forense Universitária, 2009. p. 59: "Se há vários tipos puros de dominação legítima (tradicional, para a qual a obediência decorre da tradição; carismática, para a qual a obediência decorre da virtude ou do dom do dominante; e, legal, para a qual a obediência se funda numa ordem normativa e de competências previamente definidas), juntamente com o Estado moderno se afirma a dominação legal-racional como modelo fundante das relações estruturais do corporativismo jurídico-burocrático."

7. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op. cit., p. 9.

8. CHIAVENATO, Idalberto. *Administração geral e pública*. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 106.

9. BITTAR, Eduardo C. B. Op. cit., p. 59: "a modernidade traz consigo os pressupostos para a afirmação paulatina do direito, quais sejam: o monopólio da produção normativa; a sobrevalorização das fontes formais do direito com relação a fontes espontâneas do direito; a autorreferibilidade do direito como sistema sobre si mesmo."

controle do caos pela ordem[10] e pelo progresso. Eis o projeto da Modernidade, tomando forma no Estado de Direito.[11]

Ocorre, contudo, que, ao mesmo tempo em que a administração burocrática obtinha relativo sucesso na redução da corrupção e do patrimonialismo, por outro lado, era uma administração custosa e pouco eficiente, colocando à disposição da população serviços públicos de qualidade bastante duvidosa.[12]

Tais questionamentos são apresentados ao mesmo tempo em que se apresentam os primeiros sinais do ocaso da Modernidade, fazendo transparecer o surgimento de uma nova ordem social que alguns autores passaram a chamar de Pós-Modernidade. Neste novo contexto, mostram-se frustradas as esperanças de progresso e desenvolvimento de uma unidade normativa válida e capaz de regular todos os aspectos da vida social de maneira racional. Frustram-se, enfim, as promessas inspiradoras da era moderna.[13]

---

10. Idem, p. 68-69: "O paulatino esvaziamento da noção de direito como uma dimensão de poder temporal fundada em uma ordem metafísica, ou natural, ou transcendental-natural, faculta o aparecimento de uma noção de direito tecnizada, esvaziada de conteúdo axiológico, voltado mais para a compreensão da ideia de que o direito só pode ser entendido como direito positivo (*ius positum*), e o que está fora dele ou é invenção ou é idealismo relativista."

11. Idem, p. 57: "O aparecimento do Estado, a configuração do direito, a criação do espírito das leis do mercado, a ideologização da ordem liberal, a afirmação do modelo capitalista, o surgimento da nação como fonte de segurança e estabilidade territoriais, a crença na ideia de progresso são características marcantes daquilo que se chama de modernidade."

12. ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na Administração Pública – Um breve estudo sobre a experiência internacional recente. *Cadernos Enap* 10/7: "Voltado cada vez mais para si mesmo, o modelo burocrático tradicional vem caminhando para o lado contrário dos anseios dos cidadãos. É a partir deste processo que o modelo gerencial começa a preencher um vácuo teórico e prático, captando as principais tendências presentes na opinião pública, entre as quais se destacam o controle dos gastos públicos e a demanda pela melhor qualidade dos serviços públicos."

13. BITTAR, Eduardo C. B. Op. cit., p. 96: "O que se percebe é um conjunto de fracassos e mentiras se encontrando num momento peculiar da história da humanidade. Daí não se poder falar que a pós-modernidade nasceu do dia para a noite, donde o motivado desapego a datas e cronologias exatas ou aritméticas. A pós-modernidade veio se produzindo como consciência ao longo de todo o século XX, com cada fracasso, com cada engodo, com cada engano, com cada destruição, com cada abalo da modernidade que se provocava com doloridas marteladas político-econômicas, sobretudo as advindas dos países desenvolvidos. Sem dúvida alguma, fala-se de um paulatino processo de desmantelamento da modernidade, de seus arcanos valorativos, de seus princípios, de suas crenças, de suas instituições, pois cada fator de desgaste da modernidade é uma semente ou um passo em direção à pós-modernidade."

Paralelamente, o Estado ganha novas funções, desenvolvendo-se do Estado mínimo liberal, para Estado provedor de serviços públicos nas mais diversas áreas, como educação, saúde, trabalho, previdência etc. Tais serviços, no final do século XIX, não eram serviços que cabiam ao Estado. Ao mesmo tempo, a necessidade de prestar de forma eficiente estes novos serviços contrasta com uma administração burocrática, lenta, cara e ineficiente. Esta contradição interna é um dos elementos que leva à posterior crise do Estado de bem-estar social, com elevados níveis de endividamento público.[14]

Destarte, a Administração Pública passa a depender de novas formas de administração do interesse público, que impliquem redução de custos e melhora de qualidade nos serviços públicos. O foco, neste novo momento, não será apenas o combate à corrupção e ao nepotismo (que não será deixado de lado), mas principalmente o aumento da eficácia e da eficiência.[15-16]

---

14. ABRUCIO, Fernando Luiz. Op. cit., p. 6: "O tipo de Estado que começava a se esfacelar em meio à crise dos anos 70 tinha três dimensões (econômica, social e administrativa), todas interligadas. A primeira dimensão era a keynesiana, caracterizada pela ativa intervenção estatal na economia, procurando garantir o pleno emprego e atuar em setores considerados estratégicos para o desenvolvimento nacional – telecomunicações e petróleo, por exemplo. O *Welfare State* correspondia à dimensão social do modelo. Adotado em maior ou menor grau nos países desenvolvidos, o Estado de bem-estar tinha como objetivo primordial a produção de políticas públicas na área social (educação, saúde, previdência social, habitação etc.) para garantir o suprimento das necessidades básicas da população. Por fim, havia a dimensão relativa ao funcionamento interno do Estado, o chamado modelo burocrático weberiano, ao qual cabia o papel de manter a impessoalidade, a neutralidade e a racionalidade do aparato governamental."

15. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op. cit., p. 10. ABRUCIO, Fernando Luiz. Op. cit., p. 7: "Para responder ao esgotamento do modelo burocrático weberiano, foram introduzidos, em larga escala, padrões gerenciais na Administração Pública, inicialmente e com mais vigor em alguns países do mundo anglo-saxão (Grã-Bretanha, Estados Unidos, Austrália e Nova Zelândia), e depois, gradualmente, na Europa continental e Canadá."

16. Fenômeno totalmente contextualizado na transição paradigmática para a pós-modernidade, que, conforme ensina Eduardo Bittar, remete ao problema da eficácia do próprio direito como ordem coativa da conduta humana. Cf. BITTAR, Eduardo C. B. Op. cit., p. 85: "Para todos os efeitos, hoje, se trata menos de pensar em regulamentação do Estado (e, sim, em desregulamentação), em formação de um sistema de normas sem lacunas (e, sim, de microssistemas de normas setoriais), e mais que se está sendo esmagado pelo excessivo número de leis, como no famoso adágio latino se dizia (*Obruimur legibus* – 'Somos esmagados pelo grande número de leis'), sabendo-se que as mesmas são, em sua boa parte, socialmente ineficazes, ou seja, incapazes de trazer

A eficiência, assim, inicialmente, apresenta-se como a "palavra de ordem" do modelo gerencial, buscando superar a perda de poder do Estado de ditar os rumos da economia.[17] Além disso, busca-se um novo padrão administrativo capaz de dotar o Estado de melhores práticas gerenciais, incrementando a qualidade de sua intervenção sobre a sociedade. Resumindo: ou o Estado se reforma, ou perece diante da crise de legitimidade e de recursos.[18]

Algumas características marcantes deste novo paradigma devem ser pontuadas, quais sejam: (a) foco em resultados e na satisfação do cidadão; (b) descentralização das decisões e "empoderamento" de servidores intermediários;[19] (c) controle sobre resultados e não sobre meios; e, (d) incentivos à criatividade, inovação e produtividade.[20]

Como será discutido adiante, os elementos centrais deste novo paradigma contrastam, a uma primeira vista, com mecanismos penais de repressão à corrupção, conforme propugnados internacionalmente como parte da solução a este tipo de delito, a ser implantada pelos Estados.

É evidente que a antecipação da tutela penal com crimes de perigo abstrato e crimes de mera atividade é contraditória a uma cultura de controle sobre resultados e incentivo à criatividade e inovação. Neste contexto, ou a leitura do direito penal deverá ser feita levando em consideração os valores sociais trazidos por este paradigma, ou o direito penal burocrático inviabilizará a pretendida reforma da Administração Pública.[21]

---

os reflexos concretos, as mudanças sociais necessárias e atingir a vida e as perspectivas reais nas quais se inserem os cidadãos. Eis a preocupação com a questão da lei na pós-modernidade: menos validade e mais eficácia, menos forma e mais sentido prático-social."

17. ABRUCIO, Fernando Luiz. Op. cit., p. 9-10.

18. Idem, ibidem. "Era preciso aumentar a eficiência governamental, o que implicava, para boa parte dos reformadores da década de 80, uma modificação profunda do modelo weberiano, classificado como lento e excessivamente apegado a normas – leia-se: o modelo weberiano era ineficiente."

19. ABRUCIO, Fernando Luiz. Op. cit., p. 17.

20. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op. cit., p. 10.

21. BITTAR, Eduardo C. B. Op. cit., p. 434-435: "Este exercício de *re-pensar* não fica somente no plano filosófico ou no ideário de concepção do Estado. Passa, sobretudo, pelo plano da ação, do fazer, do transformar, o que implica uma readequação das próprias técnicas, dos próprios saberes e das próprias ciências de Estado, inclusive o direito administrativo, que lidam com a dinâmica do aparelho, que, sobretudo, deve servir à sociedade. É o que se percebe presentemente, na própria reflexão dos juristas a respeito do assunto, que se abrem para conceber alternativas ao falencismo

De um modo ou de outro, cabe ainda chamar a atenção ao fato de que o gerencialismo apresenta distinções e evoluções internas, passando de um gerencialismo puro para o chamado *consumerism* e, finalmente, pelo atual *Public Service Orientation* – PSO.[22]

O gerencialismo puro foca seus esforços em atender os indivíduos em razão de apresentarem-se como "contribuintes". Sendo assim, a principal preocupação reside na maior eficiência e economia possíveis na prestação dos serviços públicos.[23] Já no *consumerism* o indivíduo é enfocado como "consumidor". Daí a maior preocupação do modelo com a efetividade/qualidade dos serviços prestados. Por fim, o PSO foca o indivíduo enquanto cidadão, dando maior destaque à equidade e à transparência (*accountability*) na prestação dos serviços públicos.[24]

2.3 A visão burocrática do direito penal

Como visto, o modelo de Administração Pública atual é bastante distinto do modelo patrimonialista ou burocrático do início do século XX. Ainda assim, a parte especial do Código Penal brasileiro – e com isso a maior parte dos crimes contra a Administração Pública – foi aprovada no ano de 1942, sob a influência do paradigma burocrático da Administração Pública.

---

declarado do modelo de Estado moderno. (...) O que não se pode mais admitir é a existência de uma sociedade periférica, com lustros conceituais europeus, com práticas pré-modernas de exercício da administração, totalmente atravancada em seu dinamismo operacional por regras superadas e limitações jurídicas para o exercício da atividade pública. Outra coisa que não se pode admitir é verificar a pilhagem do sistema público de Estado, que se encontra a serviço de interesses e forças privadas."

22. Em verdade, a evolução de um tipo de gerencialismo a outro não é tão clara, havendo, na prática, verdadeiro intercâmbio entre as características de um e outro tipo de gerencialismo. ABRUCIO, Fernando Luiz. Op. cit., p. 13.

23. Idem, p. 15. "O ponto central do modelo gerencial puro é a busca da eficiência. Para tanto, parte do pressuposto de que é preciso modificar as engrenagens do modelo weberiano. A burocracia tradicional (*Whitehall* para os ingleses) é definida como uma organização com estrutura rígida e centralizada, voltada ao cumprimento dos regulamentos e procedimentos administrativos e em que o desempenho é avaliado apenas com referência à observância das normas legais e éticas."

24. CHIAVENATO, Idalberto. Op. cit., p. 98-99. ABRUCIO, Fernando Luiz. Op. cit., p. 26: "Toda a reflexão realizada pelos teóricos do PSO leva aos temas do republicanismo e da democracia, utilizando-se de conceitos como *accountability*, transparência, participação política, equidade e justiça, questões praticamente ausentes do debate sobre o modelo gerencial. É interessante notar, contudo, que o 'objeto' que gerou a corrente do PSO foi 'criado' pelo modelo gerencial. Trata-se da problemática da descentralização, a partir da qual foram formulados quase todos os conceitos do PSO."

Desta forma, a legislação penal parte da desconfiança quanto à conduta do agente público, assim como preconizado pelo modelo de controle do paradigma burocrático, voltada à coibição da corrupção e do nepotismo. O direito penal, com isso, controla meios e não resultados, terminando por reduzir as alternativas de ação do agente público que o paradigma gerencial busca expandir.

No contexto de riscos generalizados e criminalidade econômica globalizada,[25] o próprio papel do Estado na economia se modifica, passando de uma economia dirigida diretamente pelo Estado, para uma economia controlada, com menor participação direta, mas maior participação por meio do processo de regulação.[26]

Assim, esses novos riscos contribuem para a configuração de um "Estado de prevenção permanente", no qual o controle e a vigilância desempenham papel essencial. Neste sentido, é fácil perceber que a intervenção do Estado na vida dos cidadãos torna-se cada vez mais acentuada, adotando-se paulatinamente um "modelo de inspeção".[27]

No "modelo de inspeção", o cidadão não é apenas obrigado a suportar a fiscalização, mas tem também deveres de colaboração, oferecendo os documentos necessários à vigilância pelo Estado, sob pena de que lhe sejam impostas

25. A respeito destes riscos na economia, cf. LAFER, Celso. A crise financeira – Riscos e incertezas. *O Estado de S. Paulo*. p. A-2. [https://conteudoclippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2009/2/15/a-crise-financeira-riscos-e-incertezas]. Acesso em: 06.05.2009. "O risco é uma característica da sociedade moderna e o capitalismo nela identifica um caminho de inovação e progresso. Nesta nossa era de globalização, Anthony Giddens chama a atenção para o novo risco do risco. Este provém de um maior desconhecimento do nível de risco, manufaturado pela ação humana. Disso são exemplos o risco ecológico, o nuclear e o da direção do conhecimento científico-tecnológico, que, com suas constantes inovações, transpõe continuamente barreiras antes tidas como naturais. A crise financeira, como crise de confiança, é uma expressão do risco manufaturado pelo sistema financeiro global, que por conta de suas falhas de avaliação, gestão temerária, carência de supervisão e de normas se transformou num não debelado curto-circuito de incerteza."

26. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal. In: _____ (coord.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? – Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 312.

27. Idem, p. 314. "En este contexto policial-preventivo, la barrera de intervención del Estado en las esferas jurídicas de los ciudadanos se adelanta de modo sustancial. En lo que aquí interesa, la intervención del Estado en la vida de las empresas se caracteriza por la progresiva generalización del 'modelo de la inspección', que pasa a acompañar al 'modelo del derecho sancionador'."

sanções de ordem administrativa e penal.[28] Trata-se de um reflexo da desconfiança, com consequências sobre o trabalho do funcionário público, que se vê às voltas com a necessidade de formação de dossiês para constituição prévia de provas a seu favor, para a eventualidade de um processo disciplinar no futuro.

Não obstante, para resguardar o seu aparato de inspeção e vigilância administrativos, o Estado contemporâneo recorre novamente ao direito penal, utilizando-se de crimes de perigo abstrato, antecipando a tutela penal para um estágio prelesão, sendo esta muitas vezes até mesmo improvável em termos concretos.[29] Não é difícil perceber que este uso do direito penal acaba por aumentar a intervenção do Estado, deslocando o eixo do direito penal do seu princípio clássico da lesividade.[30]

O controle penal-econômico realizado sobre as empresas é, desse modo, um exemplo do chamado "modelo de inspeção",[31] que se expande para ser aplicado também sobre a Administração Pública, com a criação de tipos penais como o polêmico crime de *enriquecimento ilícito*, por meio do qual se presume a ilicitude de riqueza obtida por funcionário público sem comprovação de origem idônea.

Nesta ordem de considerações, ao mesmo tempo que o direito administrativo e a prática da Administração Pública oferecem ao agente público o poder de decisão sobre diferentes formas de ação, o direito penal parece transferir tal poder ao juiz ou ao Ministério Público, uma vez que pune condutas desviantes da conduta usual, mesmo quando desligadas de prejuízos à administração do interesse público.

Com isso, a atuação estatal torna-se menos dinâmica, apresentando-se o direito penal como uma barreira à mudança cultural de paradigma na Administração Pública, em direção à verdadeira administração gerencial.[32] A pretex-

---

28. Idem, p. 317. Cf. também MALTA, Pierre di. *Droit fiscal pénal*. Paris: PUF, 1992. p. 96-98.

29. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 313.

30. A respeito da importância da lesividade em vista dos crimes de perigo abstrato, típicos do direito penal econômico, ver SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 159-164.

31. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 323. "La empresa, que se mueva en un espacio creciente liberalizado, se concibe como un 'riesgo' *per se*, cuya caracterización como 'permitido' se condiciona a que el empresario cumpla con determinados deberes de colaboración pasiva y activa con la Administración de control. Así, las ideas de 'riesgo permitido condicionado' o la de 'libertad peligrosa' son, seguramente, las que mejor explican esta evolución."

32. MATIAS-PEREIRA, José. *Manual de gestão pública contemporânea*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 59. "A modernização da Administração Pública, em sentido amplo, deve buscar

to de impor total controle, portanto, o direito penal "anticorrupção" termina por dificultar a necessária flexibilidade operacional da moderna Administração Pública.[33]

3. PROPOSTAS DE CONVERGÊNCIA – DA REALIDADE SOCIAL À RESPONSABILIDADE PENAL

Se o direito penal não tem por finalidade inviabilizar desenvolvimentos sociais importantes – como o é a necessária reforma da Administração Pública, que vem sendo conduzida com a incorporação do paradigma gerencial mundo a fora – mas, antes, proteger o bem jurídico "Administração Pública" contra lesões e riscos não autorizados, é preciso que a leitura dos tipos penais do chamado direito penal "anticorrupção" seja feita levando em consideração esse contexto específico de mudança de cultura, no qual se insere a Administração.

Com este propósito, passamos a analisar neste item algumas propostas dogmáticas de incorporação de tais elementos da realidade social na aplicação do direito penal, chamando a atenção aos argumentos a favor de sua utilização, bem como a eventuais obstáculos a serem superados.

3.1 Risco permitido, adequação social e profissional

O risco permitido pode se apresentar de duas distintas formas: como risco admitido por ponderação ou por legitimação histórica. O primeiro ocorre quando há interesses juridicamente reconhecidos que são contemplados com

---

de forma permanente a estruturação de um modelo de gestão que possa alcançar diversos objetivos, como, por exemplo: melhorar a qualidade da oferta de serviços à população, aperfeiçoar o sistema de controle social da Administração Pública, elevar a transferência, combater a corrupção, promover a valorização do servidor público, entre outros. É sabido que a transformação na Administração Pública requer mudanças estruturais, de regras e processos, e medidas efetivas para criar novos sistemas de valores. O sucesso desse novo modelo de gestão, deve-se ressaltar, passa pelo interesse de cada organização e de cada servidor de atingir esses objetivos. Isso exige que tanto a instituição como o servidor tenham uma postura mais flexível, criativa e empreendedora. Por sua vez, as diferenças de desempenho e de alcance de resultados precisam ser valorizadas na Administração Pública."

33. ABRUCIO, Fernando Luiz. Op. cit., p. 18: "O fato é que a Administração Pública se constitui num sistema organizacional em que, internamente, há diferentes tarefas e valores pertencentes a um contexto complexo de relações com a esfera política, a qual nunca pode ser negligenciada, pois caso isso ocorra, aumenta a possibilidade de os processos de reforma administrativa fracassarem."

a assunção do risco, havendo benefícios importantes, em relação aos possíveis prejuízos.[34] Por outro lado, o risco por legitimação histórica seria aquele em que se considera o risco como socialmente adequado, em face da específica transformação histórica e cultural de uma sociedade.[35]

A ideia central é a de que os riscos historicamente legitimados sejam aqueles inerentes à configuração social de uma comunidade, motivo pelo qual são considerados como permitidos, resultando em exclusão da responsabilidade penal. É com esse raciocínio que Mario Gómez afirma que "um risco permitido por legitimação histórica não é outra coisa que um risco socialmente adequado".[36]

Isto não significa que o direito não possa modificar os padrões de interpretação dos riscos. Não obstante, quando o direito não o faz de maneira clara, deve-se interpretá-lo de modo a inseri-lo no contexto social a que se procura aplicá-lo. Em outras palavras, o socialmente adequado é o ponto de partida e de chegada para a interpretação do próprio direito, que, por sua vez, também influencia sua própria interpretação e o que se considera por socialmente adequado.[37]

O critério do risco permitido tem como finalidade excluir da responsabilização penal a conduta que, embora apresente desvalor no resultado, por transitar apenas no âmbito do risco autorizado juridicamente, não apresenta desvalor na ação.[38]

---

34. GOMEZ, Mario Maraver. Riesgo permitido por legitimación histórica. *Libro en homenaje al profesor Günter Jakobs*. Bogotá: Montealegre Lynett, 2003. p. 210: "El riesgo será permitido cuando en atención a los posibles perjuicios y beneficios puedan encontrarse intereses jurídicamente reconocidos."

35. Idem, ibidem: "junto al riesgo permitido por ponderación se encuentra un riesgo permitido por legitimación histórica; lo que significa que hay determinados riesgos que sobrevienen históricamente y que son aceptados como socialmente adecuados."

36. Idem, p. 211: "De lo dicho se desprende que un riesgo permitido por legitimación histórica no es otra cosa que un riesgo socialmente adecuado."

37. Idem, p. 212: "Como se ha visto, el riesgo permitido por legitimación histórica es aquel en el que la cuestión acerca de la legitimación ha sido resuelta por parte de la sociedad. Es la sociedad, en estos casos, la que decide acerca de la ponderación. Esto no debe entenderse en el sentido de que la valoración social impide una decisión posterior por parte del derecho, pues es propio del derecho ir modificando muchas de las valoraciones sociales existentes acerca de lo que debe o no hacerse. Lo que sucede, ya acerca de la valoración actual del mismo y el derecho, en tanto que tal reconocimiento no sea puesto en duda, lo toma como referencia."

38. Idem, p. 216.

Não é fácil, contudo, determinar os limites do risco permitido, ou do considerado como *socialmente adequado*. Por este motivo é que se destacam as regulações extrapenais e, muitas vezes, extralegais, como é o caso dos códigos de conduta empresariais, profissionais ou funcionais.[39]

As normas extrajurídicas apresentam diversas dificuldades de aplicação, deve-se reconhecer. Isto ocorre, pois se distanciam do princípio da legalidade, uma vez que podem até mesmo ser elaboradas por grupos privados, como é o caso de vários tipos de normas técnicas. Neste contexto, essas normas apenas têm aplicação na medida em que representem, de fato, um reconhecimento social acerca da aceitação de um nível adequado de risco.[40]

O risco permitido também remete à noção de papéis sociais, os quais se ligam novamente à questão da adequação social, visto serem moldados a partir de um conjunto de expectativas sociais que se reforçam constantemente nas interações que ocorrem na sociedade. A frustração de tais expectativas, assim, poderá estar relacionada a uma atuação não autorizada pelo ordenamento jurídico, que poderá resultar na assunção de um risco não permitido.[41]

Verifica-se, portanto, a afinidade da ideia de risco autorizado por legitimação histórica com a adequação social, proposta inicialmente por Hans Welzel. A teoria da adequação social tem por fundamento a ideia de que os tipos penais se referem a condutas socialmente existentes que sejam contrárias à ordem histórico-social dessa mesma sociedade. Assim sendo, é possível se falar em condutas atípicas, embora abarcadas pelo tipo objetivo do delito, por se inserirem na normal marcha histórico-cultural da sociedade.[42]

---

39. Idem, p. 220: "Por esa razón, una buena manera de determinar el riesgo permitido y delimitar el deber de cuidado es tomar como referencia aquellas regulaciones extrapenales con las que se pretende precisamente reconocer un cierto tipo de riesgo y mantenerlo dentro de unos límites. La doctrina sostiene que estas regulaciones no pueden ser totalmente determinantes, pero ello se deberá, en su caso, a una necesidad de concreción, no a la posibilidad de cuestionar su validez como criterio de referencia."

40. Idem, p. 221.

41. Idem, p. 222: "Se trata, en definitiva, de saber cuándo la conducta se sale del orden jurídico-socialmente establecido; es decir, de averiguar las expectativas de conducta existentes con respecto a una persona en un concreto contexto de actuación, unas expectativas que se corresponden con un determinado rol social y que permiten, en última instancia, fundamentar una posición de garante ante la situación de riesgo."

42. BLANCO CORDERO, Isidoro. Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 50/264-265; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Linhas reitoras da adequação social em direito penal*. São Paulo, USP, 2009;

Para Reale Jr., a adequação social representa uma situação em que o desvalor do resultado é relevado pelo aspecto positivo da conduta. Em outras palavras, a ponderação valorativa que se faz da ação como socialmente adequada – portanto, aceita – afasta o injusto da ação, excluindo a conduta do âmbito de atuação do direito penal.[43]

Embora a ideia de adequação social seja interessante, ela não chega a ser uma contribuição final ao assunto, visto que a adequação social não é um instituto de fácil delimitação para a aplicação pela dogmática penal. Em outras palavras, os limites do socialmente adequado não são facilmente delimitados, o que contrasta com a necessidade de segurança e taxatividade do direito penal.[44] Além disso, a teoria da adequação social permite afirmar que uma conduta lesiva a um bem jurídico seja considerada atípica apenas porque é comumente aceita na sociedade, o que pode ser indesejável.[45]

Quanto à crítica relativa à imprecisão do que se entende por adequação social, seus defensores respondem que não se trata de critério mais ambíguo que o critério de risco permitido, utilizado pelos autores da imputação objetiva. Ademais, afirmam que o conceito de adequação social pode e deve ser concretizado na interpretação das próprias normas jurídicas, que também se apresentam como enunciados inicialmente abstratos concretizados pelo intérprete.[46]

SCHORSCHER, Vivian Cristina. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações, *RT* 863/452: "A conduta socialmente adequada não constitui uma conduta exemplar, sendo simplesmente uma conduta realizada dentro dos limites da liberdade de ação que cada indivíduo possui em determinada sociedade."

43. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 154: "O valor positivo da ação elimina o desvalor do resultado, até porque busca-se, no final, um resultado também reconhecido como socialmente positivo."

44. Sobre este ponto ver: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia. *RCP* 2/143-167. Ver também GOMEZ, Mario Maraver. Op. cit., p. 226: "Por lo demás, tampoco puede decirse que la teoría de la adecuación social haya tenido una gran aceptación entre la doctrina. Ello puede haberse debido a diferentes razones: en primer lugar, a esa transformación teórica y sistemática a la que fue sometida por parte del propio Welzel; en según lugar, a su carácter ambiguo o impreciso y, en tercer lugar, a los reparos existentes ante la referencia a lo social. Las principales críticas que se han hecho a esta teoría de la adecuación social se encuentran, de alguna manera, relacionas con esas mismas razones."

45. SCHORSCHER, Vivian Cristina. Op. cit., p. 452. "Em última instância, isso implicaria na conferência do atributo de legalidade a tudo quanto fosse aceito pela sociedade em um dado momento histórico."

46. GOMEZ, Mario Maraver. Op. cit., p. 228-229. "Entre las razones que han llevado la doctrina a optar por otros criterios de delimitación del tipo se encuentra el carácter

Desse modo, fica claro o papel hermenêutico desempenhado pela ideia de adequação social. Esta não seria útil apenas nos casos em que a ausência de regras jurídicas torna complexa a solução do problema concreto, mas também para a própria compreensão das regras jurídicas eventualmente existentes em uma dada hipótese.[47]

Em âmbitos corporativos, como na Administração Pública, a adequação social é uma importante ferramenta para a delimitação de papéis sociais e de âmbitos de responsabilidade, ficando, portanto, patente a sua relevância nos delitos contra a Administração Pública.[48]

Ademais, se isso é verdade, o atual contexto do paradigma gerencial que se visa incorporar à administração dos interesses públicos deve ser levado em consideração, a despeito da tradição burocrática que tem sido a regra na Administração Pública desde o início do século XX. Não é possível, por conseguinte, pensar no papel social do servidor público da mesma forma como antes, visto que a rigidez dos processos e dos controles de meios estão dando lugar à flexibilidade da inovação e a métodos de controle por avaliação de resultados.

Ao lado da ideia de adequação social, poderíamos mencionar a proposta de Hassemer, que se destaca por tentar oferecer maior concretude à tese inicial de Welzel, construindo o que seria compreendido por *adequação profissional*.

---

ambiguo e impreciso que le ha sido criticado al criterio de la adecuación social. Se ha dicho, efectivamente, que se trata de una especie de eslogan sin contenido claro, impreciso, difícilmente determinable y de poca utilidad para la interpretación del tipo. Todo ello podría conducir a una inseguridad en la interpretación de los tipos contraria al principio de legalidad. A este respecto, cabe decir, por una parte, que semejante grado de imprecisión podría predicarse de otros criterios utilizados para la delimitación del tipo. Todo ello podría conducir a una inseguridad en la interpretación de los tipos contraria al principio de legalidad. A este respecto, cabe decir, por una parte, que semejante grado de imprecisión podría predicarse de otros criterios utilizados para la delimitación del tipo, incluido el riesgo permitido. Por otra parte, que nada impide que la adecuación social pueda ser concretada en otra serie de criterios más precisos, ya que lo único que pretende es ofrecer una fundamentación general para la interpretación de los tipos penales en atención a la necesaria relación entre las normas penales y las valoraciones sociales. Finalmente, que la adecuación social no hace referencia a una realidad social separada del derecho, sino que debe interpretarse también a partir de las propias normas jurídicas."

47. Idem, p. 231.

48. Idem, p. 232-233: "Como criterio general de interpretación del tipo, la adecuación social afecta a todo tipo de delitos, tanto de resultado como de mera actividad. Incluso podría tomarse como punto de partida para fundamentar la posición de garante en los delitos impropios de omisión o para delimitar los ámbitos de responsabilidad en los casos en que intervienen varias personas."

Trata-se de reconhecer a existência de microssistemas de regras, aplicáveis apenas a pequenos grupos da sociedade, que, porém, são reconhecidos pelo ordenamento jurídico como critérios de organização destes subgrupos sociais.[49]

Sendo assim, tratar-se-ia de vincular a "conduta cotidiana" a um modo de proceder padronizado de um determinado grupo profissional, que age por meio de vínculos normativos, como códigos de ética ou regras de ofício (*lex artis*).[50] A aplicação desta ideia à Administração Pública seria possível com a adoção de códigos especiais de conduta e manuais de procedimentos no âmbito do funcionalismo, desde que tais códigos fossem estruturados levando em consideração o paradigma gerencial que se pretende aplicar de fato. Em outras palavras, de nada adiantaria a existência de um código de conduta escrito e burocrático, em confronto com uma cultura cotidiana de gestão que siga o *managerialism*.

A tese da adequação profissional, contudo, sofre com críticas semelhantes às apresentadas contra a adequação social. Argumenta-se que a delimitação

---

49. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Linhas reitoras*... cit., p. 392. "Ao entender que a sociedade é formada por diversos grupos e não de forma monolítica, assevera que muitos pequenos grupos possuem regras, as quais podem complementar a noção normativa social. Ao serem realizadas diferentes etapas de compreensão, delineia o que entende por adequação profissional. Inicialmente, procura saber em que medida o comportamento de determinado grupo já se encontra regulado. Em seguida, busca-se a compatibilidade destas regras com as do ordenamento jurídico-penal. Muito embora o grupo não venha a vincular a sociedade, na medida em que suas regras são públicas e o direito acaba por reconhecê-las, passam a gozar de reconhecimento"; SCHORSCHER, Vivian C. Op. cit., p. 452. "A teoria da adequação profissional aproxima-se muito da adequação social. No entanto, nela a 'normalidade' é definida com base nas regras de conduta cristalizadas para determinada atividade profissional, ou seja, em princípio não seriam possíveis aquelas condutas que, ainda que proporcionem o cometimento de um crime pela pessoa que contrata o serviço, sejam realizadas em conformidade com as normas da atividade."

50. SCHORSCHER, Vivian C. Op. cit., p. 453: "A aplicação dessa teoria é particularmente justificável e difundida no caso dos agentes financeiros que, tendo realizado todos os cadastros de verificação previstos pelas normas bancárias, por exemplo, realizam uma transferência de dinheiro para uma conta de investimentos situada em um paraíso fiscal, ou seja, quando fornecem um serviço dentro dos padrões e condições, segundo os quais seus clientes os poderiam solicitar a qualquer outro profissional sem levantar suspeitas"; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Linhas reitoras*... cit., p. 393. "Elas devem, pois, dizer respeito à atuação de alguns indivíduos, mesmo em molduras preexistentes, quer organizacionais, quer profissionais. Em outras palavras, não se trata de qualquer questão a ser pretensamente incriminada, mas de eventos que se dão em campos socialmente pré-estruturados em âmbito estrito. Estes não são toleráveis unicamente por considerações fáticas, mas também com vínculo normativo".

intentada por Hassemer não chega a estreitar satisfatoriamente o amplo rol de condutas que poderiam ser consideradas profissionalmente adequadas, tornando a aplicação da teoria suficientemente insegura. Ademais, a teoria leva a crer que a adoção de um determinado procedimento de forma padronizada por membros de uma profissão, poderia tornar adequada uma conduta que deve ser considerada punível, ainda que praticada de maneira generalizada.[51]

3.2 O princípio da confiança – Elemento central da administração gerencial

Na sociedade de risco, a possibilidade de confiar torna-se central para a convivência.[52] Isto significa que a confiança passa a ser um item essencial para estrutura da sociedade contemporânea, uma vez que sustenta a renovação das relações sociais no contexto em que se vive, sendo incorporada nas atividades básicas do dia a dia.[53] Para Luhmann, a confiança, neste sentido, atuaria como um redutor de complexidades da sociedade, permitindo o planejamento do futuro.[54]

Como não poderia deixar de ser, também na organização empresarial pública a confiança exerce um papel de destaque.[55] A própria divisão de tarefas, base da estrutura empresarial complexa, depende, para seu sucesso, da possibilidade de confiança entre os diferentes setores da empresa,[56] vez que o trabalho se tornaria impossível se cada um tivesse que fiscalizar a todos os demais.[57]

Além disso, só se podem delegar funções caso haja confiança no trabalho alheio.[58] Neste sentido, o princípio da confiança no direito penal opera na me-

---

51. Idem, ibidem.

52. AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea – Dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCrim, 2007. p. 76-116.

53. GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991. p. 122.

54. LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 20.

55. NOVELLI, José Gaspar Nayme; FISCHER, Rosa Maria; MAZZON, José Afonso. Fatores de confiança interpessoal no ambiente de trabalho. *Revista de Administração da USP* vol. 41. n. 4. passim.

56. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – Parte geral: questões fundamentais; a doutrina geral do crime*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 884.

57. JAKOBS, Günther. La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del "riesgo permitido", la "prohibición de regreso" y el "principio de confianza". In: _____. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 219.

58. Idem, ibidem. "Este principio otorga libertad de acción a pesar del peligro de un desenlace negativo, pues de este peligro ha de responder otra persona. O, formulado de

dida em que se pode confiar que os terceiros com os quais se lida em uma organização não cometerão delitos,[59] a menos que se apresentem dados concretos que indiquem o contrário.[60]

O princípio da confiança, de igual maneira, é essencial na moderna Administração Pública gerencial. Como demonstrado anteriormente, o empoderamento de funcionários intermediários, a delegação de atividades e a desconcentração de poderes são características estimuladas no paradigma da administração gerencial, o que apenas pode ocorrer em um contexto de confiança no trabalho do servidor público, devendo isso ser levado em conta pela legislação penal.

Isso não significa, porém, que o princípio da confiança seja absoluto. Pelo contrário, tem a sua extensão limitada por fatores como a posição ocupada pelo indivíduo dentro da organização. Como afirma Feijoo Sanchez, "nos casos de divisão vertical do trabalho o princípio da confiança tem um alcance muito mais limitado para o 'superior hierárquico' que nos casos de divisão horizontal, nos quais existe uma relação de igualdade".[61]

De todo modo, a possibilidade de desconhecer a totalidade das atividades de uma organização e de confiar no trabalho dos outros órgãos desta tem como efeito diversas hipóteses exoneratórias da responsabilidade penal. Assim, seriam impunes aqueles que tivessem interferido, com suas condutas rotineiras,

---

otra manera, el principio de confianza posibilita la división del trabajo mediante un reparto de la responsabilidad."

59. ROXIN, Claus. *Teoria da imputação objetiva. Estudos de direito penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 105: "Uma vida ordenada em sociedade só é possível se o indivíduo, em princípio, puder confiar em que as pessoas com quem interage não cometerão delitos dolosos"; FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objectiva*, Madrid: Réus, 2007. p. 193; e JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado. In: _____. *Estudios de derecho penal.* Madrid: Civitas, 1997. p. 252.

60. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 105: "Pode-se confiar em que os outros se comportarão conforme ao direito, enquanto não existirem pontos de apoio concretos em sentido contrário, os quais não seriam de afirmar-se diante de uma aparência suspeita (pois se trata de um critério vago, passível de aleatórias interpretações), mas só diante de uma *reconhecível inclinação para o fato (erkennbare Tatgeneigtheit)*"; DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 882; MAPELLI, Carla Maria Altavista. *Imputação objetiva e crime culposo.* Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 2002. p. 103.

61. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 193-194: "En los supuestos de división vertical del trabajo el principio de confianza tiene un alcance mucho más limitado para el 'superior jerárquico' que en los supuestos de división horizontal en los que existe una relación de igualdad" (trad. livre).

na comissão objetiva de um delito, sem, contudo, o conhecimento do aproveitamento doloso dessa prestação por terceiro. O mesmo, porém, não se poderia dizer dos superiores hierárquicos, a quem incumbiria um dever geral de vigilância.[62]

Sendo assim, o fenômeno da delegação de funções dentro da Administração Pública não exclui toda forma de responsabilidade, mas a modifica. Por conseguinte, os superiores não têm a responsabilidade de executar suas próprias diretrizes, mas devem vigiar e controlar o trabalho dos seus subordinados, de modo a assegurar o nível de risco permitido, que, frise-se, é mais alargado no paradigma gerencial.

Quanto a este ponto, Feijoo Sanchez afirma que não se trata de excluir a possibilidade de confiança por parte dos superiores, mas de assegurar que se confie adequadamente. Segundo este autor, aquele que confia adequadamente não descumpre seus deveres de cuidado. Em suma, a confiança dos superiores deve ser limitada pelos seus deveres de vigilância e supervisão.[63] Atendidos estes requisitos objetivos, a confiança deve permanecer entre superior e subordinado.[64] Em caso contrário, o resultado pode ser imputado àquele que descumpre seus deveres de vigilância.

Posição diferente é a que sustenta Ragués i Valles, para quem não basta a violação do dever de cuidado ao se confiar, sendo necessária a comprovação do dolo na conduta do superior.[65] No sentido do exposto por este autor, com o que concordamos, apenas seria possível a imputação por descumprimento do dever de cuidado na hipótese de a legislação expressamente prever a modalidade culposa do crime cometido.

Sem embargo, a relação entre os deveres de vigilância e o princípio da confiança não se limita ao papel e responsabilidades dos superiores hierárquicos.

---

62. RAGUÉS I VALLES, Ramon. Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales – Problemas de imputación subjetiva. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. n. 6. ano 3. p. 186.

63. A mesma ideia aparece em JAKOBS, Günther. La imputación objetiva... cit., p. 220: "(...) No está permitida la confianza si la misión de uno de los intervenientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente el otro cometa; y esto puede suceder recíprocamente."

64. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 196: "El que confía adecuadamente no infringe su deber de cuidado, Por tanto, en realidad se trata de afirmar que no se puede confiar en la buena marcha de la organización empresarial sin ningún tipo de control, vigilancia o supervisión que justifique racionalmente dicha confianza."

65. RAGUÉS I VALLES, Ramon. Op. cit., p. 186.

Há, em algumas organizações (o que inclui diversos órgãos da Administração Pública no Brasil), a criação de setores de supervisão, responsáveis justamente por reforçar o controle e a vigilância sobre os riscos inerentes à atividade da empresa. A responsabilidade destes setores de duplo asseguramento não exclui a responsabilidade dos demais, porém complementa a segurança na empresa.[66] Por esta razão, os membros integrantes dos setores de *compliance*, controladoria e auditoria interna, não podem gozar da aplicação do princípio da confiança,[67] vez que sua tarefa básica é exatamente a de desconfiar para melhor controlar e supervisionar.[68]

Há, ainda, uma outra forma de organização institucional que consiste na contratação de serviços de controle de outras empresas.[69] Neste caso, os deveres dos responsáveis na empresa contratante se modificam, passando de deveres de controle e vigilância acentuados para se fortificarem os deveres de seleção.[70] Assim, se o processo de seleção da empresa externa ocorreu de forma adequada, pode-se, então, adotar o princípio da confiança, até que haja indícios objetivos de que tal empresa não cumpre satisfatoriamente com sua função.[71]

Quanto a esse princípio, malgrado o entendimento, entre outros, de Roxin, para quem o princípio tem aplicação no dolo eventual,[72] entendemos que sua relevância diz respeito unicamente à avaliação quanto ao (des)respeito aos deveres específicos de cuidado. Em outras palavras, significa dizer que o princípio da confiança é válido apenas para aqueles que não possuem "deveres de desconfiança", sempre que os dados concretos do caso não apontem em direção contrária.

Em suma, verificamos que, se o direito penal anticorrupção deve ser interpretado levando-se em consideração elementos da realidade social a qual se aplica, essa realidade, hoje, com a incorporação do gerencialismo na Administração Pública, prevê maior possibilidade de confiança no trabalho do servidor público. Esse fato, por sua vez, provocará consequências sobre a responsabili-

66. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 198.

67. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 883.

68. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 198.

69. RAGUÉS I VALLES, Ramon. Op. cit., p. 185.

70. Idem, p. 199.

71. Com relação aos indícios objetivos de comportamento ilícito de terceiro, que impossibilitam a aplicação do princípio da confiança, ver: DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 882.

72. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Granada: Comares, 2001. p. 72-73.

dade penal dos indivíduos eventualmente envolvidos em situações que possam resultar, a primeira vista, na execução de ação formalmente típica.

4. CONCLUSÕES

Conforme a sociedade se modifica, novas demandas sociais surgem para serem sanadas pela atividade do Estado. Este, por meio da função administrativa, por sua vez, move-se no sentido de atender tais demandas. Tal processo, contudo, nem sempre é um processo fácil, posto que muitas vezes depende de uma rediscussão política do papel do Estado e das formas de atuação da Administração Pública.

Hodiernamente, o que se verifica é uma crise de degenerescência do paradigma burocrático da Administração Pública, com o surgimento e aplicação do novo paradigma gerencial. Neste novo contexto, o papel do servidor público deixa de ser um papel passivo diante das rígidas regras de controle de meios, e passa a ser um papel ativo na criação de valor para a organização pública na realização de sua missão social.[73]

Este é o contexto teórico no qual se insere a Administração Pública contemporânea, embora se trate de um processo que ainda depende da total penetração da nova cultura organizacional para funcionar plenamente o novo paradigma gerencial na prática de todos os órgãos públicos, no Brasil e no exterior.

De toda forma, é preciso notar o fato de que esta evolução paradigmática produz consequências no âmbito penal, que devem ser corretamente tratadas pela dogmática penal, se esta não deseja atuar como obstáculo à evolução da Administração Pública no cumprimento de sua missão de oferecimento de serviços públicos de qualidade e de forma eficiente à população.

A consequência mais marcante desta transformação da Administração Pública é notada na ampliação do âmbito do risco permitido – ou do adequado

73. SPICER, Michael. Public administration, the history of ideas, and the reinventing government movement. *Public Administration Review* 64/357: "The reinventing government movement has exerted an important influence over contemporary public administration thought and practice, especially in the area of the public management. By now, the central doctrines of this movement are well known to both scholars and practitioners in the field: the elimination of red tape, holding administrators accountable for measurable results, emphasizing customer satisfaction in agency dealing with the public, empowering front-line managers to make their own decisions, contracting out whenever possible with the private sector for public-service delivery, and so forth."

socialmente, na visão tradicional de Hans Welzel. De forma clara, significa dizer que o gerencialismo aceita um maior risco de corrupção em nome de uma maior eficiência dos processos administrativos.

Note-se que isso não significa de maneira alguma tolerar a corrupção, mas sim colocar a Administração Pública no seu caminho correto, evitando que todas as suas energias sejam empenhadas no combate à corrupção pública, que não existiria não fosse a própria existência da Administração. Assim, os controles, tanto administrativos quanto penais, devem ser transferidos para os resultados da ação dos servidores, evitando ao máximo situações descabidas de antecipação da tutela penal.

A correta colocação do direito penal neste contexto não depende apenas de uma participação coerente do legislador, mas também de uma visão consistente do penalista a respeito do problema, atentando-se à nova realidade da Administração Pública contemporânea.

A incorporação destes novos valores e princípios administrativos no direito penal "anticorrupção", seja por meio da ideia de risco permitido ou por meio da noção de adequação social, certamente produzirá resultados no sentido de acelerar a transformação da ineficiente administração burocrática em Administração Pública gerencial, além de tornar a aplicação do direito penal mais racional e sensível à realidade social em que se vive atualmente.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na Administração Pública – Um breve estudo sobre a experiência internacional recente. *Cadernos Enap*. vol. 10. Brasília: Enap, 1997.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea – Dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCrim, 2007.

BARCHET, Gustavo. *Direito administrativo*. São Paulo: Elsevier, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas)*. São Paulo: Forense Universitária, 2009.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Granada: Comares, 2001.

_____. Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. n. 50. p. 263-291. Madrid, jan.-dez. 1997.

CHIAVENATO, Idalberto. *Administração geral e pública*. São Paulo: Elsevier, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – Parte geral: questões fundamentais; a doutrina geral do crime*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patrono político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2009.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objectiva*. Madrid: Réus, 2007.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

GOMEZ, Mario Maraver. Riesgo permitido por legitimación histórica. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). *El funcionalismo en derecho penal: Libro en homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

JAKOBS, Günther. La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del "riesgo permitido", la "prohibición de regreso" y el "principio de confianza". In: _____. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. La prohibición de regreso en los delitos de resultado. In: _____. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

LAFER, Celso. A crise financeira – Riscos e incertezas. *O Estado de S. Paulo*. p. A-2, 15.02.2009. Disponível em: [www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090215/not_imp324056,0.php]. Acesso em: 05.04.2011.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996.

MALTA, Pierre di. *Droit fiscal pénal*. Paris: PUF, 1992.

MAPELLI, Carla Maria Altavista. *Imputação objetiva e crime culposo*. Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 2002.

MATIAS-PEREIRA, José. *Manual de gestão pública contemporânea*. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVELLI, José Gaspar Nayme; FISCHER, Rosa Maria; MAZZON, José Afonso. Fatores de confiança interpessoal no ambiente de trabalho. *Revista de Administração da USP*. vol. 41. n. 4. p. 442-452. São Paulo, out.-dez. 2006.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Administração pública gerencial: estratégia e estrutura para um novo* Estado. Brasília: Enap, 1996.

RAGUÉS I VALLES, Ramon. Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales – Problemas de imputación subjetiva. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. n. 6. ano 3. p. 183-205. Porto Alegre, maio-ago. 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROXIN, Claus. *Teoria da imputação objetiva. Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações. *Revista dos Tribunais*. vol. 863. p. 435-459. São Paulo: Ed. RT, set. 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal. In: _____ (coord.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? – Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. *Linhas reitoras da adequação social em direito penal*. Tese apresentada como exigência parcial ao concurso para provimento de cargo de Professor Titular do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia na Faculdade de Direito da USP, São Paulo, USP, 2009.

_____; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia. *Revista de Ciências Penais*. vol. 2. p. 143-167. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2005.

SPICER, Michael. Public administration, the history of ideas, and the reinventing government movement. *Public Administration Review*. vol. 64. n. 3. p. 353-362. Cleveland: may-jun. 2004.

WEBER, Max. *Os três tipos puros de dominação legítima. Sociologia*. São Paulo: Ática, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A corrupção em uma perspectiva internacional, de Carlos Eduardo Adriano Japiassú – *RBCCrim* 64/29; e
- O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira, de Patrícia Carraro Rossetto – *RCP* 10/211.

Veja também Jurisprudência

- Crimes contra a Administração Pública: *RT* 885/578.

54634

El progresivo diseño de espacios judiciales penales comunes para enfrentar la impunidad de la corrupción

7

Nicolás Rodríguez García

Director, en la Universidad de Salamanca, del Grupo de Estudio contra la Corrupción (Gresco-Usal) y de la Escuela de Posgrado Estado de Derecho y Buen Gobierno. Miembro del Instituto de Iberoamérica de la Universidad de Salamanca, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y del Grupo de Estudio sobre corrupción, delincuencia económica y crimen organizado de la Universidad de Salamanca. Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca (España).

Área do Direito: Penal

Resumen: En el siglo XXI los Estados, indefensos ante la virulencia de atentados terroristas y hechos delictivos relacionados con el crimen organizado – en especial el fraude y la corrupción –, conscientes de la ineficacia de la defensa a ultranza del principio de soberanía y por ende de los mecanismos tradicionales para combatir esos hechos delictivos, y hondamente preocupados por la sensación de inseguridad ciudadana e impunidad, están utilizando el proceso penal como instrumento de una politica criminal de seguridad en la cual se están dando, a marchas forzadas, pasos para la construcción de espacios judiciales penales comunes sobre la base de ideas como la simplificación, la descentralización y la aceleración de las formas de cooperación judicial penal internacional. Las normas están existen, son claras

Abstract: In the twenty-first century, the States, defenseless against the violence of terrorist attacks and criminal acts related to organized crime –particularly fraud and corruption–, aware of the ineffectiveness of the stubborn defense of the principle of sovereignty and therefore the traditional mechanisms to combat these criminal acts, and deeply concerned about the feeling of insecurity and impunity, are using the criminal process as an instrument of criminal policy in which safety steps are being taken for the construction of a criminal justice common ground based on ideas such as simplification, decentralization and the acceleration of the forms of international criminal judicial cooperation. The rules exist, they are clear and should be sufficient but the same cannot

y deben de ser suficientes, sin que se pueda decir lo mismo del compromiso real de los Estados de hacerlas efectivas.

PALABRAS-CLAVE: Derecho procesal penal - Cooperación judicial internacional - Ministerio Público - Corrupción - Crimen organizado transnacional.

be said about of the commitment of the States to implement them.

KEYWORDS: Criminal procedural law - International judicial cooperation - Prosecution - Corruption - Transnational organized crime.

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema: 1.1 En general; 1.2 En particular - 2. La asistencia judicial mutua a nivel mundial: disposiciones contenidas en la convención de naciones unidas contra la corrupción: 2.1 Introducción; 2.2 La asistencia judicial recíproca: 2.2.1 Régimen jurídico; 2.2.2 Ámbito de aplicación; 2.2.3 Fines; 2.2.4 Trámites a seguir en casos de ausencia de tratado o acuerdo de asistencia judicial - 3. La asistencia judicial mutua a nivel iberoamericano: la convención interamericana sobre asistencia mutua en materia penal: 3.1 Introducción; 3.2 Ámbito de aplicación; 3.3 Competencia, forma y contenido de la solicitud de asistencia; 3.4 Forma, contenido y costes de la solicitud de asistencia; 3.5 Tramitación de la asistencia; 3.6 Modalidades específicas de asistencia: 3.6.1 Notificación de resoluciones; 3.6.2 Remisión de informaciones y antecedentes; 3.6.3 Comparecencia de testigos y peritos; 3.6.4 Registro, embargo, secuestro y entrega de objetos; 3.6.5 Medidas de aseguramiento de bienes; 3.6.6 Traslado temporal y tránsito de detenidos - 4. La asistencia judicial mutua a nivel europeo: el convenio europeo de asistencia judicial en materia penal: 4.1 Introducción; 4.2 Objeto del convenio; 4.3 Ámbito de aplicación: 4.3.1 Material; 4.3.2 Territorial; 4.3.3 Entrada en vigor y aplicación; 4.4 Principios del convenio: 4.4.1 Introducción; 4.4.2 Aplicación de la ley del Estado requirente; 4.4.3 Envío y notificación de documentos procesales; 4.4.4 Transmisión de solicitudes de asistencia judicial; 4.4.5 Intercambio espontáneo de información; 4.5 Protocolo del convenio: 4.5.1 Objeto; 4.5.2 Ámbito de aplicación; 4.5.3 Contenido; 4.6 Formas específicas de asistencia judicial en materia penal entre los Estados de la Unión Europea: 4.6.1 Antecedentes; 4.6.2 Restitución; 4.6.3 Traslado temporal de detenidos con fines de investigación; 4.6.4 Audición por videoconferencia; 4.6.5 Audición por conferencia telefónica; 4.6.6 Entregas vigiladas; 4.6.7 Equipos conjuntos de investigación; 4.6.8 Investigaciones encubiertas; 4.6.9 Responsabilidad penal y civil en relación con los funcionarios; 4.6.10 Intervención de las telecomunicaciones; 4.6.11 Formas específicas de asistencia previstas en el Protocolo del convenio - 5. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA[1]

1.1 En general

Cuando el 26.10.2010 se presentó en Berlín el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) de 2010 de la ONG Transparencia Internacional, en el que anualmente desde hace quince se miden los niveles de corrupción pública de numeros países del mundo – en esta ocasión 178 –, su Presidenta Huguette

1. Indicar que este trabajo ha sido elaborado en el marco de dos Proyectos de Investigación españoles financiados por el Ministerio de Educación (DER2009-13351) y la Junta de Castilla y León (SA033A10-1).

Labelle puso de manifiesto como para afrontar la crisis global resulta prioritaria una actitud de tolerancia cero frente a la corrupción: "en todo el mundo, la transparencia y la rendición de cuentas son cruciales para restablecer la confianza y revertir el flagelo de la corrupción. Sin ellas, las políticas globales que buscan solucionar las diversas crisis mundiales estarán en riesgo".[2]

En una cuestión de política global como esta deben de ser adecuadamente secuenciados y combinados los instrumentos y mecanismos tanto preventivos como represivos, siendo la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción el texto que mejor sintetiza este reto. Con relación a estos últimos, en las personas – *todas*, aunque en mayor medida las de los países más pobres y vulnerables –[3] que sufren los efectos de la corrupción surgen dudas sobre si los comportamientos corruptos están suficientemente castigados o sobre si el Poder Judicial dispone de los medios suficientes para castigar y hacer cumplir las consecuencias jurídicas a sus responsables, porque lo que es indudable es que en todos los países está asentada una generalizada sensación de impunidad en esta materia[4] que en última instancia provoca una desconfianza en la instituciones políticas, económicas, sociales y jurídicas de los Estados.[5]

El analizar como se lleva a cabo el enjuiciamiento penal de los casos de corrupción pública y privada, nacional o internacional, permite constatar la sanidad de la realidad jurídico-procesal penal de países como España o Brasil,[6] y sus cercanías o alejamientos con los ordenamientos de países del ámbito europeo[7] o iberoamericano.[8]

---

2. Vid. [www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010/multimedia]. Acesso em: 01.02.2011.
3. Con relación a los efectos negativos de la corrupción para el desarrollo económico de los países, cuestión que ocupa y preocupa a los gobiernos y a las organizaciones internacionales, vid. Rose-Ackerman (1998), World Bank (1999), Tanzi y Davoodi (2001), Mo (2001), Aa.Vv. (2001b), Aa.Vv. (2001d), Niño Becerra y Martínez Blasco (2002), Aa.Vv. (2002), Abed y Gupta (2003), Alcaide Zugaza (2004), Reos (2005), Aa.Vv. (2006a), Fisman y Svensson (2007), Gorodnichenko y Sabirianova Peter (2007), Lavallée, E. (2007), Tanzi (2008) y Dumas, Wedel y Callman (2010).
4. De ahí que Nieto García (2003, p. 101 y ss.) se cuestione si la misma es *inevitable*.
5. Vid. Pharr y Putnam (2000).
6. Con relación a los efectos que en todos los ámbitos provoca la corrupción en Brasil vid. Habib (1994), Aa.Vv. (2007b), Schilling (1999), Livianu (2007), de Mello Jorge Silveira (2010, p. 311 y ss.).
7. A este respecto véase, desde una perspectiva cuantitativa Aa.Vv. (2010b), y desde una perspectiva cualitativa Aa.Vv. (2010c).
8. Vid. Aa.Vv. (2000c) y Aa.Vv. (2009). En general sobre la comparación y la relación entre jurisdicciones vid. Vergottini (2011).

De manera muy sintética, podemos apuntar las siguientes cuestiones:

1) Con carácter general muchos países del mundo se tiene una mala consideración del funcionamiento de la Administración de Justicia,[9] lo que está especialmente acentuado en el hacer de los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional penal. En el caso de España, la situación no sólo viene siendo mala sino que cada vez va a peor: es lenta, ineficaz, anticuada, los órganos judiciales no son imparciales ni independientes en los asuntos de relevancia pública en los que están implicados personas del ámbito político, económico y financiero.[10]

Esta negativa percepción tiene una doble consecuencia jurídico-procesal en la materia que analizamos: por un lado, los ciudadanos *rechazan* colaborar con la justicia penal denunciando o prestando testimonio,[11] lo que es relevante tanto por el importante volumen de *cifras negras* como por tratarse de comportamientos que se realizan bajo pactos – expresos o al menos tácitos – de *silencio*;[12] por otro, acuden a los medios de comunicación interesadamente para publicitar su conocimiento o hastío por los casos de corrupción, o para

9. Incluso dentro del propio Poder Judicial. Vid. Nieto García (2010).

10. Además de por los distintos barómetros de opinión elaborados periódicamente por el Consejo General del Poder Judicial, estas ideas se pueden refrendar en el "II Barómetro sobre la Actividad de la Justicia" elaborado por la Fundación Wolters Kluwer, hecho publico el 28.09.2010, el cual es objeto de comentario detallado por García de la Cruz Herrero (2010, p. 1 y ss.). Vid. además Toharía (2001) y Nieto García (2004, p. 29 y ss.).

11. Por ello, en los principales convenios y tratados internacionales de lucha contra la corrupción se exhorta a los Estados a adoptar mecanismos eficaces de protección de testigos, peritos, víctimas y denunciantes, cuestión abordada, entre otros, por Milton de Barros (2003, p. 129 y ss.), Aa.Vv. (2003c), Aa.Vv. (2005), Glus et al. (2006), Oliveira e Silva (2007) y Batlouni Mendroni (2009, p. 150 y ss.). Juntamente con ello, destacar como a pesar de que los diferentes ordenamientos jurídicos prohiben el *anonimato* y los efectos jurídicos de las denuncias amparándose en él –como así se establece en el art. 5.IV de la Constitución Federal de Brasil–, en la práctica los órganos de control –administrativos, policiales, fiscales y judiciales– reciben e investigan también las denuncias recibidas sin identificación; así, el Supremo Tribunal Federal de Brasil fijó el 11.05.2005 el criterio de que en el sistema brasileño las denuncias anónimas pueden servir como elemento de información para apoyar la indagatoria de irregularidades por parte de los órganos de investigación.

12. En el art. 8 de la "Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de la Unión Europea de 24.10.2008 relativa a la lucha contra la delincuencia organizada" se obliga a los Estados a garantizar que las investigaciones o el enjuiciamiento de los delitos no dependan de la formulación de denuncia o acusación por una persona que haya sido

utilizarlos como arma arrojadiza contra los adversarios en las confrontaciones políticas o económicas, de forma tal que estos se convierten en elementos determinantes en la conformación de la opinión pública en materia penal,[13] generándose a partir de la filtración de noticias judiciales los denostados *juicios paralelos*.[14]

2) Pese a que pudiera parecer que la primera reacción de los responsables políticos – en el gobierno, en la oposición, o en ambos[15] – debiera pasar por incrementar la inversión pública en la Administración de Justicia,[16] nada de

víctima de tales delitos, al menos si los hechos se cometieron en el territorio de otro Estado miembro.

13. Vid. Díez Ripollés (2003, p. 27 y ss.).

14. Sobre esta materia vid. Roxin (1999), Hernández García (1999), Aa.Vv. (2000a), Aa.Vv. (2001c), Thompson (2001), Latorre Latorre (2002) y Aa.Vv. (2008c).

15. El consenso político en materia de Justicia en España cuajó el 28.05.2001 cuando los dos partidos mayoritarios, el popular y el socialista, suscribieron el "Pacto de Estado para la reforma de la Justicia" con el objetivo de dar satisfación a la demanda popular de que "la Justicia actúe con rapidez, eficacia y, calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados; que cumpla satisfactoriamente su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión previsibles; y que actúe como poder independiente unitario e integrado, con una estructura vertebrada, regida por una coherencia institucional que le permita desarrollar más eficazmente sus funciones constitucionales. Ello conforma un reto de interés general que debe ser afrontado con un proyecto global, que acometa decidida y sistemáticamente el fondo de los problemas y dote de coherencia, estabilidad y permanencia a las múltiples reformes que resultan precisas. Un nuevo modelo de conjunto que trascienda intereses coyunturales y excluyentes, y se asiente sobre soluciones integrales y perdurables, con el norte puesto en las necesidades de los ciudadanos y en los desafíos de la sociedad avanzada y democrática española del Siglo XXI". Vid. Sánchez Morón (2001) y Michavila Núñez (2004).
Quizá, en estos momentos, habría que rescatar el espíritu de ese consenso para atajar de una vez la reforma integral del enjuiciamiento criminal español.

16. Como gráficamente señala Montero Aroca (2000, p. 136), "en la mayoría de los países el porcentaje del presupuesto del Estado dedicado a la que podemos llamar Justicia, en términos generales, no supera el 1 por 100, lo que puede traducirse diciendo que el grado de interés por esa Justicia, medido en parámetros económicos, es ínfimo. No puede aceptarse que, primero, el Estado diga que destina a la Justicia menos del 1 por 100 de los recursos económicos y que, luego, pretenda que el sistema penal se adecue a esa limitación, pues con ello lo que está haciendo es convertir en imposible el cumplimiento de la función. Antes de nada, pues, debe replantearse la distribución de recursos, partiendo de que son limitados, determinar así qué recursos se asignan a la Justicia, atendidas las otras funciones que deben cumplirse, con lo que se estable-

esto sucede por cuanto la mayor parte de las reformas emprendidas en los últimos veinte años[17] han estado presididas por una idea *paleativa*: *deflacionar* o *descongestionar* el sistema de justicia penal optando, como en Iberoamérica,[18] por su *acusatoriedad*[19] y adoptando medidas tales como el encumbramiento del Ministerio Fiscal como principal – y único para algunos – actor en el proceso penal y director de la investigación penal,[20] el establecimiento de procedimientos penales alternativos – simplificados y rápidos – al ordinario o la adopción generalizada de manifestaciones del principio de oportunidad a lo largo de todo el proceso penal, sin descartar un mayor o menor campo de acción a medios alternativos – o mejor *complementarios* – de solución de los conflictos a partir de la mediación penal.[21] Y ello, a nuestro juicio, lastrado por tres problemas: la atracción – e incluso *copia* –[22] por instituciones vigentes en otros

---

cerá una verdadera jerarquía de valores, y, por fin, adecuar el sistema penal, y sobre todo el procesal, en lo que ahora nos importa, a los recursos asignados".

17. Habrá que ver los resultados que se producen a partir del "Plan estratégico para la modernización de la Justicia 2009-2012", aprobado por el Gobierno español el 19.09.2009, el cual se articula sobre la base de seis ejes estratégicos: un servicio público de calidad, una Justicia profesional y altamente cualificada, una Justicia tecnológicamente avanzada, un servicio público orientado a las personas, una política basada en la colegiación de esfuerzos, y un fortalecimiento de la dimensión jurídica internacional.
18. Vid. Aa.Vv. (2000c y 2003a), Ambos (2006, p. 39 y ss.) y Oré Guardia y Ramos Dávila (2008).
19. Vid. Aa.Vv. (2006b y 2008d).
20. Sin lugar a dudas puede decirse que el punto nuclear en las discusiones de los trabajos preparatorios en la elaboración de un nuevo código de proceso penal en España radica en el rol que quiere atribuírsele al Ministerio Fiscal. Vid. entre otros muchos Gimeno Sendra (2005), Andrés Ibáñez (2007), Díez-Picazo Ponce de León (2007), Espina Ramos (2008), Fuentes Soriano (2008), Garberí Llobregat (2008), Moreno Catena (2008) y Bastarreche Bengoa (2010); y con relación a Iberoamérica vid. Pellegrini Grinover (2008).
21. Vid. Lamas Leite (2008), Río Fernández (2008), Barona Vilar (2009), Heredia Puente (2009), Manzanares Samaniego (2009), Martín Diz (2010, p. 301 y ss.), Durbán Sicilia (2010) y García Torres (2010).
22. Como señalara Vázquez Sotelo (1989, p. 181), "el conocimiento de los diferentes institutos de los que se quieren sacar consecuencias válidas para inspirar futuras reformas nos tiene que servir para no caer en un mal muy frecuente entre nosotros, consistente en el *mimetismo* científico o legislativo extranjero, puesto que una cosa es tomar en cuenta las instituciones y las experiencias extranjeras y otra muy distinta es el afán de imitar o copiar o de inspirarse en todo cuanto sucede –y a veces se cree que sucede– en otros países, sobre todo si se consideran doctrinalmente más adelantados.

países, no tanto en Alemania como en décadas pasadas,[23] sino cada vez más en ordenamientos de corte anglosajón en los que prima mucho más la eficacia y una visión economicista del Derecho;[24] la no posible generalización de estas medidas a todos los posibles hechos delictivos e infractores, como acontece – en parte – en los casos de corrupción;[25] la tensión que su adopción provoca con principios y garantías procesales básicas, muchas de ellas constitucionalizadas y reconocidas en acuerdos internacionales sobre derechos humanos como el europeo o el interamericano,[26] por lo que más que nunca hay que abogar, como viene haciendo Ramos Méndez, por realizar una lectura constitucional del enjuiciamiento penal.[27]

La consecuencia de este proceder es que junto al mantenido *tópico* de *crisis de la Administración de Justicia* se coloca a legisladores y estudiosos en la tesitura de tener que optar entre *eficacia* y *garantía*,[28] cuando ambos deben ser perfectamente compatibles en un Estado de Derecho en el que constitucionalmente se defiende el derecho a la tutela judicial efectiva[29] y en donde, a nues-

---

El mimetismo existe en la doctrina y en la legislación y su consecuencia no puede ser otra que el empobrecimiento de nuestro Derecho procesal".

23. Vid. Fletcher (2004), Hirsch (2006) y Werle (2008).
24. Vid. Friedman, L. M. (1988), Fletcher (1997), Schünemann (2002), Nieto Martín (2007) y Ferreres Comellas (2010).
25. Vid. Zanchetta (1996), Muhm (2001), Contreras Alfaro (2004) y Xanthaki (2004). Con relación a Brasil vid. en general Franklin Nogueira (2003) Giacomolli (2006) y Dee Kyle (2007).
26. Vid. Bertolino (1986), Esparza Leibar (1995), Suárez Sánchez (2001), Bacigalupo Zapater (2005), Hitters (2010), Quispe Remón (2010) y Rijken (2010).
27. Ramos Méndez (2011). Con relación a Brasil vid. Grandinetti Castanho de Carvalho (2009), de Souza Nucci (2010), Nery Junior (2010) y Scarance Fernandes (2010).
28. Vid. por todos Scarance Fernandes (2008).
29. Esta expresión, contenida en el art. 24 de la Constitución española, también es objeto de reconocimiento en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual, si bien no forma parte del articulado de los dos *Tratados* europeos después de la reforma operada en 2009 en Lisboa, tiene el mismo valor jurídico que éstos y vincula a los Estados cuando apliquen el Derecho de la Unón Europea; además, se reconocen otros derechos y principios como "juez imparcial" (art. 47), "presunción de inocencia" y "defensa" (art. 48), "legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas" (art. 49), y el "no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción" (art. 50). Vid. Aa.Vv. (2008a) y Aa.Vv. (2008b), y con relación a la fuerza pujante de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional alemán en la construcción del Espacio Europeo de los Derechos González Pascual (2010).

tro criterio, deben ser debidamente analizadas y consensuadas las cesiones al *Derecho Procesal penal del enemigo.*[30]

3) No estamos sólo ante una cuestión de medios, sino también de falta de adecuación de las normas penales a la realidad social imperante. Y en este punto tenemos que defender que ni el Derecho Penal tiene que actuar como *única ratio*[31] en la regeneración ética de las sociedades por los casos de corrupción, ni *sólo*, sin el Derecho Procesal penal, va a conseguir avanzar mucho.

En efecto, uno de los problemas de los que adolecen los movimientos reformadores actuales es que el legislador no piensa en clave de *sistema penal*: claramente tienen que ir de la mano las previsiones sustantivas y las procesales.[32] Si no se quiere que ambiciosas reformas del Código Penal como las que han entrado en vigor en España a finales de 2010, atinentes entre otras a la penalización de nuevos comportamientos corruptos.[33] A la actualización y reformulación de algunos.[34] O al recrudecimiento de las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de tipos más tradicionales.[35] No puedan ser llevadas a la práctica por falta de instrumentos procesales apropiados –y olvidados en

30. Vid. Portilla Contreras (2004) y Damián Moreno (2005); y también, la posición crítica de Schünemann (2010, p. 137 y ss.).

31. Vid. Schünemann (2007). Incluso destacar como hace pocas fechas se ha hecho público un "Manifiesto sobre la política criminal europea", elaborado por penalistas procedentes de diez países de la Unión Europea, en el que al fijar los principios de política criminal aluden a los de proporcionalidad y *ultima ratio*, en cuya justificación señalan que "[el] simple aseguramiento de una política de la Unión no puede legitimar la utilización del Derecho penal", y que "[utilizar] el Derecho penal de forma inflacionaria conduce además a una pérdida de su fuerza y efectividad".

32. Y es que, como ha señalado Tiedemann (2006, p. 441), "en no pocos casos en el Derecho Procesal Penal compensa los déficits o prejuicios del Derecho Penal material –y viceversa–".

33. Por ejemplo, la *corrupción privada* a consecuencia de la trasposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22.07.2003, o la *corrupción en el deporte*. Sobre la reforma de 2010 del Código Penal español en estas materias vid. Blanco Cordero (2010) y Monroy Antón (2010).

34. Nos referimos a la *corrupción de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales*, que en cumplimiento de la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico de 1997 sobre lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales ya fue tipificada en España por las Leyes Orgánicas 3/2000 y 15/2003.

35. Como señala Hassemer (2008, p. 8), "desde el momento en el que pude observar de manera analítica nuestro ambiente punitivo, y hasta la fecha, nunca antes había percibido de forma tan evidente una predisposición a la pena ni notado tal agrado hacia

el íter legislativo–.[36] Bien utilizado, el proceso penal tiene que ser un buen instrumento de política criminal;[37] de tenerse claro en España, además, no debería retrasarse más la aprobación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que sustituya a la vigente, que ya ha cumplido 128 años.[38]

4) Algunas de las *nuevas* formas de delincuencia, como el narcotráfico, el crimen organizado, el lavado de activos o la corrupción, destacan no sólo por los efectos económicos, políticos y sociales que genera,[39] sino también por los jurídicos, por su carácter técnico y especializado, por su profesionalización y actuación concertada – son verdaderas *empresas del delito* –, por la búsqueda de un resultado económico u otro beneficio de orden material,[40] por *invertir* en seguridad,[41] e incluso por poderse ubicar criminológicamente algunos de ellos en la categoría de los "delitos sin víctima".[42] En buena lógica, la respuesta

---

la sanción penal como en nuestros días". Más ampliamente vid. Muñoz Conde (2007, p. 9 y ss.).

36. Así sucede, por ejemplo, con el establecimiento de exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, como denuncian González-Cuéllar Serrano y Juanes Peces (2010), o con la regulación de la prescripción penal, como se encarga de destacar Asencio Mellado (2001).

37. Vid. por todos Andrade Fernandes (2001).

38. Con relación a las bases en las que se tendría que asentar el nuevo texto procesal penal vid. Gimeno Sendra (2008), Montero Aroca (2008) y Castillejo Manzanares (2010).

39. Estos efectos son especialmente significativos en América Latina, tal y como se puede constatar anualmente en los informes elaborados por la "Corporación Latinobarómetro". Así, en el Informe 2010, presentado en el mes de diciembre de 2010, mayoritariamente los ciudadanos consultados consideran que la delincuencia y la seguridad pública son el principal problema que se da en su países, muy por delante del desempleo o de la pobreza y los problemas económicos; Brasil, considerado como el tercer país que tiene más liderazgo en la región, presenta también deficiencias importantes en el área de la salud.

40. De ahí la relación directa que se establece entre la corrupción y el blanqueo de capitales, como destaca Fabián Caparrós (2002). Vid. además Maillard (2002) y Martín Pallín (2006), y con relación a Brasil Barros (2008), Martin de Sanctis (2009a), Moro (2010) y Regis Prado (2010, p. 347 y ss.).
En este punto, destacar como en España tenemos muy reciente la aprobación de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Sobre la misma vid. Aliaga Méndez (2010).

41. Tiene pleno encage en materia de corrupción el concepto de "captura del Estado". Vid. Hellman, Jones y Kaufmann (2001).

42. Así sucede con la corrupción, casos en los que junto a los perjudicados directos se genera un daño colectivo, difuso, lo que deriva en importantes implicaciones de or-

desde el Estado de Derecho tiene que producirse con muchos y bien preparados policías, fiscales y jueces, apoyados en su labor por organismos auxiliares debidamente formados y financiados. En el caso español, esta especialización el clara en el caso del Ministerio Fiscal[43] pero no tanto cuando nos referimos a los órganos jurisdiccionales del orden penal,[44] excepción hecha de la Audiencia Nacional y sus relevantes competencias del art. 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.[45]

---

den procesal –rol del Ministerio Público, ejercicio de acciones públicas, problemas de prueba, etc.–. Más ampliamente vid. Lamo de Espinosa (1993), Lascoumes (1999, p. 16) y de Mello Jorge Silveira (2003, p. 176).

43. Podemos destacar tres hitos fundamentales:
a) La Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, que atribuyó a la "Fiscalía de la Audiencia Nacional" competencias en los delitos de terrorismo, en un principio nacional pero en los últimos años internacional y en especial yihadista.
b) La Ley 5/1988, de 24 de marzo, por la que se creó la "Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas" –conocida comúnmente como Fiscalía Antidroga– para luchar contra el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales asociado al mismo, reforzada notablemente con la Instrucción 12/2005 de la Fiscalía General del Estado.
c) La Ley 10/1995, de 24 de abril, por la que se creó la "Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción", rebautizada por la Instrucción 4/2006 de la Fiscalía General del Estado como "Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada", en donde se regulan también la actuación de los Fiscales especialistas en delincuencia organizada, al considerar que ésta ha invadido la actual economía globalizada, a la que limita su eficacia y competitividad; corroe las instituciones del Estado democrático, que pone a su servicio en detrimento de los ciudadanos; y pervierte las instituciones financieras al utilizar sus circuitos para disfrutar de sus inmensos beneficios.

44. No se puede olvidar, como señala Bacigalupo Zapater (2002, p. 190), que una cosa es la especialización de un órgano judicial, producto de una concentración de competencias en una determinada materia, y otra diferente la especialización técnica de los jueces que se desempeñan en tales órganos judiciales.

45. En los últimos tiempos está ganando adeptos la opción de crear a nivel provincial órganos jurisdiccionales en materia de crimen organizado. Esta propuesta, que viene siendo defendida desde hace algunos años por Asociaciones de Fiscales y de Jueces, ha sido concretada aún más por Magro Servet (2008), para quien la realidad criminológica española debiera llevar a dividir las competencias entre los Juzgados Centrales de Instrucción –que se ocuparían del "crimen organizado", con base justamente en la dimensión transnacional de las conductas que recoge– y unos "Juzgados específicos *ad hoc* en las capitales de provincia" – que actuarían de forma limitada en asuntos de "delincuencia organizada"–.

5) Como ha señalado ROXIN,[46] entre los retos de futuro de la ciencia jurídico-penal está la de reforzar el estudio del Derecho supranacional, pero sin abandonar la reivindicación de los conceptos tradicionales, con la finalidad críticamente constructiva de proporcionar sólidas bases a los futuros ordenamientos penales de la Unión Europea y de las instituciones internacionales. Pero más que un *consejo* es una *obligación* para legisladores y académicos, por cuanto este Derecho Penal y Procesal penal supranacional que se va generando, al menos en el ámbito europeo, a través de las *Decisiones Marco*, está generando indirectamente un *Tratado europeo*[47] que deriva en que los ordenamientos jurídico-penales nacionales se tengan que adaptar imperativamente a él.[48]

1.2 En particular

En el Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 se sintetiza una de las premisas básicas para diseñar instituciones y una política efectiva en aras a la prevención y represión de la corrupción: *la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella.*

Con esta afirmación no se niega la existencia y perniciosidad de los casos de corrupción en el ámbito local y nacional, germen y caldo de cultivo de la *gran corrupción*, pero sí enfatiza que en un mundo con creciente movilidad, con uso – y abuso – de medios tecnológicos y con una progresiva eliminación de controles – no sólo físicos, como las barreras fronterizas – hay algunos retos que tienen que ser afrontados de forma global, entre ellos, la prevención – primero –[49] y la represión de la corrupción pública y privada. Así es sentido por

46. Roxin (2006).

47. Acale Sánchez (2010, p. 53).

48. Baste con revisar el Preámbulo y la Disposición Final Sexta de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal español, en donde se listan las normas del Derecho de la Unión Europea que se incorporan al ordenamiento español por medio de esta reforma.

49. Destacar como la Decisión 2009/902/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 30.11.2009, ha creado la "Red Europea de Prevención de la Delincuencia" (REPD), con el objetivo de contribuir a desarrollar los diferentes aspectos de la prevención de la delincuencia a escala de la Unión, teniendo en cuenta la estrategia de prevención de la delincuencia de la Unión Europea, apoyando además las actividades de prevención de la delincuencia en los niveles local y nacional. Esta actuación preventiva, según el art. 2, tiene que incluir todas aquellas medidas que persigan reducir o que con-

todos – instituciones, gobernantes, sociedad civil –, máxime en coyunturas económicas desfavorables como la actual.[50]

En los últimos quince años es cuando se ha producido un crecimiento exponencial del tratamiento jurídico del elemento "transfronterizo" o "transnacional" de la corrupción, en paralelo con el de algunas otras formas delictivas como el narcotráfico, el terrorismo, el blanqueo de capitales o la delincuencia organizada.[51] Y no sólo por los efectos económicos, políticos, sociales e institu-

---

tribuyan a reducir la delincuencia y el sentimiento de inseguridad de los ciudadanos, tanto cuantitativa como cualitativamente, bien mediante la disuasión directa de las actividades delictivas o mediante políticas y acciones orientadas a reducir el potencial de la delincuencia y sus causas; incluirá los trabajos realizados por el Gobierno, las autoridades competentes, las instituciones judiciales penales, las autoridades locales, y las asociaciones de especialistas que hayan establecido en Europa, el sector privado y las organizaciones benéficas, los investigadores y el público en general, con apoyo de los medios de comunicación.

50. A mayores, parece que además las expectativas futuras no son nada halagüeñas, como se refleja en el *Special Eurobarometer 325. Attitudes of europeans towards corruption full report*, elaborado por la Comisión Europea y publicado en noviembre de 2009, en el que el 78% de los europeos creen que la corrupción es el mayor problema que hay en los países, es un problema que siempre ha existido y es inevitable (69%), si bien la mayoría de los encuestados no ha tenido una experiencia directa en un caso de corrupción en el último año. Se responsabiliza de esta percepción a los estrechos vínculos entre la política y los negocios (42%); a los políticos, que no hacen lo suficiente por luchar contra la corrupción (34%); a los elevados niveles de impunidad (32%), tanto por no perseguir la mayor parte de los asuntos como por terminar muchos procesos penales con sanciones muy leves; a que el dinero público no es gestionado de forma transparente (32%); a que no se utiliza el mérito, la capacidad y la igualdad en el acceso y carrera en la Administración (24%); a que las normas a menudo no son aplicadas por las autoridades competentes (21%); a que una parte importante de la población considera a la corrupción como una parte más de la rutina diaria (21%); y a que las malas condiciones socioeconómicas conducen a la realización de prácticas corruptas.

51. Esta enumeración no es cerrada. De hecho, en la Unión Europea, a la hora de delimitar el ámbito aplicativo de muchas de las últimas iniciativas legales y de la necesidad de verificar o no el control de la *doble tipificación*, recurre a un *generoso* listado de materias: pertenencia a organización delictiva; terrorismo; trata de seres humanos; explotación sexual de menores y pornografía infantil; tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; corrupción; fraude; blanqueo del producto del delito; falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro; delitos informáticos; delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas; ayuda a la entrada y a la residencia en situación ilegal; homicidio, lesiones

cionales que se derivan de su comisión, sino especialmente por el plus de dificultad que añade a su investigación, enjuiciamiento y ejecución de eventuales resoluciones condenatorias.

Cuando se trata de conceptuar estos términos se alude al carácter o a las repercusiones de dichas infracciones o a una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes;[52] o más específicamente, se circunscribe a cuatro situaciones:[53]

a) cuando se comete en más de un Estado;

b) cuando se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;

c) cuando se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o

d) cuando se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

En este contexto, la cooperación internacional no es una *opción* sino una *necesidad.*[54] O dicho de otra forma, si algunas formas de delincuencia se han

---

graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestro, detención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia; atraco organizado o a mano armada; tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte; estafa; chantaje y extorsión; falsificación y piratería de productos; falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos administrativos falsos; falsificación de medios del pago; tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento; tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares; tráfico de vehículos robados; violación; incendio provocado; delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; secuestro de aeronaves y buques; sabotaje.

52. Cfr. el art. 83.1 TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

53. Cfr. el art. 3 Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2001 (CNUDOT).

54. Así se ha vuelto a poner de manifiesto en Salvador de Bahía en abril de 2010 con ocasión de la celebración del 12.° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal. En la conclusión número 8 literalmente se establece: "Consideramos que la cooperación internacional y la asistencia técnica pueden desempeñar un papel importante en lo que respecta al logro de resultados sostenibles y duraderos en materia de prevención de delitos y enjuiciamiento y castigo de sus autores, en particular mediante la creación, la modernización y el fortalecimiento de nuestros sistemas de justicia penal y la promoción del estado de derecho. Por consiguiente, deberían elaborarse programas específicos de asistencia técnica para alcanzar estos objetivos, aplicables a todos los componentes del sistema de justicia penal, de una

aprovechado de las ventajas que presenta la globalización, de manera inmediata y enérgica hay que globalizar la respuesta institucional frente a las mismas,[55] debiendo cumplir un papel fundamental – que no único –[56] el sistema penal nacional, limitado en su actuación por el respeto a garantías básicas como la especialidad, la necesidad, la exclusividad y la proporcionalidad, atento y leal con los avances que se producen a nivel supranacional e internacional en orden a reducir espacios favorecedores de la impunidad en el área de la corrupción y la delincuencia económica.[57]

---

manera integrada y con una perspectiva a largo plazo, que permitan a los Estados que solicitan asistencia adquirir la capacidad de prevenir y reprimir los diversos tipos de delincuencia que afecten a sus sociedades, incluida la delincuencia organizada".

55. Vid. Rodríguez García (2002, p. 37 y ss.), Marchal Escalona (2006, p. 209 y ss.), Vervaele (2010a, p. 293 y ss.), Borja Jiménez (2010) y Faria Costa (2010).

56. Esto hay que recordarlo de manera permanente en los días que vivimos para frenar las ansias expansionistas de aquéllos para quienes el Derecho Penal se ha convertido en la *unica ratio* para hacer frente a estas conductas delictivas, lo que ha traido entre otras consecuencias la flexibilización de las reglas de imputación, la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes y la relativización de los principios político-criminales de garantía. Sobre esta cuestión vid. Prittwitz (2000, p. 427 y ss.), Palazzo (2001, p. 433 y ss.) y Schünemann (2007).

57. Muy gráfico a este respecto resulta el mapa que anualmente elabora Transparencia Internacional, en el que refleja los resultados del "Índice de Percepción de la Corrupción", hecho para medir los niveles percibidos de corrupción del sector público en un país determinado en un rango entre 0 –percepción de altos niveles de corrupción– y 10 –percepción de bajos niveles de corrupción–. Así por ejemplo, en el de 2010 se evidencia como en plena crisis económica ninguna región del mundo está a salvo de las prácticas corruptas y de sus efectos: de los 178 países evaluados 130 países obtienen una puntuación inferior a 5, y 73 inferior a 3; y si nos referimos a los 28 de América, sólo 8 obtuvieron una puntuación superior a 5, encabezados por Canadá –y en el ámbito latinoamericano Chile, Uruguay y Costa Rica–. Brasil ocupa el lugar 69 –y el 9 en América–, con una puntuación de 3'7, lo que permite constatar, de un lado, que los problemas siguen estando en la pobreza, la debilidad institucional, las deficientes prácticas de gobernabilidad y la excesiva injerencia de los intereses privados en la gestión de lo público, y de otro, que algunas soluciones *mágicas* a implementar siguen siendo el tener un poder judicial eficiente y unos organismos preventivos y represivos independientes y con recursos adecuados. De manera complementaria, en el "Barómetro Global de la Corrupción" de 2010 de Transparencia Internacional, la encuesta multipaís con mayor cobertura sobre las experiencias y opiniones de corrupción del público en general y sobre sus perspectivas sobre dichas experiencias, con relación a Brasil se indica que el 64% de los ciudadanos creen que los niveles de corrupción han aumentado mucho, y que las instituciones más afectadas por la corrupción, ordenadas de mayor a menor, son los partidos políticos, los parlamentarios, la

Siendo esto cierto, la práctica nos dice que no sólo la protección del *orden público*[58] sino en especial la idea tradicional del concepto de soberanía[59] – conforme a la cual el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de las autoridades judiciales de un Estado se encuentra circunscrito al interior de las fronteras estatales – siguen pesando mucho en la actividad policial y judicial; no en vano, es el freno fundamental con que se encuentra la transposición y aplicación nacional del espíritu y de la forma de las políticas e instrumentos jurídicos aprobados en el exterior, incluso en ámbitos territoriales últimamente integrados.[60] No es de extrañar entonces que el Derecho Internacional proteja de un modo incontrovertible la soberanía de los Estados en los ámbitos sustantivo y procesal con base en los principios de igualdad soberana e integridad territorial, vedando la intervención en los asuntos internos de otros Estados,[61] habiendo tenido que pensar incluso cómo *prevenir* – y no tanto *resolver* – eventuales conflictos de jurisdicción.[62]

Aún más. El desarrollo de las estrategias anticorrupción está fuertemente condicionada por la voluntad política de cada uno de los Estados, y desde las experiencias habidas en los dos decenios pasados se pone de relieve una *hipocresía* – o si se quiere *doble moral* – por parte de los países más ricos, poderosos e influyentes, evidenciada por algunos hechos como los siguientes:

a) la percepción de los niveles de corrupción es mejor cuando las empresas actúan en sus países de origen que cuando lo hacen fuera, lo que significa que muchos de Estados son *exportadores de corrupción*[63] de manera tal que los pa-

---

policía, los miembros del Poder Judicial, los servidores públicos, los periodistas, las ONGs, los organismos religiosos, los integrantes del sistema educativo y los militares.

58. Vid. Nieto Martín (2010).

59. Vid. por todos Madrazo Rivas (2010).

60. Con relación a la situación en Mercosur vid. Neves (2009) y Vervaele (2010b, p. 305 y ss.).

61. Vid. por ejemplo el artículo V Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 (CIC), los artículos 4, 19, 20.2 y 21.b) CNUDOT, los artículos 4, 9.3, 30.1, 31, 46.21.b), 49 y 50.2 Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC), o los artículos 2, 3, 4 y 13 *Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción* de febrero de 2003 (CUAPCC).

62. Vid. la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo de la Unión Europea de 30 de noviembre de 2009 sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales. En general sobre este tema vid. Ollé Sesé (2008), Eser (2009) y González Cano (2010).

63. El *Índice de Fuentes de Soborno* de Transparencia Internacional, que mide la propensión de las empresas a sobornar en el extranjero, en su último estudio de 2008 analiza a los

gos indebidos se han convertido en algo habitual en las transacciones comerciales internacionales;[64]

b) el no poner coto – e incluso fomentar – a las interferencias que en el funcionamiento del Poder Judicial en los casos de corrupción propicia el Poder Ejecutivo – cuna de los *conflictos de intereses*[65] –, lo que determina una pérdida de eficiencia de las acciones penales no sólo nacionales sino especialmente internacionales, amparándose en la mayoría de supuestos en la negación radical de la existencia de un sistema de valores jurídicos común y de un catálogo y contenido mínimo de derechos fundamentales;[66]

c) el tolerar, amparar o disponer de *paraísos fiscales* en sus áreas de influencia;[67]

---

22 países más influyentes del mundo en función de sus exportaciones a nivel regional e internacional, de los cuales 14 son miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), pudiéndose extraer dos conclusiones:
a) En general, las empresas siguen recurriendo al soborno para hacer negocios en el extranjero, lo que está especialmente acentuado en países con economías emergentes como Rusia, China, México e India. Por ello se reclama a la comunidad empresarial que se tome más en serio el compromiso de luchar contra la corrupción, preocupándose especialmente de garantizar su cumplimiento dentro de sus filiales en el extranjero, para lo cual es esencial que las multinacionales incorporen, implementen y verifiquen el cumplimiento de los códigos para combatir la corrupción en todas sus oficinas y filiales en el mundo, además de impartir la formación adecuada sobre esta cuestión.
b) Si nos circunscribimos a América Latina y consideramos sólo los países que más exportan a la región, las empresas de China y España son las más proclives a sobornar. Al menos en el caso español no debe extrañar este resultado por cuanto en el Barómetro CIS 2006 sobre *Cooperación y América Latina*, elaborado por el Centro de Investigaciones Sociológicas español, cuando preguntaba a los encuestados cuál es el principal problema de los países de América Latina, más de un tercio opinaba que la corrupción de los gobernantes (33'7%), siendo seguido por la situación económica (26'5%), la falta de democracia (14'1%), las desigualdades sociales (12'6%) y la influencia de Estados Unidos (5'6%). Y hace pocas semanas, en el Barómetro 2010 de la Fundación Carolina sobre *América Latina y la cooperación al desarrollo en la opinión pública española* se destaca como cuando se pregunta por el principal objetivo de la política exterior española en Latinoamérica después de luchar contra la pobreza y las desigualdades se coloca el apoyar las inversiones de las empresas españolas.

64. Vid. OCDE (2000), de Jesús (2003), Fabián Caparrós (2003), Casin (2008), Raphael (2010) y Rodríguez García (2010).

65. Vid. por todos García Mexía (2001).

66. En este contexto es donde los órganos judicialea tienen una relevante función que cumplir, tal y como analiza Cassese (2010).

67. A petición de los países integrantes del G-20, a mitad de 2009 la OCDE actualizó sus controvertidos *listados* y por primera vez desde que se comenzaron a elaborar,

d) la práctica de algunos países de permitir deducciones fiscales corporativas por sobornos en el extranjero, generando una *competencia fiscal nociva*[68] cuyos efectos se notan más en los países en desarrollo por cuando las repercusiones de estas conductas en su interior se traducen en una reducción del gasto social del Estado, lo que inmediatamente deriva en un incremento de las desigualdades sociales en manifiesto perjuicio de los más desfavorecidos;[69]

e) el tiempo y la forma de hacer frente a sus compromisos internacionales en la prevención y lucha contra la corrupción, convirtiéndose en *gorrones del sistema*[70] que se suben al carro de las reformas pero que luego no cumplen sus postulados,[71] alcanzando con ello una posición ventajosa frente a los demás países.

---

la *lista negra* está vacía ya que los últimos países que figuraban en ella se han comprometido a intercambiar información financiera de conformidad con las exigencias de la OCDE, siendo entonces incluidos en la *lista gris*. Ésta actualmente, según el informe de 27.01.2011, recoge 9 países y jurisdicciones que si bien no han dejado de ser paraísos fiscales están en vías de hacerlo –algunos desde hace muchos años –, tal y como sucede con Panamá, Costa Rica, Guatemala o Uruguay. En la *lista blanca* están los 80 países con fiscalidad baja o inexistente, o con secreto bancario, pero que cumplen con todos los requisitos de transparencia bancaria exigidos por la OCDE. Si se comparan estos datos con los de años anteriores se puede constatar la *movilidad en el camino del bien* de muchos de los países, básicamente por haber suscrito acuerdos internacionales de intercambio de información y convenios para evitar la doble imposición con claúsula de intercambio de información. En general sobre este tema vid. Rassat y Lamorlette (1997), Levi (2000, p. 233 y ss.), Aa.Vv. (2001a), Matteucci y Pedone (2003), Masciandaro (2006), Schomberger Tibocha y López Murcia (2007), Hernández Vigueras (2008) y Poirier Braz (2010).

68. Vid. Aa.Vv. (2000b).

69. Vid. Forti (2002, p. 48 y ss.), Johnston (2009), Berdugo Gómez de la Torre y Fabián Caparrós (2009, p. 15 y ss.). En este sentido, por ejemplo, la *Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción*, entre sus objetivos para luchar contra la corrupción se plantea crear asociaciones entre los gobiernos y todos los sectores de la sociedad civil, en particular, las mujeres, los jóvenes, los medios de comunicación y el sector privado; y *Plan Andino de lucha contra la corrupción* de junio de 2007, está elaborado sobre la base de la corresponsabilidad de todos los actores sociales, políticos y económicos.

70. Villoria Mendieta y López Pagán (2009).

71. Por ello cada vez es más relevante, y a ello se dedican esfuerzos importantes por los organismos internacionales en los tratados y acuerdos internacionales que se alcanzan, el establecimiento de mecanismos de seguimiento de la implementación de estos textos. Más por su *novedad* que por su *efectividad* hay que destacar el MESICIC –Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Intermaerica-

La dimensión transfronteriza de los conflictos tiene implicaciones jurisdiccionales de la máxima relevancia, abarcando todos y cada uno de los efectos derivados de la garantía de la tutela judicial efectiva sin indefensión: afecta al acceso a la justicia, a la jurisdicción y competencia, al mismo desarrollo del procedimiento – entrega y traslado de sujetos procesales, notificación y traslado de documentos procesales y resoluciones judiciales, obtención y práctica de pruebas, medidas cautelares, ejecución de sentencias firmes, traslado de personas condenadas – y a la ejecución de las resoluciones. Por ello, en materia penal el auxilio judicial internacional ha estado referido tradicionalmente a la extradición,[72] y más recientemente al traslado de personas

---

na contra la Corrupción–. Con relación al mismo, desatacar que el 9 y 10.12.2010, bajo los auspicios de la Contraloría General de la Unión, se ha celebrado en Brasilia la Tercera Reunión de la Conferencia de los Estados Parte en el MESICIC, teniendo como objetivo básico para Brasil como país organizador la presentación de un balance de las acciones implementadas por el Gobierno del Presidente Lula da Silva en la prevención y lucha contra la corrupción, así como sobre las iniciativas que darán continuidad al trabajo desarrollado, tales como el Registro Nacional de Empresas Comprometidas con la Ética e Integridad, nuevas herramientas del Portal de Transparencia y un proyecto a desarrollarse por la Contraloría y el Instituto Maurício de Souza para la promoción de la ética y la ciudadanía entre los jóvenes.

72. Los antecedentes de los textos vigentes sobre auxilio judicial internacional penal han venido marcados por los acuerdos y convenios sobre extradición. Destacar en Iberoamérica, el "Acuerdo de Extradición" suscrito por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela de 18.07.1911; la "Convención de Extradición Centroamericana" de 07.02. 1923; el "convenio sobre extradición de Montevideo" de 26.12.1933; la "Convención Interamericana sobre Extradición", de 25.02.1981, que hasta la fecha no ha sido ratificada por Brasil; y el "Acuerdo sobre Extradición entre los Estados parte de Mercosur", suscrito el 10.12.1998. Y por lo que afecta a Brasil, la "Convención de Extradición entre los Estados Miembros de la Comunidad de los Países de Lengua Portuguesa" de 23.12.2005.
b) En Europa, el "convenio del Consejo de Europa sobre Extradición" de 13.12.1957; el "convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea" de 10.03.1995; el "convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea" de 27.09.1996; la "Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros" de 13.12.2002.
c) En Brasil, los convenios y acuerdos de extradición fimados con Argentina, firmado el 15.11.1961; Australia, firmado el 22.08.1994; Bélgica, firmado el 06.05.1953; Bolivia, firmado el 25.02.1938; Chile, firmado el 08.11.1935; Colombia, firmado el 28.12.1938; Ecuador, firmado el 04.03.1937; Corea del Sur, firmado el 01.09.1995; España, firmado el 02.02.1988; Estados Unidos, firmado el 13.01.1961; Italia, firmado el 17.10.1989; México, firmado el 28.12.1933; Paraguay, firmado el 24.02.1922;

condenadas[73] y ejecución de sentencias extranjeras y a la asistencia judicial mutua entre Estados.

Los resultados obtenidos en la cooperación internacional penal han sido claramente insatisfactorios. Siguen siendo problemas a superar las asimetrías entre los ordenamientos jurídicos, incluso en espacio geográficos con altos niveles de integración política y económica como la Unión Europea, en el que conviven veintisiete ordenamientos jurídicos poco homogeneos[74] y en donde se sigue buscando *un modelo* de Derecho Penal y procesal penal europeo;[75]

Perú; Portugal, firmado el 07.05.1991; Reino Unido, firmado el 18.07.1995; Suiza, firmado el 23.07.1932; Uruguay, firmado el 27.012.1916; y Venezuela, firmado el 07.12.1938.

Poner de relieve que a partir de la XXIX Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur y Estados asociados celebrada en Buenos Aires el 13.06.2008 se ha comenzado a trabajar en la posible viabilidad jurídica de "Mandato Mercosur de Captura (MMC)", tomando en consideración las experiencias habidas en la Unión Europea con la eurooden y en la región iberoamericana con el "Tratado Centroamericano sobre la Orden de Detención y Extradición Simplificada" en el marco del Sistema de Integración Centroamericana (Sica) y el "Tratado sobre la Orden de Arresto" de la Comunidad del Caribe (Caricom). Su conveniencia ha vuelto a ser destacada en la Octava Reunión de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas (REMJA-VIII) celebrada del 24 al 26.02.2010 en Brasilia.

73. Vid. por ejemplo la "Convención de Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Miembros de la Comunidad de los Países de Lengua Portuguesa" de 23.11.2005.

74. Como se señala en la "Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos" de 16.06.2009, la Europa de la justicia debe construirse sobre el respeto a la diversidad de los sistemas nacionales, si bien esta diversidad no debe ser fuente de incomprensión mutua.

Destacar como con la finalidad de incrementar el acceso a la información que obra en poder de los Ministerios de Justicia de los Estados miembros de la Unión Europea sobre la legislación vigente, los sistemas judiciales y jurídicos y los grandes proyectos de reforma en materia de justicia, el 09.06.2009 se puso en marcha en París la "Red de Cooperación Legislativa entre los Ministerios de Justicia de los Estados Miembros de la Unión Europea", cuyo trabajo en particular se concreta en:

a) facilitar a los miembros de la Red, a petición suya, una información legislativa y jurisprudencial coherente y actualizada sobre temas específicos;

b) mejorar el acceso a los resultados de los estudios de Derecho comparado efectuados por los Ministerios de Justicia de cada Estado;

c) tener conocimiento de los grandes proyectos de reforma en materia de justicia, respetando la obligación de confidencialidad que tienen los organismos respectivos de los Estados.

75. Sobre esta cuestión vid. por todos Sieber (2010, p. 168 y ss.).

la complejidad de los asuntos; los insuficientes medios humanos y técnicos puestos al servicio de la cooperación; el limitado conocimiento de lenguas, lo que restringe en la práctica la virtualidad del principio básico de comunicación directa entre autoridades; el mantenimiento de prácticas obsoletas y de muchas formalidades, que actúan en detrimento de la eficacia de las solicitudes de apoyo y en beneficio de la impunidad; o el reducido número de especialistas en asistencia judicial internacional, lo que al menos en los países más desarrollados intenta ser corregido con la provisión de plazas de jueces, fiscales y policías especialistas, y con el diseño de programas de formación y reciclaje en la materia. Tampoco ayuda mucho la normativa sobre la materia, tanto por los mencionados problemas derivados del tiempo que tardan en ratificarse las normas internacionales y los distintos niveles de compromiso y lealtad en los procesos de transposición, como por la acumulación de normas que tienen que aplicarse al mismo caso, lo cual es analizable desde dos puntos de vista:

a) Desde una óptica material, las previsiones sobre la cooperación internacional se contienen en normas *generales* – códigos procesales y códigos orgánicos nacionales, y convenios y acuerdos internacionales de mayor o menor ámbito territorial – como en normas *específicas*, las cuales realizan un tratamiento *genérico* de la materia – cooperación, asistencia y auxilio internacional penal – o *monográfico* – asistencia mutua y extradición básicamente, pero cada vez más traslado de detenidos y presos,[76] ejecución de exhortos o cumplimiento de condenas penales en el extranjero –, ya referido abiertamente a cuestiones penales en general o circunscrito a algunos ámbitos delictivos – trata de personas, en especial mujeres y menores de edad; tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; terrorismo y su financiación; lavado de activos, recuperación de bienes, productos y efectos del delito; crimen organizado –.

b) Desde una óptica espacial, conviven en materia de asistencia jurídica normas de Derecho interno,[77] convenios bilaterales[78] y convenios multilaterales.[79]

---

76. En esta materia España y Brasil tienen firmado un convenio desde el 07.11.1996.

77. Con relación a Brasil, y al igual que sucede en otros países, la legislación interna en esta materia está fragmentada, encontrando disposiciones en:
a) textos generales: Constitución Federal y Código de Proceso Penal;
b) textos específicos: Lei núm. 6815 de 19.08.1980, cuyo Título IX está dedicado a regular la extradición;
c) Resolución 9/2005 del Superior Tribunal de Justiça (vid. Madruga (2006) y Aa.Vv. (2010a).

Veamos las previsiones básicas sobre asistencia judicial mutua contenidas en los textos fundamentales aplicables en los ámbitos mundial, iberoamericano y europeo, lo que permitirá extraer principios de actuación y disposiciones básicas relativas a modalidades específicas de asistencia, y cuyas directrices han sido tomadas en muchos de los convenios bilaterales y multilaterales suscritos en los últimos años.

Destacar que se encuentra en plena tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley 6578/2009 sobre la represión del crimen organizado y utlización en su persecución de técnicas especiales de investigación, así como el Proyecto de Ley 3443/2008, de reforma de la Ley 9613/1998, sobre lavado de capitales. La relevancia de ambas para el futuro de la política criminal brasileña en materia de prevención y represión de la corrupción, el lavado de capitales y el crimen organizado ha sido destacado en la Carta de Florianópolis elaborada por ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro) el 26.11.2010.

78. Brasil tiene vigentes instrumentos bilaterales en esta materia con Argentina: "convenio de asistencia judicial gratuita" de 11.07.1968; Canadá: "Tratado de Asistencia Mutua en Materia Penal" de 22.01.2009; China: "Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal" de 03.12.2007; Colombia: "Acuerdo de Cooperación Jurídica y Asistencia Mutua en Materia Penal" de 23.08.2001; Corea: "Tratado sobre Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal" de 13.03.2006; Cuba: "Acuerdo de Cooperación Judicial en Materia Penal" de 21.05.2008; España: "Acuerdo de Cooperación y Auxilio Jurídico Mutuo en Materia Penal" de 08.12.2008; Estados Unidos de América: "Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal" de 02.05.2001; Francia: "Acuerdo de Cooperación Jurídica en Materia Penal" de 30.12.1999; Honduras: "Tratado sobre Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal" de 07.08.2007; Italia: "Tratado sobre Cooperación Jurídica en Materia Penal" de 09.07.1993; Perú: "Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal" de 29.10.2001; Portugal: "Tratado de Auxilio Mutuo en Materia Penal" de 30.11.1994; Suiza: "Tratado de Cooperación Jurídica en Materia Penal" de 07.10.2009; Suriname: "Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal" de 29.04.2009; y Ucrania: "Acuerdo de Asistencia Judicial en Materia Penal" de 12.12.2006.

79. Brasil es parte de la "Convención interamericana contra la corrupción" de 17.12.1996; del "Protocolo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales del Mercosur" de 25.06.1996, vigente con Argentina, Paraguay y Uruguay; del "Acuerdo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre los Estados partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile" de 18.02.2002; de la "Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas" de 20 diciembre de 1998; de la "Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional" de 15.11.2000; y de la "Convención de Naciones Unidas contra la corrupción" de 31.12.2003, todos ellos con un contenido claro y cada vez más extenso y detallado sobre asistencia jurídica. Y además, de la "Convención de Auxilio Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de los Países de Lengua Portuguesa" de 23.11.2005.

2. LA ASISTENCIA JUDICIAL MUTUA A NIVEL MUNDIAL: DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

2.1 Introducción

Uno de los pilares en los que se asienta la ansiada eficacia de la "Convención de Naciones Unidas contra la corrupción",[80] siguiendo las directrices adelantadas por textos precedentes,[81] es la cooperación internacional. Así, en

80. La Convención fue aprobada el 12.12.2003 en Mérida (México), fue ratificada por Brasil el 15.06.2005, y entró en vigor el 14.122005. En la actualidad cuenta con 148 Estados Parte, habiendo sido Liechtenstein el último en serlo el 08.07.2010.

81. Básicamente en dos:
a) La "Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas" (CNUN), aprobada en Viena (Austria) el 19.12.1988, que entró en vigor el 11.11.1990 y fue ratificada por Brasil el 17.07.1991, teniendo 185 Estados parte, estableció las bases para el desarrollo y puesta en práctica de muchos mecanismos de cooperación y colaboración internacional, no pensados en exclusiva al narcotráfico sino extendibles a otros asuntos penales graves que tengan dimensión transnacional. En su articulado se regula la extradición (art. 6), la asistencia judicial recíproca (art. 7), la remisión de las actuaciones penales (art. 8), otras formas de cooperación y capacitación (art. 9), la cooperación internacional y a la asistencia de los Estados en tránsito (art. 10), y la entrega vigilada (art. 11).
b) En la "Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional", aprobada en Palermo (Italia) el 15.11.2000, que entró en vigor el 29.09.2003 y fue ratificada por Brasil el 29.01.2004, teniendo 158 Estados parte, no sólo ya por su rótulo sino en el propio Preámbulo se pone de manifiesto la profunda preocupación por las adversas repercusiones económicas y sociales derivadas de las actividades de la delincuencia organizada, estando convencidos de la necesidad urgente de fortalecer la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente esas actividades en los planos nacional, regional e internacional, y así impedir que las personas involucradas en estas actividades encuentren refugios en algunos Estados y en la debilidad de sus normativa administrativa, penal o de cooperación internacional. Las disposiciones relativas a la cooperación internacional más relevantes están referidas a la cooperación para fines de decomiso (art. 13), a la extradición y el traslado de personas condenadas a cumplir una pena (arts. 16 y 17); a la asistencia judicial recíproca, la realización de investigaciones conjuntas y la práctica de técnicas especiales de investigación (arts. 18 a 20). Con relación a Brasil vid. Araujo da Silva (2009), Batlouni Mendroni (2009), Carneiro Gomes (2009) y Baltazar Junior (2010).
De forma mucho más desordenada y abierta se encuentran previsiones en la "Convención para la represión de la financiación del terrorismo", aprobada en Nueva York

el art. 1.b) CNUC se establece que promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos,[82] es una de las finalidades de la Convención junto a la promoción y fortalecimiento de medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción, y la promoción de la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Desde un plano estrictamente procesal esta Convención es muy rica puesto que además de incidir en que la clave para el enjuiciamiento de estas conductas está en la independencia e integridad del Poder Judicial[83] y del Ministerio Público, recoge, por una parte, gran cantidad de medidas y derechos y garantías, quizá no con el orden y claridad que debiera – derechos de defensa y a la presunción de inocencia, establecimiento de inmunidades y privilegios procesales que no restrinjan el enjuiciamiento, medidas cautelares personales y reales (embargo, incautación, decomiso), mecanismos de protección de testigos, peritos, víctimas y denunciantes, y colaboración con la Administración de Justicia de partícipes, terceras personas, órganos y funcionarios públicos y órganos y personas del sector privado –, y por otra un *minicódigo* de cooperación internacional en los arts. 43 a 50, que en materia de decomiso y recuperación de activos tiene que ser completado por lo previsto en los arts. 54, 55, 59.

El contenido de este Capítulo IV de la Convención lo componen las siguientes materias:

a) Disposiciones generales (art. 43): la primera cuestión que se aborda es la naturaleza y el ámbito de aplicación de la cooperación jurídica internacional,

---

(EE.UU.) el 10.01.2000 y en la "Convención para la represión de los actos de terrorismo nuclear", aprobada en Nueva York (EE.UU.) el 14.09.2005.

82. En Brasil, el Ministério da Justiça, en el ámbito de la Secretaria Nacional da Justiça, ha creado un Departamento de Recuperación de Activos y de Cooperación Jurídica Internacional. Vid. [http://portal.mj.gov.br/drci].

83. En esta idea ha insistido el Presidente del Consejo General del Poder Judicial español en el discurso de apertura del año judicial pronunciado el 18.09.2006, al señalar que "la lucha contra la corrupción, grave enfermedad donde las haya y en especial cuando alcanza el mismo sistema inmunológico del Estado, es decir, cuando se finalmente se instala y destruye los tejidos de la Justicia, es otra la de las razones, a veces declaradas, de existir de los Códigos de Ética Judicial" –Hernando Santiago (2006, p. XVII)–. Sobre estas cuestiones vid. Rodríguez-Arana Muñoz (1993), Villoria Mendieta (2000), García Mexía (2001, p. 131 y ss.), Andrés Ibáñez (2005, p. 26 y ss.), Nieto de Alba (2006, p. 13 y ss.), Albers (2008, p. 163 y ss.), Bautista (2009) y Bittar (2010).

de forma tal que cuando se trate de asuntos penales la cooperación será una *obligación*, debiendo lo Estados parte de la Convención implementar y desarrollar los instrumentos y procedimientos señalados en los artículos posteriores – extradición, remisión de actuaciones penales y cumplimiento de la ley, traslado de personas condenadas, investigaciones conjuntas y técnicas especiales de investigación –; por el contrario, será una *posibilidad* el que los Estados se presten asistencia en las investigaciones y procedimientos correspondientes a cuestiones civiles y administrativas relacionadas con la corrupción. La intelección de esta última previsión, novedosa, tiene que ser completada con las posibles medidas para la recuperación directa de bienes establecida en el art. 53 CNUC.[84]

En el apartado segundo, ante la relevancia que tiene en cooperación internacional el requisito de la doble incriminación, determinante del carácter obligatorio o potestativo[85] de una solicitud de auxilio judicial, se fija cuándo se tiene por cumplido: si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados Parte, independientemente de si las leyes del Estado Parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado Parte requirente.

---

84. Según este artículo, cada Estado parte, conforme a su Derecho interno, está obligado a adoptar:
a) medidas que sean necesarias a fin de facultar a otros Estados Parte para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la Convención;
b) medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales para ordenar a aquellos que hayan cometido delitos tipificados con arreglo a la Convención que indemnicen o resarzan por daños y perjuicios a otro Estado Parte que haya resultado perjudicado por esos delitos; y
c) medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales o a sus autoridades competentes, cuando deban adoptar decisiones con respecto al decomiso, para reconocer el legítimo derecho de propiedad de otro Estado Parte sobre los bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la Convención.

85. Desde esta óptica, los Estados son libres de autorizar la extradición si su Derecho interno lo permite en casos en que delitos previstos en la Convención no sean punibles (art. 44.2 CNUC), y también de atender una solicitud de asistencia en situaciones similares (art. 46.9 CNUC). En última instancia, el referente a considerar para ser generosos o restrictivos en el uso de este requisito lo constituyen los objetivos primarios de la Convención establecidos en el art. 1 CNUC –que ya hemos señalado– en especial la prevención y lucha contra la corrupción, y la recuperación de activos.

b) Extradición (art. 44): es regulada de forma detallada en dieciocho números en los que se trata de ordenar los temas clave en el funcionamiento de esta institución, como el ámbito material de aplicación o el juego que tiene la exigencia de la doble incriminación. Como en otras partes de la Convención, se fijan unos mínimos obligatorios que obligan a los Estados parte a revisar sus ordenamientos en esta materia y a planificar las relaciones futuras, mínimos que las partes son libres de ampliar, bilateral o multilateralmente, de manera formal o fácticamente.

Se prevén también, en algunos casos de manera casi nominal, otros temas claves tales como:

– la extradición de nacionales;

– la no consideración de los delitos de corrupción previstos en la Convención como políticos a efectos de una eventual negativa de extradición;

– la prohibición de la denegación de extradición por el hecho de que el delito entrañe cuestiones tributarias;

– la ausencia de la obligación de extraditar cuando existan motivos justificados para presumir que el fugitivo será objeto de discriminación;

– la posibilidad a que los Estados celebren acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre el traslado a 0su territorio de personas condenadas a cumplir una pena, e incluso de remisión de las actuaciones penales, en especial en los casos en los que intervengan varias jurisdicciones;

– la agilización de los procedimientos de extradición y la simplificación de los requisitos probatorios correspondientes a los delitos objeto de la investigación; y

– la garantía de un trato justo a toda persona contra la que se haya iniciado una instrucción en relación con cualquiera de los delitos de corrupción, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos por el Derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se encuentre esa persona.

c) La asistencia judicial recíproca (art. 46), a la que nos referiremos en el siguiente apartado.

d) Otras formas – obligatorias y no obligatorias – de cooperación internacional (arts. 45 y 47 a 50 CNUC), ya sea de forma estable a través de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales, ya sea de manera puntual para cada caso particular:

– el traslado de personas a cumplir una pena;

– la remisión de las actuaciones penales, cuando se estime que esa remisión redundará en beneficio de la debida administración de justicia, en particular

en casos en que intervengan varias jurisdicciones, con miras a concentrar las actuaciones del proceso;

– la cooperación en materia de cumplimiento de la ley,[86] y en especial, cuando los delitos se comentan con utilización de la tecnología moderna;

– las investigaciones conjuntas, a través de órganos mixtos de investigación, siempre respetando plenamente la soberanía del Estado parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación; y

– la práctica de técnicas especiales de investigación – como entregas vigiladas,[87] vigilancia electrónica, y operaciones encubiertas –, así como el posi-

---

86. En concreto, a los Estados Parte se les obliga a adoptar medidas eficaces para:
a) Mejorar los canales de comunicación entre sus autoridades, organismos y servicios competentes y, de ser necesario, establecerlos, a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información sobre todos los aspectos de los delitos comprendidos en la Convención, así como, si los Estados Parte interesados lo estiman oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas.
b) Cooperar con otros Estados Parte en la realización de indagaciones con respecto a delitos comprendidos en la presente Convención acerca de la identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en tales delitos o la ubicación de otras personas interesadas; el movimiento del producto del delito o de bienes derivados de la comisión de esos delitos; el movimiento de bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de esos delitos.
c) Proporcionar, cuando proceda, los elementos o las cantidades de sustancias que se requieran para fines de análisis o investigación.
d) Intercambiar, cuando proceda, información con otros Estados Parte sobre los medios y métodos concretos empleados para la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención, entre ellos el uso de identidad falsa, documentos falsificados, alterados o falsos u otros medios de encubrir actividades vinculadas a esos delitos.
e) Facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos, autoridades y servicios competentes y promover el intercambio de personal y otros expertos, incluida la designación de oficiales de enlace con sujeción a acuerdos o arreglos bilaterales entre los Estados Parte interesados.
f) Intercambiar información y coordinar las medidas administrativas y de otra índole adoptadas para la pronta detección de los delitos comprendidos en la Convención.

87. De manera específica en el art. 2.i) CNUC se fina qué hay que enternder por "entrega vigilada": la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar un delito e identificar a las personas involucradas en su comisión. Para llevar a efecto la misma, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, las partes tienen que elegir el método a aplicar, entre ellos interceptar los bienes o los fondos, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente (art. 50.4 CNUC).

bilitar la admisibilidad de las pruebas derivadas de las mismas (art. 50), siempre en un marco de pleno respeto a la igualdad soberana de los Estados y de sujeción a los principios fundamentales de sus ordenamientos jurídicos internos.

2.2 La asistencia judicial recíproca

2.2.1 Régimen jurídico

El art. 46 CNUC trata de ordenar y sistematizar en treinta números las cuestiones básicas relacionadas con la asistencia judicial mutua en materia penal; y lo hace siendo conocedora que muchos de los Estados Parte tienen firmados acuerdos bilaterales y multilaterales sobre esta materia. Estos acuerdos, como venimos señalando, son muy variados si nos atenemos al ámbito de aplicación – bilaterales o multilaterales, dentro y fuera de la misma región –, los principios reguladores – que dependen de las tradiciones jurídicas –, el contenido – monográfico o no sobre asistencia –, la materia – genéricamente asuntos penales o restingidos a algunos delitos como narcotráfico, terrorismo, delincuencia organizada o corrupción – o la competencia de los órganos implicados –básicamente es divergente la posición jurídica del Ministerio Fiscal –.[88] Ante esta evidencia, ante la concurrencia pasada, presente y futura con otros textos vinculantes para los Estados, fija su posición en las siguientes ideas:

a) La obligatoriedad de que los Estados se presten asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos objeto de la Convención.

88. Pese a ello, a la vista de los principales instrumentos jurídicos en materia de cooperación jurídica internacional lo que es indudable es que con independencia del *nombre* que se le dé –Fiscal, Ministerio Público, Procurador, Acusación Pública...– y de su *ubicación institucional* –más o menos independiente del ejecutivo– desempeña un rol fundamental en el funcionamiento de la justicia penal, y en cooperación judicial internacional se le reconocen competencias como "autoridad central" por entenderse que en esta materia no se llevan a caso funciones estrictamente jurisdiccionales reservadas en exclusiva a los integrantes del Poder Judicial, lo que aboca a todos los países a su potención y reforzamiento en medios humanos y técnicos. Así se destacó en las primera conclusión alcanzada en el Primer Congreso Mundial del Ministerio Público celebrado en São Paulo en septiembre de 2000: "O fortalecimiento do Ministerio Público, no plano internacional e das respectivas soberanías, é imperativo inarredável da defensa social e do combate a todas as formas de delinquência, especialmente aquela que, ao influxo da globalização, transmuda o crime en fenómeno que desconhoce fronteiras nacionais e limitações geográficas".

b) Asistencia mutua de la manera más amplia y generosa, pensando en las finalidades de la Convención. Esta previsión se concreta de diversas formas:

– obligando a fundamentar toda denegación de asistencia;

– limitando las negativas a prestar asistencia judicial, de manera genérica[89] o en supuestos específicos: ni por secreto bancario (art. 46.8 CNUC)[90] ni por delitos que se considere que entrañan cuestiones tributarias (art. 46.22 CNUC);

– exhortando a los Estados Parte a que transmitan a otros Estados Parte información relativa a cuestiones penales sin que se les solicite previamente, si creen que ello podría ayudar en indagaciones o procesos penales o en la formulación de una petición oficial por parte de ese último Estado Parte (art 46.4 y 5 CNUC).

c) La primacía de las obligaciones sobre asistencia judicial recíproca dimantes de tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que rijan, total o parcialmente, en esta materia. No obstante, en esas situaciones los Estados Parte pueden acordar aplicar en primer término las disposiciones de la Convención. Incluso, se insta *encarecidamente* a los Estados Parte a que los apliquen si facilitan la cooperación.

d) De cara al futuro, consciente del carácter básico de las previsiones del art. 46 CNUC, reconoce que cuando sea necesario Estados Parte tendrán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que contribuyan a lograr los fines de este precepto y que lleven a la práctica o refuercen sus disposiciones (art. 46.30 CNUC). Y aunque no se dice explícitamente, teniendo en consideración la antigüedad de muchos de esos acuerdos, las disposiciones obligatorias de la Convención obligarán a reformular previones contenidas en los mismos.

---

89. Según el art. 46.21 CNUC: a) cuando la solicitud no se haga de conformidad con lo dispuesto en el art. 46; b) cuando el Estado Parte requerido considere que el cumplimiento de lo solicitado podría menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales; c) cuando el derecho interno del Estado Parte requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo, si éste hubiera sido objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en el ejercicio de su propia competencia; d) cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado Parte requerido en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.

90. De manera afín se alude a esta cuestión en materia de embargo preventivo, incautación y decomiso del producto del delito (art. 31.7 CNUC) y en materia de recuperación de activos (arts. 55 y 57 CNUC).

2.2.2 Ámbito de aplicación

El primer apartado del art. 46 CNUC fija el ámbito de aplicación material de la asistencia judicial recíproca: investigaciones, procesos y actuaciones judiciales, relativas a los delitos tipificados en la Convención.

La amplitud de esta previsión obliga nuevamente a relacionarla con otras disposiciones:

a) la finalidad de la Convención: promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la – prevención y la – lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos (art. 1.b) CNUC);

b) el ámbito de aplicación de la Convención: la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción, el embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de los delitos tipificados en la Convención (art. 3.1 CNUC).

Por tanto, lo que la Convención busca es que los Estados Parte se asistan mutuamente desde el comienzo de las actuaciones –ya sean de competencia de policías, fiscales o jueces–, en todo su desarrollo –con especial atención al país en el que se celebrará el juicio–, y hasta la ejecución de la eventual sentencia de condena –que puede incluir la complicada cuestión de la repatriación de fondos decomisados–.

Junto a la regulación material del ámbito de aplicación, se aborda la delicada cuestión del ámbito subjetivo de aplicación, que alcanza no sólo a las personas físicas sino también a las jurídicas: los esfuerzos de asistencia de los Estados Parte tienen que ser mayores, si cabe, cuando quien pueda ser responsable por su participación en delitos previstos en la Convención sea una persona jurídica (art. 46.2 CNUC).

Siguiendo las directrices marcadas por textos precedentes de Naciones Unidas, la OCDE, el Consejo de Europa o la Unión Europea, se ha acordado que la responsabilidad en la que pueden incurrir las personas jurídicas puede ser de tipo penal, civil o administrativa, con independencia de la responsabilidad que incumba a las personas naturales que hayan cometido el delito, estando comprometidos los Estados a imponerles, cuando sean condenadas, sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias (art. 26 CNUC).

De esta forma, se trata de poner fin al viejo ideal del *societas delinquere non potest*, lo que obliga a los Estados Parte a revisar el Derecho interno y los tratados, acuerdos y arreglos que le vinculan en esta materia, teniendo presente que esta cuestión es uno de los más claros estándares de medición externa de

los niveles de compromiso de un país en la prevención y combate a la corrupción.[91]

2.2.3 Fines

En el apartado número 3 del art. 46 CNUC se lista la tipología de actos de asistencia recíproca que un Estado Parte puede solicitar y que el destinatario tiene que estar en condiones de cumplir:

---

91. Tratando de ser coherente con los compromisos internacionales asumidos, el 22.06.2010 se ha aprobado en España la Ley Orgánica 5/2010 de modificación de Código Penal de 1995, siendo uno de los cambios introducidos más importantes el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física. Más en concreto (art. 31 bis):
a) Para fijar la responsabilidad de las personas jurídicas se ha establecido una doble vía: junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados.
b) Se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose a las actuales *consecuencias accesorias* del art. 129 CP –disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos, etc.– la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.
c) Con el fin de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se establecen previsiones especificas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquélla continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión.
d) Se regulan taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas: haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades; haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos; haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito; haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.
Con relación a este tema vid. Echarri Casi (2003), Aa.Vv. (2007a), Nieto Martín (2008), Hernández García (2010), Bacigalupo Zapater (2010) y Gascón Inchausti (2010); y referido a Brasil vid. Martin de Sanctis (2009b), Aa.Vv. (2010d), Forte de Negreiros Deodato (2010) y Shecaira (2010).

a) Recibir testimonios o tomar declaración a personas.

b) Presentar documentos judiciales.

c) Efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos.

d) Examinar objetos y lugares.

e) Proporcionar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos.

f) Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles.

g) Identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios.

h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente.

i) Prestar cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el Derecho interno del Estado Parte requerido.

j) Identificar, embargar con carácter preventivo y localizar el producto del delito.

k) Recuperar activos.

Debemos entender que no es un listado cerrado, sino de *mínimos* obligatorio para los Estados Parte, que en muchos casos están teniendo que modificar su normativa interna, o que ya lo venían haciendo por cuanto la mayoría de cuestiones eran ya exigibles a partir de la Convención sobre delincuencia organizada transnacional.

Para los casos de decomiso, restitución y disposición de activos, hay que estar además a las disposiciones complementarias de los arts. 54, 55 y 57 CNUC.

2.2.4 Trámites a seguir en casos de ausencia de tratado o acuerdo de asistencia judicial

Ya hemos indicado que la Convención parte del supuesto de que los Estados Parte que requieran asistencia están vinculados por acuerdos bilaterales o multilaterales sobre asistencia judicial mutua, en cuyo caso, bien aplican los mismos, bien aceptan aplicar prioritariamente las previsiones de la Convención, que ha tenido que prever en los apartados 9 a 29 del art. 46 CNUC cómo proceder en caso de ausencia de acuerdo de asistencia judicial.

De nuevo, nos encontramos en estos apartados ante una amalgama de situaciones, exigencias y trámites, algunos ya comentados. Entre ellos podemos destacar:

1) Ante la eventualidad de que un Estado Parte solicite la presencia de una persona que se encuentre detenida o cumpliendo una condena en el territorio de otro Estado Parte, con una finalidad de identificación, o para prestar testimonio, o para que ayude de alguna otra forma a obtener pruebas necesarias para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales respecto de algún delito de los comprendidos en la Convención, el traslado de la misma se sujeta al cumplimiento de dos condiciones: que la persona afectada, debidamente informada, dé su libre consentimiento, y que las autoridades competentes de ambos Estados Parte estén de acuerdo, con sujeción a las condiciones que éstos consideren apropiadas.En la ejecución del traslado surgen derechos y obligaciones para los Estados relacionados (art. 46.11 CNUC):

a) el Estado Parte al que se traslade a la persona tendrá la competencia y la obligación de mantenerla detenida, salvo que el Estado Parte del que ha sido trasladada solicite o autorice otra cosa;

b) el Estado Parte al que se traslade a la persona cumplirá sin dilación su obligación de devolverla a la custodia del Estado Parte del que ha sido trasladada, según convengan de antemano o de otro modo las autoridades competentes de ambos Estados Parte;

c) el Estado Parte al que se traslade a la persona no podrá exigir al Estado Parte del que ha sido trasladada que inicie procedimientos de extradición para su devolución;

d) el tiempo que la persona haya permanecido detenida en el Estado Parte al que ha sido trasladada se computará como parte de la pena que ha de cumplir en el Estado del que ha sido trasladada.

Y también se limitan los efectos derivados del traslado, puesto que a menos que el Estado Parte desde el cual se ha de trasladar a una persona esté de acuerdo, esa persona, cualquiera que sea su nacionalidad, no podrá ser enjuiciada, detenida, condenada ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal en el territorio del Estado al que sea trasladada en relación con actos, omisiones o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado del que ha sido trasladada (art. 46.12 CNUC).

2) Los Estados Parte están obligados a designar[92] una autoridad central competente de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca, facultada para darles cumplimiento o para transmitirlas a las autoridades competentes

92. Esta identificación nominal de la Autoridad Central se tienen que llevar a cabo en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención, o de adhesión a ella.

para su ejecución, y encargada de alentar el rápida y adecuado cumplimiento del pedido (art. 46.13 CNUC).

Esta obligación que tienen los países no afecta a su derecho a exigir que las solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática y, en circunstancias urgentes, cuando así lo acuerden y sea posible, por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal.

3) Las peticiones de asistencia están sujetas a varias exigencias en cuanto a la forma, el idioma, el contenido, el tiempo y la publicidad (arts. 46.14, 15, 20, 24 y 25 CNUC):

a) Con carácter general las solicitudes se realizan por escrito o, cuando sea posible, por cualquier medio capaz de registrar un texto escrito. De manera excepcional se admite su formulación oral, lo que no exonera al Estado requirente de la obligación de tenerla que confirmar sin demora por escrito al Estado requerido.

b) Las solicitudes se tienen que presentar en un idioma que sea aceptable para el Estado requerido de manera que le permita comprenderlo, tramitarlo y comprobar su autenticidad. Para que esta cuestión no pueda ser objetable y fundamentar una eventual causa de denegación, cada Estado Parte está comprometido a notificar al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la Convención o de adhesión a ella, el idioma o idiomas que le son aceptables.

c) Toda solicitud de asistencia judicial tiene que tener como contenido el siguiente:

– la identidad de la autoridad que hace la solicitud;

– el objeto y la índole de las investigaciones, los procesos o las actuaciones judiciales a que se refiere la solicitud,[93] y el nombre y las funciones de la autoridad encargada de efectuar dichas investigaciones, procesos o actuaciones;

93. Su identificación concreta es muy relevante por cuanto el art. 46.19 CNUC fija la obligación para el Estado Parte requirente de no transmitir ni utilizar, sin previo consentimiento del Estado Parte requerido, la información o las pruebas proporcionadas por el Estado Parte requerido para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales distintos de los indicados en la solicitud.
Por el contrario, el Estado Parte requirente está facultado para revelar, en sus actuaciones, información o pruebas que sean exculpatorias de una persona acusada; en este caso, el país requirente notificará al Estado Parte requerido antes de revelar la información o las pruebas y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte requerido. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado Parte requirente informará sin demora al Estado Parte requerido de dicha revelación.

– un resumen de los hechos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes de presentación de documentos judiciales;[94]

– una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que el Estado Parte requirente desee que se aplique;

– de ser posible, la identidad, ubicación y nacionalidad de toda persona interesada; y

– la finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.

Si este contenido estándar de la solicitud no es bastante para el Estado requerido, y siempre con el fin de dar cumplimiento a la solicitud de conformidad con su Derecho interno o para facilitar dicho cumplimiento, este país podrá pedir la información adicional que precise.

d) El Estado Parte requerido tiene que cumplir la solicitud de asistencia judicial recíproca lo antes posible y tendrá plenamente en cuenta, en la medida de sus posibilidades, los plazos que sugiera el Estado Parte requirente y que estén debidamente fundamentados, de preferencia en la solicitud.

El Estado Parte requirente podrá pedir información razonable sobre el estado y la evolución de las gestiones realizadas por el Estado Parte requerido para satisfacer dicha petición. Paralelamente, el Estado Parte requerido responderá a las solicitudes razonables que formule el Estado Parte requirente respecto del estado y la evolución del trámite de la solicitud.

También el Estado Parte requirente está obligado a informar con prontitud al Estado Parte requerido cuando ya no necesite la asistencia solicitada.

Por último, el Estado Parte requerido podrá diferir la asistencia judicial solicitada cuando su ejecución perturbe investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en curso. Es de suponer que esa decisión tendrá que ser motivida y comunicada formalmente al Estado Parte requirente, en la cual, como si se prevé, podrá fijar condiciones adicionales para prestar la asistencia, que en caso de ser aceptadas su cumplimiento será obligatorio.

---

94. Complementariamente, el art. 49.29 CNUC dispone que el Estado Parte requerido tiene que facilitar al Estado Parte requirente una copia de los documentos oficiales y otros documentos o datos que obren en su poder y a los que, conforme a su Derecho interno, tenga acceso el público en general; sin embargo, cuando la petición de asistencia se refiera a la copia total o parcial de los documentos oficiales o de otros documentos o datos que obren en su poder y que, conforme a su derecho interno, no estén al alcance del público en general podrá proporcionárselos, a su arbitrio y con sujeción a las condiciones que juzgue apropiadas.

e) El Estado Parte requirente puede exigir que el Estado Parte requerido mantenga reserva acerca de la existencia y el contenido de la solicitud, salvo en la medida necesaria para darle cumplimiento. No obstante, si el país requerido no puede mantener esa reserva está obligado a hacérselo saber de manera inmediata al requirente.

4) También el recurso a las nuevas tecnologías en la cooperación judicial tienen cabida en la Convención, a citar el apartado 18 del art. 46 CNUC el uso de la videoconferencia. El carácter controvertido de la misma[95] no escapa a la redacción de las condiciones a las que se sujeta su uso:

a) La disposición sobre la videoconferencia no es de cumplimiento obligatorio para los Estados parte. Tiene que ser posible y compatible con los principios fundamentales del Derecho interno de los países requirente y requerido. Así lo tienen que tener establecido, bien con carácter general en sus ordenamientos internos o en acuerdos bilaterales o multilaterales sobre asistencia judicial que les unan en el asunto concreto, bien en las estipulaciones particulares que acuerden para un asunto en concreto.

b) Su utilización se restringe a la prestación de declaraciones ante autoridades judiciales de otro Estado de testigos y peritos.

c) La justificación de su uso radica en que no sea posible o conveniente que el testigo o perito comparezca personalmente en el territorio del Estado Parte requirente.

d) El control jurisdiccional de su uso, ya que los Estados Parte podrán convenir en que la audiencia esté a cargo de una autoridad judicial del Estado Parte requirente y en que asista a ella una autoridad judicial del Estado Parte requerido.

e) Aunque nada se dice de forma específica sobre quien debe sufragar los gastos derivados del uso de la videoconferencia, al ser excepcional y extraordinario no es justo que los costes corran a cargo del Estado Parte requerido. Es de suponer que cuando los países interesados en su práctica acuerden otros extremos de su realización también concreten quién, cuándo y cómo sufragará los gastos.[96]

---

95. Vid. Tirado Estrada (2003, p. 383 y ss.), Pérez-Cruz Martín (2005), Piattoli (2005), Rodríguez Sol (2007), Montesinos García (2009). Con relación a Brasil vid. por todos Fioreze (2009).

96. Esta misma idea es objeto de tramiento genérico para cualquier modalidad de solicitud de ayuda en el art. 46.28 CNUC.

5) Finalmente, destacamos como dentro de la política general de la Convención de incentivar la colaboración con las autoridades policiales y judiciales en la investigación y enjuiciamiento de los casos de corrupción, el art. 46.27 CNUC dispone que el testigo, perito u otra persona que, a instancias del Estado Parte requirente, consienta en prestar testimonio en un juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio del Estado Parte requirente no podrá ser enjuiciado, detenido, condenado ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad personal en ese territorio por actos, omisiones o declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio del Estado Parte requerido.[97]

3. LA ASISTENCIA JUDICIAL MUTUA A NIVEL IBEROAMERICANO: LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL

3.1 Introducción

El 23.05.1992 se aprobó en Nassau (Bahamas) la "Convención interamericana sobre asistencia mutua en materia penal" (Ciamp),[98] y el 11.06.1993 en Managua (Nicaragua) el "Protocolo Facultativo relativo a la Convención interamericana sobre asistencia mutua en materia penal" (PF-Ciamp).[99] Ambos textos, por su relevancia para procurar la solución de los problemas jurídicos que se susciten entre los países americanos, determinantes para reducir la impunidad y mejorar la eficacia en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado dentro y fuera de la región,[100] ha tenido muy buena acogida y sus

97. Este salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido, durante quince días consecutivos o durante el período acordado por los Estados Parte después de la fecha en que se le haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requerían su presencia, la oportunidad de salir del país y no obstante permanezca voluntariamente en ese territorio o regrese libremente a él después de haberlo abandonado.

98. La Convención entró en vigor el 14.04.1992, siendo 25 los países que se han adherido a la misma. Brasil firmó la Convención el 01.07.1994, y la ratificó el 10.10.2007.

99. El Protocolo Facultativo de la Convención entró en vigor el 04.07.2002, siendo sólo 7 países los que se han adherido al mismo, entre ellos Brasil desde el 10.10.2007.

100. Vid. Grafe Arias (2009).

directrices han sido tomadas de y en otras convenciones interamericanas,[101] por tratados y acuerdos bilaterales y multilaterales[102] suscritos por los

101. Véase:
– La "Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias" hecha en Panamá (Panamá) el 30.01.1975, que entró en vigor el 16.01.1976, la cual tiene 19 países signatarios, entre ellos Brasil que la ratificó el 27.11.1995, y el "Protocolo Adicional a la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias" hecha en Montevideo (Uruguay) el 08.05.1979, que entró en vigor el 14.06.1980, la cual tiene 19 países signatarios, entre ellos Brasil que la ratificó junto a la Convención.
– La "Convencion interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero" hecha en Montevideo (Uruguay) el 08.05.1979, que entró en vigor el 14.07.1980, la cual tiene 19 países signatarios, entre ellos Brasil, que la firmó el 08.05.1979 y la ratificó el 27.11.1995.
– La "Convencion interamericana sobre extradición" hecha en Caracas (Venezuela) el 25.02.1981, que entró en vigor el 28 .03.1992, la cual tiene 16 países signatarios, entre los que no está Brasil.
– La "Convencion interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras" hecha en La Paz (Bolivia) el 24.05.1984, que entró en vigor el 24.12.2004, la cual tiene 13 países signatarios, entre ellos Brasil, que sin embargo no la ha ratificado.
– La "Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero" hecha en Managua (Nicaragua) e 06.09.1993, que entró en vigor el 06.12.1996, la cual tiene 15 países signatarios, entre los que está Brasil, que la firmó el 05.05.1999 y la ratificó el 01.03.2001.
– La "Convención Interamericana contra la Corrupción" hecha en Caracas (Venezuela) el 29.03.1996, que entró en vigor el 06.03.1997, la cual tiene 33 países signatarios, entre ellos Brasil, que la firmó el 29.03.1996 y que depositó el instrumento de ratificación el 10.07.2002, momento en el cual hizo reserva al Artículo XI.1c., con lo que rehusaba a comprometerse a tipificar como conducta "toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado"; además, el 21.04.2006 Brasil designó como Autoridad Central a su Ministério da Justiça. Destacar como en los artículos 13 a 16 CIC se establecen medidas tendentes a la cooperación y asistencia internacional: extradición; asistencia judicial para la investigación y enjuiciamiento recíproco; cooperación técnica mutua para prevenir, detectar investigar y castigar los actos de fraude y corrupción; que el secreto bancario no sea una causa de denegación de asistencia internacional.

102. Hay que destacar el "Protocolo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales del Mercosur" de 25.06.1996 (PAJMPM) y el "Acuerdo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre los Estados partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile", ya citados.

países,[103] y por los ordenamientos nacionales, todo un complejo entramado normativo que como hemos señalado genera en los prácticos con competencia en la solicitud y prestación de la cooperación dificultades y dudas: una *ceremonia de confusión*[104] en un ámbito regional que está intentando que cuajen movimientos de integración y en la que tienen que jugar un papel fundamental, con carácter general, la "Red Hemisférica de intercambio de información para la asistencia judicial mutua en materia penal" (REMJA)[105] y la "Red Iberoame-

103. Con relación a la concurrencia de su vigencia, el art. 3.5 PF-Ciamp indica que el Protocolo no se interpretará en el sentido de que modifique o restrinja las obligaciones vigentes conforme a otros convenios internacionales, bilaterales o multilaterales, que rijan total o parcialmente cualquier aspecto concreto de la asistencia internacional en materia penal o las prácticas más favorables que esos Estados observen.

104. Tirado Estrada (2006, p. 146).

105. REMJA es un proyecto que se viene desarrollando desde el año 2000 a partir de una de las conclusiones alcanzadas en la Tercera Reunión de Ministros de Justicia o Procuradores Generales de las Américas: incrementar y mejorar el intercambio de información entre los Estados miembros de la OEA en la esfera de la asistencia mutua en materia penal. En origen, un grupo de trabajo oficioso integrado por Argentina, Bahamas, Canadá y El Salvador, con el apoyo técnico de la Secretaría General de la OEA, empezó a intercambiar ideas y a impulsar esta iniciativa, lo que cuajó a fines de 2001 con la primera versión de la Red: un sitio público en Internet con información relacionada con la asistencia jurídica mutua en materia penal y extradición para esos cuatro países. Con posterioridad se han ido incorporando otros muchos Estados de la OEA gracias al trabajo y al impulso institucional que han dado a la Red la Reunión de Ministros de Justicia o Procuradores Generales de las Américas, la Asamblea General de la OEA y las reuniones de la Cumbre de las Américas.
En la actualidad forman parte de la Red 30 países, que disponen de tres instrumentos de trabajo:
– una "web pública" que da acceso a una biblioteca virtual que ofrece información jurídica relacionada con la asistencia mutua y la extradición de los 34 Estados miembros de la OEA: descripción básica de su sistema jurídico, los documentos jurídicos principales – Constitución, Código Penal, Código de Proceso Penal–, y los tratados bilaterales y multilaterales relacionados con la asistencia mutua en materia penal y de extradición;
– una "web privada", al servicio exclusivo de los operadores de la cooperación jurídica internacional, que incluye información sobre reuniones, contactos en los demás países, un glosario de términos e información sobre capacitación; y
– un "sistema de comunicación electrónica seguro" para que las autoridades centrales de los países puedan llevar a efecto consultas – a través de un servicio de correo electrónico instantáneo seguro –, intercambios de información y documentación y reuniones virtuales.

ricana de Cooperación Internacional" (IberRED),[106] y de manera específica con relavancia para Brasil la "Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa" (Rede Judiciária da CPLP).[107]

3.2 *Ámbito de aplicación*

El *objeto*, *aplicación* y *alcance* de la Convención aparece señalado en los dos primeros artículos de la misma: los Estados parte se comprometen a prestarse asistencia mutua en investigaciones, juicios y actuaciones en materia penal[108] con relación a los delitos que cumplan con las siguientes condiciones:

---

106. Iberred fue fundada en Cartagena de Indias en octubre de 2004 como resultado de las iniciativas de la Cumbre Judicial Iberoamericana, la Conferencia de Ministros de Justicia de los países Iberoamericanos y la Cumbre Mundial de Fiscales Generales, recibiendo el apoyo institucional de la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Presidentes de Repúblicas. IberRED es una estructura de facilitación de la asistencia judicial mutua, constituida por una red de puntos de contacto de España, Portugal y 20 países iberoamericanos más, entre ellos Chile, integrada por corresponsales nacionales con responsabilidades en materia de cooperación internacional (Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, de los Consejos de la Judicatura, de los Ministerios Públicos y de los Ministerios de Justicia o Autoridades Centrales de los países que conforman la Comunidad Iberoamericana de Naciones), los cuales tienen que actuar como intermediarios activos de la cooperación judicial, facilitándola y contribuyendo activamente a su efectividad, y como facilitadores de información sobre los respectivos sistemas jurídicos nacionales. Con relación a la misma vid. Moreno Catena (2009, p. 1 y ss.).

107. La Rede Judiciária da CPLP, con competencias tanto civiles y comerciales como penales, fue creada en Praia (Cabo Verde) el 23.11.2005 con ocasión de la IX.ª Conferencia de Ministros de Justicia de los Países de Lengua Portuguesa: Angola, Brasil, Cabo Verde, Guinea Vissau, Mozambique, Portugal, Santo Tomé y Príncipe, y Timor Oriental. En la concepción de este espacio judicial integrado y multicontinental se tomaron en consideración las experiencias previas emprendidas en la Unión Europea –vehiculizada por Portugal– y en Iberoamérica –vehiculizada por Brasil–, habiéndose marcado como objetivos: facilitar, agilizar y optimizar la cooperación judicial entre los Estados Miembros; construir, de forma progresiva, un sistema integrado y actualizado de información tanto sobre los diferentes países de la comunidad de países de lengua portuguesa como en general en materia de cooperación judicial internacional; establecer contactos con organismos internos e internacionales, y colaborar en actividades de formación llevadas a cabo por los Estados Miembros o por organismos internacionales; promover la aplicación efectiva y práctica de las convenciones internacionales sobre cooperación judicial internacional que estén en vigor y de las que sean parte los Estados Miembros.

108. Y también, si así lo deciden por estimarlo útil y necesario para el mejor cumplimiento de la Convención, intercambiar información sobre asuntos relacionados con su apli-

– que su conocimiento sea de competencia del país requirente en el momento de solicitarse la asistencia;

– que el hecho sea punible en el Estado requerido cuando la solicitud de asistencia se refiera únicamente[109] a las medidas de embargo y secuestro de bienes, o se pretendan inspecciones e incautaciones, incluidos registros domiciliarios y allanamientos (art. 5.II Ciamp);[110]

– que en el Estado requirente el hecho esté tipificado y sancionado al menos con una pena de prisión de un año (art. 6 Ciamp);

– que sean objeto de enjuiciamiendo por la jurisdicción ordinaria, por cuanto el art. 8 Ciamp excluye explícitamente los que estén sujetos exclusivamente a la legislación militar.

Con base en ello, se efectuan dos aclaraciones en sentido excluyente:

a) Para preservar la soberanía de cada uno de los países, la Convención no es un instrumento que faculte a un Estado Parte para emprender en el territorio de otro el ejercicio de la jurisdicción ni el desempeño de funciones reservadas exclusivamente a las autoridades de la otra Parte por su legislación interna.

b) El destinatario de la Convención son los países solicitante y receptor de la asistencia jurídica, de forma tal que la Convención no otorga derecho a los particulares para obtener o excluir pruebas, o para impedir la ejecución de cualquier solicitud de asistencia.

El *contenido* de la asistencia es tratado en el art. 7 Ciamp, en el cual encontramos un listado de actos de asistencia:

– notificación de resoluciones y sentencias;

– recepción de testimonios y declaraciones de personas;

– notificación de testigos y peritos a fin de que rindan testimonio;

– práctica de embargo y secuestro de bienes, inmovilización de activos y asistencia en procedimientos relativos a la incautación;

– efectuar inspecciones o incautaciones;

---

cación (art. 30 Ciamp).

109. Esto significa que con relación al requisito de la "doble incriminación" la regla general es que la asistencia se prestará aunque el hecho que la origine no sea punible según la legislación del Estado requerido (art. 5.I Ciamp).

110. Cuando un Estado Parte en el Protocolo actúe como Estado requerido conforme a la Convención, no denegará la asistencia que requiera la adopción de estas medidas en el caso de que el acto especificado en la solicitud corresponda a un delito tributario de igual índole tipificado en la legislación del Estado requerido (art. 2 PF-Ciamp).

– examinar objetos y lugares;

– exhibir documentos judiciales;

– remisión de documentos, informes, información y elementos de prueba;

– el traslado de personas detenidas, a los efectos de la presente Convención; y

Esta enumeración no es tanto ejemplificativa –*entre otros*, dice literalmente el precepto– como de mínimos: recoge los actos que de manera obligatoria pueden objeto de peticiones de asistencia, y deja libertad para que se pueda practicar cualquier otro acto siempre y cuando entre los países que se relacionen medie un acuerdo. Por tanto, de nuevo habrá que estar a los acuerdos y tratados bilaterales y multilaterales que tengan formados, a sus ordenamientos internos y a la aplicación del principio de reciprocidad.

Una vez hecha la solicitud de asistencia el Estado requerido puede denegarla si a su juicio se da en el caso alguna de las circunstancias expresadas en el art. 9 Ciamp:

a) la solicitud de asistencia fuere usada con el objeto de juzgar a una persona por un cargo por el cual dicha persona ya fue previamente condenada o absuelta en un juicio en el Estado requiriente o requerido;

b) la investigación ha sido iniciada con el objeto de procesar, castigar o discriminar en cualquier forma contra persona o grupo de personas por razones de sexo, raza, condición social, nacionalidad, religión o ideología;

c) la solicitud se refiere a un delito político o conexo con un delito político, o delito común perseguido por una razón política;

d) se trata de una solicitud originada a petición de un tribunal de excepción o de un tribunal *ad hoc*;

e) se afecta el orden publico, la soberanía, la seguridad o los intereses públicos fundamentales; y

f) la solicitud refiere a un delito tributario.[111]

Todas ellas son causas de denegación facultativa, divergiendo en este punto la Convención con otros textos en los cuales algunas de ellas, como el *non bis in idem*,[112] son motivos de denegación obligatorio.

---

111. No obstante, se prestará la asistencia si el delito se comete por una declaración intencionalmente falsa efectuada en forma oral o por escrito, o por una omisión intencional de declaración, con el objeto de ocultar ingresos provenientes de cualquier otro delito comprendido en la Convención.
El art. 1 PF-Ciamp obliga a los Estados Parte a no denegar las solicitudes de asistencia cuando la misma se fundamente exclusivamente en el carácter tributario del delito.

112. Sobre esta cuestión vid. De La Oliva Santos (2007, p. 679 y ss.), Gimeno Sendra (2007, p. 1 y ss.), Vervaele (2008, p. 80 y ss.) y Costa Ramos (2009).

3.3 Competencia, forma y contenido de la solicitud de asistencia

Las solicitudes de asistencia son consecuencia lógica no sólo de la extensión y límites de las jurisdicciones nacionales en materia penal sino también de la diversidad de los sistemas jurídicos de los Estados Parte de la Convención, que hace que en la investigación y enjuiciamiento de delitos las autoridades competentes – jueces y fiscales –[113] tengan que acudir a sus homónimos de otros países, no directamente como sería deseable en muchas ocasiones, sino por intermediación de las Autoridades Centrales – judiciales o fiscales,[114] y no diplomáticas – designadas por cada uno de los países en el momento de la firma, ratificación o adhesión a la Convención.

Las Autoridades Centrales, que entre sí estarán comunicadas de forma directa – apoyadas en nuevas tecnologías y en el funcionamiento de las redes indicadas con anterioridad–, tienen asignadas las siguientes funciones:

– responsabilidad del envío y recepción de las solicitudes de asistencia (art. 3.II Ciamp);

– comunicar a la Autoridad Central de la otra Parte la información que posea sobre la existencia en el territorio de esta última, de los ingresos, frutos o instrumentos de un delito (art. 14 Ciamp);

– conocer que las autoridades y las partes interesadas – o sus representantes – del Estado requiriente estarán presentes y participarán en la ejecución de la solicitud de asistencia en la medida en que no lo prohíba la legislación del Estado requerido y haya expreso consentimiento de sus autoridades al respecto (art. 16.II Ciamp);

---

113. Se echa de menos en la normativa iberoamericana previsiones relacionadas con instituciones y mecanismos de coordinación y cooperación entre autoridades policiales, que sí está mucho más avanzada en la Unión Europea, con papel relevante de Europol, y que actualmente está regulada por los arts. 87 a 89 TFUE. Sobre ello vid. Carrera Hernández (2003), Arroyo Romero (2005) y Esquinas Valverde (2010).

114. Como señala Tirado Estrada (2006, p. 151), cada vez son más los países iberoamericanos que designan como Autoridad Central al Ministerio Público, quizá debido a que muchos de ellos le atribuyen al Ministerio Público la competencia de la fase de investigación o preparatoria del proceso penal, o al menos cada vez más facultades como sucede en España, lo que lo convierte en el referente básico en materia de cooperación judicial internacional.
Con relación a España, hay que tomar en consideración la Instrucción 2/2003, de 11 de julio, de la Fiscalía General el Estado, en la que se fija la actuación y organización de las fiscalías en materia de cooperación judicial internacional, en la que se concretan ideas ya apuntadas con carácter general en la Instrucción 3/2001, de 28 de junio, sobre los actuales mecanismos y modalidades de asistencia judicial internacional en materia penal. Sobre esta cuestión vid. Dandurand, Colombo y Passas (2007, p. 261 y ss.).

– registrar por escrito el consentimiento de la persona a comparecer en el Estado requiriente, hecho del que deberá informar con prontitud a la Autoridad Central del Estado requiriente (art. 19 Ciamp);

– acordar la devolución de la persona trasladada al Estado que la envió (art. 20 Ciamp);

– recibir con la debida antelación la notificación respecto del tránsito por su territorio de una persona detenida (art. 21 Ciamp);

– consentir expresamente que el Estado requiriente pueda divulgar o utilizar alguna información o prueba obtenida en aplicación de la Convención para propósitos diferentes a aquellos especificados en la solicitud de asistencia (art. 25.I Ciamp);

– determinar, a instancia del Estado requerido, que la información o las pruebas suministradas se conserven en confidencialidad, pudiendo determinar las autoridades centrales implicadas, de mutuo acuerdo, concretas condiciones de confidencialidad (art. 25.IV Ciamp).

3.4 Forma, contenido y costes de la solicitud de asistencia

El país solicitante formalizará la petición de asistencia en un escrito (art. 10 Ciamp), redactado en un idioma oficial del Estado requerido (art. 28 Ciamp), acompañando – con las mismas exigencias – la documentación complementaria que considere necesaria (art. 10 Ciamp), la cual será devuelta en el menor tiempo posible (art. 12 Ciamp). Todos los documentos que se tramiten estarán dispensados de legalización o autenticación (art. 27 Ciamp).

Las solicitudes de asistencia deberán contener las siguientes indicaciones (art. 26.I Ciamp):

a) delito a que se refiere el procedimiento y descripción sumaria de los hechos constitutivos del mismo, investigación o juicio penal de que se trate y descripción de los hechos a que se refiere la solicitud;

b) acto que origina la solicitud de asistencia con una descripción precisa del mismo;

c) cuando sea pertinente, la descripción de cualquier procedimiento u otros requisitos especiales del Estado requiriente;

d) descripción precisa de la asistencia que se solicita[115] y toda la información necesaria para el cumplimiento de la solicitud.

---

115. Cuando se trate de testigos o peritos se acompañarán, en la medida necesaria y posible, los pliegos de preguntas, interrogatorios o cuestionarios correspondientes (art. 23 Ciamp).

El art. 29 Ciamp determina el régimen de los costes de llevar a cabo la solicitud de asistencia, diferenciando en su imposición por la naturaleza de los gastos:

a) los ordinarios de ejecución de una solicitud dentro de su territorio correrán a cargo del Estado requerido, con excepción de los honorarios de peritos y los gastos de viaje y conexos provenientes del transporte de personas del territorio de un Estado al del otro, que serán sufragados por el Estado requiriente;

b) los extraordinarios, por inesperados, obliga a los Estados Partes a consultarse para determinar los términos y condiciones bajo los cuales la asistencia podría ser prestada y quién y en qué porcentaje los tiene que pagar.

3.5 Tramitación de la asistencia

Con la finalizad de agilizar los trámites de la asistencia, haciendo uso del contacto directo entre autoridades, la requerida podrá pedir información adicional cuando sea necesaria para dar cumplimiento a la solicitud, de conformidad con su Derecho interno o para facilitar dicho cumplimiento (art. 26.IV Ciamp).

Las solicitudes de asistencia se ejecutarán de conformidad con el Derecho interno del Estado requerido y, en la medida en que no se contravenga la legislación de éste, se cumplirán los trámites contenidos en la solicitud de asistencia en la forma expresada por el Estado requiriente (art. 10 Ciamp).

Sobre el tiempo para llevar a cabo el cumplido de la asistencia por el Estado requerido, el art. 11 Ciamp le concede la posibilidad de justificar y postergar la ejecución de la solicitud en caso de que sea necesario continuar una investigación o procedimiento en ese Estado requerido.

El lugar y fecha de realización de la asistencia será fijado por el Estado requerido, quien debiera –más que *podrá* – comunicárselas al Estado requirente para permitir el cumplimiento del art. 16.II Ciamp: las autoridades y las partes interesadas, o sus representantes, del Estado requiriente, podrán, previo conocimiento de la Autoridad Central del Estado requerido, estar presentes y participar en la ejecución de la solicitud de asistencia en la medida en que no lo prohíba la legislación del Estado requerido y haya expreso consentimiento de sus autoridades al respecto.

Finalmente, cuando una solicitud de solicitud de asistencia no pueda ser cumplida por el Estado requerido, éste la devolverá al Estado requiriente con explicación de la causa (art. 26.2 Ciamp).

3.6 Modalidades específicas de asistencia

A lo largo de la Convención se recogen disposiciones básicas reguladoras de algunas formas específicas de asistencia.

3.6.1 Notificación de resoluciones

Simplemente se establece en el art. 17 Ciamp que el Estado requerido, cuando así sea solicitado por el Estado requiriente, tendrá que efectuar la notificación de las resoluciones, sentencias u otros documentos provenientes de las autoridades competentes del Estado requiriente.

3.6.2 Remisión de informaciones y antecedentes

El Capítulo IV de la Convención, compuesto por los artículos 24 y 25, está dedicado a estas dos cuestiones y a las limitaciones al uso de información o pruebas.

En los casos en que la asistencia proceda según la Convención, previa solicitud, y de acuerdo con su procedimiento interno, el Estado requerido facilitará al Estado requiriente copia de los documentos, antecedentes o informaciones de carácter público que obran en los organismos y dependencias gubernamentales del Estado requerido.

El Estado requerido podrá facilitar copias de cualquier documento, antecedentes o informaciones que obren en un organismo o dependencia gubernamental de dicho Estado pero que no sean de carácter público, en igual medida y con sujeción a las mismas condiciones en que se facilitarían a sus propias autoridades judiciales, u otras encargadas de la aplicación de la ley. No obstante, el Estado requerido podrá, a su juicio, denegar total o parcialmente una solicitud de este tipo.

Con relación a si es o no posible la divulgación o utilización de informaciones o pruebas obtenidas en aplicación de la Convención para propósitos diferentes a aquellos especificados en la solicitud de asistencia, el Estado requiriente tiene vedada esta posibilidad a menos que previamente haya dado su autorización – total o parcial – la Autoridad Central del Estado requerido.

La información o prueba que deba ser divulgada y utilizada, en la medida necesaria para el apropiado cumplimiento del procedimiento o diligencias especificadas en la solicitud, no estarán sujetas al requerimiento de autorización referenciado anteriormente.

Cuando resulte necesario, el Estado requerido podrá solicitar que la información o las pruebas suministradas se conserven en confidencialidad de conformidad con las condiciones que especifique la Autoridad Central. Si la Parte requiriente no puede cumplir con tal solicitud, las autoridades centrales se consultarán para determinar las condiciones de confidencialidad que mutuamente resulten convenientes.

3.6.3 Comparecencia de testigos y peritos

Esta comparecencia es regulada en los arts. 18 y 19 de la Convención diferenciando en función del lugar donde se tenga que producir la actuación de los testigos y peritos:

a) en el Estado requerido: cuando lo solicite el Estado requiriente, cualquier persona que se encuentre en el Estado requerido será citada a comparecer conforme a la legislación del Estado requerido ante autoridad competente para prestar testimonio o aportar documentos, antecedentes o elementos de prueba;

b) en el Estado requirente: cuando el Estado requiriente solicite la comparecencia de una persona en su territorio para prestar testimonio o rendir informe, el Estado requerido invitará al testigo o perito a comparecer en forma voluntaria[116] ante la autoridad competente del Estado requiriente y sin utilizar medidas conminatorias o coercitivas.

Y como ya hemos indicado, en la documentación anexa a la solicitud de asistencia se acompañará, en la medida necesaria y posible, los pliegos de preguntas, interrogatorios o cuestionarios correspondientes (art. 23 Ciamp).

3.6.4 Registro, embargo, secuestro y entrega de objetos

Según el art. 13 Ciamp, el Estado requerido tiene que cumplir la solicitud relativa a registro, embargo, secuestro y entrega de cualquier objeto – comprendidos, entre otros, documentos, antecedentes o efectos – si la Autoridad competente determina que la solicitud contiene la información que justifique la medida propuesta. Dicha medida se someterá a la ley procesal y sustantiva del Estado requerido. Conforme a lo previsto en la presente Convención, el Estado requerido determinará según su ley cualquier requerimiento necesario para proteger los intereses de terceros sobre los objetos que hayan de ser trasladados.

3.6.5 Medidas de aseguramiento de bienes

Los arts. 14 y 15 Ciamp establecen la posibilidad de que la Autoridad Central de una de las Partes comunique a la Autoridad Central de la otra Parte la

116. Por ello, si se considera necesario, la Autoridad Central del Estado requerido podrá registrar por escrito el consentimiento de la persona a comparecer en el Estado requiriente. Además, la Autoridad Central del Estado requerido informará con prontitud a la Autoridad Central del Estado requiriente de dicha respuesta.

información que posea sobre la existencia en el territorio de esta última, de los ingresos, frutos o instrumentos de un delito. Y además, con relación a los mismos, las Partes se tienen que prestar asistencia mutua – en la medida permitida por sus leyes – para promover procedimientos precautorios y medidas de aseguramiento.

3.6.6 Traslado temporal y tránsito de detenidos

En esta materia la Convención, en los arts. 20 y 21, parte de la idea de voluntariedad, tanto por parte del sujeto afectado como de los países implicados:

a) la persona sujeta a un procedimiento penal en el Estado requerido cuya comparecencia en el Estado requiriente sea necesaria en virtud de la asistencia prevista en la presente Convención será trasladada temporalmente con ese fin al Estado requiriente, siempre que esa persona y el Estado requerido consientan dicho traslado;

b) la persona sujeta a un procedimiento penal en el Estado requiriente cuya comparecencia en el Estado requerido sea necesaria en virtud de la asistencia prevista en la presente Convención, será trasladada temporalmente al Estado requerido, siempre que lo consienta esa persona y ambos Estados estén de acuerdo.

El traslado será denegado, a criterio del Estado requerido, al menos en los siguientes casos:

a) si la persona detenida o que se encuentre cumpliendo una pena negare su consentimiento a tal traslado;

b) mientras su presencia fuera necesaria en una investigación o juicio penal pendiente en la jurisdicción a la que se encuentra sujeta la persona;

c) si existen otras consideraciones de orden legal o de otra índole, determinadas por la autoridad competente del Estado requerido o requiriente.

Además, se determinan algunas obligaciones y restricciones en la actuación del Estado receptor:

a) el Estado receptor tendrá potestad y la obligación de mantener bajo custodia física a la persona trasladada, a menos que el Estado remitente indique lo contrario;

b) el Estado receptor devolverá a la persona trasladada al Estado que la envió tan pronto como las circunstancias lo permitan o con sujeción a lo acordado entre las autoridades centrales de ambos Estados;

c) respecto a la devolución de la persona trasladada, no será necesario que el Estado remitente promueva un procedimiento de extradición;

d) el tiempo transcurrido en el Estado receptor será computado, a los efectos del cumplimiento de la sentencia que le hubiera sido impuesta en el Estado remitente; y

e) la permanencia de esa persona en el Estado receptor en ningún caso podrá exceder del período que le reste para el cumplimiento de la condena o de sesenta días, segur el plazo que se cumpla primero, a menos que la persona y ambos Estados consientan prorrogarlo.

Los Estados Parte de la Convención también pueden ser requeridos por otro u otros a colaborar facilitando el tránsito por su territorio de las personas que son objeto de traslado. Esta forma de cooperación, de nivel menor, debe ser proporcionada en la medida de lo posible, es decir, que la negativa debería ser debidamente motivada, si bien sobre el Estado requirente pesan dos obligaciones: asegurar que estas personas viajarán bajo la custodia de agentes de su país, y notificar con la debida antelación a la Autoridad Central respectiva la solicitud, lo que no será necesario cuando se haga uso de los medios de transporte aéreo y no se haya previsto ningún aterrizaje regular en el territorio del o de los Estados Partes que se vaya a sobrevolar.

Finalmente, el art. 22 Ciamp señala que la comparecencia o traslado de la persona que consienta declarar o dar testimonio estará condicionado, si la persona o el Estado remitente lo solicitan con anterioridad adicha comparecencia o traslado, a que el Estado requerido conceda un *salvoconducto* bajo el cual, mientras se encuentre es ese Estado, no podrá:

a) ser detenida o enjuiciada por delitos anteriores a su salida del territorio del Estado remitente;

b) ser requerida para declarar o dar testimonio en procedimientos no especificados en la solicitud; y

c) ser detenida o enjuiciada con base en la declaración que preste, salvo en caso de desacato o falso testimonio.

Este salvoconducto cesará cuando la persona prolongue voluntariamente su estadía en el territorio del Estado receptor por más de diez días a partir del momento en que su presencia ya no fuere necesaria en ese Estado, conforme a lo comunicado al Estado remitente.

4. LA ASISTENCIA JUDICIAL MUTUA A NIVEL EUROPEO: EL CONVENIO EUROPEO DE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL

4.1 Introducción

La Unión Europea se ha querido sumar a la actuación legislativa que en otros organismos internacionales se viene desarrollando contra determinadas formas de delincuencia grave con dimensión transfronteriza, habiendo tenido

una clara influencia en su trabajo el Consejo de Europa – del que forman parte todos los países de la Unión Europea –, en cuyo seno se han aprobado los convenios de Extradición (1957), de Asistencia Judicial Penal (1959) – con su Protocolo Adicional de 1978 – y de Represión del Terrorismo (1977).

Sentar las bases sobre las que descanse la cooperación judicial penal entre los Estados miembros ha sido y sigue siendo objeto de estudio y tratamiento legislativo, debidamente programado,[117] como se ha evidenciado en las refor-

117. El Consejo de la Unión Europea, por medio de la Decisión de 12.02.2007, aprobó el programa específico "Justicia Penal", integrado en el programa general "Derechos Fundamentales y Justicia", en el cual, con la finalidad de contribuir al refuerzo del espacio de libertad, seguridad y justicia, marcó para el periodo 2007-2013 los siguientes objetivos específicos:
a) Favorecer la cooperación judicial en materia penal, a fin de: fomentar el reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales; eliminar los obstáculos que crean las disparidades entre los sistemas judiciales de los Estados miembros y promover la necesaria aproximación del Derecho penal sustantivo relativo a la delincuencia grave, en particular la de dimensión transfronteriza; seguir propiciando el establecimiento de normas mínimas en lo relativo a ciertos aspectos del Derecho penal procesal, a fin de fomentar el lado práctico de la cooperación judicial; garantizar una adecuada administración de la justicia mediante la eliminación de los conflictos de competencia; mejorar el intercambio de información, en particular de la obtenida de los registros nacionales de antecedentes penales, mediante el uso de sistemas informatizados; promover los derechos de los acusados, así como la asistencia social y jurídica a las víctimas; animar a los Estados miembros a acelerar la cooperación con Eurojust en el combate contra la delincuencia organizada transfronteriza y otros tipos de delincuencia grave; promover la adopción de medidas destinadas a la reinserción social de los delincuentes, en particular de los delincuentes juveniles.
b) Mejorar el conocimiento recíproco de los sistemas jurídicos y judiciales de los Estados miembros en materia penal y promover y reforzar la constitución de redes, la mutua cooperación, y el intercambio y la difusión de la información, experiencias y mejores prácticas.
c) Velar por la adecuada ejecución y la correcta y concreta aplicación y evaluación de los instrumentos comunitarios en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal.
d) Mejorar la información sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y el acceso a la justicia.
e) Propiciar la formación sobre la Unión y el Derecho comunitario de los jueces, los abogados y otros profesionales que participen en la administración de la justicia.
f) Determinar las condiciones generales necesarias para desarrollar la confianza recíproca mejorando la comprensión mutua entre autoridades judiciales y sistemas judiciales diferentes, en particular, con vistas a la aplicación de las políticas de la UE en el ámbito de la justicia.
g) Crear y establecer un sistema informatizado de intercambio de información sobre los registros de penados y financiar estudios orientados al desarrollo de otros tipos de intercambio de información.

mas que el Tratado de Lisboa ha establecido en el régimen jurídico de la Unión, que a partir de su entrada en vigor el 01.12.2009 se rige por dos tratados con idéntico valor jurídico: Tratado de la Unión Europea (TUE) y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Cuando en la Tercera Parte del TFUE se definen y desarrollan las veinticuatro políticas y acciones internas de la Unión, nos encontramos como junto al mercado interior, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, las políticas social, económica y monetaria, la educación y la cultura europea, por señalar algunas, se presta una especial atención al conocido *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*,[118] al que se le dedica monográficamente el Título V, para cuya permanente construcción se refuerza la vigencia del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros en estos tres ámbitos, con base en las directrices plasmadas en el art. 67 TFUE:

a) *Libertad*: la Unión tiene que garantizar la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores, y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países, asimilándose los apátridas a los nacionales de terceros países;

b) *Seguridad*: la Unión tiene que esforzarse por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes,[119] así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales;[120]

c) *Justicia*: La Unión tiene que facilitar la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales.

---

118. Vid. Martín Pérez de Nanclares (2007, p. 85 y ss.), Álvarez Rubio (2008), Carrera y Geter (2008, p. 133 y ss.), del Valle Gálvez (2008, p. 417 y ss.), Jimeno Bulnes (2008, p. 1 y ss.), García Moreno (2009, p. 25 y ss.), de Urbano Castrillo (2009, p. 35 y ss.), Rioja García (2009, p. 5 y ss.), da Silva Ochoa (2009, p. 5 y ss.).

119. En materia de corrupción destacar como el 24.10.2008 el Consejo de la Unión Europea, por medio de la Decisión 2008/852/JAI, aprobó la creación de una "Red de puntos de contacto en contra de la corrupción", teniendo como cometido constituir un foro de intercambio en el conjunto de la UE de información sobre medidas y experiencias eficaces en la prevención y lucha contra la corrupción, y facilitar el establecimiento y mantenimiento activo de contactos entre sus miembros.

120. En materia específica de corrupción vid. Pieth (2009).

Ya sólo el contenido de este art. 67 TFUE, y de la concreción de la cooperación en el ámbito judicial – arts. 82 a 86 TFUE – y policial – arts. 87 a 89 TFUE –, nos pone de manifiesto una idea básica: debido a la gravedad de los efectos derivados de determinadas conductas delictivas, que se producen en la Unión pero que también afectan a la Unión, tales como el terrorismo, el narcotráfico, la corrupción y el crimen organizado, magnificadas por su dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes,[121] en la agenda política de los países de la Unión en los últimos 20 años[122] ha venido ocupando un lugar preeminente el diseño de instituciones centrales europeas en el ámbito de la persecución penal[123] – entre ellos una Fiscalía Europea[124] – y también de políticas y líneas de actuación preventivas y represivas en estos ámbitos –y en especial en materia de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción[125] –, así como su implementación en los ordenamientos nacionales

121. Ya en 1992, cuando en Bruselas se presentó el Informe final del Grupo X "Libertad, Seguridad y Justicia", se afirmaba que para que la Unión Europea obtenga el máximo respaldo de sus ciudadanos, deberá demostrar su capacidad de ofrecer resultados concretos en cuestiones de importancia real, como es el caso de si se han definido medios para garantizar el disfrute de la libertad en condiciones de seguridad y una justicia al alcance de todos. En concreto, las personas tienen derecho a esperar que la Unión haga frente a la amenaza que el terrorismo y la delincuencia grave suponen para su libertad y para sus derechos legales. La lucha contra la delincuencia es un ámbito en el que la Unión Europea puede demostrar a los ciudadanos su utilidad de manera muy perceptible, ya que en este y en otros campos –como la política de asilo o el control de las fronteras exteriores de la Unión– se ha demostrado que los Estados por sí solos no pueden abordar de manera eficaz, así como tampoco la defensa contra las nuevas amenazas terroristas es compatible con una acción autónoma a nivel nacional.

122. Vid. Vervaele (2009), quien analiza como la falta de progreso en esta materia se ha debido a la neutralización sistemática que a nivel político se ha hecho de las propuestas armonizadoras en materia penal y procesal penal.

123. Vid. por todos Schüneman (2006, p. 29 y ss.).

124. Vid. por todos Piattoli, B. (2002), Aa.Vv. (2003a), Rodríguez García (2005, p. 456 y ss.) y Espina Ramos (2010).

125. Con la prioridad general de "garantizar la seguridad en Europa, respetando plenamente las libertades fundamentales", el 11 de diciembre de 2009 se aprobó en Bruselas el "Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano", con vigencia para el periodo 2010-2014, el cual sustituye a los programas quinquenales previos en esta materia: Programa de Tampere (1999-2004) y Programa de La Haya (2005-2010). En este Programa, haciendo uso de la técnica del *soft law* previa a la generación de normas más vinculantes, señala como en materia de delincuencia económica y corrupción la Unión Europea debe reducir el número de ocasiones que aprovecha la delincuencia organizada como consecuencia de la globalización de la economía, en especial durante una crisis que está exacerbando la

de los Estados Miembros y su revisión aplicativa, de ahí la ingente cantidad de normas e instrumentos jurídicos aprobados.[126]

---

vulnerabilidad del sistema financiero, y asignar los recursos adecuados para hacer frente con eficacia a estos retos. 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.
El Consejo Europeo invita a la Comisión:
– a desarrollar indicadores, sobre la base de los sistemas existentes y de criterios comunes, para medir los esfuerzos en la lucha contra la corrupción, en especial en los ámbitos del acervo –contratación pública, control financiero, etc.– y a elaborar una política anticorrupción global en estrecha cooperación con el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (Greco). La Comisión debería presentar al Consejo en 2010 un informe sobre las modalidades de adhesión de la Unión a Greco;
– con la intención de prevenir la delincuencia financiera, a estudiar medidas para facilitar la identificación de los beneficiarios efectivos de los activos y a aumentar la transparencia de las personas jurídicas y de los regímenes jurídicos;
– a intensificar la coordinación entre los Estados miembros en el marco de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (UNCAC), el Greco y las labores de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en materia de lucha contra la corrupción;
– a reflexionar sobre la manera de mejorar la prevención de la delincuencia financiera. Sobre el mismo vid. Buono (2009, p. 333 y ss.).

126. Entre otros muchos, en esta materia hay que tomar en consideración, además de los ya citados, los siguientes: la Decisión Marco 2001/500/JAI, de 05.07.2001, del Consejo, sobre blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación

En este punto hay que reconocer sin ambages el rol que han cumplido y tienen que seguir cumpliendo en los próximos años el "convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea" de 29.05.2000, y su "Protocolo" de 16.10.2001, elaborados para adoptar medidas adicionales en el ámbito de la asistencia judicial penal en los Estados de la Unión[127] en la lucha eficaz contra algunas formas concretas de delincuencia que

y decomiso de instrumentos y productos del delito; la Decisión Marco 2002/465/JAI, de 13.06.2002, del Consejo, relativa a los equipos conjuntos de investigación; la Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22.07.2003, del Consejo, sobre ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas; la Decisión Marco 2005/212/JAI, de 24.02.2005, del Consejo, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito; la Decisión Marco 2005/214/JAI, de 24.02.2005, del Consejo, sobre aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias; la Decisión Marco 2005/671/JAI, de 20.09.2005, del Consejo, relativa al intercambio de información y a la cooperación sobre delitos de terrorismo; la Decisión Marco 2005/876/JAI, de 21.11.2005, del Consejo, relativa al intercambio de información de los registros de antecedentes penales; la Decisión Marco 2006/783/JAI, de 06.10.2006, del Consejo, sobre la aplicación del reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso; la Decisión Marco 2008/315/JAI, de 26.02.2009, del Consejo, relativa a la organización y el contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros; la Decisión Marco 2008/675/JAI, de 24.07.2008, del Consejo, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal; la Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27.11.2008, del Consejo, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea; la Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27.112008, del Consejo, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de setencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas; la Decisión Marco 2008/977/JAI, de 27.11.2008, del Consejo, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal; la Decisión Marco 2008/978/JAI, de 18.12.2008, del Consejo, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal; la Decisión Marco 2009/315/JAI, de 26.02.2009, del Consejo, relativa a la organización y el contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados Miembros; la Decisión Marco 2009/829/JAI, de 23.10.2009, del Consejo, relativa a la aplicación, entre los Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional; y la Directiva 2010/64/UE, de 20.10.2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

127. E incluso más, puesto que sus directrices básicas son tomadas en consideración a la hora de alcanzar acuerdos con terceros países. Así, de acuerdo con la *Decisión* del Consejo de la Unión Europea 2009/820/PESC de 23.10.2009, se han celebrado dos

tienen especial incidencia, como la corrupción y la delincuencia organizada y financiera.[128]

Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos, uno sobre *extradición* y otro sobre *asistencia judicial*, los cuales han entrado en vigor el 01.02.2010; y también, el 27.11.2009 la Unión Europea y Japón han suscrito un *Acuerdo sobre cooperación judicial en materia penal*.

128. Dos años antes el Consejo de la Unión Europea había aprobado una "Acción Común sobre buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal", según la cual los Estados, de conformidad con su Derecho nacional y procedimientos jurídicos, tenían que promover las siguientes prácticas:
a) acusar recibo, cuando el Estado miembro requirente así lo solicite, de todas las solicitudes de asistencia y de todas las peticiones de información escritas relativas a la ejecución de solicitudes salvo que se remita con rapidez una respuesta sobre el fondo de la cuestión; el Estado miembro requirente podrá optar por prescindir de tal acuse de recibo salvo que certifique su solicitud de "urgente" o que estime necesario tal acuse en virtud de las circunstancias del caso;
b) proporcionar a la autoridad requirente, al acusar recibo de las solicitudes y peticiones de información mencionadas en el presente apartado, el nombre y las señas de la autoridad y, a ser posible, de la persona encargada de la ejecución de la solicitud, en particular su número de teléfono y de fax;
c) dar prioridad, siempre que ello no contravenga la legislación del Estado miembro requerido, a las solicitudes que la autoridad requirente haya señalado claramente como "urgentes" y de tratar todas las solicitudes, calificadas o no de "urgentes", de modo no menos favorable que las solicitudes de información comparables que formulen en el Estado miembro requerido las propias autoridades nacionales del Estado miembro de que se trate;
d) remitir a las autoridades requirentes, cuando no pueda prestarse en su totalidad o en parte la asistencia solicitada, un informe escrito u oral en que se explique la dificultad que lo impida y, cuando sea posible, se brinde la posibilidad de estudiar conjuntamente con la autoridad requirente el modo de solventar la dificultad;
e) remitir prontamente a la autoridad requirente, cuando se prevea la imposibilidad de prestar, o de prestar plenamente, la asistencia en un plazo determinado por dicha autoridad, y que ello redundar en perjuicio de los procedimientos incoados en el Estado miembro requirente, un informe escrito u oral y cuantos informes posteriores requiera la misma autoridad en los que se explique cu.ndo es posible prestar la asistencia solicitada;
f) presentar las solicitudes tan pronto como se compruebe la naturaleza exacta de la asistencia requerida y de explicar, cuando se haya establecido un plazo o se hayan calificado las solicitudes de "urgentes", las razones del plazo o de la urgencia; la declaración incluirá un compromiso de no calificar de "urgentes" solicitudes que sean de importancia secundaria;
g) comprobar que las solicitudes presentadas se ajustan a los tratados o acuerdos internacionales pertinentes;

Los antecedentes del convenio de 2000 se sitúan fuera del ámbito de la Unión Europea, concretamente en el seno del Consejo de Europa y del sistema Schengen.

En el Consejo de Europa se han elaborado dos instrumentos de cooperación en ese ámbito: el convenio de extradición de 1957 y el convenio de asistencia judicial en materia penal de 20.04.1959 –el llamado "convenio Europeo"–. Este último, que hoy continúa vigente y que ha servido de base para la elaboración del convenio de 2000, tiene entre sus principales aportaciones las relativas a comisiones rogatorias, notificación de documentos procesales y resoluciones judiciales, comunicación de información sobre antecedentes penales y condenas judiciales, fijando una serie de reglas que han de regir en la práctica de esos actos de asistencia, modificadas algunas por el Protocolo de 1978.

Como con el paso del tiempo algunas de las reglas generales establecidas en el convenio se han ido mostrando ineficaces, para posibilitar una adecuada cooperación judicial entre los Estados miembros al mismo se han añadido dos Protocolos Adicionales, el primero de 1978 y el segundo de 2001. Dentro del objetivo general de mejorar y completar el convenio y el Primer Protocolo, en el Segundo Protocolo se introducen algunos principios más acordes con las exigencias de la práctica; así por ejemplo, el respeto de los procedimientos exigidos por la ley del Estado requirente, siempre que no sean contrarios a los principios fundamentales del derecho de la otra parte, lo que lo aproxima de forma evidente al convenio de 2000, si bien en un contexto más amplio, el de los Estados miembros del Consejo de Europa e incluso terceros países.

Por lo que respecta al convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990, no sustituye dentro del espacio Schengen al convenio Europeo de 1959 sino que, de acuerdo con su art. 48, lo completa y tiende a facilitar su aplicación. Su Capítulo II, Título III, intitulado "Asistencia judicial en materia penal", aborda esta cuestión introduciendo algunas novedades importantes:

a) Si bien hasta entonces el convenio era aplicable a las infracciones penales y fiscales, se amplia su ámbito material de aplicación a las infracciones administrativas, siempre que la decisión sea recurrible ante un órgano jurisdiccional.

b) Se limitan las condiciones por las que los Estados Parte pueden subordinar la ejecución de las comisiones rogatorias de embargo de bienes y registro.

---

h) proporcionar a las autoridades requeridas, al presentar solicitudes de asistencia, el nombre y las señas de la autoridad y, a ser posible, de la persona encargada de emitir la solicitud, en particular su número de teléfono y de fax.

c) Se permite el envío directo de documentos relativos al procedimiento cuando el destinatario se halle en el territorio de otra parte contratante. En otros casos, hay que seguir recurriendo a los mecanismos de auxilio judicial.

d) Se autoriza la comunicación directa entre autoridades judiciales para transmitir y devolver las solicitudes de asistencia judicial, sin perjuicio de la facultad de envío y reenvío entre Ministerios de Justicia y a través de Interpol.

Como vemos, en los últimos años se han llevado a cabo iniciativas para lograr el marco adecuado en el que desarrollar la cooperación judicial tanto en la Unión Europea como en el Consejo de Europa. Ello no obsta para que los Estados tengan que seguir ejerciendo las responsabilidades que les competen en relación con el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de interior; así, en la en la declaración previa del convenio del 2000, se establece que corresponde a cada Estado en particular determinar, de conformidad con el art. 72 Tfue, en qué condiciones mantendrá el orden público y protegerá la seguridad interior.

4.2 Objeto del convenio

En el art. 1 se establece que el convenio tiene como finalidad completar y facilitar la aplicación, entre los Estados miembros de la Unión Europea, de los instrumentos internacionales relativos a la asistencia judicial en materia penal citados en el apartado anterior, sobre los cuales va a prevalecer. De esta forma, se busca de reforzar la cooperación judicial en materia penal, ampliando su ámbito de aplicación, dotándola de mayor rapidez y eficacia, aplicando al propio tiempo el principio de proporcionalidad.

El convenio no afecta ni a la aplicación de disposiciones sobre asistencia judicial más favorables contenidas en los acuerdos bilaterales o multilaterales entre los Estados miembros, ni a la aplicación de disposiciones relativas a la asistencia judicial en materia penal convenidas sobre la base de una legislación uniforme, o de un régimen especial que establezca la aplicación recíproca de medidas de asistencia judicial en sus respectivos territorios, con lo cual se da pie a la aplicación práctica del convenio de 1959 y la extensión de las medidas a otros países.[129]

---

129. Así de facto lo han venido haciendo Islandia y Noruega, que el 17.12.2003 han firmado un Acuerdo con la Unión Europea para extender la aplicación en su territorio de determinadas disposiciones del convenio y el Protocolo de asistencia judicial penal.

En su elaboración se adoptaron otras medidas que sin dejar de contribuir a la realización de este primer objetivo, tengan en cuenta las importantes evoluciones producidas recientemente, por un lado la evolución política y social, y, por otro, la tecnológica. No hay que olvidar que tras los Acuerdos de Schengen desaparecieron los controles en las fronteras entre la mayoría de los Estados miembros, lo que por un lado conlleva una mayor circulación de personas, mercancías y capitales en la Unión Europea, y por otro exige dotar a las autoridades policiales y judiciales de normas adecuadas para la lucha contra la delincuencia internacional, que trata de prevalerse de la nueva libertad de circulación.

El desarrollo de la tecnología como fenómeno presente en nuestra sociedad no es ajeno al ámbito de la cooperación judicial, facilitándola en unos casos, como en el uso de la videoconferencia y de la conferencia telefónica, y dificultándola en otros, como en la intervención de las telecomunicaciones, por la falta de medidas adecuadas que la hagan viable. También se adoptaron normas sobre protección de datos.

Este convenio es un instrumento de Derecho Internacional público que atribuye competencia al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para interpretar sus disposiciones.

4.3 Ámbito de aplicación

4.3.1 Material

Ya hemos visto como el convenio complementa otros instrumentos anteriores en materia de cooperación judicial. Ya comentado también como las solicitudes de asistencia pueden formularse y obtenerse en los procedimientos relativos a infracciones penales, fiscales y, en determinados casos, a las infracciones administrativas. En este último ámbito es donde incide el convenio, extendiendo su aplicación a los casos en que una persona jurídica sea la responsable de la infracción, con independencia de que la legislación del Estado requerido no contemple su responsabilidad penal o administrativa, con lo cual ya no es causa bastante para denegar la cooperación.

El art. 3.1 dispone que igualmente se prestará asistencia judicial para procedimientos administrativos por hechos que con arreglo al Derecho interno del Estado miembro requirente o del Estado miembro requerido, o de ambos, sean punibles como infracciones de disposiciones legales, cuando la decisión pueda dar lugar un proceso ante un órgano jurisdiccional competente, en particular,

en materia penal. Es indiferente que la competencia para conocer de estos procesos en una primera fase corresponda a la autoridad administrativa o la penal en los Estados miembros interesados; lo fundamental es que en una fase posterior puedan plantearse ante un órgano jurisdiccional con competencia en materia penal, no siendo necesario que tenga competencia exclusiva sobre esta materia.

4.3.2 Territorial

Por lo que se refiere a la dimensión espacial, el convenio se aplica a los Estados miembros de la Unión Europea, tanto los que lo eran al tiempo de su celebración, como los que adquieran esta condición después, motivo por el cual el art. 28 prevé la posibilidad de su adhesión al convenio. Incluso algunas disposiciones son aplicables a Noruega e Islandia, pese a no ser Estados miembros de la Unión Europea, ya que estos dos países en su día se asociaron a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo Schengen y como hemos visto algunas disposiciones del convenio desarrollan las del convenio de aplicación de Schengen.

4.3.3 Entrada en vigor y aplicación

Respecto a la entrada en vigor y aplicación, los convenios en el seno de la Unión Europea se elaboran en dos fases sucesivas: la aprobación por Acto del Consejo y adopción por los distintos Estados conforme a sus normas constitucionales, adopción que se notificará al Secretario General del Consejo. Para que un convenio entrara en vigor era necesaria su adopción por todos los Estados miembros, situación que cambió tras el Tratado de Amsterdam, que estableció la regla general de entrada en vigor cuando haya sido adoptado por la mitad de los Estados miembros como mínimo, salvo que en el convenio se disponga otra cosa. El convenio de 2000 dispone su entrada en vigor una vez que el octavo Estado miembro haya notificado la conclusión de sus procedimientos internos, evidentemente limitada a esos ocho Estados. Una entrada en vigor que no es automática, puesto que se requiere que transcurran noventa días desde aquella notificación.

El art. 27.5 regula la aplicación anticipada del convenio, es decir, su aplicación entre los Estados miembros interesados aún antes de su entrada en vigor, que surtirá efecto entre los Estados miembros que así lo declaren al notificar la conclusión de sus procedimientos constitucionales una vez transcurridos 90 días tras ésta.

El convenio no tiene eficacia retroactiva y sólo se aplica a las solicitudes de asistencia posteriores a su entrada en vigor o a la fecha en que se ha iniciado su aplicación anticipada entre los Estados interesados (art. 27.6).

4.4 Principios del convenio

4.4.1 Introducción

El convenio de 2000 señala en su Preámbulo que regula la asistencia judicial basándose en los principios del convenio de 1959, lo cual no es del todo cierto porque el convenio de 1959 establece la aplicación de la legislación del Estado requerido y la comunicación a través de autoridades centrales, mientras que el convenio de 2000 regula la aplicación de los procedimientos del Estado requirente y la comunicación directa entre las autoridades judiciales de los Estados miembros interesados.

4.4.2 Aplicación de la ley del Estado requirente

El art. 4 del convenio establece que la solicitud de asistencia judicial se ejecute por el Estado requerido conforme con los trámites y procedimientos indicados por el Estado requirente. Esta regla general tiene excepciones previstas a lo largo del articulado del convenio cuando se regulan las concretas formas de cooperación; por ejemplo, al tratar de las entregas vigiladas (art. 12.2 y 3) se establece que el Derecho interno del Estado miembro requerido es el que rige la solicitud y ejecución de la medida.

La finalidad de este precepto es doble: por un lado, permitir que la solicitud de asistencia judicial se ejecute según los trámites y procedimientos indicados por el Estado miembro requirente en la mayor medida posible (apartados 1 y 3); por otro, obligar al Estado miembro requerido que tenga en cuenta los plazos que hubieren podido indicarse en la solicitud (apartado 2), dentro de los límites previstos en el apartado 4. Con estas previsiones se pretende lógicamente posibilitar el uso en el Estado requirente de la información obtenida a través de la comisión rogatoria y garantizar su valor como prueba en el procedimiento seguido en su ámbito interno.

El párrafo 1 sienta el principio general de que todo Estado miembro que ejecute una solicitud deberá observar los trámites y procedimientos indicados expresamente por el Estado miembro requirente, entendiéndose trámites y procedimientos en un sentido amplio, comprendiendo todas las normas procesales necesarias para la validez y eficacia de la actuación a practicar. El Estado

requerido sólo podrá negarse a observar los trámites y procedimientos indicados cuando sean contrarios a los principios fundamentales de su Derecho o cuando el convenio determine expresamente que sea el Derecho del Estado miembro requerido el que deba aplicarse.

En cuanto a los plazos para la ejecución de las solicitudes de asistencia, el Estado requerido tiene que ejecutar la solicitud observando, en la medida de lo posible, los plazos fijados por el Estado miembro requirente, pues a veces puede ser determinante que la asistencia judicial se preste en un plazo determinado. Si el Estado requirente considera que la solicitud debe ejecutarse antes de un plazo concreto lo tiene que hacer constar así, indicando los motivos que lo justifican.

Cuando una solicitud no pueda ejecutarse total o parcialmente según los trámites señalados por el Estado requirente, el Estado requerido informará sin demora de esta circunstancia a aquél, haciendo indicación de las condiciones en que se debería ejecutar, entre las que podrá estar el suministro de información y documentación complementaria. Ambos Estados pueden celebrar acuerdos que fijen el curso que debe darse a la solicitud en el marco de las condiciones citadas.

Cuando el Estado requerido prevea que no podrá cumplir los plazos previstos para la ejecución de la solicitud y de ese incumplimiento pudieran derivarse graves dificultades para el procedimiento seguido en el Estado miembro requirente, sus autoridades deberán indicar, tan pronto como sea posible, el tiempo que estimen necesario para ejecutar la solicitud. Las autoridades del Estado miembro requirente indicarán sin demora si la solicitud se mantiene de todos modos. En este caso, también se faculta a ambos Estados que lleguen a acuerdos que determinen el curso que deba darse a la solicitud.

4.4.3 Envío y notificación de documentos procesales

El art. 5 trata de garantizar que un Estado miembro pueda enviar y notificar documentos procesales cuando el destinatario se encuentre en el territorio de otro Estado miembro.

En primer término se permite que un Estado miembro envíe directamente por correo a la persona que se halle en el territorio de otro Estado documentos procesales relativos a procedimientos penales a ella dirigidos. Nada se dice en el párrafo 1 sobre qué debe entenderse por "documentos procesales", si bien en el Informe Explicativo del convenio se recomienda entender esta expresión en sentido amplio, comprendiendo, por ejemplo, citaciones y resoluciones judiciales. De igual manera habrá que interpretar la expresión "que se hallen

en el territorio", y por ello no será exigible que la persona sea residente en el Estado requerido, pudiéndose encontrar allí aunque sea de forma ocasional.

A la regla general de los envíos por correo se le marcan excepciones en el párrafo 2, practicándose, cuando concurra alguna de ellas, por mediación de las autoridades competentes del Estado miembro requerido, lo que ocurrirá normalmente cuando la comunicación por correo no pueda efectuarse o resulte inadecuada. En todo caso es necesario que el Estado miembro que envíe documentos haga todo lo necesario para conocer la dirección del destinatario antes de cursar una solicitud a otro Estado miembro.

Si el Estado miembro que envía el documento tiene razones fundadas para pensar que el destinatario no entiende el idioma en que esté redactado, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la traducción de todo el documento – o de sus partes más importantes – al idioma o a uno de los idiomas del Estado miembro destinatario. Si ese Estado sabe que el destinatario sólo comprende otro idioma, procederá a traducir el documento, en todo o parte, a esa otra lengua. Con estas previsiones se pretende proteger los intereses del destinatario y mejorar la eficacia de la transmisión.

Todo documento procesal irá acompañado de una nota en la que se indique al destinatario tanto la forma de contactar con la autoridad que haya expedido el documento, o con otras autoridades del Estado miembro remitente, como los derechos y obligaciones que tiene. Aunque no está previsto en este párrafo 4, el Informe Explicativo del convenio establece que debería recogerse en esas notas las consecuencias del incumplimiento de lo previsto en el documento de que se trate, conforme a la legislación del Estado requirente.

El párrafo 5 confirma la aplicación de los arts. 8, 9 y 12 del convenio de 1959 referentes a la situación de peritos y testigos que no comparecen cuando han sido citados, gastos ocasionados a peritos y testigos, y el privilegio de inmunidad frente a procesamientos o detenciones de que gozan los testigos de comparecer en respuesta a una citación expedida por un Estado extranjero.

4.4.4 Transmisión de solicitudes de asistencia judicial

El convenio del 2000 sustituye en esta materia al de 1959 y al de Schengen al permitir, salvo determinadas excepciones, el contacto directo entre las autoridades judiciales de los Estados miembros en materia de asistencia judicial (art. 6).

Como regla general las solicitudes de asistencia entre los Estados miembros y los intercambios espontáneos de información previstos en el art. 7 se harán

por escrito o por cualquier medio que deje constancia escrita y permita al Estado miembro receptor acreditar su autenticidad, como el correo electrónico, superando en este punto a otros convenios que sólo permitían la comunicación por fax. Los Estados miembros habrán de consultarse con relación a procedimientos concretos para determinar la autenticidad de las solicitudes enviadas. Se cursarán directamente entre las autoridades judiciales competentes y se responderán del mismo modo. También se permite la transmisión directa entre las autoridades judiciales cuyo objeto sea incoar un proceso en otro Estado miembro, con arreglo con a lo dispuesto en el art. 21 del convenio de 1959. Pero este convenio va más allá al no impedir que los Estados miembros acuerden aceptar solicitudes verbales, al menos en ciertos casos de especial urgencia, accediéndose a ello siempre que lo antes posible se confirmen por escrito.

El apartado 2, no obstante, permite que en casos particulares el envío de solicitudes y de respuestas se haga entre autoridades centrales, lo que sucederá en supuestos complejos, o en casos en que la solicitud se envía a más de una autoridad competente del Estado miembro requerido.

Reino Unido e Irlanda podrán declarar que las solicitudes y otras comunicaciones de asistencia judicial o la información espontánea prevista en el art. 7 se envíen a sus autoridades centrales, y ello es así porque por lo general no son competentes para ejecutar las solicitudes recibidas de autoridades judiciales ni de una autoridad central. Estos dos países podrán limitar el alcance de esta declaración en cualquier momento mediante una declaración posterior, para así dar mayor efectividad a la noción de transmisión directa, debiendo hacerlo, en todo caso, cuando para ellos entren en vigor las disposiciones que sobre esta materia contiene el convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. Respecto de estas declaraciones, cualquiera de los Estados miembros podrá aplicar el principio de reciprocidad.

En casos de urgencia, la transmisión de solicitudes podrá cursarse vía Interpol o por conducto de cualquier otro órgano competente, conforme con las disposiciones acordadas en el Tratado de la Unión Europea.

La tramitación de solicitudes de asistencia judicial y su respuestas en casos de entregas vigiladas, equipos conjuntos de investigación e investigaciones encubiertas, cuando la autoridad competente en un Estado sea una autoridad judicial o central y en el otro Estado lo sea una autoridad policial o aduanera, se pueden cursar directamente entre estas autoridades. En estos casos también resulta aplicable el art. 4 del convenio (párrafo 5).

De igual modo se permite que las solicitudes relacionadas con los procedimientos administrativos señalados en el art. 3.1 se cursen y se respondan

directamente cuando las autoridades competentes afectadas sean una autoridad judicial o una autoridad central en un Estado miembro y una autoridad administrativa en el otro Estado miembro (párrafo 6).

El párrafo 8 recoge qué solicitudes y comunicaciones han de ser cursadas a través de las autoridades centrales de los Estados miembros, concretamente las solicitudes de traslado temporal o de tránsito de detenidos, y las comunicaciones relativas a información sobre condenas judiciales.

4.4.5 Intercambio espontáneo de información

El art. 7 crea el marco general para el intercambio espontáneo de información sobre materias que entran dentro del ámbito de aplicación del convenio como forma de asistencia judicial sin necesidad de una solicitud expresa, siendo de gran utilidad en la práctica.

Su objeto es el intercambio de información sobre infracciones penales o administrativas a las que se refiere el art. 3, cuya persecución o penalización entre en el ámbito de competencias de la autoridad receptora. La autoridad que proporciona la información puede imponer condiciones a la utilización de la información por la autoridad receptora, de conformidad con su Derecho interno, quedando ésta obligada a respetar tales condiciones. En este caso no se aplicarán las medidas en materia de protección de datos que figuran en los apartados 1 y 2 del art. 23 del convenio, en la medida que se refieren al mismo objeto.

Este tipo de acuerdos ya estaban previstos en el ámbito de la cooperación policial en el convenio de Schengen.

4.5 Protocolo del convenio

4.5.1 Objeto

En junio de 2000 Francia presentó un proyecto de instrumento de cooperación judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea como resultado de algunas de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere:

a) Los Estados tienen que facilitar la asistencia en los casos de delincuencia económica grave y sobretodo en las relativas al blanqueo de capitales (conclusión 49).

b) El blanqueo de capitales está en el centro de la delincuencia organizada, debiendo adoptarse medidas para llevar a cabo el seguimiento, embargo

preventivo, incautación y de comiso de los beneficios del delito (conclusión 51).

c) El Consejo tiene que acordar medidas precisas para que las autoridades judiciales puedan recibir información sobre las transacciones financieras, y así poder tanto investigar el blanqueo de capitales como intentar aproximar la legislación de los países en esta materia (conclusión 54).

En un principio, se concibió como un nuevo convenio que complementaría el convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 1959 (convenio de 1959) y el convenio de 2000 en lo relativo a la delincuencia organizada y financiera y al blanqueo de dinero producto de las infracciones. Durante las negociaciones se mutó de idea, pasando a ser finalmente un Protocolo del convenio de 2000, aprobado por el Consejo el 16.10.2001.

El objeto de este Protocolo es adoptar, en el ámbito de la cooperación judicial penal, medidas adicionales para combatir formas específicas de delincuencia tales como la delincuencia organizada y de modo especial la delincuencia financiera.

En la elaboración del Protocolo también incidió el Informe Final correspondiente al primer ejercicio de evaluación de la asistencia judicial en materia penal, aprobado por el Consejo el 28.05.2001, informe que insta al grupo "Cooperación en materia penal", como encargado de los trabajos preparatorios del nuevo instrumento, a buscar soluciones satisfactorias en lo relativo al seguimiento de cuentas de personas naturales o jurídicas, viéndose como se iban introduciendo limitaciones a los motivos de denegación de la asistencia, especialmente la denegación de la solicitud referida a una infracción de carácter fiscal.

4.5.2 Ámbito de aplicación

El ámbito material de aplicación del Protocolo coincide con el del convenio de 2000, al que completa. Sus disposiciones son de aplicación general, con excepción de las del párrafo 1, que se aplican sólo a determinadas infracciones. Además, las disposiciones del Protocolo se prevén específicamente para la represión de las infracciones cometidas en relación con la delincuencia organizada y financiera.

El art. 8.1 prohíbe a los Estados parte denegar la asistencia en casos de infracciones fiscales, manifestándose así una de las aportaciones más importantes de este Protocolo por cuanto la extensión de la asistencia judicial a esta materia ya se intentó sin éxito en la elaboración de otros instrumentos anteriores, como el convenio de 1959 y su Protocolo.

También en el ámbito espacial coinciden convenio y Protocolo, no disponiendo éste nada distinto de lo ya previsto en el convenio de 2000.

En lo relativo al ámbito temporal, son igualmente aplicables las previsiones del convenio al respecto; concretamente, los arts. 13 a 16 del Protocolo repiten lo regulado en aquel instrumento, al referirse a la suficiencia de la ratificación por ocho Estados miembros para su entrada en vigor, han de transcurrir noventa días entre la notificación de la conclusión de procedimientos internos y su entrada en vigor, posibilidad de aplicación anticipada entre los Estados que así lo declaren, disposiciones concretas en cuanto a la entrada en vigor en Islandia y Noruega, etc.

Ya hemos señalado que el Protocolo complementa el convenio, no obstante lo cual, el Protocolo tiene una previsión específica respecto del ámbito temporal: todo lo dispuesto para su entrada en vigor, o para su aplicación anticipada, no se producirá si en esa fecha el convenio aún no ha entrado en vigor o no es aplicable entre los Estados interesados, es decir, sólo producirán efecto a partir de esa fecha.

4.5.3 Contenido

El Protocolo consta de 17 artículos en los que se abordan, ante todo, tres aspectos fundamentales:

a) Primero, tres formas distintas de asistencia penal en materia de delincuencia financiera, con especial incidencia en el blanqueo de capitales, y con la posibilidad de formular solicitudes complementarias.

b) Segundo, la denegación de la asistencia.

c) Tercero, la entrada en vigor del texto, adhesión de nuevos Estados y cuestiones conexas.

Puesto que el primero de los aspectos indicados se tratará al estudiar las formas específicas de cooperación, y el tercero se ha expuesto con anterioridad al hablar del ámbito de aplicación del convenio, en este punto analizamos únicamente las cuestiones relativas a la denegación de asistencia, en las que el Protocolo introduce algunas novedades.

Continúa con lo ya previsto en otros instrumentos anteriores, como el primer Protocolo al convenio de 1959, al tratar de limitar la aplicación de los motivos de denegación, resaltándose que en este punto el Protocolo se aplica a "todas" las solicitudes de asistencia judicial en materia penal, y no sólo a las concretas formas previstas en dicho Protocolo.

Respecto a los motivos de denegación de la solicitud de asistencia, se prohíbe a los Estados que invoquen el secreto bancario, siendo entendido en sentido amplio. Siguiendo el informe explicativo del Protocolo, habrá que tomar en consideración el art. 18.7 del convenio de 1990 sobre blanqueo de capitales cuando señala que podrá exigir que las solicitudes de asistencia que impliquen la suspensión del secreto bancario sean autorizadas por una autoridad judicial, considerando como tal también a los fiscales que actúen en relación con delitos penales, siempre que su legislación nacional así lo prevea.

Dentro de los motivos de denegación, desaparece como causa de denegación que la solicitud de refiera a infracciones fiscales, cuestión abordada anteriormente al tratar el ámbito material del Protocolo.

Una de las causas de denegación de la solicitud de cooperación judicial en materia penal es que se refiera a infracciones que la parte requerida califique de carácter político o relacionadas, aunque el art. 9.1 del Protocolo limita esta causa al establecer que, a efectos de asistencia judicial, los Estados miembros no darán a ningún delito esa consideración. Los Estados pueden formular reservas a ese principio, aunque no podrán establecer ninguna excepción respecto de la definición de los delitos de terrorismo prevista en el art. 9.1 del Protocolo. Para asegurar que ningún Estado miembro pueda denegar la solicitud de asistencia considerando como delito político un acto de terrorismo, se dispone que las reservas hechas conforme al art. 13 del convenio Europeo para la represión del terrorismo de 1977 no se aplicarán en materia de asistencia judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea, ni siquiera a los Estados que hagan reservas conforme al art. 9.2 del convenio, reservas que están sujetas a unos límites concretos.

El Protocolo delimita aún más los casos en que procede la denegación de solicitudes de asistencia judicial, adoptando una serie de medidas que se pueden concretar en dos supuestos:

a) Los Estados miembros requirente y requerido no llegan a una solución cuando éste ha rechazado de modo formal una solicitud de asistencia judicial formulada por aquél, solicitud en la que el Estado requirente insiste. En este caso el Estado miembro requerido remitirá al Consejo de la Unión Europea su decisión de rechazo debidamente fundamentada para su conocimiento y con el fin de poder evaluar el funcionamiento de la cooperación judicial entre los Estados miembros. Esta medida se entiende sin perjuicio de la competencia atribuida al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea para resolver determinados litigios entre los Estados miembros.

b) Las autoridades competentes del Estado miembro requirente pueden informar a Eurojust para buscar una solución práctica a los problemas que en

la realidad se presenten al ejecutar una solicitud, concretamente cuando se deniegue fundamentándose en cualquiera de los motivos de rechazo vigentes, o al ejecutar solicitudes de embargo, registro o informaciones bancarias. Los motivos de rechazo vigentes son el perjuicio a la soberanía, seguridad, orden público u otros intereses esenciales del Estado requerido. El Informe Explicativo del convenio señala que para que se pueda hacer la remisión del caso a Eurojust es necesario que la infracción para cuya represión se solicita asistencia entre dentro de su competencia.

El interés práctico del Protocolo del convenio del 2000 no es tanto la previsión de formas concretas de asistencia judicial en materia penal para lograr una mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad organizada y financiera, como las limitaciones establecidas en las causas que pueden alegar los Estados para denegar la solicitud de asistencia.

4.6 Formas específicas de asistencia judicial en materia penal entre los Estados de la Unión Europea

4.6.1 Antecedentes

Como antecedentes de las formas de cooperación reguladas en el convenio Europeo de 2000 tenemos el convenio de 1959 y el convenio de Schengen, aunque éste regula modos particulares de cooperación policial, no judicial, refiriéndose solo a las entregas vigiladas en el caso de tráfico de estupefacientes.

El convenio de 1959 prevé distintas formas de cooperación o asistencia judicial: las comisiones rogatorias para actos de instrucción o transmisión de piezas probatorias, expedientes o documentos; la notificación de documentos procesales; el traslado temporal de detenidos para su comparecencia como testigos o para su careo; la notificación de antecedentes penales y las denuncias para fines procesales.

El Segundo Protocolo Adicional al convenio Europeo de 2001 toma como ejemplo el convenio de 2000 y recoge a lo largo de su articulado, con una regulación casi idéntica, las mismas formas específicas de cooperación previstas en éste, salvo la intervención de las telecomunicaciones, que el Protocolo omite, así como la vigilancia transfronteriza, prevista como forma de cooperación policial en el convenio de Schengen.

Como hemos indicado el convenio de Schengen regula determinadas formas de cooperación policial, no judicial, como la vigilancia transfronteriza y la persecución en caliente – arts. 40 y 41 respectivamente –. Por lo que se

refiere a la asistencia judicial en materia penal no hay ninguna previsión en el capítulo dedicado a ello, pero sí hay referencias al tratar las formas específicas en capítulos posteriores. En relación con los estupefacientes, el art. 73 regula la posibilidad de proceder a las entregas vigiladas.

El Título II del convenio del 2000 lleva por rúbrica "Solicitudes de determinadas formas específicas de asistencia judicial", ofreciendo a través de sus artículos un marco legal en el que se pueden desarrollar las distintas formas de cooperación en el curso de una investigación judicial, tales como restitución, traslado temporal de detenidos con fines de investigación, audición por videoconferencia y por conferencia telefónica, entregas vigiladas, equipos conjuntos de investigación, investigaciones encubiertas así como la responsabilidad penal y civil de los funcionarios durante su intervención en algunas de la formas previstas.

Hay otra forma más de cooperación en este ámbito, regulada aparte en el art. 18 y es la relativa a la intervención de las comunicaciones. La complejidad de la materia y el hecho de que en ocasiones no sea precisa la cooperación entre los Estados explica la regulación diferenciada de este instrumento en el Título III del convenio.

Muchas de estas formas reguladas en el convenio no constituyen una novedad, al estar ya desarrolladas en textos precedentes. Dejando a un lado las entregas vigiladas, que como hemos dicho se contemplaban en el art. 73 del convenio de Schengen, las formas de cooperación específicas mencionadas previstas en el convenio de 2000 se basan en instrumentos ajenos a este ámbito como el convenio relativo a la asistencia mutua y cooperación entre administraciones aduaneras de 18.12.1997 – conocido como convenio de Nápoles II –, que después de regular la asistencia previa solicitud y la asistencia espontánea, regula en su Título IV las "Formas especiales de cooperación". Además de recoger las formas de cooperación previstas en el convenio de Schengen – persecución en caliente y vigilancia transfronteriza – regula otras formas como las entregas vigiladas en el marco de una investigación penal, las investigaciones encubiertas y la formación de equipos comunes de investigación especial. Se observan diferencias respecto de la regulación del investigador encubierto en este convenio de 1997 y en el convenio de 2000 al estar previsto como un funcionario de la administración aduanera y un agente policial, respectivamente.

Por último señalar que el Protocolo de 2000 no alude a formas específicas de cooperación con esta denominación, aunque prevé las informaciones sobre cuentas bancarias y sobre transacciones bancarias (arts. 1 y 2), así como las solicitudes de control sobre dichas transacciones (art. 3).

4.6.2 Restitución

La restitución es la primera de las formas de cooperación prevista en el convenio del 2000 (art. 8), y se refiere a la puesta a disposición o entrega por parte de un Estado requerido a otro requirente de objetos obtenidos por medios ilícitos para restituirlos a su legítimo propietario, siempre y cuando medie petición del Estado miembro solicitante y sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.

El apartado primero de este artículo señala que el Estado requerido podrá poner a disposición el Estado requirente tales objetos, introduciendo así una cláusula facultativa, que permite, pero no obliga al Estado requerido, a cumplir tal solicitud. Siendo así, el Estado requerido puede negarse a cumplir con el requerimiento del otro Estado miembro cuando los bienes incautados en su Estado puedan servir de prueba en un proceso desarrollado en su territorio, tal y como señala en Informe Explicativo del convenio.

También señala al respecto que esta regulación no pretende introducir ningún cambio en las disposiciones de las legislaciones nacionales relativas al decomiso, pensando al formularlo que sólo se aplicaría cuando no quepa duda acerca de quién es el legítimo propietario del objeto de que se trate, garantizando en todo caso los derechos de los terceros de buena fe, protegiéndose plenamente las reclamaciones legítimas que se refieran a una determinada propiedad.

El párrafo segundo del art. 8 dispone que el art. 6.2 del convenio de 1959 contiene disposiciones relativas a la renuncia a la devolución de objetos que hayan sido entregados en ejecución de una comisión rogatoria; es decir, con carácter general los objetos – junto con los expedientes y documentos que nada tienen que ver con la restitución – que hayan sido enviados al Estado requirente en ejecución de una comisión rogatoria de las contempladas en el art. 3 – las que tienen por objeto la transmisión de piezas probatorias – serán devueltas lo antes posible a la parte requerida, si bien ésta puede renunciar a la devolución. El art. 8 del convenio de 2000 completa esa previsión señalando que esta renuncia se podrá producir tanto antes como después de proceder a la entrega de los objetos al Estado requirente, si con ello puede facilitar su restitución al legítimo propietario. Puede ocurrir incluso que en aplicación del art. 6.1 del convenio Europeo de 1959 el Estado requerido demore la entrega de los bienes, cuya transmisión ha sido solicitada, porque los necesite para un proceso penal que se sigue en su territorio, pero manifestando que una vez producida la entrega renunciará a su devolución.

Cuando la renuncia sea previa a la entrega de los objetos al Estado requirente, el art. 8.3 prohíbe al Estado requerido que haga valer derechos de garantía

o de cobro en relación con dichos objetos, amparándose en las disposiciones legales de carácter fiscal o aduanero. Ahora bien, sea o no previa a la entrega, la renuncia se entenderá sin perjuicio del derecho del Estado requerido a reclamar derechos o tasas al legítimo propietario.

En todo lo no regulado en el art. 8, la restitución se regirá por las disposiciones generales del propio convenio – por ejemplo, en el modo de transmisión de la solicitud se ajustará a la regla general al no establecerse particularidades –, y en lo no previsto en éste por el convenio de 1959 – por ejemplo, el contenido de la solicitud se ajustará a lo dispuesto en el art. 14 –.

4.6.3 Traslado temporal de detenidos con fines de investigación

Esta forma de cooperación está regulada en dos instrumentos: el convenio Europeo de 1959 y en el convenio de 2000, que complementa aquél de acuerdo con lo establecido en el Informe Explicativo del convenio.

El art. 11 del convenio de 1959 establece que toda persona detenida en el Estado requerido, cuya comparecencia personal como testigo o para un careo hubiere sido solicitada por el Estado requirente, sea trasladada al Estado requirente. Completando esta previsión el art. 9 del convenio del 2000 permite a los Estados miembros celebrar acuerdos para el traslado temporal de una persona detenida a otro Estado miembro en relación a una investigación que se esté desarrollando en el Estado en que esté detenida.

No se regula directamente el traslado de detenidos sino que se proporciona un marco legal para que se pueda llevar a cabo esta forma de cooperación. Se refiere al caso de un Estado que ha solicitado que se lleve a cabo una investigación en otro Estado y después practica la detención – en su propio territorio – de una persona cuya presencia estima necesaria para algunos de los actos de investigación que se estén desarrollando en el Estado requerido.

Esta forma de cooperación está condicionada a la celebración de un acuerdo entre Estado requirente y requerido, acuerdo que además de fijar el modo de realizar el traslado en cuestión ha de señalar el plazo de devolución del detenido al territorio del Estado requirente. En este punto el art. 11.1 del convenio de 1959 condicionaba el traslado a que se produjese la devolución del detenido a su lugar de origen en el plazo indicado por la parte requerida. Tal y como está redactado este precepto cabe pensar que no se trata de un acuerdo abstracto o general entre dos Estados para el caso que concurran las circunstancias que determinan la necesidad u oportunidad de traslado, sino de un acuerdo concreto en el caso de que ya exista esa necesidad o se estime oportuno el traslado.

En el art. 11 del convenio de 1959 la falta de consentimiento del detenido con relación a su traslado podía dar lugar a la denegación del mismo, decisión que parecía quedar a la voluntad del Estado requerido. Por su parte el art. 9 del convenio de 2000 prevé que cuando para llevar a cabo el traslado referido sea necesario el consentimiento del detenido, se acreditará éste mediante una declaración original o una copia de la misma que se entregará sin demora al Estado requerido.

En todo caso, el tiempo de detención en el territorio del Estado requerido se tendrá en cuenta y se descontará del tiempo que el detenido esté o vaya a estar privado de libertad en el Estado requirente.

Se declaran expresamente aplicables los apartados 2 y 3 del art. 11 referidos a aspectos funcionales del traslado, y los arts. 12 y 20 del convenio de Europeo de Asistencia Judicial.

Los apartados 2 y 3 del art. 11 del convenio de 1959 se ocupan de aspectos funcionales del traslado tales como el modo de efectuarlo por tierra cuando haya que atravesar el territorio de un tercer Estado distinto del requirente y del requerido, o de la situación del detenido en el territorio del Estado requirente y en el Estado de tránsito. El art. 11.2 prevé que se accederá al tránsito del detenido por el territorio del tercer Estado parte cuando se formule una solicitud en tal sentido, acompañada de la documentación necesaria, y dirigida por el Ministerio de Justicia de la parte requirente a su homónimo en el Estado de tránsito, pudiendo denegar el permiso para el tránsito de sus propios nacionales. El párrafo 3 dispone que la persona trasladada deberá permanecer en prisión preventiva durante el tiempo de permanencia en el Estado requirente y, en su caso, en el/los Estados de tránsito, salvo que la parte requerida solicite su puesta en libertad. Este apartado está previsto para la hipótesis de traslado regulada en el art. 11 del convenio europeo, en la que el Estado requirente es el que solicita el traslado del detenido a su territorio y el Estado requerido es aquel donde está la persona solicitada. Sin embargo, según el art. 9 del convenio de 2000 el Estado requirente es el Estado en que se encuentra el detenido y es ese mismo Estado el que desea su traslado al Estado requerido, es decir, aquel en que se lleva a cabo la investigación o, más probablemente, actos concretos de instrucción. Por lo tanto, el detenido estará en prisión preventiva durante el tiempo de permanencia en el Estado requerido y, en su caso, en el de tránsito.

Por su parte, el art. 12 del convenio europeo, que como dijimos anteriormente también resulta aplicable, da una cierta inmunidad al traslado, inmunidad que se extiende a los hechos o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado en que se encuentra detenido, por los que no podrá ser perseguido

ni detenido, salvo que permanezca voluntariamente en el territorio al que ha sido trasladado y siempre que la permanencia se prolongue al menos durante quince días a contar desde el momento en que su presencia no sea requerida.

Finalmente, el art. 20 del convenio, después de sentar la regla general según la cual la ejecución de las solicitudes de asistencia no dará lugar a reembolso de gastos, prevé como excepción, entre otras, los gastos ocasionados para el traslado de detenidos en aplicación de lo dispuesto en el art. 11, que sí serán reembolsables.

Para concluir, cabe señalar que el citado art. 9 del convenio de 2000 ha de relacionarse con lo dispuesto en el art. 6.8.a) sobre transmisión de solicitudes de asistencia, precepto aplicable en todo lo relativo al modo de transmisión de las solicitudes de traslado temporal. El art. 9 no dice nada en cuanto al modo de transmisión de solicitudes de traslado temporal, solicitudes que se rigen por las disposiciones generales del art. 6 que ya han sido expuestas. Recordar que las solicitudes de traslado temporal era una de las dos excepciones a la regla general de transmisión directa entre las autoridades judiciales competentes, debiendo cursarse a través de las autoridades centrales de los Estados miembros.

4.6.4 Audición por videoconferencia

El desarrollo y aplicación de las nuevas tecnologías es un fenómeno presente en la sociedad actual y su uso cobra especial importancia en la tramitación de los procedimientos judiciales.

El convenio de 2000 da una paso adelante hacia la aplicación de las nuevas tecnologías a la asistencia judicial en materia penal, al reconocer la virtualidad práctica de la llamada audición por videoconferencia, que permite la declaración de una persona como perito, testigo, e incluso como acusado, cuando se encuentre en un Estado miembro diferente de aquel donde se sigue el procedimiento judicial y no sea oportuno o posible que comparezca personalmente en su territorio (art. 10).

En ningún caso se hace referencia al motivo por el que esa persona ha de declarar en el territorio del Estado requirente, y, aunque lo más normal es que ese sujeto sea nacional del país requerido, o que resida en él, también puede ser que se encuentre en él temporalmente por trabajo, estudios, vacaciones, etc. Lo determinante para que se pueda solicitar la audición por videoconferencia es que no sea posible u oportuno que esa persona comparezca personalmente en el territorio del Estado interesado en su audición, debiendo explicitarse los motivos de tal inoportunidad o imposibilidad. Según el Informe Explicativo

del convenio, por "posible" se entenderán, por ejemplo, los casos en que el testigo corre un grave riesgo si comparece ante el Estado miembro requirente, y por "oportuno" aquellos determinados por razón de la edad del testigo, bien por ser muy joven, o de avanzada edad, o por razón de salud, no siendo los únicos casos posibles, dejando un margen de discrecionalidad al Estado requirente para apreciar la inoportunidad o imposibilidad de la comparecencia personal.

De acuerdo con lo regulado en el art. 10.1, la audición por videoconferencia está prevista como regla general para las declaraciones de peritos y testigos – a los que no se exige su consentimiento –, y se permite también respecto de los acusados siempre que concurran los presupuestos señalados en el párrafo 9: acuerdo de los Estados miembros, que ha de respetar su derecho interno y el convenio de 1950 para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y el consentimiento de la persona acusada. En un proceso penal, siendo diferente la posición jurídica de peritos y testigos por un lado, y acusado por otro, cuando éste declare por videoconferencia se respetarán los acuerdos que el Consejo adopte para la protección de sus derechos, si bien, de acuerdo con el Informe Explicativo del convenio, la adopción de esas reglas no es un requisito previo para aplicar el párrafo 9.

Los Estados miembros pueden formular una reserva al convenio en este punto y no aplicar la videoconferencia a la intervención del acusado, manifestándolo así al remitir la notificación prevista en el art. 27.2, si bien pueden retirar esta declaración en cualquier momento.

El Estado requerido deberá acceder a la solicitud de audición por videoconferencia formulada por el Estado requirente siempre que su uso no sea contrario a los principios fundamentales de su Derecho nacional y que cuente con los medios técnicos precisos para llevarla a cabo, aunque está previsto que caso de no ser así se los facilite el propio Estado requirente, previo acuerdo entre ambas partes.

Igual que ocurría con el art. 4.1, de nuevo se acude a los "principios fundamentales de su Derecho nacional" del Estado requerido como límite a la prestación de la asistencia solicitada por un Estado. El art. 4.1 operaba como límite general a la observancia de los trámites y procedimientos indicados por el Estado requirente en la ejecución de la petición de asistencia, ahora funciona como un límite concreto al uso de la videoconferencia para hacer audiciones. El Consejo, consciente de la imprecisión del límite fijado, aclara en el Informe Explicativo del convenio que no tienen cabida en este límite ni la ausencia de previsión de la audición por videoconferencia de testigos y peritos en la legislación interna del Estado requerido, ni el incumplimiento en el caso particular

para el que se pide la audición de detalles exigidos con arreglo a dicha legislación para utilizar este instrumento.

Las solicitudes de audición por videoconferencia deberán contener, además de lo previsto en el art. 14 del convenio de 1959 (autoridad que formula la solicitud, objeto de ésta, identificación de la persona que ha de declarar por este medio, inculpación y relación sucinta de los hechos), el motivo por el que no es oportuna o posible la comparencia personal del perito o testigo ante las autoridades del Estado requirente y el nombre la autoridad judicial y personas que la van a efectuar. Y aunque han de indicarse los motivos, el Estado goza de libertad para valorar las circunstancias concurrentes.

La persona que deba declarar será citada por el Estado requerido siguiendo el procedimiento vigente en su territorio, adoptándose las medidas oportunas para garantizar su comparecencia en la audición (párrafo 4), exigiéndose el consentimiento sólo respecto del acusado, como ya se señaló anteriormente. Ahora bien, en principio esté párrafo es una excepción a lo regulado en los arts. 4 y 5 del convenio sobre la aplicación de la ley del Estado requirente y sobre en envío de documentos procesales directamente por correo a las personas que se encuentren en el territorio de otro Estado, respectivamente. En relación al art. 4, se trataría más que de una excepción de una concesión a favor de la legislación del Estado requerido ya que la audición sí se realiza conforme a la legislación del Estado requirente. Con respecto al art. 5, sí se trata de una excepción o más bien de una matización. No hay motivo para no aplicar lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del art. 5 sobre la traducción de la citación, y especialmente sobre la nota que le acompaña.

Si los testigos o peritos que estando obligados a declarar en un procedimiento celebrado a través de videoconferencia se negaren a ello, o no prestaren un testimonio veraz, obligará a los Estados intervinientes a adoptar las medidas necesarias que garanticen la aplicación del Derecho nacional como si la declaración se hubiere prestado en un procedimiento nacional (párrafo 8).

El párrafo 5 recoge en cinco párrafos las normas que han de regir las audiciones por videoconferencia:

a) Primero se refiere a la presencia, y en caso necesario, la intervención de una autoridad del Estado requerido encargada de identificar a la persona que va a ser oída y de velar porque desarrolle conforme a los principios fundamentales de dicho Estado, adoptando en otro caso las medidas necesarias. Siempre que sea necesario y previa solicitud de la autoridad judicial del Estado requirente, o de la persona que deba ser oída, también se encargará de que sea asistida por un intérprete. De esta forma, la presencia de la autoridad judicial

del Estado requerido se impone como una garantía de respeto de los principios fundamentales del Derecho interno del Estado requerido y una vez más aparece este concepto de contornos imprecisos, correspondiendo al Estado requerido valorar en cada caso si se han infringido los postulados de su Derecho durante la práctica de la audición (apartado a).

b) También se recoge la posibilidad reconocida a las autoridades intervinientes de los Estados miembros requirente y requerido de celebrar acuerdos en los que fijen medidas para garantizar la protección de la persona que deba ser oída, pudiéndose incluir la aplicación de la legislación que esté vigente en esos Estados a tales efectos, tal y como se recoge en el Informe Explicativo del convenio. Estas medidas pueden ser las relativas a la protección de su identidad y domicilio (apartado b).

c) Los apartados c) y d) recogen, respectivamente, la práctica de la audición por la autoridad judicial del Estado requirente, o bajo su dirección, de conformidad con su Derecho interno, y la asistencia de intérprete a la persona que ha de ser oída. Esta posibilidad supone una aplicación concreta del art. 4.1 del convenio, que prevé la práctica de las diligencias conforme a la legislación del Estado requirente. Con ello se trata que la persona que va a ser oída no tenga menos derechos que si la audición de desarrollara en territorio del Estado requirente. La persona que deba ser oída estará asistida de intérprete, bien a instancia propia, bien a petición de la autoridad judicial del Estado requirente, cuando no comprenda la lengua del Estado requirente, que es el que practica la audición y, aunque es menos frecuente, cuando no comprenda la lengua del Estado requerido que es donde se encuentra.

d) Por último, se autoriza a la persona que deba ser oída por videoconferencia a alegar la dispensa de declarar a la que tendría derecho conforme al Derecho del Estado requirente o del Estado requerido, correspondiendo en todo caso a la autoridad del Estado que lleve a cabo la audición valorar en qué casos sería posible esa dispensa, medida que ha de respetar los principios fundamentales que rigen en su Derecho. El derecho a acogerse a esas dispensas es alternativo y no acumulativo (apartado e).

Terminada la audición, la autoridad judicial del Estado requerido levantará acta de la declaración que remitirá al Estado requirente, acta que de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 6 debe contener el lugar y fecha de celebración de la audición, la identidad de la persona oída, identidad y calidad de cualesquiera otras personas del Estado requerido que hayan intervenido, las prestaciones de juramento –de haberlas–, y las condiciones técnicas en que se ha tomado la declaración. El Informe Explicativo del convenio señala que los Estados miembros podrán, de conformidad con sus respectivos derechos,

aprobar disposiciones específicas relativas al acta. El Informe vincula esas disposiciones a las medidas de protección de las personas implicadas en al audición, incluyendo a "los participantes en el Estado miembro requerido distintos de la persona que debe ser oída".

En la práctica de la audición podrán estar presentes, además de la autoridad judicial del Estado requerido, la persona que declara por este medio y en su caso los intérpretes, otras personas del Estado requerido cuya identidad y calidad han de constar en el acta, entre las que puede estar el defensor que asista a la persona que es oída, cuya intervención podrá solicitar la autoridad competente del Estado requerido para garantizar la validez y eficacia del contenido de la audición en su país. Respecto de estas personas también se pueden acordar medidas de protección durante su intervención en la audición en el Estado requerido.

El acta se transmite directamente por la autoridad judicial competente del Estado requerido a la autoridad judicial competente del Estado requirente.

Los costes que ocasione la práctica de la videoconferencia serán devueltos al Estado requerido por parte del Estado requirente, salvo que aquel renuncie total o parcialmente a ellos, según dispone el párrafo 7. Estos gastos son los de establecimiento de la videoconexión, servicio de videoconexión en el Estado requerido, retribución de los intérpretes que este aporte, dietas de testigos y peritos, y desplazamiento de éstos dentro del Estado requerido para acudir al lugar de celebración de la audición.

4.6.5 Audición por conferencia telefónica

En el art. 11 se regula también otro modo de cooperación judicial internacional en los casos en que se trate de tomar declaración a un perito o testigo cuando se encuentre en un Estado miembro diferente de aquel donde se desarrolla el procedimiento judicial al que es preciso unir su testimonio. Aquí el medio empleado es la conferencia telefónica.

Se podrá utilizar, igual que ocurría con la videoconferencia, cuando esté previsto por la legislación del Estado requirente, siempre y cuando respete los derechos fundamentales de la legislación del Estado requerido conforme a lo señalado en el art. 11.3 del convenio de 2000.

La solicitud reunirá los mismos requisitos señalados en aquel caso, que como señalamos se remitían a lo previsto en el art. 14 del convenio Europeo de 1959.

La diferencia entre la audición por videoconferencia y por conferencia telefónica como instrumentos de asistencia judicial en materia penal radica en lo

regulado en el párrafo 2: en la audición por conferencia telefónica se exige el consentimiento del perito o del testigo, consentimiento que sólo era exigido respecto del acusado en la audición por videoconferencia. Además, esta modalidad de cooperación judicial regulada en el art. 11 del convenio de 2000 no se aplica para tomar declaración al acusado.

La difícil compatibilidad de la audición por conferencia telefónica y la efectividad del principio de contradicción hacen que sea un método rechazable para tomar declaración al acusado y que, aún tratándose de peritos y testigos, han de aceptarlo expresamente, utilizándose en la práctica para asuntos de mera rutina.

El acuerdo de los Estados miembros intervinientes determina los modos de llevarlas a cabo, siendo competencia del Estado requerido la notificación al perito o testigo del momento y lugar de la audición, garantizar su identificación y comprobar que ha prestado consentimiento. Sin perjuicio de la libertad que se otorga a los Estados requirente y requerido para acordar el modo de practicar la audición, en virtud del art. 11.5 in fine el Estado requerido podrá supeditar su acuerdo a la observancia de las disposiciones relativas a la audición por videoconferencia y a la adopción de las medidas por su parte para garantizar un tratamiento de los peritos y testigos que se nieguen a testificar o que no presten testimonio veraz, idéntico al que se aplicará en un caso nacional de características similares (art. 10.8).

Tal y como señala el Informe Explicativo del convenio, el Estado miembro requerido podrá pedir la aplicación del art. 10.5, que regula la audición por videoconferencia, en la medida que se puedan extrapolar a la práctica de este tipo de audición. Este párrafo 5 se refiere a la presencia de una autoridad judicial del Estado requerido en la práctica de la audición, que la persona que deba ser oída esté asistida de intérprete en caso de ser necesario, y que tenga derecho a alegar la dispensa de declarar que le correspondería en virtud de la legislación de uno u otro Estado implicados en esta forma de asistencia.

El apartado 7 del art. 10, relativo a los costes, se aplicará salvo que los Estados miembros acuerden lo contrario. Así, el Estado requirente abonará al requerido los gastos de la conferencia telefónica, las dietas de peritos y testigos y sus gastos de viaje, reembolso del que sólo quedará exonerado en caso de renuncia del Estado beneficiario.

La oportunidad de introducir esta forma de asistencia despierta serias dudas: por un lado, la práctica consolidada de tomar declaración a un testigo o perito que se encuentre en el extranjero a través de una conferencia telefónica en la sede de los locales consulares que tenga el Estado que la precisa en el

Estado de situación de esa persona, hace innecesario el recurso a la asistencia judicial para llevarla a cabo; por otro, su oportunidad es discutible por la difícil compatibilidad de esta forma de asistencia judicial con los principios procesales básicos de los Estados, especialmente los de contradicción e inmediación. El propio Informe Explicativo del convenio alude a ello cuando señala que este instrumento se empleará básicamente cuando el perito o testigo hagan declaraciones sobre asuntos de mera rutina, sin necesidad de incurrir en costosos desplazamientos o en el empleo de tecnologías más avanzadas.

4.6.6 Entregas vigiladas

El precedente inmediato de esta forma de cooperación es el art. 73 del convenio de Schengen de 1990, expresamente derogado por el art. 2.2 del convenio de 2000. Anteriormente la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 definió las entregas vigiladas en el art. 1.g), y pidió a los Estados signatarios un uso adecuado de este instrumento en el plano internacional (art. 11), adoptándose para ello las medidas que se estimen oportunas para poder descubrir a los implicados en el tráfico ilegal de estupefacientes y ejercer las acciones legales procedentes contra ellos. Los convenios celebrados después sobre esta materia, incluido el convenio de 2000, son un desarrollo de la obligación recogida en esa Convención.

El art. 73 del convenio de Schengen regula este instrumento dentro del Capítulo destinado a los estupefacientes en el Título III que lleva por rúbrica "Policía y seguridad", poniendo de relieve que las entregas vigiladas constituyen una técnica policial, recogiéndose el compromiso de los Estado parte de tomar medidas que permitan las entregas vigiladas de drogas, supeditando la decisión de recurrir a ellas en cada caso concreto a la previa autorización de la parte en cuyo territorio se van a producir.

Las entregas vigiladas se regulan también en el convenio de asistencia mutua y cooperación entre las Administraciones aduaneras de 18.12.1997, regulación de la que parte el convenio del 2000. Su art. 22, ubicado en el título destinado a las formas especiales de cooperación, se dedica a las entregas vigiladas. Destacar que el convenio de 1997, a diferencia de lo regulado en el art. 11 de la Convención de Naciones Unidas y en el 73 del convenio de Schengen, no limita las entregas vigiladas a los casos de tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, donde ha sido una medida muy eficaz, limitación que tampoco aparece en el art. 12 del convenio de 2000, sino que las permite en todo tipo de investigaciones penales que puedan dar lugar a extradición, aceptándose así esta modalidad de cooperación tanto en fase policial como judicial.

Centrándonos en el régimen del convenio de 2000, el art. 12 dispone que los Estados miembros de la Unión Europea se comprometerán a permitir en sus territorios, a petición de otro Estado miembro, entregas vigiladas en el marco de investigaciones penales respecto de hechos delictivos que puedan dar lugar a extradición. Las entregas vigiladas no se limitan a la investigación de los delitos relacionados con el tráfico de drogas, sino que se podrá acudir a ellas para averiguar cualquier delito que pueda dar lugar a la extradición de sus responsables. Para determinar cuáles son esos delitos hay que remitirse al convenio relativo a la Extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 1996, que señala que la pena con la que estén castigados en el Estado requirente y requerido es lo que determina qué delitos dan lugar a extradición, debiendo tratarse de una pena o medida de seguridad que implique privación de libertad por un periodo determinado: un mínimo de doce meses de duración en el Estado requirente y de seis en el Estado requerido (art. 2). El Estado requerido valorará en cada supuesto la procedencia de la solicitud de esta medida formulada, que ha de ser acorde en todo caso con los postulados de su Derecho interno.

La puesta en marcha de las entregas vigiladas como mecanismo de cooperación judicial exige una estrecha colaboración entre los diferentes Estados, por lo que la exigencia de que sea la legislación y procedimientos del Estado requerido los que rijan su práctica y lleven a cabo cualquier actuación y control de las operaciones constituye una excepción al art. 4 1 del convenio de 2000.

Aunque en el art. 12 no se dice qué debe entenderse por entregas vigiladas, el Informe Explicativo del convenio señala que en todo caso ha de interpretarse de conformidad con lo dispuesto en las leyes y prácticas nacionales. Por tanto, esta práctica será posible en los casos que la expedición ilícita sea interceptada, previo consentimiento de los Estados miembros interesados, autorizada seguir su curso ya sea con el contenido inicial intacto, sustraído, o sustituido total o parcialmente.

Los Estados miembros celebrarán acuerdos que permitan en su territorio, y a requerimiento de otro Estado miembro, entregas vigiladas dentro de una investigación judicial.

Los Estados que han ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y también los Estados parte del convenio de Schengen, resultan obligados por ambos instrumentos a dar cumplimiento a sus previsiones, siendo el paso más adecuado para ello desarrollar normativamente este modo de asistencia. Entre los Estados que ha cumplido esta obligación están Italia, Francia, España y Portugal, países que a principios de los años noventa dotaron de una regulación normativa a la

técnica de las entregas vigiladas. Otros Estados carecen de dicha regulación de las entregas vigiladas, admitiéndose como técnicas de investigación.

4.6.7 Equipos conjuntos de investigación

En el marco europeo, cabe destacar dos antecedentes básicos relativos a la aparición y al funcionamiento los equipos conjuntos de investigación. El primero de ellos se encuentra en el art. 88.2.a) TFUE, en el que se dispone que el Parlamento Europeo y el Consejo determinarán las competencias de Europol, entre las que podrán estar la coordinación, organización y realización de investigaciones y actividades operativas, llevadas a cabo conjuntamente con las autoridades competentes de los Estados miembros o en el marco de equipos conjuntos de investigación, en su caso en colaboración con Eurojust. El segundo, en la conclusión 46 del Consejo Europeo de Tampere, en donde se resaltó la necesidad de incrementar la cooperación contra la delincuencia transfronteriza, haciendo un llamamiento para la creación sin demora de esos equipos conjuntos de investigación como primer paso para luchar contra el tráfico de drogas, la trata de seres humanos y el terrorismo.

En la práctica, las Comisarías Conjuntas de Policía son un antecedente de los equipos conjuntos de investigación, si bien en el ámbito de la cooperación policial transfronteriza.

Estas Comisarías tienen su origen en el art. 39.4 del convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, que autoriza la regulación de la cooperación policial en las zonas fronterizas mediante acuerdos entre los Ministros competentes de las partes contratantes. Con base en ello, España ha alcanzado dos acuerdos bilaterales:

a) Con Francia, un Acuerdo de 3 de junio de 1996 por el que se crean cuatro Comisarías Comunes en frontera: sobre el territorio de Francia, La Perthus-La Junquera, Melles Pont du Roy-Les y Biriatou-Irún; sobre el territorio de España, Canfranc-Somport-Urdos.

b) Con Portugal, un Acuerdo de 13.08.1998 por el que se crean cuatro Comisarías Comunes en frontera: sobre el territorio de España, Tuy-Valença do Minho y Caya-Elvas; sobre el territorio de Portugal, Vilar Formoso-Fuentes de Oñoro y Vila Real de Santo Antonio-Ayamonte.

En estos Acuerdos, la Comisaría Conjunta está diseñada como una oficina destinada a desarrollar en la zona fronteriza la cooperación entre los Estados limítrofes en materia de policía y, en particular, en la lucha contra la inmigración irregular y las infracciones con ella relacionada –especialmente las redes

de inmigración clandestina, la falsificación y utilización indebida de los documentos de viaje–, así como la delincuencia transfronteriza, con especial atención a los delitos de tráfico de estupefacientes, y cuyas funciones principales serían la de recogida y difusión de información y servir de enlace operativo suministrando asistencia en el marco de los asuntos que tengan prolongación en el país vecino, como las operaciones de vigilancia transfronteriza y la persecución en caliente.

Igual que ocurría con las entregas vigiladas, la regulación de los equipos conjuntos de investigación tiene su precedente en el convenio relativo a la asistencia mutua y a la cooperación entre las administraciones aduaneras de 1997, concretamente en su art. 24 que regula "Equipos comunes de investigación especial", estableciendo unas pautas generales para su creación y funcionamiento.

El art. 13 del convenio de 2000 regula los equipos conjuntos de investigación siguiendo las líneas generales fijadas por el convenio de 1997 antes mencionado, pero dotándolos de una regulación más detallada.

Esta figura presenta alguna diferencia con respecto a las estudiadas hasta ahora, puesto que mientras que éstas encajan perfectamente en la denominación "formas específicas de asistencia judicial en materia penal" y como hemos visto consisten en que un Estado solicita la asistencia de otro para llevar a cabo cualquier actuación que de otro modo sería imposible o muy difícil realizar o, para que, con su ayuda, sea más rápida y eficaz, los equipos conjuntos de investigación presuponen un concepto más amplio de asistencia judicial. Puede ocurrir que un Estado solicite a uno o más Estados la creación entre todos de un equipo conjunto de investigación para llevar a cabo una investigación penal que afecte directamente sólo a ese Estado y, en este caso, la creación de este equipo sí se adapta al concepto que se ha dado de forma específica de asistencia, pero lo habitual será que el equipo se cree por acuerdo entre varios Estados, a instancia de uno de ellos o de todos, porque las investigaciones penales que deben efectuar afecten a todos, de modo que se producirá una especie de asistencia recíproca.

El Informe Explicativo del convenio señala que la experiencia demuestra que cuando un Estado investiga hechos delictivos transfronterizos, especialmente cuando están relacionados con la delincuencia organizada, la investigación puede beneficiarse de la participación de las fuerzas policiales y demás personal competente de otro Estado miembro con el que existan vínculos con los hechos delictivos de que se trate. El art. 87.3 TFUE reconoce de manera especial la importancia que tiene la cooperación operativa entre los servicios de policía, los servicios de aduanas y otros servicios con funciones coercitivas

especializados en la prevención y en la detección e investigación de infracciones penales.

Al igual que sucede con otros instrumentos de cooperación, en la formación de equipos conjuntos de investigación uno de los grandes problemas es la falta de un marco jurídico donde surgir y desarrollarse. Para salvar este escollo el convenio del 2000 en su art. 13 diseña el marco general en que se pueden crear estos equipos y los cauces a seguir para llevar a cabo su actuación.

En una primera aproximación podemos decir que un equipo conjunto de investigación se define como aquel constituido por acuerdo de las autoridades competentes de dos o más Estados miembros de la Unión Europea, con un fin determinado y por un periodo limitado, para llevar a cabo investigaciones penales en uno o más de los Estados que lo hayan creado.

Para crear un equipo conjunto de investigación es preciso un acuerdo entre las autoridades de varios Estados miembros, sin fijar un límite en cuanto a su número, aunque lo normal será que la cooperación se produzca por la solicitud que un Estado miembro dirige a otro u otros. Esta petición no es vinculante, ya que el Estado requerido puede aceptarla o rechazarla.

Los supuestos en que puede ser pertinente la creación de equipos conjuntos son muy variados, pero todos giran en torno a la idea de llevar a cabo investigaciones penales donde resulte necesaria u oportuna la intervención de varios Estados. Por ello, cualquiera de los Estados miembros afectados podrá solicitar la creación de un equipo conjunto de investigación, solicitudes que deben contener propuestas relativas a su composición, además de los requisitos señalados en los articulo 14 del convenio de 1959.

Los casos en los que pueden crearse equipos conjuntos de investigación son los dos siguientes (art. 13.1):

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.

El supuesto más común será el de las infracciones cometidas en el seno de la delincuencia organizada que actúa en un marco transfronterizo.

Para la creación de un equipo conjunto de investigación será necesaria la realización de un acuerdo entre las autoridades competentes de dos o más Estados en el que se formalice este deseo, actuación que será impulsada por uno de ellos, en quien recae la obligación de realizar una propuesta sobre su com-

posición (art. 13.2). Con independencia de ello, cada Estado miembro decide cuales son las autoridades competentes de su país para integrarlo, pudiendo serlo autoridades judiciales, policiales o aduaneras, especificándolo así en una declaración específica (art. 24). Cuando en un Estado sean competentes las autoridades judiciales y en otro las autoridades policiales o aduaneras, será de aplicación el art. 6.5 del convenio sobre la posibilidad de comunicación directa entre ellas, salvo reserva de los Estados implicados en contrario.

El acuerdo de constitución debe tener, como contenido mínimo, la finalidad para la que se crea, el periodo en el que va a actuar, el cual es susceptible de ampliación con el consentimiento de todas las partes, su composición. En la práctica las previsiones se extienden además a las funciones que correspondan a los miembros del equipo y las condiciones para su ejercicio.

El equipo se creará en uno de los Estados miembros donde se prevea efectuar la investigación, indicándose en el Informe Explicativo del convenio que normalmente será el Estado en que se lleve a cabo la parte principal de esa investigación. Su creación en ese Estado no es obstáculo para que actúe en el territorio de varios Estados sucesivamente, debiendo observar en cada momento la legislación del Estado en que se está llevando a cabo la investigación, correspondiendo a ese Estado adoptar las medidas organizativas necesarias para que el equipo pueda actuar.

El equipo estará integrado por un director y unos miembros destinados:

a) El "director" debe ser un representante de la autoridad competente del Estado miembro en que actúa el equipo, trabajando dentro del límite de las competencias que le atribuye su legislación nacional. A él le compete encomendar a los demás miembros del equipo la ejecución de determinadas medidas de investigación y darles instrucciones sobre el modo de llevarlas a cabo. Debido a esta configuración vinculada al país en el que actúa el equipo, cuando éste cambie de Estado el director tendrá que ser sustituido por uno de la nacionalidad del lugar de actuación.

b) Los "miembros destinados" son los procedentes de Estados distintos a aquel donde actúa el equipo. Con la finalidad de agilizar el procedimiento de actuación, obviando los cauces más generales de comunicación entre Estados, estos miembros pueden solicitar a sus propias autoridades nacionales que adopten las medidas requeridas por el equipo, que tendrán que ser examinadas por las autoridades del mismo modo que si se hubieran adoptado en una investigación nacional.

Cuando lo que se precise sea la colaboración de un Estado miembro que no hubiese participado en la creación del equipo – o incluso de un tercer Estado –,

serán aplicables las reglas generales de asistencia, correspondiendo al Estado de actuación del equipo formular la solicitud a las autoridades competentes del Estado requerido.

El convenio reconoce a los miembros destinados el derecho a estar presentes cuando se tomen medidas de investigación en el Estado de actuación, salvo decisión contraria del director del equipo basada en la concurrencia de razones específicas, de acuerdo con la legislación del Estado de actuación y con la aprobación de las autoridades competentes del Estado miembro en que se actúe y las del Estado miembro que las haya enviado. Esta aprobación ha de constar en el acuerdo de constitución del equipo o concederse después, aplicándose de forma general o para casos determinados.

Para evitar abusos respecto a qué se entienda por "razones específicas", el Informe Explicativo del convenio aclara que no se amparará la exclusión de los miembros destinados por el mero hecho de su condición de extranjeros en ese Estado, sino sólo por razones objetivas, como cuando las víctimas del delito sean menores y haya que tomarles declaración. La fluidez de la comunicación debe ser tal que el mismo Informe indica que se permite que un miembro destinado comparta con el equipo en el que está integrado la información de que disponga su Estado miembro y que a su vez sea pertinente para la investigación que esté realizando el equipo.

En cuanto a las condiciones de utilización de la información obtenida legalmente por un miembro del equipo conjunto de investigación, o por un miembro destinado al mismo cuando no puedan acceder a ella de otro modo las autoridades de los Estados miembros afectados, el art. 13.10 establece que la información facilitada ha de tener por objeto un mejor cumplimiento de los fines la investigación penal que esté realizando el equipo, y en ese sentido una cosa es la información de la que los miembros disponen y facilitan al equipo para una óptima consecución del fin para el que fue creado, y otra la información que obtienen legalmente durante su pertenencia al equipo y como consecuencia de ello y a la que no tendrían acceso de otro modo las autoridades competentes de los Estados implicados. En este punto el art. 13.10 del convenio regula el uso legítimo de este segundo tipo de información, regulación que prevalecerá sobre el art. 23 del convenio, que es el que se ocupa de la protección de datos de carácter personal comunicados u obtenidos con arreglo al convenio. De acuerdo con ese art. 13.10, la información se podrá utilizar para los fines para los que se creó el equipo: para investigar y enjuiciar otras infracciones penales siempre que concurra la previa autorización del Estado que haya obtenido la información, para evitar la amenaza inmediata y grave para la seguridad pública, o para otros fines siempre que así lo hubieran convenido los Estados creadores del equipo.

Por último, pueden asesorar a los equipos conjuntos de investigación personas que no sean representantes de los Estados miembros que hayan creado el equipo, pero no podrán ejercer las funciones atribuidas a sus integrantes o a los destinados en el mismo.

El 30.11.2000 el Consejo de la Unión Europea dirigió una Recomendación a los Estados miembros en relación a la ayuda de Europol a la asistencia judicial en materia penal a través de equipos conjuntos de investigación que se creen por los Estados miembros, lo que constituía un paso adelante para la puesta en marcha de lo ya previsto en el Tratado de la Unión Europea y en la conclusión 43 del Consejo de Tampere. Esta ayuda consistiría en poner a disposición de los equipos conjuntos la información de que disponga, con las limitaciones previstas en el convenio Europol, apoyar en la coordinación centralizada de operaciones y prestarles asesoramiento técnico.

Más importante ha sido la adopción por el Consejo de la Decisión Marco 2002/465/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación, cuyo objeto es acelerar la creación de equipos conjuntos de investigación y permitir su formación sin esperar a la entrada en vigor del convenio de 2000 o a su aplicación anticipada entre los Estados interesados. España, que fue uno de los países impulsores de esa normativa, por medio de las Leyes Orgánicas 11/2003 y 3/2003 tiene establecida la regulación de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea y el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en esos equipos cuando actúen en España.

Por último, dejar constancia que en junio de 2008[130] el Consejo de la Unión Europea ha vuelto a insistir en la conveniencia de que los Estados colaboren en la realización de "operaciones conjuntas", con fines de prevención de delitos y de amenazas para la seguridad y el orden público, en especial, en asuntos de terrorismo y de delincuencia transfronteriza.

4.6.8 Investigaciones encubiertas

Al igual que sucede con las entregas vigiladas y los equipos conjuntos de investigación, el convenio de asistencia mutua y cooperación entre las administraciones aduaneras de 1997 es el precedente de esta forma de cooperación, regulada en el art. 14 del convenio del 2000, el cual proporciona a los Esta-

130. Decisión 2008/615/JAI del Consejo de 23.06.2008 sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza.

dos un marco normativo para que puedan convenir en colaborar para realizar investigaciones por agentes infiltrados, o con una identidad falsa, quienes se infiltran en una red delictiva para conseguir información o para ayudar a identificar y detener a sus integrantes.

El origen del acuerdo es una solicitud que un Estado dirige a otro, sobre el que las autoridades competentes de este último han de decidir, ateniéndose a su Derecho interno y a sus procedimientos nacionales. En este acuerdo de colaboración que pueden alcanzar los Estados, previo a la realización de actividades por los agentes, se debe precisar, como mínimo, la duración de las investigaciones, las condiciones concretas en que se van a desarrollar y el régimen jurídico de los infiltrados.

El Informe Explicativo del convenio recoge las distintas modalidades que puede revestir las investigaciones encubiertas, tal y como son concebidas en el art. 14, según la procedencia del agente que actúa como infiltrado y del Estado en que se desarrolla la investigación. Así, el Estado requirente puede pedir que se autorice a uno o varios de sus agentes para que actúen como infiltrados en el Estado requerido, o puede solicitar que sea este último Estado quien envíe un agente al Estado requirente, o que destine un agente para realizar una investigación encubierta en su propio territorio.

En todo caso, estas formas de cooperación han de respetar el Derecho y procedimientos vigentes en el Estado en el que se practique la investigación. Dependiendo de la modalidad que adopte la investigación, esta disposición supondrá la confirmación o una excepción de la regla general del art. 4.1 relativa a la observancia de los trámites y procedimientos indicados por el Estado requirente:

a) Cuando a petición del Estado requirente el Estado requerido acepte enviar un agente al territorio del primero para que actúe como infiltrado, la investigación habrá de realizarse de conformidad con la legislación y procedimientos del Estado requirente, lo que supone la confirmación de la regla general.

b) Por el contrario, cuando la investigación se realice en el Estado requerido, bien por agentes de este Estado, bien por agentes del Estado requirente, su legislación será la aplicable, lo que determina una excepción a lo dispuesto en el art. 4.1 del convenio.

El convenio impone la colaboración entre los Estados interesados para garantizar la preparación y supervisión de la investigación, así como la adopción de medidas de seguridad de los agentes infiltrados. La duración de la investigación encubierta, condiciones concretas y régimen jurídico de los agentes se

regulará por los acuerdos alcanzados por los distintos Estados miembros de acuerdo con su respectiva legislación interna y procedimientos nacionales.

Goza de gran flexibilidad en su ejecución. No obstante, todo Estado podrá declarar que no está vinculado por el presente artículo, reserva que puede retirar en cualquier momento. El art. 14.4 del convenio contempla la posibilidad de formular una reserva de no vinculación a dicho artículo, reserva que, como todas las demás previstas a lo largo del convenio, podrá efectuarse cuando el Estado respectivo notifique la conclusión de sus procedimientos constitucionales de adopción del convenio, sin que ello fuera un óbice para su retirada en cualquier momento posterior. Además de esta reserva total, son posibles las reservas parciales tal y como las regula el art. 6.7 del convenio, precepto también aplicable a las entregas vigiladas, equipos conjuntos de investigación e investigaciones encubiertas. Así, un Estado puede declarar que no aceptará la comunicación directa entre sus autoridades centrales o judiciales y las de otro Estado que actúe como requirente, cuando la autoridad competente de este último Estado sea una autoridad policial o aduanera, o bien que sólo la aceptará supeditada a una condición que se concretará en la reserva.

4.6.9 Responsabilidad penal y civil en relación con los funcionarios

En el convenio se aborda el problema de delimitar la responsabilidad penal y civil en que puedan incurrir los funcionarios públicos cuando intervengan en otro Estado miembro en lo relativo a lo regulado en los arts. 12, 13 y 14 del convenio, es decir, entregas vigiladas, equipos conjuntos de investigación e investigaciones encubiertas.

La responsabilidad penal en esos casos se regirá por la legislación del Estado donde se practiquen, asimilándose a estos efectos los funcionarios intervinientes a los del Estado donde se lleven a cabo tales actuaciones (art. 15).

Con relación a la responsabilidad civil, regulada en el art. 16, la cual tiene su antecedente inmediato en el art. 43 del convenio de Schengen, el presupuesto básico es que un Estado deber responder de los daños y perjuicios causados por sus funcionarios en el ejercicio de sus cometidos. No obstante, este artículo prevé que inicialmente sea el Estado en cuyo territorio se ha actuado el que asuma la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por los funcionarios de otro Estado miembro, de la misma forma que si se hubiesen producido por sus propios funcionarios, aunque con posterioridad tiene derecho a reembolsarse de éste las cantidades satisfechas a las víctimas o a sus causahabientes.

Sin perjuicio del derecho de reembolso y de las reclamaciones que puedan hacer a terceras partes, el Estado miembro en cuyo territorio se desarrollaran

las actuaciones generadoras de responsabilidad no podrán hacer otras reclamaciones de reembolsos, de acuerdo con lo previsto en el art. 16.3.

Tras el convenio de 2000, esta materia aparece regulada en una Recomendación del Consejo de 30 de noviembre de 2000 dirigida a los Estados miembros respecto del apoyo de Europol a los equipos conjuntos de investigación creados por los Estados miembros, y en la Decisión Marco del Consejo de 2002 sobre equipos conjuntos de investigación.

4.6.10 Intervención de las telecomunicaciones

Ya en el ámbito del Consejo de Europa el art. 1 del convenio de 1959, que vincula a las partes contratantes a prestarse mutuamente "la asistencia judicial más amplia posible", ofrecía una cierta base para que las autoridades competentes de un Estado pudiesen obtener una intervención de las comunicaciones en otro Estado. Sin embargo, algunos Estados rechazaban ejecutar las comisiones rogatorias sobre intervención legal de las telecomunicaciones por entender que el convenio no les obligaba a ello.

En mayo de 1982, el Consejo de Europa elaboró un informe sobre las intervenciones telefónicas y grabación de las telecomunicaciones en algunos Estados miembros, analizando la situación en cada uno de ellos e instándoles a armonizar o aproximar sus legislaciones en la materia.

El 28.06.1985, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó una Recomendación dirigida a los Estados miembros relativa a la aplicación práctica del convenio de 1959 en relación a las solicitudes de intervención de las telecomunicaciones, reconociendo la naturaleza específica de las comisiones rogatorias para intervenir las telecomunicaciones y la necesidad de dotarlas de una regulación detallada, en especial en lo relativo a su ejecución, transmisión de los resultados y empleo de los mismos por el Estado requirente. La finalidad de esta Recomendación es servir de guía a los Estados parte para que cumplan adecuadamente las comisiones rogatorias concernientes a esta cuestión y establezcan una reglas referidas a la denegación de la asistencia, al contenido de la solicitud de intervención dirigida al otro Estado, a la duración de la intervención, a las condiciones a que se puede someter la intervención, reglas en que destaca la importancia que se da a la ley del Estado requerido.

En el ámbito de la Unión Europea, además de la aplicación del convenio de 1959, destacar la aplicación de la Resolución del Consejo de 17.01.1985 sobre interceptación legal de telecomunicaciones, que teniendo en cuenta las necesidades prácticas que desde un punto de vista técnico tienen las autoridades competentes de los Estados para ejecutar la intervención de las telecomuni-

caciones, insta a la colaboración de todos los Estados para superarlas, fijando una serie de requisitos que han de cumplirse para conseguirlo y que afectan al comportamiento que deben adoptar los operadores de red y proveedores de servicio de los distintos Estados para hacer posible la intervención en condiciones adecuadas.

En el convenio de 2000 es la primera vez en la que en un texto de esta naturaleza se trata la cuestión de la intervención internacional de las telecomunicaciones, al menos, de forma específica, tratando de superar las dificultades que normalmente se han objetado: la afección a derechos fundamentales y el suponer una confrontación entre la eficacia de las investigaciones penales y el respeto a los derechos individuales, las diferencias entre las legislaciones estatales en cuanto a órganos autorizantes de la intervención, supuestos en que procede, duración, destino de la información obtenida, etc.

Quizá la evolución imparable que experimenta este campo ha llevado a introducir el art. 22 del convenio, lo que no impide que los Estados miembros puedan celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales para facilitar la explotación de las posibilidades técnicas actuales y futuras en materia de intervención legal de telecomunicaciones.

El convenio aborda los aspectos tradicionales de la intervención de las telecomunicaciones teniendo en cuenta además los avances recientes, regulándolo de modo general para permitir, en la medida de lo posible, adaptarlas a futuros avances.

La regulación de esta materia presenta dificultades tanto por la rapidez del desarrollo de las nuevas tecnologías, fenómeno al que el Derecho se debe dar respuesta, como por la necesidad de fijar medidas de control en la ejecución de esta forma de cooperación judicial para evitar la intromisión en derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de las personas, debiéndose llegar un equilibrio entre la eficacia de las investigaciones y el respeto de las libertades individuales.

La intervención de las telecomunicaciones se regula en el Título III del convenio de 2000 de forma separa al resto de formas de asistencia judicial en materia penal estudiadas, que están recogidas en el Título II. Esta ubicación diferente no quiere decir que la intervención de las telecomunicaciones no sea considerada como una forma de asistencia judicial, sino que precisamente por las especialidades que presenta frente a las otras formas mencionadas, exige un tratamiento individualizado en un título independiente.

En la elaboración del convenio respecto de la intervención de las telecomunicaciones se tuvieron en cuenta dos realidades:

a) Puede que a un Estado no le sea técnicamente posible proceder a la intervención de las telecomunicaciones emitidas o recibidas en su propio territorio. Para proceder a la intervención de las telecomunicaciones hay dos posibilidades: una, que el Estado interesado solicite, para cada intervención que desee practicar, la ayuda del Estado en cuyo territorio se encuentre la estación terrestre; otra, que el operador instale un acceso a distancia a la estación terrestre – una especie de "mando a distancia" – que permita a un país transmitir a distancia una orden de intervención hacia una estación terrestre situada en otro país, fuera de su territorio.

b) Técnicamente un Estado miembro puede proceder por su cuenta – o por la de otro – a intervenir telecomunicaciones emitidas o recibidas en el territorio de otro Estado, sin tener que pedir ayuda a este último.

La intervención de las telecomunicaciones realizadas a través de satélite requiere, independientemente de lugar donde se encuentre el teléfono que genere la comunicación, una sola operación realizada en una instalación técnica llamada "estación terrestre", permitiendo la conexión con los satélites y haciendo posible la telecomunicación con zonas muy extensas, si bien, en la práctica, puede ocurrir que un Estado cuyo territorio entre en la zona de cobertura del satélite, pero que no tenga en su territorio una estación terrestre, no pueda técnicamente proceder a la intervención directa de las telecomunicaciones emitidas o recibidas en su territorio mediante teléfono vía satélite.

A efectos de la aplicación de lo previsto en los arts. 18, 19 y 20 del convenio, se entiende por "autoridad competente" la autoridad judicial. Cuando las autoridades judiciales del Estado miembro no sean competentes a los efectos de lo señalado en esos preceptos, podrán designar una autoridad competente equivalente, de conformidad con el art. 24.1.e), que actúe en una investigación penal. Esta autoridad competente debe ser especificada de forma expresa: se incluirá al notificar al Secretario General del Consejo de la Unión Europea la conclusión de los procedimientos constitucionales para la adopción del convenio.

Los Estados miembros en los cuales las autoridades judiciales son las competentes no están dispensados de hacer una declaración de acuerdo con el art. 24.1.e), en la que, igual que en el caso anterior, especifiquen cuáles son sus autoridades con competencia para aplicar los artículos mencionados, en particular para aplicar el art. 20 en su condición de Estado miembro notificado.

El art. 18 regula aquellas situaciones en que un Estado miembro pide a otro que ordene una operación de intervención en su propio territorio.

En el marco de una investigación penal, una autoridad competente del Estado requirente, de conformidad con lo dispuesto en su Derecho interno, puede cursar estas solicitudes a la autoridad competente del Estado requerido:

a) Aquella que tenga por objeto la transmisión inmediata de las telecomunicaciones intervenidas al Estado miembro requirente. Por "transmisión inmediata" hay que entender dirigir directamente al Estado miembro requirente la telecomunicación intervenida, donde la autoridad que haya ordenado la intervención podrá escucharla y grabarla.

b) Aquella que tenga por objeto la grabación y ulterior transmisión de la grabación al Estado miembro requirente, que es la práctica actual en materia de asistencia judicial.

En principio la elección entre ambas modalidades de intervención la efectúa el Estado requirente en su solicitud, aunque de lo dispuesto en el art. 18 se desprende que la transmisión recogida en el apartado a) constituye una novedad en el marco de la cooperación internacional y constituirá la norma general desde ahora, y la aludida en el apartado, b) que era la práctica habitual hasta ahora, pasa a ser la excepción.

El término "telecomunicaciones" se debe interpretar en sentido amplio, comprendiendo no sólo las conversaciones telefónicas sino además todas las formas de telecomunicación que permitan las tecnologías actuales y futuras. Es preciso que el Estado requerido, en la medida de lo posible, transmita los datos técnicos correspondientes a cada telecomunicación –número al que se llama, hora y duración de la telecomunicación, etc.–. El convenio sólo produce efectos en la Unión Europea, aunque las tecnologías de telecomunicaciones a las que se aplica –o podría aplicarse– abarcan el mundo entero.

El convenio establece las condiciones bajo las cuales el Estado requerido habrá de acceder a las solicitudes de intervención, grabación y ulterior transmisión cuando no sea posible la transmisión directa, por imposibilidad imputable a sí mismo, al requirente o a ambos indistintamente. Además los Estados pueden declarar que se comprometerán a acceder a las solicitudes de intervención, grabación y transmisión sólo cuando no puedan ofrecer la transmisión inmediata, siendo intrascendente a estos efectos que el Estado requirente esté o no en condiciones de recibirla.

El art. 18.2 determina, en función del lugar en que se encuentre la persona objeto de la intervención, los tres supuestos que pueden dar lugar a una solicitud de asistencia judicial:

a) Cuando la persona objeto de intervención se encuentra en el territorio del Estado requirente y éste precisa la asistencia técnica del requerido.

b) Cuando la persona objeto de intervención se encuentra en el territorio del Estado requerido y la legislación de éste permite la intervención de las telecomunicaciones.

c) Cuando la persona objeto de intervención se encuentra en el territorio de un Estado miembro que no es el requerido, pero en el que es necesaria la ayuda técnica del Estado requerido para proceder a la intervención.

El apartado 3 precisa los requisitos que debe reunir la solicitud de intervención, datos que debe facilitar el Estado miembro requirente. Además de contener los datos comunes a todas las solicitudes de asistencia judicial, requiere la confirmación de que existe un mandamiento o una orden de intervención legal en relación con una investigación penal, la duración deseada de la intervención y los datos técnicos necesarios para que pueda ejecutarse la solicitud, como el número de conexión a la red del sujeto cuya comunicación quiere intervenirse.

El apartado 4 completa el anterior para los casos previstos en la letra b) del apartado 2: cuando la persona objeto de intervención se encuentra en el territorio del Estado miembro requerido, al exigir que la solicitud incluya un resumen de los hechos a los que se refiere la investigación. El Estado requerido, a su vez, podrá exigir al Estado miembro requirente cualquier información adicional que le permita decidir si el mismo habría adoptado la medida solicitada en un caso nacional de características similares. Este apartado se aplica también en los casos de solicitudes de intervención, grabación y ulterior transmisión de la grabación de la telecomunicación al Estado miembro requirente previstas en la letra b) del apartado 1.

Las condiciones en que un Estado requerido debe acceder a una solicitud de intervención de telecomunicaciones con transmisión inmediata al Estado requirente están previstas en el apartado 5:

a) Cuando la persona objeto de intervención se encuentre en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado requerido y que éste haya recibido las informaciones a que se refiere el apartado 3. La solicitud se puede aceptar sin más formalidades; carácter potestativo referido sólo a la forma – ausencia de formalidades – y no al contenido, ya que el artículo establece la obligación de acceder a la solicitud una vez que se acredite que se han aportado las informaciones previstas en el art. 18.3. En este sentido, el Informe Explicativo del convenio señala que los Estados no deben asimilar tal solicitud a una solicitud que un Estado requerido hubiere ejecutado por sí mismo en su propio territorio; el Estado requerido no debe controlar la conformidad de la solicitud de intervención con su Derecho nacional, sino que se limita a controlar que se cumplen las condiciones que impone el convenio para este tipo de solicitudes.

b) Cuando la persona objeto de intervención se encuentre en el territorio del Estado requerido y éste haya recibido las informaciones a que se refieren

los apartados 3 y 4. El Estado requerido debe aceptar la solicitud, igual que la habría aceptado en un caso nacional de características similares. No obstante, puede supeditar su consentimiento al cumplimiento de las condiciones que, de acuerdo con su legislación, deberían observarse en un caso nacional de características similares.

El apartado 6 recoge los casos en que no es posible la transmisión inmediata, estableciendo normas particulares para las solicitudes de intervención, grabación y ulterior transmisión de la grabación de la telecomunicación al Estado requirente. Los Estados miembros no están obligados a aceptar esas solicitudes, salvo si no resultare posible la transmisión inmediata. Se incluye la imposibilidad imputable al Estado requirente, al requerido, o a ambos.

Todo Estado miembro puede declarar, al hacer la notificación prevista en el art. 27.2, que aplicará el apartado 6 sólo cuando no le sea posible ofrecer la transmisión inmediata; es decir, si el Estado requirente no puede garantizar la recepción de la transmisión inmediata no obliga al Estado requerido a dar cumplimiento a la solicitud si este último puede transmitir directamente las telecomunicaciones. Ahora bien, todo Estado miembro que optare por aplicar esta restricción abre para los demás Estados la posibilidad de aplicar el principio de reciprocidad.

Esta regulación se incluyó en el convenio para atender a las necesidades del Reino Unido, cuya legislación y procedimientos nacionales no contemplan la grabación sistemática de los datos intervenidos.

El Estado miembro requirente puede solicitar la transcripción de la grabación de telecomunicaciones si tiene una razón particular para ello, actuación que puede exigir medios, en particular humanos, muy importantes. Aunque este párrafo 8 no lo prevé, de su contenido se deduce que el Estado requirente que formula una solicitud de este tipo tenga que explicar cuáles son las razones que le han llevado a pedir la transcripción, para que así el Estado requerido estudie estas solicitudes conforme a su propia legislación y procedimientos nacionales, no obligándole el convenio cuando su Derecho interno o sus procedimientos nacionales no autoricen el uso de la transcripción; en caso contrario, debería dar cumplimiento a la solicitud que se le presenta si estima que la razón alegada es suficiente para fundamentar la solicitud.

El apartado 9 recoge la confidencialidad que deber presidir toda esta medida de intervención.

El art. 21 viene a completar el régimen las solicitudes de asistencia para la intervención de las telecomunicaciones que se acaba de exponer, disponiendo que los gastos que se generen los operadores de telecomunicaciones o los pro-

veedores de servicios para atender las solicitudes serán sufragados por el Estado requirente. Los que son comprendidos son los gastos de cada intervención por separado, no de los que deben realizar los operadores de telecomunicaciones para que sus instalaciones permitan las intervenciones.

El art. 19 está previsto para dar respuesta a la siguiente situación práctica: un Estado necesita intervenir las comunicaciones de una persona que se encuentra en su territorio y que emplea el sistema de telefonía móvil por satélites, pero en su territorio no hay una estación terrestre, de tal forma que precisa la asistencia de otro Estado que sí disponga de estación. En este supuesto, dos son los modos de prestar asistencia:

a) Accediendo a la solicitud tradicional de asistencia, formulada de conformidad con lo establecido en el art. 18, es decir, la persona objeto de intervención se encuentra en el Estado requirente y éste precisa de la asistencia técnica del Estado requerido. Este supuesto ha sido analizado anteriormente al estudiar el art. 18 del convenio de 2000.

b) Garantizando el Estado en que se encuentre la estación que las comunicaciones puedan hacerse directamente accesibles para su intervención por parte del otro Estado por medio de un proveedor de servicios designado que se encuentre en el territorio de éste último. Esta garantía se materializa con la instalación de lo que se llama un "mando a distancia" de acceso a la estación terrestre, de tal forma que el Estado que quiere llevar a cabo la intervención encomienda la orden a los proveedores de servicios designados en su territorio que son los encargados de cumplirla.

El art. 19 se ocupa de este último supuesto, que se caracteriza porque el Estado en cuyo territorio se encuentre la estación terrestre desde la que se puede realizar la intervención de las telecomunicaciones generadas o recibidas en otro tercer Estado miembro, que no tiene posibilidades técnicas para llevarlas a cabo, debe permitir la instalación de "mandos a distancia", para que, por este último Estado se puedan efectuar las interceptaciones de las telecomunicaciones ocurridas en su territorio. Al proceder así, el Estado miembro que cuenta con una estación en su territorio no participa en absoluto en la intervención.

Se limita su uso a las intervenciones ordenadas por el Estado miembro que se sirva de ellos, en el marco de una investigación penal y de acuerdo con lo dispuesto en su Derecho nacional. Los "mandos a distancia" sólo podrán utilizarse para las telecomunicaciones emitidas o recibidas por la persona objeto de la intervención desde el territorio de dicho Estado miembro (párrafos 1 y 2).

Reconocida la posibilidad de llevar a cabo intervenciones de telecomunicaciones a través de un "mando a distancia" situado en el territorio de otro

Estado, se reconoce expresamente a esos terceros Estados miembros que no cuentan con posibilidades técnicas para llevar a cabo intervenciones de telecomunicaciones de forma autónoma el derecho a poderlas realizar por sí mismas sin la participación del Estado donde se encuentre la estación terrestre, siempre que esas interceptaciones se lleven a cabo por las autoridades competentes del Estado de que se trate, en el marco de una investigación penal y siempre que actúen de conformidad con lo que con respecto a la intervención de las telecomunicaciones establezcan su propio Derecho interno, aplicándose también a actuaciones realizadas en el ámbito de la colaboración con terceros Estados (párrafo 3).

El "mando a distancia" lo puede utilizar un Estado miembro para intervenir, por cuenta de otro Estado miembro, telecomunicaciones emitidas o recibidas en su propio territorio, en el marco de una solicitud de asistencia formulada cuando la persona objeto de intervención se encuentra en el territorio del Estado miembro requerido y siempre que disponga de mando a distancia.

Los Estados miembros no están obligados a usar el "mando a distancia", correspondiéndoles decidir sobre la oportunidad de establecer y utilizar este sistema para la intervención de las telecomunicaciones de las personas que se encuentren en su territorio.

Cuando un Estado miembro tenga un "mando a distancia" ya no podrá, en principio, formular una solicitud de cooperación conforme al art. 18.2.a) porque ya no necesitará la asistencia técnica ahí prevista. Este párrafo 4 constituye una excepción a esa norma, siendo su fundamento no privar a los Estados miembros, en determinados casos en los que es previsible que una persona objeto de intervención se desplace por un gran número de otros Estados miembros, de la posibilidad de contar con una orden de intervención única transmitida a la estación terrestre para intervenir telecomunicaciones en todos dichos Estados.

Por otro lado, un Estado miembro puede formular una solicitud conforme al art. 18 cuando no exista proveedor de servicios en dicho Estado miembro porque se cumplen las condiciones previstas en dicho artículo, es decir, se precisa una asistencia técnica.

El art. 20 del convenio constituye, según el Informe Explicativo del convenio, una anticipación jurídica porque prevé situaciones que previsiblemente se producirán en un futuro inmediato con el desarrollo de las telecomunicaciones. Es el caso de que un Estado miembro esté capacitado técnicamente para intervenir las comunicaciones de una persona que se encuentra en el territorio de otro Estado, sin precisar la ayuda instrumental de éste último. Se incluyen

también los supuestos en los que el Estado que autoriza la intervención no necesita la asistencia del Estado en que se encuentra el sujeto, pero sí la de otro Estado que actuará como requerido. Lo esencial es, por tanto, la ausencia de necesidad de la asistencia del Estado en que se localiza la dirección de telecomunicaciones para practicar la intervención, regulando este artículo el papel que corresponde a dicho Estado con respecto a la intervención.

Los sujetos que intervienen en la aplicación del artículo son, por un lado, el Estado al que le corresponde la dirección de telecomunicaciones de la persona que figura en la orden de intervención, llamado "Estado notificado", y por otro lado el "Estado que realiza la intervención", cuyas autoridades competentes permiten la intervención. No hay que olvidar que puede participar otro Estado cuando su asistencia técnica sea precisa para llevar a cabo la intervención, siendo éste en realidad el que la lleva a cabo.

El art. 20.1 establece el ámbito de aplicación limitándolo a las investigaciones penales que reúnan determinadas características: aquellas que se caractericen por ser investigaciones consecutivas a la comisión de una infracción penal específica, incluidas las tentativas que sean tipificadas como delitos en la legislación nacional, con el fin de identificar y detener, acusar, procesar o dictar sentencia sobre los responsables. Realmente no se define qué debe entenderse por "investigación penal", ofreciéndose un marco normativo dentro del cual el Estado que autoriza la intervención debe cumplir con ciertas obligaciones con respecto al Estado en que se localiza la dirección de telecomunicaciones objeto de la misma. El Informe Explicativo del convenio señala que el art. 20 se refiere a la obligación de informar a otro Estado miembro en determinadas situaciones de intervención relativas a casos que en la mayoría de los Estados miembros corresponderían al concepto de "investigación penal".

El apartado 2 impone a todo Estado miembro que realice una intervención la obligación, cuando se encuentre en la situación contemplada en el presente artículo, y en el marco del ámbito de aplicación establecido en el apartado 1, de informar al Estado en cuyo territorio se halla la persona cuyas telecomunicaciones son objeto de intervención –Estado miembro notificado–. Sin embargo, esta obligación no existe cuando ese Estado hubiere formulado una declaración renunciando a recibir la información establecida en el art. 20 cuando se encuentre en la posición de Estado notificado, declaración que puede efectuarse cuando se notifique la conclusión de los procedimientos nacionales de adopción del convenio, o en cualquier momento posterior.

La información debe producirse:

a) Antes de la intervención, cuando el Estado miembro requirente ya conoce al ordenar la intervención que la persona objeto de la misma se encuentra

en el territorio del Estado notificado. De esta forma la intervención sólo podrá iniciarse cuando la medida haya sido aceptada por el otro Estado – el Estado miembro notificado – en las condiciones del apartado 4.

b) Cuando la intervención ya estuviera en marcha, en el momento que el Estado miembro requirente se aperciba de que la persona objeto de la intervención se encuentra en el territorio del Estado miembro notificado.

La información que debe notificarse contendrá los requisitos previstos en el apartado 3, siendo indispensables la indicación de la autoridad que ordena la intervención, la confirmación de que se ha dado una orden de intervención legal en relación con una investigación penal, la información para identificar a la persona objeto de la misma, la concreción del delito que se investiga, y la duración estimada de la intervención. Toda esta información debe ser tratada confidencialmente.

Se faculta al Estado notificado para pedir un resumen de los hechos y cualquier otra información que le permita determinar si habría adoptado la medida en un caso nacional de características similares.

Cuando a juicio del Estado que realiza la intervención la información que debe notificarse sea de carácter especialmente delicado, por ejemplo, por el tipo de delito que se esté investigando, podrá transmitirla a la autoridad competente del Estado notificado a través de una autoridad determinada. Para que ello sea posible es necesario que exista un acuerdo previo entre los Estados intervinientes, acuerdo que puede haberse celebrado de forma general o para el caso concreto, y en el que debe constar la autoridad que actuará como mediadora.

Notificada la información, las normas aplicables están previstas en el apartado 4. Se obliga al Estado miembro notificado a responder sin demora, y a más tardar en el plazo de 96 horas, al Estado miembro que realiza la intervención, para que no se obstaculice el desarrollo de la investigación. El Estado miembro notificado dispone ahora de dos posibilidades, según esté o no en condiciones de responder inmediatamente.

Si está en esas condiciones tiene a su vez dos posibilidades:

a) Primera, el Estado miembro notificado puede aceptar la intervención, o bien supeditarla a cualquier condición que haya de observarse en un caso nacional similar. Es, por tanto, el mismo régimen que el previsto en el art. 18.5.b).

b) Segunda, exigir que la intervención no se efectúe – casos del art. 20.2.a) cuando se ha facilitado información previa – o que se interrumpa cuando la intervención no estuviere autorizada en virtud del ordenamiento jurídico na-

cional, o cuando el Estado tuviera derecho a denegar la asistencia judicial basándose en el art. 2 del convenio de 1959. Esta exigencia ha de estar motivada por escrito.

El Estado miembro notificado puede además exigir que el material recopilado mediante la intervención hasta el momento en que comunica su denegación no sea utilizado, o sólo lo sea bajo determinadas condiciones que especificará, de lo cual deberá darse cumplida información al Estado que realiza la intervención. Los Estados intervinientes han de ser flexibles respecto de la utilización de datos ya intervenidos en el marco de procedimientos relativos a acciones de reparación incoadas a causa de la intervención efectuada o de medidas adoptadas en virtud del art. 20.4.b).

Por el contrario, si el Estado miembro notificado no está en condiciones de responder en el plazo de 96 horas, la hipótesis que se plantea es que este Estado debe realizar diligencias particulares antes de decidir; puede pedir, tras consultar al Estado que realiza la intervención, un plazo suplementario que no podrá superar los 8 días para aplicar los procedimientos internos exigidos por la legislación nacional. El Estado miembro notificado debe informar por escrito al que realiza la intervención las razones que justifican esa solicitud de prórroga de plazo. El nuevo plazo comienza al finalizar el primero de cuatro días.

Cuando un Estado miembro no haya decidido aún sobre la intervención que se le ha notificado, bien sea en el término de 96 horas, bien al finalizar el segundo plazo, que no podrá superar los ocho días, el Estado miembro que realiza la intervención podrá proseguirla. No podrá utilizar los datos ya intervenidos, excepto si ha acordado otra cosa con el Estado miembro notificado o para adoptar medidas urgentes tendentes a prevenir un peligro inmediato y grave para la seguridad pública.

La solicitud de información complementaria no afecta a las normas establecidas en el apartado 4.b), salvo acuerdo en contrario de los Estados miembros interesados.

La confidencialidad de los datos transmitidos por el Estado miembro que realiza la intervención se prevé en los apartados 5 y 6 del art. 20. Con carácter general, se afirma la exigencia de la confidencialidad como condición necesaria para el buen funcionamiento de las investigaciones solicitadas. Más específicamente, cuando los datos sean especialmente delicados se transmitirán a través de autoridades específicas, previo acuerdo de los Estados miembros de que se trate.

Por último, el párrafo 7 se refiere a los Estados miembros que no quieran recibir información en virtud del art. 20, indicándolo así al efectuar la notificación prevista en el art. 27.2, o en cualquier momento posterior.

4.6.11 Formas específicas de asistencia previstas en el Protocolo del convenio

a) Introducción

Anteriormente ya se hizo alusión al Protocolo del convenio de 2000 y a sus principales aportaciones. Con él se ha tratado de dar cumplimiento a las peticiones emanadas de algunas conclusiones del Consejo europeo de Tampere, en especial:

a) La número 49, en la que se instaba a los Estados a facilitar la asistencia en las causas de delincuencia económica grave, y, especialmente, en las atinentes a la acción contra el blanqueo de capitales.

b) La número 54, en la que se pedía al Consejo que adoptase las disposiciones necesarias para que las autoridades judiciales pudiesen recibir información sobre las transacciones financieras para investigar el blanqueo de capitales.

En este sentido el Protocolo prevé tres tipos de solicitudes de asistencia judicial que representan tres formas de específicas de asistencia, que aunque se utilizarán con frecuencia para luchar contra la delincuencia financiera y, en especial, el blanqueo de capitales, son de aplicación general, salvo la primera que sólo es aplicable a determinadas infracciones. Se distingue tres formas de asistencia, dos consistentes en el suministro de información, de las cuentas bancarias y de las transacciones, y una tercera relativa al control de esas transacciones por un periodo determinado, regulándolas en tres artículos.

Aunque se traten separadamente las solicitudes de información sobre cuentas bancarias y sobre transacciones, hay una indudable vinculación entre ambas, puesto que, a no ser que el Estado requerido ya tenga conocimiento previo de la existencia de esas cuentas, tendrá que verificarla antes de requerir información sobre las operaciones bancarias que se realicen en ellas y, en su caso, pedir que se efectúe un seguimiento de las mismas.

La autoridad competente del Estado requerido tiene la obligación de comunicar a su homóloga en el Estado requirente la conveniencia de realizar investigaciones no previstas inicialmente, o que no hubieren podido especificarse con anterioridad, obligación que es aplicable a cualquier solicitud de asistencia – y no sólo a las previstas en el Protocolo – y a la que tendrá que dar cumplimiento. Esta obligación impuesta en el art. 5 entronca con la posibilidad, también de aplicación general, que se concede en el art. 6 a la autoridad competente del Estado requirente de formular solicitudes de asistencia judicial complementarias de otras anteriores, en cuyo caso simplemente deberá facilitar los datos

necesarios para identificar la solicitud principal, sin que se le pueda exigir, nuevamente, que haga constar la información ya recogida en ésta.

Para garantizar la efectividad de la asistencia prevista en los arts. 1 a 3 del Protocolo y en el convenio de 2000, se prohíbe a los Estados invocar el secreto bancario como motivo para rechazar la cooperación solicitada (art. 7), y se les insta para que adopten las medidas necesarias para asegurar que los bancos no revelen al cliente interesado – o a otros terceros – el hecho de que se ha transmitido información a otro Estado o de que se está llevando a cabo una investigación, es decir, medidas tendentes a garantizar la confidencialidad (art. 4).

b) Información sobre cuentas bancarias

Los arts. 1 a 4 del Protocolo contienen disposiciones destinadas a mejorar la asistencia judicial respecto de la información en posesión de los bancos.

Esta forma específica de asistencia judicial obliga a los Estados miembros a localizar, en casos concretos y previa solicitud, cuentas bancarias abiertas en su territorio, y los obliga por ello indirectamente a crear un mecanismo que les permita facilitar la información requerida (art. 1). Por tanto, puede recurrirse a esta forma cuando el Estado miembro requirente considere que la información puede ser de valor sustancial para los fines de una investigación en curso.

Por lo que se refiere a las formalidades y al procedimiento, son de aplicación el art. 3 del convenio de 1959 y el art. 4 del convenio de 2000.

La obligación señalada comprende la localización de cuentas bancarias en todo el territorio del Estado requerido, obligación que no lleva consigo la creación de un registro centralizado de cuentas bancarias, sino que se deja que cada Estado decida de qué forma cumplir con sus obligaciones. Por otro lado, si el Estado requerido localiza una cuenta bancaria abierta en su territorio está obligado a facilitar al Estado requirente el número de la cuenta y todos los pormenores correspondientes.

Estas cuentas bancarias referidas son, lógicamente, aquellas cuyo titular sea una persona física o jurídica objeto de investigación penal, incluyéndose también, en determinados casos, las cuentas para las que dicha persona tenga poderes de representación.

Esta obligación de los Estados miembros, regulada en el art. 1 del Protocolo, se ve limitada por lo dispuesto en sus apartados 2, 3 y 5:

a) El apartado 2 establece que la obligación de suministrar información se aplicará sólo en la medida que la información obre en poder del banco en que esté abierta la cuenta, no imponiéndose por tanto nuevas obligaciones a los

Estados miembros o bancos en materia de retención de información relativa a cuentas bancarias. Las disposiciones relativas a la retención de información se recogen de modo especial en el art. 4 de la Directiva relativa al blanqueo de capitales.

b) El apartado 3, por su parte, limita la obligación del art. 1 a determinadas infracciones, utilizando dos criterios alternativos para determinar las infracciones cuya investigación puede fundamentar una petición de suministro de información sobre cuentas bancarias: el de la pena que llevan aparejada y el del tipo de delito que integren. En consecuencia, esta forma de asistencia es aplicable:

– cuando la investigación se refiera a infracciones cuyo castigo comporte privación de libertad de una duración máxima de cuatro años como mínimo en el Estado requirente, y dos en el Estado requerido;

– cuando se trate de infracciones tales como terrorismo; tráfico ilícito de estupefacientes, de material nuclear y radioactivo; inmigración clandestina; trata de seres humanos; tráfico de de vehículos robados; delitos contra la propiedad y los bienes públicos; comercio ilegal y delitos contra el medio ambiente; el blanqueo de dinero ligado a estas formas de delincuencia y delitos conexos; las infracciones constitutivas de fraude contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas y la corrupción de funcionarios en ese ámbito, etc. El ámbito de aplicación de las solicitudes de información sobre cuentas bancarias expuesto a título ejemplificativo, cuya relación detallada de infracciones se recoge en el Informe Explicativo del Protocolo, se puede ampliar por el Consejo a través de la correspondiente Decisión.

c) Por último, el apartado 5 permite a los Estados miembros subordinar la ejecución de la solicitud de información sobre cuentas bancarias a las mismas condiciones que se aplican a las solicitudes de registros y embargos. Esto les permitirá exigir la doble tipicidad y la compatibilidad con su Derecho en la misma medida que se aplican estas condiciones a las solicitudes de registro y embargo. El requisito de tipicidad se cumplirá normalmente en relación con las infracciones recogidas en el apartado 3. No obstante, si la infracción investigada no constituye infracción en el Estado requerido, el requisito de la doble tipicidad puede invocarse como motivo de rechazo. Los Estados miembros de la Unión Europea podrán formular una reserva subordinando la ejecución de las solicitudes de información sobre cuentas bancarias a la condición de que sea compatible con su legislación o a la condición de que la infracción investigada sea punible conforme a su legislación, lo que, en caso de infracciones fiscales, se entenderá cumplido cuando en su legislación se correspondiese

con una infracción de la misma naturaleza o a ambas, pudiendo los restantes Estados aplicar el principio de reciprocidad.

Respecto del contenido de la solicitud, el apartado 4 señala que deberá contener los motivos por los que se considera que la información requerida puede ser pertinente para la investigación, extremo que no podrá ser cuestionado por el Estado requerido así como cualquier información disponible tendente a facilitar la ejecución de la resolución, como la determinación del banco de que se trate. Este contenido ha de reputarse específico de este tipo de solicitud y no excluye el contenido genérico de las solicitudes de asistencia determinado en el art. 14 del convenio de 1959. El Estado miembro requirente no puede utilizar la medida regulada en el art. 1 del Protocolo para sacar información de uno o de todos los Estados miembros, sino que debe dirigir la solicitud a un Estado miembro que pueda facilitarle la información solicitada. Esta disposición no contempla, sin embargo, que el Estado requerido pueda cuestionar si la información solicitada puede ser de valor sustantivo para los fines de la investigación.

c) Información sobre transacciones bancarias

El art. 2 del Protocolo contiene disposiciones sobre la asistencia referida a los detalles de las cuentas bancarias especificadas, ya identificadas, y de las operaciones bancarias que se hayan realizado durante un periodo determinado. Realmente este artículo no introduce una nueva medida, sino que aclara y elabora una forma de asistencia que ya se aplicó en el convenio europeo de asistencia judicial de 1959.

Hay un vínculo entre los arts. 1 y 2 en el sentido que el Estado requirente puede haber obtenido los detalles de la cuenta mediante la medida prevista en el art. 1 y después, recurriendo al sistema de medidas complementarias que figura en el art. 6, puede solicitar información sobre las operaciones bancarias. No obstante, la medida es autónoma y puede también requerirse respecto de una cuenta bancaria de la que las autoridades de investigación del Estado requirente hayan tenido conocimiento mediante cualesquiera otros medios, tal y como señala el Informe Explicativo del convenio.

Esta medida supone que el Estado requerido facilita los detalles de determinadas cuentas bancarias y de las operaciones que se realicen en ellas durante un periodo de tiempo determinado, incluyendo los pormenores de las cuentas emisoras o receptoras. Así, no es suficiente que el Estado requerido en respuesta a una solicitud, proporcione información sobre el hecho de que una determinada cantidad de dinero se haya enviado de/a y la cuenta a/desde otra cuenta

en una determinada fecha, sino que también proporcionar al Estado requirente información relativa a la cuenta emisora/receptora, es decir, el número de cuenta bancaria y otros detalles necesarios para permitir al Estado requirente proceder a una solicitud de asistencia respecto de dicha cuenta. Esto permite al Estado requirente seguir los movimientos de dinero de cuenta a cuenta.

La ausencia de mención a la titularidad de la cuenta por una persona que sea objeto de investigación penal indica que la obligación de asistencia en este caso existe también respecto de cuentas a nombre de terceras personas que, aunque no son objeto de procedimientos penales, sus cuentas sí están vinculadas a una investigación penal. El Estado requirente indicará en su solicitud una vinculación de este tipo conforme a lo dispuesto en el art. 2.3 y puede obtener información de cualesquiera transacciones de/hacia tal cuenta. En buena lógica se presupone el conocimiento previo por el Estado requirente de la existencia de una o varias cuentas bancarias a nombre de la persona que está siendo investigada en entidades bancarias sitas en el Estado requerido, conocimiento que provendrá en muchos casos de una previa solicitud de información sobre ese particular. Al igual que en el caso anterior, la obligación sólo nacerá para el Estado requerido si el banco en que está abierta la cuenta dispone de la información.

La solicitud de asistencia, igual que en caso regulado en el art. 1 sobre información sobre cuentas bancarias, deberá contener los motivos por los que se considera que la información solicitada es pertinente a efectos de la investigación de la infracción, siendo éste el único contenido específico de este tipo de disposiciones de asistencia. Igualmente, los Estados miembros podrán subordinar la ejecución de la solicitud a las mismas condiciones que se apliquen a las solicitudes de registro y embargo.

d) Control de transacciones bancarias

La última forma de asistencia, no recogida en ninguno de los otros instrumentos relativos a asistencia judicial, está regulada en el art. 3 y consiste en controlar, durante un periodo determinado, las operaciones bancarias que se realicen a través de una o varias cuentas especificadas por el Estado requirente en la solicitud y en comunicar el resultado del control a dicho Estado, que en la solicitud habrá de señalar la relación que media entre la información requerida y la investigación que se lleva a cabo.

Este art. 3 sólo obliga a los Estados a establecer un mecanismo de control. Los Estados miembros deberán estar en condiciones de poder proporcionar la asistencia ante una solicitud, correspondiendo la decisión sobre si se accede o

no al control a las autoridades competentes del Estado requerido, atendiendo a su Derecho nacional, es decir, dependerá de que en dicho Estado esté permitido o no un control similar. Si acceden a la petición, acordarán los pormenores prácticos de la operación con las autoridades competentes del Estado requirente. En la redacción de este art. se partió de la regulación de las entregas vigiladas en el art. 12 del convenio de 2000.

El art. 4 se refiere a la confidencialidad, siendo su objeto garantizar que no se informe en modo alguno al cliente bancario o a un tercero de que se están tomando o se han tomado las medidas previstas en los arts. 1 a 3. Esta redacción sigue de cerca la empleada en el art. 8 de la Directiva sobre blanqueo de capitales. A cada Estado corresponde decidir la manera de aplicar este art. 4; así por ejemplo, se podrá disponer una prohibición específica de la revelación, pero puede aplicarse también mediante medidas más generales para sancionar las conductas que puedan poner en peligro una investigación en curso.

5. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo*. Madrid, 2008a.

AA.VV. *Cooperação jurídica internacional no Superior Tribunal de Justiça. Comentários à Resolução n. 9/2005*. Rio de Janeiro, 2010a.

AA.VV. *Corpus Juris, Pubblico Ministero Europeo e cooperazione internationale*. Milano, 2003a.

AA.VV. *Criminalidad, medios de comunicación y proceso penal*. Salamanca: Universidade de Salamanca, 2000a.

AA.VV. *European judicial systems. Efficiency and quality of justice*. Strasbourg, 2010b.

AA.VV. *Governance, corruption and economic performance*. Washington, 2002.

AA.VV. *International co-operation in the fight against corruption and offshore financial centres: obstacles and solutions, proceedings*. Strasbourg: Council of Europe, 2001a.

AA.VV. *International handbook on the economics of corruption*. New York, 2006a.

AA.VV. *Judicial review. A comparative analysis inside the European legal system*. Strasbourg, 2010c.

AA.VV. *La competencia fiscal nociva: Un tema global*. Paris, 2000b.

AA.VV. *La corrupción en la economía global*, México: Limusa, 2001b.

AA.VV. *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro en homenaje a Claus Roxin*. 2 ts. México, 2003b.

AA.VV. *La justicia y la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*. Madrid, 2008b.

AA.VV. La responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. *Estudios de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial*. Madrid, 2007a.

AA.VV. *La víctima y el testigo en la reforma procesal penal*. Bogotá, 2003c.

AA.VV. *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: del Pueto, 2000c.

AA.VV. *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Valencia, 2008c.

AA.VV. *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid, 2008d.

AA.VV. Poder Judicial y medios de comunicación. *Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial*. Madrid, 2001c.

AA.VV. *Reformas del proceso penal y seguridad ciudadana en Iberoamérica*. Valencia, 2009.

AA.VV. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 2. ed. São Paulo, 2010d.

AA.VV. *Seminário Internacional: Corrupção e sociedade. O pensar, o querer o facer*. Florianópolis, 2007b.

AA.VV. *Terrorism: protection of witnesses and collaborators of justice*. Strasbourg, 2005.

AA.VV. *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Valencia, 2006b.

AA.VV. *The political economy of corruption*. Routledge, 2001d.

ABED, G. T., GUPTA, S. *Governance, corruption and economic performance*. Washington: International Monetary Fund, 2003.

ACALE SÁNCHEZ, M. *Medición de la respuesta punitive y Estado de Derecho*. Cizur Menor. Madrid: Civitas, 2010.

ALBERS, P. Integrity of judges and prosecutors: fundamental principles and facts. AA.VV. *Corruption and democracy. Political finances. Conflicts of interest. Lobbying. Justice*. Strasbourg, 2008.

ALCAIDE ZUGAZA, L. Corrupción: obstáculo al desarrollo económico. *Economía Exterior* 31, 2004.

ALIAGA MÉNDEZ, J. A. *Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales (Adaptada a la Ley 10/2010)*. Madrid, 2010.

ÁLVAREZ RUBIO, J. J. El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. n. 15, 2008.

AMBOS, K. La internacionalización del Derecho Penal y América Latina. *Temas de derecho penal internacional y Europeo*. Madrid, 2006.

ANDRADE FERNANDES, F. *O processo penal como instrumento de política criminal.* Coimbra, 2001.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P. El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal. Teoría & Derecho. *Revista de Pensamiento Jurídico.* n. 1, 2007.

_____. Para una ética positiva del Juez. *Claves*, 152, 2005.

ARAUJO DA SILVA, E. *Crime organizado. Procedimento probatório.* 2. ed. São Paulo, 2009.

ARROYO ROMERO, F. J. *La influencia de Europol en la comunitarización de la Policía Europea.* Madrid, 2005.

ASENCIO MELLADO, J. M. La prescripción penal. Un acicate a la impunidad en los delitos de corrupción. *Diario La Ley*, 7566, 2011.

BACIGALUPO ZAPATER, E. *El debido proceso penal.* Buenos Aires, 2005.

_____. Órganos judiciales especializados en criminalidad económica en Europa. AA.VV. *Estudios de Derecho Penal económico.* Caracas, 2002.

_____. Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de "compliance" (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009). *Diario La Ley*, 7442, 2010.

BALTAZAR JUNIOR, J. P. *Crime organizado e prohibição de insuficiência.* Porto Alegre, 2010.

BARONA VILAR, S. Mediación penal como pieza del sistema de tutela en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa. *Revista de Derecho Penal.* n. 26, 2009.

BARROS, M. A. DE. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas.* 2. ed. São Paulo, 2008.

BASTARRECHE BENGOA, T. *Constitución y Ministerio Público: Holanda, Italia y España.* Cizur Menor, 2010.

BATLOUNI MENDRONI, M. *Crime de lavagem de dinheiro.* São Paulo, 2006.

_____. *Crime organizado. Aspectos gerais e mecanismos legais.* 3. ed. São Paulo, 2009.

BAUTISTA, O. D. *Ética para corruptos. Una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y en las Administraciones Públicas.* Bilbao, 2009.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; FABIÁN CAPARRÓS, E. A. Corrupción y Derecho Penal: Nuevos perfiles, nuevas propuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 81. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2009.

BERTOLINO, P. J. *El debido proceso penal.* La Plata, 1986.

BITTAR, E. C. B. *Curso de ética jurídica. Ética geral e profissional.* São Paulo, 2010.

BLANCO CORDERO, I. Delitos de corrupción. *Diario La Ley*, 7534, 2010.

BORJA JIMÉNEZ, E. *Acerca de lo universal y lo particular em Derecho Penal.* Bogotá, 2010.

BUONO, L. From Tampere to The Hague and beyond: Towards the Stockholm Programme in the area of Freedom, Security and Justice. *Era Forum*, 10, 2009.

CARNEIRO GOMES, R. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*. 2. ed. Belo Horizonte, 2009.

CARRERA HERNÁNDEZ, F. J. *La cooperación policial en la Unión Europea*. Madrid, 2003.

CARRERA, S.; GETER, F. El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 29, 2008.

CASSESE, S. *Los Tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global*. Sevilla, 2010.

CASSIN, R. L. *Bribery abroad. Lessons for the Foreign Corrupt Practices Act*. New York, 2008.

CASTILLEJO MANZANARES, R. *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*. Madrid, 2010.

CAVALCANTI CORDANI, D. Cooperação jurídica internacional em matéria penal no Brasil: as cartas rogatórias e o auxílio direto – Controle dos atos pela parte atingida. AA.VV. *Crimes econômicos e processo penal*. São Paulo, 2008.

CERQUEIRA SOPAS DE MELO BANDEIRA, G. N. *Responsabilidade penal económica e fiscal dos entes colectivos*. Coimbra, 2004.

CERVINI, R.; DE OLIVEIRA, W. T.; GOMES, L. F. *Lei de lavagem de capitais*, São Paulo, 1998.

CONTRERAS ALFARO, L. H. *Los delitos económicos relacionados con la corrupción. Los principios de consenso y oportunidad en sede procesal penal, y la sustitución del interés público en la persecución de la criminalidad de corrupción*. Santiago de Chile, 2004.

COSTA RAMOS, V. Ne bis in idem *e União Europeia*. Coimbra, 2009.

DAMIÁN MORENO, J. ¿Un derecho procesal para enemigos? *Revista de Derecho Procesal*, 1, 2005.

DANDURAND, Y.; COLOMBO, G.; PASSAS, N. Measures and mechanism to strengthen international cooperation among prosecution services. *Crime, Law and Social Change*, 47, 2007.

DEE KYLE, L. *Transação penal. Revisão crítica à luz do acceso à Justiça*. Curitiba, 2007.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. M. Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador. *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 1, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid, 2003.

DUMAS, LL. J.; WEDEL, J. R.; CALLMAN, G. *Confronting corruption, building accountability. Lessons from the world of international development advising*. New York, 2010.

DURBÁN SICILIA, L. Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal. *La Ley Penal*, 73, 2010.

ECHARRI CASI, F. J. *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: Las consecuencias accesorias*. Pamplona, 2003.

ESER, A. *Hacia un Derecho Penal mundial*. Granada, 2003.

ESPARZA LEIBAR, I. *El principio del proceso debido*, Barcelona, 1995.

_____. La instrucción por el Ministerio Fiscal: La reforma eternamente pendiente. AA.VV. *La reforma de la Justicia penal. Aspectos materiales y procesales*. Valladolid, 2008.

ESPINA RAMOS, J. A. ¿Hacia una Fiscalía Europea. AA.VV. *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: Últimos avances en cooperación judicial penal*. Valladolid, 2010.

ESQUINAS VALVERDE, P. *Protección de datos personales en la Policía Europea*. Valencia, 2010.

FABIÁN CAPARRÓS, E. A. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia, 2003.

_____. Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción. Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la Convención de la OCDE sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. AA.VV. *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*. Salamanca, 2002.

FARIA COSTA, J. DE. *Direito penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra, 2010.

FERRERES COMELLA, V. La federalización del Derecho Penal: el caso americano. AA.VV. *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*. Cizur Menor, 2010.

FIOREZE, J. *Videoconferencia no processo penal brasileiro*. Curitiba, 2009.

FISMAN, R., SVENSSON, J. Are corruption and taxation really harmful to growth? Firm level evidence. *Journal of Development Economics*, 1, 2007.

FLETCHER, G. P. *Conceptos básicos de derecho penal*. Valencia, 1997.

_____. La ciencia alemana del derecho penal desde el punto de vista del derecho comparado. AA.VV. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, 2004.

FORTE DE NEGREIROS DEODATO, F. A. *Direito penal econômico. A pessoa coletiva como agente de crimes e sujeito de penas*. Curitiba, 2010.

FORTI, G. Basic features of the legislation for combating corruption and bribery in Member States of the European Union. AA.VV. *La lutte contre la corruption dans l'Union Europeenne*. Köln, 2002.

FRANKLIN NOGUEIRA, M. *Transação penal*. São Paulo, 2003.

FRIEDMAN, L. M. *Introducción al derecho norteamericano*. Trad. J. Vergé Grau. Barcelona, 1988.

FUENTES SORIANO, O. La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal. AA.VV. *Nuevos retos de la Justicia penal*. Madrid, 2008.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. ¿Fiscal instructor?: Pocas ventajas y un gran inconveniente. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 14, 2008.

GARCÍA MEXÍA, P. La ética pública. Perspectivas actuales. *Revista de Estudios Políticos*, 114, 2001.

_____. *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*. Pamplona, 2001.

GARCÍA MORENO, J. M. La cooperación judicial penal en el espacio de libertad, seguridad y justicia después del Tratado de Lisboa. *Unión Europea Aranzadi*, 10, 2009.

GARCÍA TORRES, M. L. La mediación penal. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares. *La Ley Penal*, 73, 2010.

GASCÓN INCHAUSTI, F. Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilida penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal. AA.VV. *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal*. Cizur Menor, 2010.

GIACOMOLLI, N. J. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre, 2006.

GIMENO SENDRA, V. Hacia un nuevo modelo de proceso penal. AA.VV. *Nuevos retos de la Justicia penal*. Madrid, 2008.

_____ La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal. AA.VV. *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Elcano, 2005.

_____. Los principios de legalidad y *non bis in idem* en la doctrina del Tribunal Constitucional. *Diario La Ley*, 6735, 2007.

GLUS, S.; KLEMEN, G.; LJUBIN, T.; NOVOSEL, D.; TRIPALO, D.; VERMEULEN, G. (2006): *Protecting witnesses of serious crime. Training manual for law enforcement and judiciary*. Strasbourg.

GONZÁLEZ CANO, M. I. La Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30.11.2009, sobre prevención y resolución de conflictos de jurisdicción en procesos penales. *Unión Europea Aranzadi*, 4, 2010.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, H. La cooperación policial en la Unión Europea. AA.VV. *Comentarios a la Constitución Europea*. vol. 3. Valencia, 2005.

GONZÁLEZ PASCUAL, M. *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del Espacio Europeo de los Derechos*. Cizur Menor, 2010.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor. *Diario La Ley*, 7501, 2010.

GORODNICHENKO, Y.; SABIRIANOVA PETER, K. Public sector pay and corruption: Measuring bribery from micro data. *Journal of Public Economics*, 5, 2007.

GRAFE ARIAS, F. *Reformas institucionales en materia de seguridad y sistemas judiciales en la lucha contra la impunidad en Iberoamérica*. Valencia, 2009.

GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, L. G. *Processo penal e Constituição. Princípios constitucionais do processo penal*. 5. ed. Rio de Janeiro, 2009.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI. A instrução processual penal em Ibero-América. *Revista de Derecho Procesal*, 1, 2008.

HABIB, S. *Brasil: Quinhentos anos de corrupção. Enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*. Porto Alegre, 1994.

HASSEMER, W. *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*, México D.F, 2003.

HELLMAN, J. S., JONES, G., KAUFMANN, D. Capture al Estado, capture el día. Captura del Estado, corrupción e influencia en la transición. *Gestión y análisis de políticas publicas*, 21, 2001.

HEREDIA PUENTE, M. Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal. *Diario La Ley*, 7257, 2009.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J. Juicios paralelos y proceso penal (razones para una necesaria intervención legislativa). *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 3, 1999.

_____. Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables. *Diario La Ley*, 7427, 2010.

HERNÁNDEZ VIGUERAS, J. *La Europa opaca de las finanzas y sus paraísos* offshore. Barcelona, 2008.

HERNANDO SANTIAGO, F. J. *Reflexiones sobre ética judicial*. Madrid, 2006.

HIRSCH, H. J. Internacionalización del Derecho Penal y de la Ciencia del Derecho Penal. Ciencia del Derecho Penal nacional y universal. *Revista Penal*, 17, 2006.

HITTERS, J. C. Las garantías judiciales en el Pacto de San José de Costa Rica (Interpretación evolutiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. AA.VV. *De la tutela judicial interna a la tutela judicial interamericana. Estudios en memoria de Augusto Mario Morello*. La Plata, 2010.

JESÚS, D. DE. *Crimes de corrupção ativa e tráfico de influência nas transações comerciais internacionais*, São Paulo, 2003.

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

JOHNSTON, M. *Syndromes of corruption. Wealth, power, and democracy*. Cambridge, 2009.

LAMAS LEITE, A. *A mediação penal de adultos. Um novo paradigma de Justiça?* Coimbra, 2008.

LAMO DE ESPINOSA, E. *Delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral*. Madrid, 1993.

LASCOUMES, P. *Corruptions*. Paris, 1999.

LATORRE LATORRE, V. *Función jurisdiccional y juicios paralelos*. Madrid, 1999.

LAVALLÉE, E. Corruption, concurrence et développement: Une analyse econométrique à l'echelle des enterprises. *European Journal of Development Research*, 2, 2007.

LEVI, M. Crime and international co-operation: the offshore problem. AA.VV. *Vers un espace judiciaire pénal européen. Towards a European Criminal Area*. Buxelles, 2000.

LIVIANU, R. *Corrupção e Direito Penal. Um diagnóstico da corrupção no Brasil*. Coimbra, 2007.

MADRAZO RIVAS, E. *La soberanía. La evolución del concepto hacia una perspectiva internacional*. Madrid, 2010.

MADRUGA, A. O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperãçao Jurídica Internacional. AA.VV. *Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça*. São Paulo, 2006.

MAGRO SERVET, V. Soluciones ante los nuevos fenómenos delictivos: Los juzgados contra la delincuencia organizada. *La Ley Penal* 49, 2008.

MAILLARD, J. DE. *Atlas de la criminalidad financiera. Del narcotráfico al blanqueo de capitales*. Madrid, 2002.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L. La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho Penal español. *Diario La Ley*, 7232, 2009.

MARCHAL ESCALONA, N. El espacio judicial europeo: ¿Un espacio de indefensión? *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. n. 9, 2006.

MARTIN DE SANCTIS, F. *Crime organizado e lavagem de dinheiro*. São Paulo, 2009a.

_____. *Responsabilidade penal das corporações e criminalidade moderna*. São Paulo, 2009b.

MARTÍN DIZ, F. (2010): *La mediación: Sistema complementario de la Administración de Justicia*. Madrid.

MARTÍN PALLÍN, J. A. Blanqueo de dinero, secreto profesional y criminalidad organizada. AA.VV. *Derecho y justicia penal en el siglo XXI*. Liber Amicorum *en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*. Madrid, 2006.

MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J. El espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Lisboa. *Revista de las Cortes Generales*, 70-72, 2007.

MASCIANDARO, D. Offshore centres post 9/11: Economics and politics. *Journal of Money Laundering Control*, 4, 2006.

MATTEUCCI, A., PEDONE, L. *I paradisi fiscali*. Napoli, 2003.

MELLO JORGE SILVEIRA, R. DE. Adecuación social y corrupción. AA.VV. *El Derecho Penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*. Madrid, 2003.

_____. *Direito Penal supra-individual. Interesses difusos*. São Paulo, 2003.

MICHAVILA NÚÑEZ, F. Primer año del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 42, 2004.

MILTON DE BARROS, A. *A Lei de proteção a vítimas e testemunhas e outros temas de direitos humanos*. Franca, 2003.

MO, P. H. Corruption and economic growth. *Journal of Comparative Economics*, 29/1, 2001.

MONROY ANTÓN, A. J. Corrupción en el deporte. *Diario La Ley*, 7534, 2010.

MONTERO AROCA, J. *El Derecho Procesal en el siglo XXI*. Valencia, 2000.

MONTERO AROCA, J. *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Cizur Menor, 2008.

MONTESINOS GARCÍA, A. *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*. Madrid, 2009.

MORENO CATENA, V. La cooperación jurídica internacional en Iberoamérica. El papel de IberRed. *Diario La Ley*, 7309, 2009.

_____. La necesidad de un nuevo modelo de instrucción. AA.VV. *Nuevos retos de la Justicia penal*. Madrid, 2008.

MORO, S. F. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo, 2010.

MUHM, R. O caso Kolh e o papel do Ministério Público na Alemanha. *Revista do Ministério Público*, 86, 2001.

MUÑOZ CONDE, F. La generalización del Derecho Penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. AA.VV. *La generalización del Derecho Penal de excepción: tendencias legislativas*. Madrid, 2007.

NERY JUNIOR, N. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo, 2010.

NEVES, M. La concepción del Estado de Derecho y su vigencia práctica en Suramérica, con especial referencia a la fuerza normativa del Derecho supranacional. AA.VV. *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis multidisciplinario y multifocal*. Madrid, 2009.

NIETO DE ALBA, U. Ética y control ante la corrupción y el blanqueo de capitales. *Revista Española de Control Externo*, 23, 2006.

NIETO MARTÍN, A. ¿Americanización o europeización del derecho penal económico? *Revista Penal*, 19, 2007.

_____. El concepto de orde NIETO MARTÍN, A. ¿Americanización o europeización del derecho penal económico? *Revista Penal*, 19, 2007.

_____. *El desgobierno judicial*, Madrid, 2004.

_____. *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, 2010.

_____. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Madrid, 2008.

NIÑO BECERRA, S.; MARTÍNEZ BLASCO, M. Corrupción y crecimiento económico en la UE. *Boletín ICE Económico: Información Comercial Española*, 2002.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo, 2010.

OCDE. *No longer business as usual. Fighting bribery and corruption*. Paris, 2000.

OLIVA SANTOS, A. DE LA. La regla «non bis in idem» en el Derecho Procesal penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas. *Revista de Derecho Procesal*, 1, 2007.

OLIVEIRA E SILVA, S. *A protecção de testemunhas no processo penal*. Coimbra, 2007.

OLLÉ SESÉ, M. *Justicia universal para crímenes internacionales*. Madrid, 2008.

ORÉ GUARDIA, A., RAMOS DÁVILA, L. Hacia un nuevo modelo de proceso penal. AA.VV. *Nuevos retos de la Justicia penal*. Madrid, 2008.

PALAZZO, F. Principio de última ratio e hipertrofia del Derecho Penal. AA.VV. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memorian*, 1. Salamanca, 2001.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. Videoconferencia y proceso penal. *El Derecho*, 2182 y 2183, 2005.

PIATTOLI, B. *Cooperazione giudiziaria e Pubblico Ministero Europeo*. Milano, 2002.

_____. *Videoconferenze e cooperazione nel processo penale*. Milano, 2005.

PIETH, M. La armonización del Derecho penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio. AA.VV. *Los caminos de la armonización penal*. Valencia, 2009.

PORTILLA CONTRERAS, G. Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal penal del enemigo. *Jueces para la Democracia*, 49, 2004.

POIRIER BRAZ, M. *Sociedades* offshore *e paraísos fiscais*. Lisboa, 2010.

PRADO, LUIZ REGIS. *Direito penal econômico*. 3. ed. São Paulo, 2010.

PRITTWITZ, C. El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última *ratio*? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. AA.VV. *La insostenible situación del derecho penal*. Barcelona, 2000.

QUISPE REMÓN, F. *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*. Valencia, 2010.

RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento criminal. Décima lectura constitucional*. Barcelona, 2011.

RAPHAEL, M. *The Bribery Act 2010*. Oxford, 2010.

RASSAT, P.; LAMORLETTE, T. *Guide critique et sélectif "paradis ficaux" à l'usage des particuliers. Peut-on réduire légalement ses impôts placements à l'etranger... ou en France?* 2. ed. Paris, 1997.

REOS, O. A. Efectos económicos de la corrupción. *Ética y Gobernabilidad*, 7, 2005.

RIJKEN, C. Re-balancing security and justice: Protection of fundamental rights in police and judicial cooperation in criminal matters. *Common Market Law Review* 47/5, 2010.

RÍO FERNÁNDEZ, L. DEL. El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad. *Diario La Ley*, 6520, 2008.

RIOJA GARCÍA, M. El Tratado de Lisboa: reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Especial referencia al ámbito de la cooperación judicial penal. *Unión Europea Aranzadi*, 4, 2009.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *Principios de ética pública. ¿Corrupción o servicio?* Madrid, 1993.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N. Cooperação judicial penal e Ministério Público Europeu. *Revista dos Tribunais*. vol. 834. São Paulo: Ed. RT, abr. 2005.

_____. Globalización de la delincuencia versus globalización de la justicia penal: una lucha desigual. *Revista Xurídica Galega*, 37, 2002.

_____. La corrupción de funcionario público extranjero en el derecho penal chileno a la luz del convenio de la OCDE de 1997 (aspectos procesales). AA.VV. *Chile en el Club de los países desarrollados*. Santiago, 2010.

RODRÍGUEZ SOL, L. El empleo de la videoconferencia en la asistencia judicial penal internacional. *Diario La Ley*, 6737, 2007.

ROSE-ACKERMAN, S. Corruption and development. AA.VV. *Annual World Bank Conference on Development Economics 1997*. Washington D. C, 1998.

ROXIN, CLAUS. El proceso penal y los medios de comunicación. *Revista del Poder Judicial*, 55, 1999.

_____. *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima, 2006.

SÁNCHEZ MORÓN, M. El pacto de Estado para la reforma de la justicia. *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, 13, 2001.

SCARANCE FERNANDES, A. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo, 2010.

_____. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. AA.VV. *Sigilo no processo penal. Eficiência e garantismo*. São Paulo, 2008.

SCHILLING, F. *Corrupção: ilegalidade intolerável?* São Paulo, 1999.

SCHOMBERGER TIBOCHA, J.; LÓPEZ MURCIA, J. D. La problemática actual de los paraísos fiscales. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 10, 2007.

SCHÜNEMAN, B. ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo? AA.VV. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid, 2002.

_____. ¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica. *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*. Buenos Aires, 2010.

_____. *¡El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado Liberal de Derecho*. Bogotá, 2007.

_____ ¿Peligros para el Estado de Derecho a través de la europeización de la Administración de Justicia penal. AA.VV. *El Derecho Procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*. Madrid, 2006.

SHECAIRA, S. S. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro, 2010.

SIEBER, U. El futuro del Derecho Penal europeo. Una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo. AA.VV. *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: Nuevos desafíos del Derecho Penal europeo e internacional*. Cuenca, 2010.

SILVA OCHOA, J. C. DA. El Tratado de Lisboa: tres consideraciones sobre un espacio común de libertad, seguridad y justicia. *Unión Europea Aranzadi*, 10, 2009.

SUÁREZ SÁNCHEZ, A. *El debido proceso penal*, Bogotá, 2001.

TANZI, V. La corrupción y la actividad económica. AA.VV. *Las termitas del Estado: Ensayos sobre corrupción, transparencia y desarrollo*. México, D. F, 2008.

_____; DAVOODI, H. Corrupción, inversión pública y crecimiento. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 21, 2001.

THOMPSON, J. B. *El escándalo político. Poder y visibilidad en la era de los medios de comunicación*. Barcelona, 2001.

TIEDEMANN, K. El futuro del proceso penal europeo. AA.VV. *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Valencia, 2006.

TIRADO ESTRADA, J. J. La audición por videoconferencia como instrumento de auxilio internacional en el proceso penal. Especial referencia a su compatibilidad con el ordenamiento jurídico interno español. *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, 3, 2003.

_____. Cooperación judicial internacional en el ámbito iberoamericano. Balance y perspectivas. Especial referencia a los procesos de instauración de medidas estruturales de relación, organización y coordinación. AA.VV. *Mecanismos de cooperación judicial internacional*. Pamplona, 2006.

TOHARÍA, J. J. *Opinión pública y justicia. La imagen de la Justicia en la sociedad española*. Madrid, 2001.

URBANO CASTRILLO, E. DE. El Tratado de Lisboa y el espacio común de justicia: observaciones críticas. *Unión Europea Aranzadi*, 10, 2009.

VALLE GÁLVEZ, A. DEL. Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa. AA.VV. *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Madrid, 2008.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L. Pautas metodológicas para elaborar un nuevo Código Procesal. AA.VV. *La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Madrid, 1989.

VERGOTTINI, G. DE. *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Madrid, 2011.

VERVAELE, J. A. E. Derechos fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: el *ne bis in idem* praetoriano del Tribunal de Justicia. AA.VV. *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*. Valladolid, 2008.

_____. *El derecho penal europeo*. Buenos Aires, 2010b.

_____. Retos principales planteados por la globalización a la Justicia criminal. AA.VV. *Terrorismo y Estado de Derecho*. Madrid, 2010a.

_____. La Unión Europea y el cumplimiento de la política comunitaria mediante el derecho penal. ¿Una *cesio bonorum* del Tercer al Primer Pilar? AA.VV. *Las sanciones penales en Europa*. Cizur Menor, 2009.

VILLORIA MENDIETA, M. *Ética pública y corrupción. Curso de ética administrativa*. Madrid, 2000.

_____; LÓPEZ PAGÁN, J. *Globalización, corrupción y convenios internacionales: dilemas y propuestas para España*. Madrid, 2009.

WERLE, G. El desarrollo del derecho penal internacional desde la perspectiva alemana. AA.VV. *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Valencia, 2008.

WORLD BANK. *Corruption in economic development: beneficial grease, minor annoyance, or major obstacle?* Washington, 1999.

XANTHAKI, H. The settlement process in the Corpus Juris and in the Acquis Communautaire. AA.VV. *Enlarging the fight against fraud in the European Union: Penal and administrative sanctions, settlement, whistleblowing and Corpus Juris in the candidate countries*. Köln, 2004.

ZANCHETTA, P. L. *Tangentopoli* entre perspectivas políticas y soluciones judiciales. AA.VV. *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. Madrid, 1996.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Corrupção: obstáculo à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, de M. Madeleine Hutyra de Paula Lima – *RDCI* 33/174; e
- Ministério Público e o controle penal da corrupção. A promotoria anticorrupção [Fiscalía] na Espanha: do modelo formal ao modelo construído, de Bruno Amaral Machado – *RCP* 7/123.

54635

El delito de cohecho de funcionarios nacionales

8

Condicionantes internacionales y principales aspectos de su nueva regulación en el Código Penal español

Nuria Matellanes Rodríguez

Profesora Titular de Derecho Penal Universidad de Salamanca (España).

Área do Direito: Penal; Internacional

Resumen: El artículo subraya la vinculación entre el concepto de corrupción y el delito de cohecho. Expone las notas más relevantes del delito de cohecho cometido por funcionarios públicos nacionales mostrando las normas internacionales que sirven de base a su punición en el Derecho Penal español, así como las características más relevantes que presenta su nueva regulación tras la reforma del Código Penal mediante la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Palabras clave: Corrupción; Soborno; Normas internacionales.

Abstract: This article highlights the relationship between the concept of corruption and bribery. It's an approach to the most important aspects of the crime of bribery committed by national public officials and shows the international rules on which the Spanish Criminal Law is based on for punishment, as well as the most important characteristics of the new regulation after the reform of the Criminal Code by the Organic Law 5/2010, June 22nd.

Keywords: Corruption – Bribery – International rules.

SUMARIO: 1. La corrupción y sus plurales connotaciones - 2. Corrupción y cohecho - 3. Lineamientos internacionales del cohecho de funcionarios públicos nacionales: 3.1 Globalización y corrupción; 3.2 Respuestas internacionales: 3.2.1 En el seno de Naciones Unidas; 3.2.2 En el ámbito de la Unión Europea; 3.2.3 Iniciativas del Consejo de Europa - 4. El delito de cohecho de funcionarios públicos nacionales: 4.1 La lesividad del delito de cohecho: las deficiencias de la actual regulación; 4.2 La nueva formulación del delito de cohecho de funcionarios nacionales operada tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal español; 4.3 Otros aspectos relevantes en la nueva regulación del cohecho de funcionario público nacional: 4.3.1 La equiparación entre tentativa y consumación; 4.3.2 La naturaleza de la dádiva; 4.3.3 La responsabilidad de las personas jurídicas - Anexo.

1. LA CORRUPCIÓN Y SUS PLURALES CONNOTACIONES[1]

"A veces, la primera y más sutil forma de corrupción consiste en no hacer nada y dejar que todo siga igual. Que nada cambie".[2] Seguramente ésta haya sido la realidad durante muchos años y la que ha llevado a la instalación del fenómeno de la corrupción en la mal llamada "cultura" de muchas sociedades.[3] La impasibilidad ante los hechos corruptos ha determinado una percepción de los mismos como hechos normales, propios de la idiosincrasia de muchos lugares,[4] que ha acabado por incrustarlos de tal modo en las prácticas cotidianas de la actuación administrativa y empresarial que resultan casi invisibles. Así las cosas, la corrupción "no se ve" y como no se ve, la consecuencia en muchos casos es que "no existe" ni a los ojos de la opinión pública[5] ni a los de

1. Este trabajo ha sido elaborado en el marco de dos Proyectos de Investigación españoles financiados por el Ministerio de Educación (DER2009-13351) y la Junta de Castilla y León (SA033A10-1). Además, la autora es miembro del "Grupo de Estudio sobre corrupción, delincuencia económica y crimen organizado" de la Universidad de Salamanca, reconocido como "Grupo de Investigación de Excelencia de Castilla y León".
2. Son palabras textuales de HEREDERO SALAMANCA, Eusebio. La corrupción en la Administración Pública desde la perspectiva policial. En: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; MUSCO, Enzo; Kunicka-Michalska, Barbara; ALMEIDA CABRAL, Jorge y otros. *Fraude y corrupción en la Administración Pública*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2003. p. 363.
3. GIL VILLA, Fernando. *La cultura de la corrupción*. Madrid: Maia, 2008. p. 83.
4. [www.transparencia.org.es/INDICE DE PERCEPCION 2010/INDICE PERCEPCIÓN 2010.htm].
5. MURIEL PATINO, María Victoria. Economía, corrupción y desarrollo. En: CAPARRÓS FABIÁN, Eduardo (coord.). *La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*. Salamanca: Ratio Legis, 2000. p. 29.

los gobiernos. Es más, seguramente ni a unos ni a otros les interesa reconocer su existencia y actuar contra ella.[6] Por ello, nota esencial de la corrupción es su carácter oculto, difícil de sacar a la luz y, en muchos casos, y eso es especialmente grave, su consideración de hecho inevitable[7] y característico de una sociedad, respecto al que no tiene sentido la lucha o bien ésta, por ineficaz, resulta inútil.

En los últimos tiempos, sin embargo, las discusiones científicas sobre los efectos de la corrupción han tenido un importante desarrollo. De un tiempo acá la doctrina se esfuerza por acercarse al tema, destapar sus entresijos y poner de manifiesto tanto las causas del hecho,[8] haciendo especial hincapié en que no se trata de un hecho inevitable o un rasgo de antropología social, como los efectos que genera sobre planos diversos, que van desde el económico, pasando por el político, jurídico o social.[9]

Se destaca como factor causal, desde un plano político-administrativo, la insuficiente tradición democrática de algunos países, en donde es escasísima la objetividad y la transparencia en la actuación de los servidores públicos, en consonancia con una casi ausencia de mecanismos de control y sanción a aquellos. Ello no implica que los países con democracias consolidadas no sufran corrupción, pues ésta también se explica en base a otras realidades apreciables en sistemas democráticos, tales como la existencia de espacios de discrecionalidad en la actuación de la Administración, la complejidad y lentitud de los procedimientos administrativos ("burocracia", en el sentido más negativo del término), los sueldos no precisamente elevados de los funcionarios, la falta de normas sobre financiación de partidos y actividades políticas... etc.

Desde un punto de vista económico, los procesos de privatización, la ampliación de sectores en libre concurrencia (sectores, además económicamente potentes y socialmente muy sensibles) o la inevitable presencia de la Administración Pública en la actividad económica conforman un campo de cultivo idó-

---

6. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio. En: _____ (coord.). *La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*. Salamanca: Ratio Legis, 2000. p. 18.
7. NIETO GARCÍA, Alejandro. ¿Es inevitable la corrupción? En: AA.VV. *Responsa iusperitorum digesta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2003. vol. 4. p. 113.
8. Una ordenación concreta y sistemática en BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *El delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros. Un análisis del artículo 445 del Código Penal*. Tesis Doctoral, p. 59 y ss.
9. Para un estudio detallado, vid. AA.VV. *La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*. En: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coord.). Salamanca: Ratio Legis, 2000.

neo[10] para la afectación del sistema de libre mercado, ya que la transparencia y neutralidad que en teoría le preside se ve fácilmente infectada por la avidez de obtención de beneficios y esto propicia la circulación de sobornos para conseguir una participación en dichos procesos.

En el plano social, ya lo hemos apuntado, es destacable el dato de la inmadurez del tejido social, que da lugar a la inexistencia de una conciencia colectiva que valore el interés común más allá de los intereses individuales. Los ciudadanos tienden a pensar que no se gana nada luchando contra la corrupción, con los elevados costes que ello implica, mientras que es posible que se vean beneficiados si la admiten o toleran.[11] La falta de respuesta social, ante conductas "que cualquiera haría", se ha acompañado de una falta de iniciativa judicial para reaccionar jurídicamente con los mecanismos sancionadores existentes en cada momento y la impunidad y la ausencia de reproche social se han convertido en un acicate de las actuaciones corruptas. En este sentido, se ha dicho que los delitos de corrupción constituyen un claro ejemplo de "delitos sin víctimas" y que ello ha contribuido a fomentar la impunidad reinante. No obstante en los últimos años, se destaca cómo pese a ser cierta la dificultad de localizar a víctimas individuales, estas víctimas existen y son identificables aunque se encuentren muy diseminadas.[12] La tarea, ahora, es impulsar una conciencia y una educación de rechazo la corrupción, que aporte una actitud resolutiva ante el empleo de los mecanismos de reacción contra ella.

Con esta misma amplitud de perspectivas, la corrupción despliega sus efectos. Un panorama de efectos tan amplio y variado que cabe calificarlo de devastador. Devastador por cuanto la corrupción incide negativamente sobre demanda y oferta agregada de tal manera que produce una disminución del PIB; rompe las reglas de la leal competencia, pues quienes no entran en el juego de la corrupción se ven desplazados del mercado; distorsiona el normal funcionamiento de la Administración Pública y difunde la sensación de que los gobernantes utilizan su poder no ya para satisfacer los intereses de los gobernados, sino los suyos propios junto con los de aquellos que les corrompen, perdiéndose así toda confianza en el funcionamiento de las instituciones y minando decisivamente el derecho de igualdad entre todos los ciudadanos. Se trata, pues, de un fenómeno que consigue, de una sola vez, mermar todos los pilares del

10. VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. Elementos estructurales para una tipificación de la corrupción en la Unión Europea. En: BAIGÚN, David; GARCÍA RIVAS, Nicolás (coords.). *Delincuencia económica y corrupción*. Argentina: Ediar, 2006. p. 162.

11. MURIEL PATINO, María Victoria. Op. cit., p. 29.

12. GIL VILLA, Fernando. Op. cit., p. 57.

Estado social y democrático de Derecho.[13] La corrupción causa una reducción de las inversiones o incluso desinversión, y tiene muchos efectos a largo plazo, entre ellos la polarización social, la falta de respeto por los derechos humanos, las prácticas antidemocráticas y la malversación de fondos destinados al desarrollo y a servicios esenciales. La desviación de recursos escasos mediante prácticas corruptas afecta la capacidad de los gobiernos de prestar servicios básicos a sus ciudadanos y de alentar un desarrollo económico, social y político sostenible. Además, puede poner en peligro la salud y la seguridad de los ciudadanos debido, por ejemplo, a proyectos de infraestructura mal diseñados y suministros médicos escasos o con fecha vencida. Lo que es más importante aún, la corrupción socava las perspectivas de inversión financiera. Pocas empresas extranjeras desean invertir en sociedades en las que existe una "carga impositiva" adicional. Las empresas nacionales e internacionales, al ofrecer sobornos para asegurarse los negocios, socavan la legítima competencia económica, distorsionan el crecimiento económico y refuerzan las desigualdades. En muchas sociedades, la sospecha pública generalizada de que los sistemas judiciales son corruptos y de que las élites cometen actos delictivos tanto en la esfera pública como en la privada menoscaba la legitimidad del gobierno y socava el Estado de derecho.[14]

Este extenso abanico de implicaciones causales y repercusiones que presenta la corrupción dificulta sobremanera su concepto. Todas estas plurales vertientes repercuten en la imposibilidad de trazar un concepto sincrético que aglutine y muestre todas las aristas del fenómeno. El término ofrece tantos conceptos como ángulos desde los que se contemple[15] y sobre ello se hace hincapié en otros aspectos de esta publicación. Es más, jurídicamente hablando no existe un propio delito denominado de "corrupción"[16] sino que más bien bajo su manto se acogen todos aquellos que revelan un uso desviado del poder para

13. CERINA, Giorgio. Corrupción y cohecho. El Derecho penal español de *iure condicto* y de *iure condendo*. En: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (coords.). *Estudios sobre corrupción*. Salamanca: Ratio Legis, 2010. p. 76.

14. Guía Legislativa para la aplicación de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* [www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/cosp/Ebook/V0653443s.pdf], p. XII.

15. GARCÍA MEXIA, Pablo. *Ética, gobierno y administración en la España contemporánea*. Disponible en: [www2.uah.es], p. 3 y ss.

16. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 22; VERCHER NOGUERA, Antonio. Introducción. En: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coord.) *La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*. Salamanca: Ratio Legis, 2000. p. 13.

obtener beneficios privados por parte normalmente de quien ejerce funciones públicas,[17] estando el delito de cohecho a la cabeza de ese grupo, pero sin que éste se halle propiamente identificado y acotado. Y además, la problemática en torno a la identificación del concepto se agranda con la aparición de la denominada y discutida corrupción privada,[18] pues la tradicional identificación de la corrupción con el abuso de "medios públicos para fines privados" es sobrepasada por conductas que se desarrollan en esferas de actividad particular y meramente mercantil.[19] Por todo ello, resulta bastante inútil embarcarse en la tarea de perfilar y adoptar un concepto preciso de corrupción, pues excede con mucho las pretensiones de este trabajo y lo más que alcanzaríamos sería un a ofrecer un concepto puramente erudito y no más válido ni más verdadero que los que existen hasta el momento y por lo tanto carente de un auténtico rendimiento eficaz a efectos interpretativos de los tipos penales.

2. CORRUPCIÓN Y COHECHO

Con ser cierto lo anterior, la abundancia de perspectivas desde las que contemplar, comprender y definir el fenómeno de la corrupción, hay un dato que permanece inalterable y que resulta incontestado sea cual sea la faceta que se adopte. Se trata de la confirmación de que en la corrupción hay un núcleo inamovible, que se ha mantenido siempre y que viene marcado por el uso abusivo del poder público mediante la aceptación o solicitud de sobornos a un sujeto privado: el delito de cohecho. Estudios muy recientes sobre esta materia hacen las siguientes aseveraciones: "La voz corrupción se entiende como cohecho, esto es, del lado activo, la promesa, ofrecimiento o concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho propio o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúa o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; y del lado pasivo, como la solicitud o aceptación por un funcionario público en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde

17. Sobre el elenco delictivo, vid. NIETO GARCÍA, Alejandro. *Corrupción en la España democrática*. Barcelona: Ariel, 1997. p. 115.

18. NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado). *Revista Penal*. n. 10, p. 55, Buenos: Aires, julio 2002.

19. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración pública. En: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; MUSCO, Enzo; Kunicka-Michalska, Barbara; ALMEIDA CABRAL, Jorge y otros. *Fraude y corrupción en la Administración Pública*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2003. p. 174.

en su propio provecho o en el de otra persona entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales".[20] "Si existe cierto acuerdo entre los estudiosos sobre las causas, los efectos y hasta los remedios que deben utilizarse en contra de la corrupción, no puede decirse o mismo respecto a al definición del fenómeno La disputa acerca de qué ha de entenderse realmente por corrupción está lejos de encontrar una solución. Remitiéndonos a la muy amplia literatura que se ha ocupado respecto del tema definitorio, limitémonos aquí a observar que, por lo que respecta al Derecho penal la corrupción siempre ha sido vinculada a comportamientos ilícitos mantenidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. En este marco, ha mantenido y mantiene una particular relevancia la tipificación legal del delito de cohecho".[21]

A nivel internacional, la voz "corrupción" ha bautizado numerosos textos internacionales: bajo los auspicios de la OEA (la *Convención Interamericana contra la Corrupción*), de 29.03.1966; el Convenio de la OCDE de *lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, de 17.12.1997; en el ámbito de la Unión Europea, el *Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea*, de 26.05.1997 o la *Decisión Marco 2003/568/JAI relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*, de 22.07.2003; en el Consejo de Europa, la *Convención penal contra la corrupción*, de 27.01.1999 y, como ejemplo más evidente, la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, de 31.10.2003, en la que pese a ocuparse de conductas variadas, justamente las que encabezan el articulado destinado a definir las conductas penales, Capítulo III, son las que denomina "soborno" y cuyo contenido encaja con el delito de cohecho.[22]

Fijándonos en particular en el derecho positivo, es nota constante en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno la identificación del cohecho con la corrupción. Así, en el caso de Suiza, Italia, Francia, Portugal o Bélgica se incluyen en los textos penales referencias expresas y directas a la "corrupción", bien sea en las rúbricas de los capítulos o secciones correspondientes, bien sea

20. BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. Op. cit., p. 58.

21. CERINA, Giorgio. Op. cit., p. 77; vid. igualmente, el interesante estudio etimológico del término cohecho realizado por este autor en su obra *La lucha contra la corrupción en el siglo XXI: el papel del Derecho Penal. Estudio crítico del delito de cohecho en Italia y en España*. Tesis Doctoral, p. 88-91.

22. Vid. Infra epígrafe 3. Lineamientos internacionales del cohecho de funcionarios públicos nacionales. 3.2.1 En el seno de Naciones Unidas.

directamente preceptos concretos, pero en todo caso, siempre, acogiendo bajo este término la figura del cohecho.[23]

El derecho español opta por una actitud algo menos decidida,[24] pero, en cualquier caso, de semejantes resultados. Es cierto que no existe un delito o grupo de delitos denominados directamente por el Código Penal como delitos de "corrupción", sino que los relacionados con este hecho son una "amalgama delictiva",[25] más que de un concepto cerrado jurídicamente, entre los que se incluyen muchos de los que se destinan a la tutela penal de la Administración Pública del Título XIX y en especial los de malversación, cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, además de otros, dispersos por el texto punitivo, como la trata de seres humanos, el blanqueo de capitales o los fraudes a la Hacienda Pública.

Pero con todo y con eso, las escasísimas referencias expresas al término "corrupción" existen y están, justamente, en las figuras de cohecho. Así, en el momento de escribir estas líneas, aún está en vigor el art. 423 del Código Penal, sobre la intervención del particular en el cohecho, según redacción que dice:

"1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que éstos (...)".

En el caso paralelo de las actuaciones de cohecho en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales, el actual art. 445 vuelve a emplear este término "1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo (...)", e incluso da un paso más al incluir el término "corrupción" en la rúbrica del Capítulo X del Título XIX, "De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales", bajo la que se incluye el citado precepto.

En todo caso, esta timidez del legislador se palpa en la inminente entrada en vigor de la reforma del Código Penal español realizada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.[26] El legislador ofrece una actitud pudorosa respecto al empleo de este término, que será empleado únicamente en tres casos:

---

23. CERINA, Giorgio. *La lucha contra la corrupción*... cit., p. 64 y ss.

24. Calificada por la doctrina como una actitud "agnóstica", idem, p. 57 y ss.

25. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Op. cit., p. 182.

26. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: Disposición Final Séptima. Entrada en vigor:

a) En el caso del cohecho contemplado desde la perspectiva del particular, la nueva redacción del art. 424 directamente atribuye el calificativo de "corruptos" a los funcionarios receptores o solicitantes del soborno.

Art. 424. 1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.

b) En el contexto de la delincuencia económica del Título XIII, en su Capítulo XI "De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores", en la nueva Sección 4.ª directamente denominada "De la corrupción entre particulares", cuyo art. 286 *bis*, acoge las prácticas de soborno en actividades mercantiles privadas, haciendo especial referencia a las entidades deportivas.

Sección IV. De la corrupción entre particulares.

Art. 286 bis. 1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

(...)

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.

c) El término continúa presente en la nueva redacción del art. 445 y en la denominación del Capítulo X del Título XIX que lo acoge.

"La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los seis meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado".

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

Art. 445.1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio (...)".

Por lo tanto, las dificultades para concretar el concepto se palpan en el uso comedido en el Código Penal de un término más que habitual en el lenguaje cotidiano y en el de los estudiosos, pero que técnicamente entraña un grado de indefinición peligroso respecto a las exigencias penales de concreción y seguridad jurídica que reclaman términos que posibiliten una delimitación lo más perfilada posible de la conducta tipificada. En cualquier caso, a los ojos del legislador, y sin prejuzgar que otras conductas pudieran estar incluidas en el fenómeno, resulta claro que la fórmula de actuación abusiva de una posición de poder, mediante la reclamación o aceptación de sobornos,[27] tanto sea en su variante más tradicional de cohecho de funcionarios nacionales, como las más recientes de cohecho de funcionaros públicos extranjeros o de organizaciones públicas internacionales o incluso de soborno en las actuaciones privadas, siempre resulta identificada como "corrupción". En definitiva, el tándem cor-

27. NIETO MARTÍN, Adán. Corrupción y abuso de poder (I). En: GÓMEZ RIVERO, Maria del Carmen (coord.). *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial.* Madrid: Tecnos, 2010. p. 751. La explicación del cohecho tomando como modelo de referencia la compraventa, ocupa lugar común en nuestra doctrina. Según esto, el cohecho es una suerte de compraventa que tiene como objeto una ventaja indebida, que es el precio que se paga por un acto contrario a los deberes legales o bien un acto que debe realizar. Desde esta estructura, se pueden entiende las diferentes categoría de cohecho, según el sujeto de la relación, según el momento en que se entrega o ofrece la ventaja, según el tipo de acto que se busca conseguir, sea contrario o no los deberes; con detenimiento, sobre este modelo de explicación, su utilidad y sus carencias en el caso de las conductas de cohecho subsiguiente, vid. CERINA, Giorgio. Corrupción y cohecho... cit., p. 93 y ss.

rupción-cohecho está fuera de toda duda; sinónimo indiscutible de corrupción es, sin duda el "cohecho"[28] del que se ocupa este trabajo.

3. LINEAMIENTOS INTERNACIONALES DEL COHECHO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS NACIONALES

3.1 Globalización y corrupción

El fenómeno de la globalización es un hecho, cuyo detonante es claramente económico: aparece vinculado a la necesidad de los medios de producción, tanto de abrir nuevos mercados, como de abaratar costes. Ello determina que el proceso de globalización no sea necesariamente positivo o negativo por definición. Depende de quien o controle. Y aunque no faltan voces que abogan a favor del aprovechamiento o la transformación de este fenómeno en un proyecto humanista: "La realización de ese proyecto implica construir un sistema político global que no esté al servicio del mercado global",[29] el hecho cierto a fecha de hoy es que la globalización es una forma específica de mundialización de la actividad económica desarrollada según unas políticas neoliberales que están dañando el bienestar de las clases populares del norte y del sur.[30] La globalización parece imposible sin establecer relaciones de dominación o sin dictar unas pautas homogeneizadoras impuestas por los más poderosos económicamente (Estados, empresas, *lobbys*...), que disponen de mayor poder coactivo. En otras palabras, que existen globalizadores que imponen su criterios y globalizados que no tienen otra opción más que aceptarlos.[31] De ahí que el término globalización emerge como un eufemismo bajo el que se esconde la realidad del poder que grandes grupos económicos extienden sobre todo el planeta.[32] Con ello, lo que se pierde no es sólo la identidad nacional, sino

28. Y véase cómo así lo entiende la jurisprudencia, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 102/2009, de 03 de febrero: "Los delitos de corrupción son los delitos de cohecho activo y pasivo".

29. AMÍN, Samir. *El capitalismo en la era de la globalización*. Barcelona: Paidós, 2002. p. 19.

30. NAVARRO, Vicenç. *Bienestar insuficiente, democracia incompleta: sobre lo que no se habla en nuestro país*. Barcelona: Anagrama, 2009. p. 149.

31. RECASENS I BRUNET, Amadeu. Globalización, riesgo y seguridad. En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (coord.). *Serta in memoriam A. Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1449.

32. Vid. sobre ello, GARCÍA RIVAS, Nicolás. Globalización y justicia universal: paralelismo. En: _____ (coord.). *El derecho penal frente a la inseguridad global*. Madrid: Bomarzo, 2006. p. 2 y ss.

también la capacidad de movimientos y de opciones en materias tan decisivas como los alimentos, los recursos naturales, la cultura etc.[33]

Según lo anterior, nota decisiva del movimiento globalizador es la interdependencia entre los Estados, que cada vez están más conectados unos a otros, en la adopción de sus políticas, en sus mercados...en la delincuencia y, en particular, pero no sólo (piénsese, por ejemplo, en los casos, muy significativos de la delincuencia informática o de las redes de explotación) en la corrupción.[34] Toda esta interdependencia a nivel mundial de las relaciones comerciales no es que haya traído como consecuencia una nueva figura delictiva que era desconocida hasta ahora. No; la corrupción tiene una amplia trayectoria en la historia de la delincuencia. Lo que la globalización ha revelado es que lo que siempre se concibió como una práctica interna, y por lo tanto un problema a resolver por cada Estado, ha desbordado las fronteras de éstos para pasar a ser una actividad transnacional, que reclama, consecuentemente, respuestas uniformes de la Comunidad Internacional para evitar huecos hacia los cuales pueden huir las prácticas corruptas buscando la impunidad y menor lesividad en la represión.[35] Las razones que explican esta dimensión internacional de los actos de corrupción son, sintéticamente, los siguientes:[36] (a) la economización de la sociedad: el vertiginoso crecimiento del comercio, agravando las diferencias entre los Estados; (b) el mayor desarrollo de las comunicaciones internacionales que facilita la transferencia de capitales entre los Estaos sin dejar la huella del dinero en metálico; (c) la aparición de nuevos actores en las relaciones económicas, como las grandes empresas que, en muchos casos, tienen por sí solas un potencial económico superior al del de muchos Estados; (d) la pujanza de las áreas regionales de integración de Estados, como la Unión Europea o las áreas de libre comercio, como el Mercosur, que tienden a supri-

33. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. El derecho penal ante la globalización. En: ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura; MÉNDEZ Rodriguez, Cristina; DIEGO DÍAZ-SANTOS, Maria Rosario (coords.). *El derecho penal ante la globalización*. Madrid: Colex, 2002. p. 11; BERGALLI, Roberto. Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía. En: LOSANO, M. G.; MUÑOZ CONDE, F. (corrds.). *El derecho ante la globalización y el terrorismo. Actas del Coloquio Internacional Humboldt – Montevideo – abril de 2003*, Valencia: Tirant lo Blanch – Alexander von Humboldt, 2004. p. 68 y ss.

34. SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2001. p. 90.

35. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La corrupción del agente público*... cit., p. 30.

36. BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. Op. cit., p. 81 y ss.

mir o al menos reducir las fronteras entre los Estados miembros, facilitando la libre circulación de personas y de capitales.

Todo esto ha traído consigo una floreciente elaboración de textos internacionales tendentes a organizar respuestas uniformes a nivel mundial o al menos regional contra la corrupción, que han alcanzado un volumen que hasta ahora no se había conocido.[37] Resulta imposible hacer siquiera un breve recorrido[38] detenido por todas ellas. Las pretensiones de este volumen y la consiguiente limitación de espacio impiden hacer una parada detenida en todas las respuestas internacionales en materia de corrupción. Además, la reducción del concepto a la figura concreta del cohecho y más en particular, al de funcionarios nacionales, hace demarcar nuestro breve recorrido exclusivamente a las más relevantes que contienen disposiciones sobre éste.[39]

3.2 Respuestas internacionales

3.2.1 En el seno de Naciones Unidas

En el ámbito de Naciones Unidas, ha habido dos respuestas sumamente importantes. la primera en el tiempo se enmarca en el ámbito de la lucha contra la delincuencia organizada y lo constituye la *Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, de 15.11.2000, denominada "Convención de Palermo" (lugar donde quedó abierto a la firma). Su principal orientación era la de definir las características de una "organización criminal", a la que se entiende como aquel grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más

37. PIETH, Mark. La armonización del Derecho penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio. En: _____; DELMAS-MARTY, M.; SIEBER. U. (dirs.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 299: "Los instrumentos internacionales aparecen como setas".

38. Vid. BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. El fenómeno de la corrupción y su tratamiento desde las instancias supranacionales. En: SAN MULAS, Nieves (coord.). *Dos décadas de reformas penales*. Granada: Comares, 2008. p. 237.

39. Con más detenimiento sobre los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción, vid. entre otros, de la cuesta arzamendi, José Luis de La Cuesta. Iniciativas internacionales contra la corrupción. *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología* 12/15 y ss., 2003; HUBER, Bárbara. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional. *Revista Penal* 11/41 y ss., 2003; CARRERA HERNÁNDEZ, Jesús. La persecución penal de la corrupción en la Unión Europea. En: AA.VV. *Cooperación Jurídica Internacional*. Madrid: BOE, 2001. p. 208.

delitos graves con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Entre los delitos graves se incluye directamente el cohecho, al que se refiere el art. 8.°, que dispone:

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;

a) La solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional. Del mismo modo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción.

3. Cada Estado Parte adoptará también las medidas que sean necesarias para tipificar como delito la participación como cómplice en un delito tipificado con arreglo al presente artículo.

4. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo y del art. 9.° de la presente Convención, por funcionario público se entenderá todo funcionario público o persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado Parte en el que dicha persona desempeñe esa función.

La Convención acoge directamente la conducta de cohecho contemplada desde la órbita del funcionario que es sobornado por un particular (cohecho activo) o que es él mismo quien practica los actos de corrupción (cohecho pasivo) y hace extensiva la responsabilidad a los funcionarios públicos extranjeros o internacionales, aunque ésta última es una decisión de los Estados. Es curioso comprobar como en el párrafo 2 se alude a la posibilidad de que "otras formas de corrupción" realizadas por organizaciones también pudieran ser tipificadas, pero ello queda a la libre consideración del Estado. No así en el caso del, cuya tipificación es obligatoria. El hecho de que a lo largo de los debates y discusiones de la Convención de Palermo se planteara u interés específico por

el tema de la corrupción, alentó a la elaboración de un Tratado específico sobre la materia, que fue rápidamente debatido y que tomó forma definitiva en el *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción,* de 31.10.2003, ratificada por España el 19.07.2006, cuyo art. 15 se ocupa directamente del cohecho de funcionarios públicos nacionales.

Art. 15. Soborno de funcionarios públicos nacionales.

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que, dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

El precepto ofrece una práctica identidad respecto al de la *Convención contra la Delincuencia Organizada Trasnacional*, pero su especificidad a la materia que nos ocupa, justifica que nos ocupemos de él, destacando sus datos más relevantes:

a) Se establece el imperativo a lo Estados miembros de incluir en sus legislaciones penales el delito de cohecho tanto en su variante activa como pasiva;

b) Se refiere únicamente a dos modalidades: el soborno para que el funcionario actúe en cumplimiento de sus funciones (cohecho impropio) o para que se abstenga de actuar en cumplimiento de sus funciones (una forma concreta de cohecho propio);

c) No acoge la opción de cohecho para realizar un acto contrario a los deberes propios de su función que pudieran ser ilícitos;

d) En todo caso, la realización del acto o la abstención del mismo es un elemento subjetivo. La Convención no se pronuncia sobre los posibles efectos sobre la punición de la conducta que se pudieran derivar de su ejecución o abstención efectiva;

e) Tampoco atiende a la hipótesis de cohecho subsiguiente, esto es, en el que el soborno se destina a "compensar" la acción u omisión previamente realizada;

f) Coloca en el mismo plano de responsabilidad la promesa, ofrecimiento o solicitud que la concesión o aceptación del beneficio indebido, lo cual tradu-

cido a técnica penal significa indiferencia o confusión entre actos de tentativa y de consumación.[40] ¿Es igual el caso de que se ofrezca un soborno pero el funcionario lo rechace al caso de que efectivamente se concede y es aceptado?

g) Respecto al objeto material de la conducta, no se exige que el beneficio a recibir por el funcionario tenga un contenido directamente económico. La Guía Legislativa para su aplicación reconoce expresamente que puede ser un objeto inmaterial[41] o intangible, luego queda abierto el paso a la inclusión de favores sexuales o ascensos laborales. Lo que escapa a la comprensión es que según esa misma Guía explicativa de la Convención tiene que guardar relación con el ejercicio de sus funciones.

3.2.2 En el ámbito de la Unión Europea

En el ámbito de la Unión Europea, la norma que más directamente se ha ocupado de atender al delito de cohecho de funcionarios públicos nacionales,[42] en tanto que manifestación palmaria de la corrupción, ha sido el Acto del Consejo, de 26.05.1997, por el que se establece, sobre la base de la letra *c* del apartado 2 del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea el *Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en que estén implicados funcionarios de la Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea*, que define directamente corrupción como cohecho en los siguientes términos:

Art. 2. Corrupción pasiva.

A efectos del presente Convenio constituirá corrupción pasiva el hecho intencionado de que un funcionario, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o abstenerse de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función.

Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que las conductas a que se refiere el apartado 1 se tipifiquen como infracciones penales.

---

40. La propia Guía Legislativa para la aplicación de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* cit., p. 69: "Algunas leyes nacionales podrán abarcar la promesa y el ofrecimiento en disposiciones referentes a la tentativa de soborno".

41. Idem, ibidem.

42. No se puede dejar de mencionar el Convenio establecido sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, *relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*, de 26.07.1995, cuyos arts. 2.° y 3.° atienden específicamente al delito de cohecho.

Art. 3. Corrupción activa.

A efectos del presente Convenio constituirá corrupción activa el hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario, para éste o para un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función.

Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que las conductas a que se refiere el apartado 1 se tipifiquen como infracciones penales.

Los lineamientos más importantes que se pueden destacar son los siguientes:

a) Se establece el imperativo a lo Estados miembros de incluir en sus legislaciones penales el delito de cohecho tanto en su variante activa como pasiva;

b) Contempla un amplio abanico de conductas: el soborno para que el funcionario realice un acto propio de su función (cohecho impropio),[43] para que se abstenga de actuar en cumplimiento de sus funciones (un caso de cohecho propio) y para que realice o se abstenga de realizar cualquier acto en el ejercicio de su función, lo cual permite incluir la realización de actos ilícitos (caso de cohecho propio);

c) Para el cohecho pasivo, la preposición empleada ("por cumplir") permite incorporar los casos de cohecho subsiguiente, es decir, el soborno que compensa la acción u omisión anterior; pero no cabe esta posibilidad en la fórmula activa, donde se utiliza la preposición "para" que implica necesariamente que el pacto sea anterior a la conducta o la omisión del funcionario;

d) La expresa referencia a que la ventaja sea "de cualquier naturaleza" elimina cualquier duda sobre el carácter necesariamente económico de la misma. Cabe todo tipo de contraprestación, incluso inmaterial, siempre que reporte un interés directo.

3.2.3 Iniciativas del Consejo de Europa

Desde el Consejo de Europa se han aprobado dos convenciones en materia de corrupción: *Convención penal sobre la Corrupción*, de 27.01.1999 y

43. En contra de esta posibilidad, NIETO MARTÍN, Adán. La lucha contra la corrupción en la Constitución Europea. En:_____; ARROYO ZAPATERO, Luis (corrds.) *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha, 2006. p. 74.

la *Convención Civil sobre la Corrupción*, de 4 de noviembre del mismo año. Lógicamente es la primera de ellas la que nos afecta y sobre la que es un dato relevante la reciente ratificación de España (el 28.07.2010). En sus arts .2.° y 3.° se contiene la específica atención del delito de cohecho de funcionarios nacionales en esos términos:

Art. 2. Corrupción activa de agentes públicos nacionales.

Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente, el hecho de proponer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a uno de sus agentes públicos, para sí mismo o para algún otro, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones.

Art. 3. Corrupción pasiva de agentes públicos nacionales.

Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente, el hecho de que uno de sus agentes públicos solicite o reciba, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida para sí mismo o para algún otro, o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, con el fin de realizar o de abstenerse de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones.

a) Se establece el imperativo a lo Estados miembros de incluir en sus legislaciones penales el delito de cohecho tanto en su variante activa como pasiva.

b) Se refiere únicamente a dos modalidades: el soborno para que el funcionario actúe en cumplimiento de sus funciones (cohecho impropio) o para que se abstenga de actuar en cumplimiento de sus funciones (una forma concreta de cohecho propio).

c) No acoge la opción de cohecho para realizar un acto contrario a los deberes propios de su función que pudieran ser ilícitos.

d) La realización del acto o la abstención del mismo es un elemento subjetivo. La Convención no se pronuncia sobre los posibles efectos sobre la punición de la conducta que se pudieran derivar de su ejecución o abstención efectiva.

e) Tampoco atiende a la fórmula de cohecho subsiguiente.

f) Coloca en el mismo plano de responsabilidad la proposición o solicitud que la concesión o recepción del beneficio indebido, lo cual traducido a técnica penal significa indiferencia o confusión entre actos de tentativa y de consumación.

g) Tampoco identifica el contenido del objeto material, al que denomina "ventaja indebida", admitiendo una contraprestación d cualquier naturaleza y no sólo económica.

Los condicionantes internacionales del delito de cohecho de funcionarios públicos nacionales que aquí han sido expuestos a grandes rasgos son aceptados en nuestro Derecho penal interno de manera sobrada. El imperativo de incluir en el texto interno un delito de cohecho tanto desde su vertiente activa como pasiva se cumple históricamente y se supera. Hemos visto que los textos internacionales se ciñen a posibilidades concretas de cohecho nacional, pero no impiden la punición de otras hipótesis, cosa que sí hace nuestro ordenamiento jurídico-penal. Otra cosa es que la técnica empleada a tipificar todas esas posibilites haya resultado imperfecta y requiera una revisión y reforma que es, justamente, lo que está sucediendo en estos momentos en nuestro Derecho Penal y a cuya explicación, necesariamente sucinta, nos referimos a continuación.

4. EL DELITO DE COHECHO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS NACIONALES

4.1 La lesividad del delito de cohecho: las deficiencias de la actual regulación

Una de las principales dificultades que presenta el delito de cohecho es la identificación de su objeto de tutela jurídico-penal. La respuesta a este interrogante, durante muchos años, los previos al sistema democrático, se zanjaba con la respuesta común que se ofrecía para todos los delitos con presencia de funcionarios públicos: la afección a la lealtad o fidelidad del funcionario para con la Administración en la que se integra, su probidad o el incumplimiento de los deberes que le son propios. Aparte de lo costoso de mantener esta solución para los casos en los que el cohecho se analice desde la perspectiva del sujeto particular que soborna, en un contexto democrático, el necesario fundamento garantista y limitador de la intervención punitiva que tiene la categoría bien jurídico y su carácter preexistente al ordenamiento, impide entenderlo como pura creación funcional de éste y justifica su comprensión desde un prisma material, dotado de un sustrato propio de lesividad, perfilado por referencia a los intereses sociales y constitucionales que nutren su contenido. El respeto a los deberes no justifica por sí mismo la intervención penal, sino que el cumplimiento de los mismos se justifica en su necesidad para la tutela de un auténtico interés jurídico.[44] No es que la infracción del deber que compete a

44. REBOLLO VARGAS, Rafael. Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el Título XIX, Libro II del Código Penal español (delitos contra la Administración pública). En: ARROYO ZAPATERO, Luis; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dirs.). *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* in memoriam. Cuenca:

los funcionarios vaya ignorarse por completo para explicar el significado del delito, sino que se rechaza a la hora de concretar el objeto propio y específico de tutela penal. Una concepción subjetiva del deber, que sitúe en primer plano el quebranto de los deberes y de la confianza que el Estado deposita en el funcionario, desplaza el contenido objetivo del deber a cumplir, que ha de recuperarse como bien jurídico propio de cada figura legal. En este sentido, el deber de lealtad del funcionario, la correcta ejecución de sus tareas, no es un interés penal *per se*, sino presupuesto instrumental de protección del auténtico bien jurídico.[45] No es posible sostener que en el cohecho lo que se trata de de proteger el deber del funcionario de actuar con fidelidad y lealtad y no "negociar" con sus actos, sino que habrá de individualizarse el interés cuya tutela impide aceptar que se hagan negocios con la actuación pública[46] y para ello es clave la concepción de Administración que se dibuja en el contexto de una sociedad democrática: caracterizada constitucionalmente, artículo 103, por los principios de imparcialidad, objetividad y eficacia.[47] Así construida la objetividad jurídica del delito de cohecho, sobre las bases de estos postulados constitucionales cuya afección integra la lesividad material que da forma a la antijuricidad material de los tipos las cosas toman un rumbo más adecuado.

El problema es que el encaje de esta estructura en el texto penal positivo presenta carencias, al no dar explicación a determinados casos típicos del cohecho, tal cual hoy se regulan.

a) No hay problema respecto a los casos de corrupción propia, donde la negociación tiene por objeto que el funcionario actúe o se abstenga de actuar en contra de las funciones propias de su cargo. En este caso, la vulneración de la imparcialidad está fuera de toda duda.

b) Ahora bien, en el caso anterior, lo que ya no encuentra una adecuada explicación desde el punto de vista de la lesión a la imparcialidad es la diferencia

---

Universidad de Castilla-La Mancha; Salamanca: Universidad de Salamanca, 2001. p. 552.

45. MATA BARRANCO, Norberto de la. *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella.* Granada: Comares, 2004. p. 61, citando a García Arán.

46. MATA BARRANCO, Norberto de la. El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 17/100, 2006.

47. RODRÍGUEZ PUERTA, Maria José. *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios.* Pamplona: Aranzadi,1999. p. 177; VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionarios: el delito de cohecho.* Madrid: Edersa, 1996. p. 75 y ss.

punitiva según que el acto contrario a la función sea delictivo o sólo injusto, pues aquella resulta igualmente dañada en ambos casos.

c) De manera semejante, es cuestionable el diferente tratamiento punitivo entre el caso de cohecho propio consistente en la efectiva realización de un acto indebido y el de la abstención del acto debido, pues la afección a la lesividad se revela materialmente idéntica.

d) El problema se agranda ante la imposible explicación de la vulneración de la imparcialidad en los casos de cohecho impropio, en donde el acto que realiza en funcionario es el propio de su función; y en el caso del cohecho subsiguiente, en el que la compensación es posterior a la ejecución del acto. En ambas hipótesis la imparcialidad permanece inalterada.[48]

4.2 La nueva formulación del delito de cohecho de funcionarios nacionales operada tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal español

La complejidad de la regulación del delito de cohecho hasta la fecha, caracterizado por tejer una red de opciones diversas en las que encajar las conductas protagonizadas por el funcionario, cada una con un alcance y un tratamiento punitivo diverso, junto a una única previsión para el particular, de dudoso alcance respecto a sus correlativas conductas de funcionario, han aconsejado una revisión en profundidad del delito de cohecho de funcionarios públicos nacionales en el Código Penal español, reformulando los tipos y corrigiendo de manera importante las penas ante las distintas hipótesis integrantes del cohecho, aunque no siempre con respuestas creemos que adecuadas (al final de este trabajo se introduce un Anexo con el Texto del Código Penal español sobre cohecho de funcionarios públicos nacionales).

a) En primer lugar, el nuevo art. 419, en materia de cohecho pasivo propio, sanciona la conducta del funcionario que recibe solicita o acepta soborno por realizar un acto contrario a su cargo, sin especificar si el acto indebido es delictivo o sólo injusto, pues como se ha señalado, ello no altera en absoluto la imparcialidad, no incrementa el desvalor de resultado respecto a este bien jurídicos y no merece, en consecuencia una agravación punitiva directa, salvo la que pudiera derivarse en su caso de la aplicación del correspondiente concurso. De aquí que el nuevo texto expresamente establece que en caso de que

48. Lo cual ha llevado a reclamar su impunidad, así, vid.: RODRÍGUEZ PUERTA, Maria José. Op. cit., p. 273 y ss.

efectivamente el acto realizado sea constitutivo de delito, queda abierta la vía de aplicación de las reglas generales sobre concurso.

b) Sin embargo, las señaladas razones de lesividad no permiten explicar adecuadamente el tratamiento diferenciado a nivel de pena entre el cohecho propio consistente en la efectiva realización de un acto indebido del art. 419 y el de abstenerse de realizar el acto debido recogido en el art. 420, pues la afección a la imparcialidad se revela materialmente idéntica, como así queda patente cuando el precepto da expreso recurso a la vía concursal para el caso de que la abstención pudiera ser constitutiva de delito.[49]

a) Es más, y por las razones de respeto al principio de lesividad más arriba comentadas, también debe ser objeto de censura la equiparación del art. 420 entre el cohecho pasivo propio consistente en abstenerse de realizar un acto debido y el cohecho pasivo impropio, consistente en realizar un acto propio del cargo: más que nada, como ya hemos apuntado, porque en éste último no parece que la imparcialidad quede afectada;

b) Lo que de nuevo es una reforma correcta en sede de lesividad es la supresión de la reiteración, al menos aparente, de la hipótesis de cohecho pasivo impropio que se producía entre los arts. 425[50] y 426.[51] La nueva redacción distingue, en este ámbito, las hipótesis de soborno para "realizar un acto propio de su cargo" (art. 420) y el la aceptación de ventajas "en consideración a su cargo" (art. 422);

---

49. "Es criticable que el cohecho para omitir o retrasar un acto debido constituya una hipótesis menos grave que el cohecho para realizar un acto injusto: es evidente, que no actuar cuando existe un deber de actuar equivale a actuar en contra de los deberes". BENITO SÁNCHEZ, Demelsa; CERINA, Giorgio. Apuntes sobre los delitos de corrupción. Problemas actuales y perspectivas de reforma. En: DIEGO DÍAZ-SANTOS, Maria Rosario; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coords.). *De los delitos y de las penas, hoy*. Salamanca: Ratio Legis, 2009. p. 70.

50. Art. 425.1. La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.
2. En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años.

51. Art. 426. La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses.

c) Finalmente, resulta mucho más clara la nueva regulación del cohecho subsiguiente, ahora en el art. 421, ya que la anterior (art. 425) parecía vincularlo sólo al cohecho pasivo impropio. En el nuevo art. 421 las conductas de cohecho subsiguiente, sea propio o impropio, se equiparan a su correlativa fórmula antecedente. Eso sí, esta solución reabre la polémica de cuál es el bien jurídico tutelado, pues no parece que sea la imparcialidad la que se ve afectada cuando el hecho ya se había realizado previamente sin haber mediado el soborno;

d) En esta línea, parece positiva la reforma en materia de cohecho activo, pues el art. 424 sólo la refiere a los casos de soborno antecedente, sea propio o impropio, quedando impune el cohecho activo subsiguiente en todo caso.

4.3 Otros aspectos relevantes en la nueva regulación del cohecho de funcionario público nacional

4.3.1 La equiparación entre tentativa y consumación

Entendido el cohecho como una conducta semejante a una compraventa en la que se ofrece una contraprestación por hacer o no hacer un acto, sea o no un acto contrario a la función, resulta nuclear la celebración del acuerdo entre sobornado y sobornador. Por eso, es obvia la comprensión de las conductas de "entregar", "recibir", "admitir" o "aceptar" el beneficio objeto de soborno como casos de consumación delictiva. En todos ellos está presente la celebración del acuerdo que parece afectar a la imparcialidad, pese a no ser decisivo que efectivamente el beneficio se llegue a obtener o entregar. Lo relevante, insistimos, es que el acuerdo se perfeccione, con independencia de la posterior percepción o no de la ganancia. Sobre esta base, es comprensible que se entienda consumado el delito en cualquiera de las hipótesis indicadas.

Pero por lo mismo, debería considerarse que estadios previos a la celebración del ese pacto suponen una situación de tentativa, que implica sólo un riesgo de lesión al bien jurídico. Así, los caso de las conductas de "solicitar" u "ofrecer" o "intentar corromper" pues, ¿qué sucede en caso de que el solicitante y oferente no sea atendido? Si el acuerdo no se llega a perfeccionar difícilmente podremos hablar de un daño a la imparcialidad sino, todo lo más, una situación de riesgo, técnicamente reconducible a los parámetros de la tentativa.[52]

52. En contra, exigiendo para la consumación únicamente que haya una recepción por la otra parte de la oferta corruptora y que ésta sea comprendida, RODRÍGUEZ PUERTA, Maria José. Op. cit., p. 255.

No sucede así. El Código penal iguala todas las conductas y las concibe como casos de consumación, representando un claro adelanto de intervención penal injustificable en aras del respeto a la proporcionalidad. Con ello, si la tentativa, se eleva a la consumación, desaparece el más mínimo hueco para el castigo de otras conductas aún más antecedentes que serían una tentativa de la tentativa, es decir un peligro del peligro, de imposible encaje con el principio de lesividad.

4.3.2 La naturaleza de la dádiva

Una de las más importantes polémicas sobre el cohecho se refería a la naturaleza del beneficio o ventaja que constituía el objeto del soborno. A ello contribuía la regulación positiva, que a la hora de fijar la cuantía de la pena de multa tomaba como referencia el "valor de la dádiva" y ello obligaba a restringir el objeto únicamente a los traducibles a dinero. De esta manera operaba una exclusión para los casos en los que el soborno tenía por objeto, por ejemplo, favores de naturaleza sexual.

Sin embargo, con la actual incorporación de otros términos, además del de "dádiva", ya tradicional en nuestro Derecho, tales como "favor o retribución de cualquier clase", la actual regulación acoge expresamente las premisas impuestas desde las instancias internacionales que hemos visto más arriba, que demandan una ampliación del objeto a cualquier elemento que suponga un beneficio de cualquier clase. Como indica expresamente la *Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, "la figura delictiva debe abarcar los casos en que no se ofrezcan ningún regalo ni otro artículo material. De este modo, los beneficios indebidos podrán ser tangibles o intangibles, y tanto pecuniarios como no pecuniarios".[53] Además, la eliminación del modelo de multa proporcional y la opción a favor del sistema de días-multa, elimina cualquier duda al respecto de la naturaleza necesariamente económica de la prestación y ahonda en la comprensión de que da cabida a todo tipo de beneficio y en cualquier cuantía: desde honras, reconocimientos sociales, hasta sumas de dinero efectivas, pasando por bienes, propiedades, o incluso favores laborales o sexuales.

4.3.3 La responsabilidad de las personas jurídicas

La tradicional reticencia a incluir esta nueva forma de autoría penal se ve definitivamente desbancada por la reforma del Código Penal. La responsabi-

53. Guía Legislativa para la aplicación de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* cit., p. 69.

lidad penal de las personas jurídicas ha entrado en nuestro Derecho y parece decidida a quedarse, dada la amplitud con la que se perfila. Su régimen jurídico general se incluye en el art. 31 *bis*:

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

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

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

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

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

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades;

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos;

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito;

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

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

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

Los criterios de imputación que maneja para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica son dos: (a) el modelo de vicarial, o de atribución a la persona jurídica de los hechos de sus representantes; (b) el del culpabilidad o responsabilidad propia, esto es, derivada de un defecto de organización o autorregulación que produce una ausencia de control por parte de los representantes o administradores sobre terceras personas que cometen el delito. Ambos modelos de responsabilidad se incorporan en los dos apartados del párrafo 1 del art. 31 *bis*.[54] De otro lado, se trata de un sistema de *numerus clausus*, aplicable sólo a los casos expresamente indicados en el Código y que no son precisamente escasos. El texto se salpica de incorporaciones a esta nueva forma de responsabilidad y así, y sin pretensión de exhaustividad, cabe citar los siguientes: tráfico ilegal de órganos (art. 156 *bis* 3), trata de seres humanos (art. 177 *bis* 7), corrupción y prostitución de menores (art. 189 *bis*), hacking (197.3), estafa (art. 251 *bis*), sabotaje informático (art. 264.4), corrupción entre particulares (art. 288), delitos contra la Hacienda Pública (art. 310 *bis*), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 *bis* 4), delitos urbanísticos (art. 319.4), delitos contra el medio ambiente (arts. 327, 328.6), falsificación de tarjetas de crédito (art.399 *bis* 1), tráfico de drogas (art. 369), tráfico de influencias (art. 430), financiación del terrorismo (art. 576 *bis*)...

54. Sin embargo, considerando que el modelo que se impone es el de responsabilidad propia, sobre el vicarial, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Curso de derecho penal. Parte general*. 2. ed. Barcelona: Experiencia, 2010. p. 549 y ss.

etc. Entre todos ellos se encuentra también el cohecho de funcionarios nacionales en el nuevo art. 427.2.[55]

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

– Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

– Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.

– Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

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

Ya desde los textos internacionales, especialmente la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, se alentaba su utilización en esta materia, si bien no se hacía un pronunciamiento claro y directo acerca del recurso al Derecho penal. Más bien se dejaba a los Estados la capacidad de elegir la fórmula de sanción, penal, administrativa o civil que les resultara más adecuada.[56]

En todo caso, en lo que a nuestro sistema de regulación de cohecho se refiere, es de destacar que la contundencia punitiva que revela un sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas, que teóricamente genera una automática ampliación de sujetos potencialmente responsables, se desvanece debido a las notables repercusiones que provoca el régimen de exclusiones que incluye el art. 31 *bis*. La supresión de responsabilidad para el "Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos Re-

55. Así como el de funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales (art. 445.2).

56. Art. 26 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.
"1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa (...)."

guladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, los partidos políticos y sindicatos, las organizaciones internacionales de derecho público, (...) aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general", si bien justificable por las necesidades de pervivencia de la estructura estatal, supone un importante recorte en el abanico de responsables del delito de cohecho y hace que la responsabilidad de los entes jurídicos quede reducida, prácticamente, tan sólo al caso del cohecho activo, es decir, a la práctica de sobornos por parte de particulares dotados de personalidad jurídica.

Para estos sujetos, las pena que se contempla como imperativa es la de multa que si bien sigue el sistema de días-multa, contiene la previsión alternativa de la multa proporcional para el caso de que esta última resulte más elevada, evitando así los posibles efectos privilegiantes y desincentivadores de una multa penal que pudiera resultar más barata que las ganancias reportadas por el delito. En todo caso, se faculta al juez para imponer otras penas previstas para los entes jurídicos, tales como la disolución, suspensión de actividades, clausura, prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió el delito, inhabilitación para obtener subvenciones, ayudas o contratos e intervención judicial (nuevo art. 33.7).

ANEXO

TEXTO DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL SOBRE COHECHO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS NACIONALES SEGÚN REFORMA REALIZADA POR LA LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO

Art. 419. La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.

Art. 420. La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor

o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a siete años.

Art. 421. Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos.

Art. 422. La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.

Art. 423. Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

Art. 424. 1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.

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

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

Art. 425. Cuando el soborno mediare en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por

análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año.

Art. 426. Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.

Art. 427. 1. Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión.

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

– toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea;

– toda persona puesta a disposición de la Unión Europea por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de la Unión Europea;

– los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea no les sea aplicable.

Asimismo, se entenderá por funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión el que tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro.

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

– Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

– Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.

– Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras *b* a *g* del apartado 7 del art. 3.3.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas, de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre e Eduardo A. Fabián Caparrós – *RBCCrim* 81/7; e
- Su majestad la corrupición, de Teodosio A. Palomino – *RDT* 133/327.

54636

9 CORRUPCIÓN POLÍTICA Y DERECHO

RAFAEL BUSTOS GISBERT

Profesor Ordinario de Derecho Constitucional - Escuela Judicial (España).

RESUMEN: el presente trabajo se centra en el papel del derecho como instrumento contra la corrupción política. Parte de un concepto de corrupción política basado en el modelo principal-agente. En este modelo el Derecho es una fuente importante de obligaciones tanto jurídicas, como políticas. Se argumenta que debe diferenciarse claramente entre la responsabilidad jurídica y la política pues tal distinción puede ser muy útil para recuperar la obligación de los gobernantes de respetar el Derecho en la responsabilidad política.

PALABRAS CLAVE: Corrupción - Corrupción política - Derecho y corrupción política - Responsabilidad política y responsabilidad jurídica.

ABSTRACT: The article focuses on the Law as an instrument against political corruption. The starting point is the concept of political corruption based on the principal-agent model. In this model, the Law is an important source of judicial and political duties. It assesses the importance of making a clear distinction between judicial responsibility and politics making it a very useful instrument in order to make the governors respect the Law in their political responsibility.

KEYWORDS: Corruption - Political corruption - Law and political corruption - Political and judicial responsibility.

SUMARIO: 1. Un concepto de corrupción: el modelo principal-agente - 2. El modelo principal-agente aplicado a la corrupción política - 3. El respeto *cualificado* al Derecho como componente esencial del marco normativo de referencia aplicable a los gobernantes - 4. Respeto *cualificado* al Derecho y confusión entre responsabilidad política y responsabilidad penal: efectos - 5. Algunas consecuencias de la confusión entre responsabilidad política y responsabilidad penal: desprestigio de la política y desprestigio del poder judicial - 6. Recuperar la política para recuperar el Derecho.

Muchos son los conceptos de corrupción que se han propuesto según los muy diversos puntos de vista desde los que es posible analizar un fenómeno que presenta múltiples facetas. Desde quienes se han centrado en definirlo a partir de lo socialmente tolerado en un momento y lugar concretos, hasta quienes lo analizan exclusivamente desde la perspectiva del Derecho pasando por quienes realizan definiciones exclusivamente económicas.[1] En estas breves páginas no pretendemos alcanzar un objetivo tan amplio. Tan solo deseamos examinar una cuestión muy concreta. La relación entre corrupción política y Derecho. Cuestión que ha sido objeto de nuestras preocupaciones en otros trabajos de manera parcial, pero a la que no hemos dedicado un tratamiento monográfico en ninguna ocasión.[2] Es hora, pues, de plantearse una pregunta que ha sobrevolado a lo largo de los mismos de manera permanente sin que nunca hayamos intentado contestarla con claridad: ¿cuál es el papel del Derecho en la lucha contra la corrupción política? O si se quiere de otro modo ¿puede el Derecho ser un instrumento eficaz para enfrentarse a la corrupción política? Quede claro que hablamos de corrupción *política*. No de otras formas de corrupción en las que el papel del Derecho es evidente desde una perspectiva tanto represiva como preventiva. Es la adjetivación de la corrupción como *política* la que nos genera dudas respecto a la eficacia del Derecho en su combate.

Para contestar a la pregunta planteada debemos comenzar optando por un determinado concepto *neutral* de corrupción (y de corrupción política). *Neutral* en el sentido de no vinculado a una definición exclusivamente *jurídica* de corrupción, pues de lo contrario partiríamos, creo, de una premisa engañosa (cuando no tautológica) que introduce desde el principio al Derecho en un análisis que, precisamente, quiere definir cuál es su papel. Definida la corrupción política abordaremos las diferencias existentes entre la responsabilidad jurídica y la responsabilidad política por actos de corrupción política. A partir de tal distinción podremos abordar las dificultades derivadas de una forma errónea de juridificar la lucha contra la corrupción política para poder finalizar proponiendo alguna respuesta a las preguntas planteadas.

---

1. En estos temas nos hemos detenido en Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional* 25/73-79. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.

2. En el trabajo recién citado y en Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario. *Teoría y Realidad Constitucional* 19/135 y ss. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2007, y en Responsabilidad política y responsabilidad penal: dos conceptos radicalmente distintos. *Jueces para la Democracia* 60/56 y ss. Madrid, 2007.

1. UN CONCEPTO DE CORRUPCIÓN: EL MODELO PRINCIPAL-AGENTE

Una forma de aproximación, a nuestro entender, útil para el análisis jurídico de la corrupción política procede de la Economía y de la Sociología fundamentalmente y consiste en la aplicación de modelos de análisis sustentados en la relación agente-principal.[3] Puede que sea cierta la crítica de quienes consideran que este tipo de análisis no lleva tanto a un concepto como a una pura descripción, pero aún así constituye una descripción plenamente útil para lo que estamos buscando que no es otra cosa que permitir una determinación de todos los elementos del concepto capaz de ser objeto de análisis jurídico.

En la descripción del modelo nos parece que la aportación de Gambetta[4] resulta particularmente esclarecedora en cuanto pretende establecer una suerte de *mapa analítico* de la corrupción. Esto es, un conjunto de rasgos específicos y comunes a todo tiempo y lugar cuyo contenido concreto puede ser cambiante, pero que han de estar presentes para que podamos hablar de corrupción en general. Para ello trata de alejarse intencionadamente de consideraciones jurídicas, éticas y económicas.

El caso "tipo" descrito por Gambetta[5] requiere la presencia de tres actores en todo fenómeno de corrupción. El sujeto que confiere la confianza (*trust*) a un tercero para gestionar determinados recursos (*T*, en cuanto *truster*) que actúa como principal; el agente que la recibe (*F*, en cuanto Fiduciario) y el corruptor (*C*). *T* podrá ser un sujeto individual o colectivo. *F* es alguien que actúa en nombre de *T*. Y *C* es alguien cuyos intereses se ven afectados por las acciones de *F*.

El esquema básico de funcionamiento, siempre siguiendo a Gambetta, de la corrupción sería: *C* quiere recursos que se supone que *F* no puede darle dadas las condiciones de su relación con *T*. Por ello de alguna manera *C* compra a *F* para que a pesar de la citada relación con *T* le confiera los recursos deseados.

---

3. Tomamos ya este modelo como referencia en nuestro trabajo ya citado en nota 1 y en el publicado previamente Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario cit., p. 138-139. Modelos agente principal son, con matices, utilizados por ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. BULL, Martin J.; NEWELL, James L. (incluyendo el buen trabajo de HOLMES, Leslie incluido en el trabajo editados por éstos) *Corruption in contemporary politics*. Londres: Palgrave, 2003.

4. GAMBETTA, Diego. Corruption: an analytical map. In: KOTKIN, Stephen; SAJÓ, Andras (eds.). *Political corruption in transition: a skeptics handbook*. Londres: CEU Press, 2002. p. 33 y ss.

5. Idem, p. 35 a 39.

Este esquema presupone la existencia de una relación anterior al comportamiento corrupto entre el principal *T* y el agente *F*. Una relación que se explica a partir de un "juego de confianza básica", en el que *T* acepta encomendar determinados recursos a *F* en cuanto espera que servirá sus intereses y no su propio interés personal. Para ello *T* y *F* acuerdan una serie de reglas vinculantes de las acciones correctas que *F* ha de llevar a cabo (a_r, *right actions*) y de las acciones que se consideran erróneas (a_w, *wrong actions*). Para el principal *T* el conjunto de acciones a_r siempre será preferido al conjunto a_w de modo que si piensa que el agente *F* va actuar infringiendo las reglas preestablecidas estará mejor no confiriéndole la gestión de recursos transmitida.[6] Para evitar rupturas involuntarias de las reglas o la comisión de errores, *F* debe conocer perfectamente las preferencias de *T* ordenando con claridad a_r y a_w. La corrupción es, por tanto, una ruptura por parte de *F* de la relación de confianza (*trust*) al hacer a_w o al dejar de hacer a_r como consecuencia del beneficio obtenido procedente de *C*. Nótese, no es ocioso insistir, que para que el intercambio corrupto se produzca, *T* debe previamente haber reclutado a *F* puesto que si no tiene capacidad de decisión no tiene capacidad real para romper la relación con de confianza. Por ello, *F* tiene que ser, necesariamente, un agente digno de la confianza de *T*.

En este modelo suele darse un "juego de apariencias" puesto que si *F* quiere continuar obteniendo los beneficios suministrados por *C*, deberá seguir aparentado que es digno de la confianza depositada en cuanto esta podría serle retirada (y con ello la capacidad de decisión involucrada) inmediatamente, produciéndose lo que Garzón Valdés, denomina una suerte de "adhesión retórica al sistema normativo de referencia".[7] Por ello, será habitual que estos comportamientos se mueven en el terreno de lo secreto que, sin embargo, no será necesario cuando la corrupción sea generalizada pues bastará la mera hipocresía de todos los agentes implicados.

Los concretos motivos de la desviación de *F* respecto a las reglas establecidas por el principal *T* (a_r y a_w) son, para Gambetta, irrelevantes, pero deben ser consecuencia del intercambio con *C*. Esto es, *C* ha de ofrecer algo (*M**) a *F* para que este ignore las reglas de modo que $a_w + M^*$ sea, para el agente *F*, preferido a a_r.

---

6. Si bien, señala Gambetta puede ocurrir que *T* acepte a_w de *F* como "segunda mejor opción" en cuanto que no encuentre a ningún *F* que lo haga mejor.

7. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Acerca del concepto de corrupción. In: LAPORTA, Francisco José; ALVAREZ, Silvina (eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza, 1997. p. 49.

Este esquema básico presenta tres variantes interesantes: aquellas en las que *F* y *C* coinciden (corrupción de tipo nepotística en la definición del autor citado, aunque puede abarcar supuestos diferentes de lo habitualmente considerado como nepotismo); aquellos en los que la presión no es de *C* a *F*, sino al revés (corrupción extorsionadora) y aquellos en los que no *C* pide tanto una actuación en contra de las reglas establecidas sino "fuera de ellas" buscando una especie de "mejor servicio".

Este es el esquema básico para el análisis de la corrupción utilizado por Gambetta. Conviene ahora que lo adaptemos a la corrupción política.

2. EL MODELO PRINCIPAL-AGENTE APLICADO A LA CORRUPCIÓN POLÍTICA

El modelo agente principal descrito es muy útil para el análisis de la corrupción política en un sistema democrático asentado en la idea de representación que tan adecuadamente se ve reflejado en este modelo.

Efectivamente, *T* en el caso de la corrupción política es el sujeto principal que transfiere la confianza política (*trust*). En ocasiones es un sujeto colectivo (el pueblo en elecciones o los miembros de una cámara parlamentaria o un ente representativo o deliberativo) y en otras ocasiones es un sujeto individual que designa a alguien para colaborar en la gestión de intereses colectivos, pero que en alguna medida está a su vez sujeto a una relación de confianza con terceros. Así en un sistema parlamentario un Ministro está sujeto a la relación de confianza establecida con T_3 – el presidente del gobierno – que a su vez está sujeto a una relación de confianza con T_2 – el Parlamento – cuyos miembros están sujetos a otra relación de confianza con T_1 – el cuerpo electoral). En un sistema presidencial, el ministro estará sujeto a la relación de confianza establecida con T_2 (el Presidente de la República) que a su vez ocupa su puesto en virtu de una relación de confianza con el pueblo como cuerpo electoral (T_1).

De esta forma en todo sistema democrático encontraremos como sujeto último que confiere la confianza (*trust*) al pueblo (T_1) si bien esta se extiende a través de una *cadena de confianzas* más o menos larga[8] a todos los sujetos que ejercen cargos públicos y que se convierten, de este modo, en fiduciarios directos (F_1) o indirectos (F_{2-n}) del pueblo.

Dado que la participación democrática se articula en los diferentes niveles de gobierno deberá poder aplicarse también a éstos lo que, por otra parte, pa-

8. Tomamos la idea de *cadenas de confianza* de MOREL OCAÑA, Luis. *El sistema de la confianza política en la Administración Pública*. Madrid: Civitas, 1994.

rece sencillo sea cual sea la fórmula democrática establecida. Así, por ejemplo, en el nivel local en caso de elección separada de Alcaldes (o presidentes de municipio) y concejales será aplicable un modelo similar al de los sistemas presidenciales y en caso de elección de los alcaldes por el pleno del ayuntamiento el modelo se parecerá al parlamentario.

Por último, la participación democrática se desarrolla también a través de los partidos políticos por lo que el esquema ha de poder aplicarse sin grandes dificultades también a los partidos políticos en cuanto respeten un funcionamiento democrático interno. Así, los militantes – T_1 – confieren una relación de confianza (*trust*) a sus representantes y compromisarios ante la asamblea general del partido – F_1 – que a su vez – T_2 – se la transmiten a los componentes de los órganos directivos – F_2 – del partido que, en ocasiones, – T_3 – podrán nombrar a terceros para colaborar en la gestión del partido – F_3 –, por ejemplo asesores de la dirección del partido.

En virtud de cada relación de confianza política *T* impone una serie de normas acerca de lo considerado correcto e incorrecto en la gestión de los intereses comunes que ha sido transmitida (las ya conocidas a_r y a_w). Si bien ha de tenerse en cuenta que dado el esquema de *cadena de confianzas*, tanto los sujetos que las otorgan como la finalidad de la confianza son diferentes por lo que muy probablemente las reglas deban ser también distintas (así hablaremos de $a_{r1\text{-}n}$ y de $a_{w1\text{-}n}$) lo que, por otra parte, parece intuitivamente muy razonable.[9] No es lo mismo la relación de confianza entre pueblo y parlamento que entre presidente del gobierno y un ministro o entre un alcalde y un concejal. Tampoco es idéntica la relación entre militantes y cúpula directiva de un partido que entre el jefe de dicho partido y alguno de sus asesores. Si las relaciones son distintas y también lo son los sujetos, parece razonable que las reglas reguladoras de la relación sean diferentes.

El funcionamiento de la corrupción política seguirá exactamente el mismo esquema diseñado por Gambetta con carácter general. Existirá corrupción política cuando *F* (político), que gestiona intereses como consecuencia de una relación de confianza (*trust*) reconducible al pueblo, directa (T_1) o indirectamente ($T_{2\text{-}n}$), quebranta las normas de conducta establecidas por aquél (a_{r1} + a_{w1}) o por quién directamente le otorgara la confianza ($a_{r2\text{-}n}$+ $a_{w2\text{-}n}$) para obtener un beneficio personal como consecuencia del precio (*M**) pagado por un tercero corruptor (*C*). La definición será también válida para la otra forma de

9. En este sentido muy claramente se pronuncian FLEMING, Jenny; HOLLAND, Ian. Advancing ministerial ethics. En el libro por ellos editado, *Motivating ministers to morality*. Aldershot: Ashgate, 2001. p. 205.

hacer política en la moderna democracia, el partido político, con tan solo sustituir al pueblo como T_1 por el conjunto de militantes. Por último, también será aplicable plenamente tanto el llamado "juego de apariencias" como los tipos especiales de corrupción apuntados en el apartado anterior.

Por ello, podemos aceptar la conclusión de Nieto cuando sostiene que al fin y al cabo la corrupción política no es más que la culminación de la ruptura del vínculo de fidelidad que une a gobernante y gobernados.[10] Podemos, así, seguir tomando como referencia, aunque con matices, el modelo apuntado por Holmes,[11] y concluir que la corrupción política debe reunir cuatro caracteres básicos.

(a) La actividad ha de ser realizada por personas o grupos que ocupan un cargo público de naturaleza representativa por elección directa o por nombramiento indirecto.

(b) El cargo público ocupado ha de implicar el ejercicio de autoridad pública derivada y de un cierto margen de decisión libre en la gestión de los recursos transmitida.

(c) Entre las razones de la comisión del acto, u omisión, reputado como corrupto debe concurrir un interés personal del sujeto. Dicho interés puede ser directo o indirecto y debe implicar un beneficio personal otorgado por un tercero (u obtenido por sí mismo si es el beneficiario directo del acto sin intervención de un sujeto corruptor).

(d) El cargo público ha de ser consciente de que sus acciones y omisiones son o pueden ser consideradas contrarias a las reglas de comportamiento establecidas por los diversos sujetos que le han otorgado la confianza para acceder al cargo público por lo que tratará de mantener sus actos en secreto.

Así definida la corrupción política se nos plantea un grave problema: la concreción de las normas reguladoras de la conducta del fiduciario. O, en los términos de Malem, la determinación del marco normativo de referencia. Porque en toda la construcción del modelo la presencia, claridad y conocimiento de las reglas de conducta del agente ocupa una posición central. Esto es, señala gráficamente Gambetta,[12] dado que la corrupción depende de la existencia de

10. NIETO, Alejandro. *Corrupción en la España democrática*. Madrid: Ariel, 1997. p. 277.

11. HOLMES, Leslie. Corruption in Center and Eastern Europe, en el libro ya citado de BULL y NEWELL, *Corruption in contemporary politics*, p. 193. Tomamos ya estas características como referencia en nuestro trabajo ya citado Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario, p. 138-139.

12. MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción, aspectos éticos, económicos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 50.

claras reglas de conducta, si resulta que éstas son oscuras, cambiantes o controvertidas, nos podemos encontrar con que la definición se convierte en inaplicable. Ya hemos podido observar que la presencia de normas incompletas o indeterminadas es uno de los constantes problemas planteados a las diferentes formas de aproximación al concepto de corrupción política. Pero, además, en nuestro caso se tratará de normas, como se ha visto, cuyo contenido y alcance es variable según el eslabón en que nos encontremos dentro de la cadena de confianzas descrita más arriba.

Sin embargo, dentro de las reglas componentes de este sistema normativo de referencia se encontrará, sin lugar a dudas, el ordenamiento jurídico vigente.

3. EL RESPETO *CUALIFICADO* AL DERECHO COMO COMPONENTE ESENCIAL DEL MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA APLICABLE A LOS GOBERNANTES

En efecto, la idea de respeto al Derecho lejos de debilitarse se ha fortalecido a lo largo de la evolución del sistema representativo. Este proceso de fortalecimiento ha sido paralelo al debilitamiento de la presencia de normas de conducta no jurídicas. Parece razonable que los vacíos normativos generados por la inaplicación de normas éticas de conducta de imposible identificación hayan generado una cierta *huida hacia el Derecho* que compense las lagunas descritas. Sin embargo, antes de entrar a valorar ese proceso conviene que determinemos mejor el papel del Derecho en la fijación de las normas de conducta de los políticos.

Como bien señala Garzón Valdés,[13] el sistema normativo de referencia cuando hablamos de corrupción política es el de "la democracia representativa institucionalizada en el Estado de Derecho". En el mismo sentido, Lord Nolan recuerda que el punto de partida para enfrentarse a problemas de corrupción ha de ser el Derecho Penal.[14] Efectivamente, es el Derecho el que compone esencialmente el contenido de las reglas que han de regir las conductas de los gobernantes en un Estado de Derecho. Es en el Derecho donde encontraremos la definición clara de las reglas que establecen qué acciones son correctas y cuáles son incorrectas. Reglas que en ocasiones, las más, son comunes a todos los ciudadanos y reglas que en otros supuestos se dirigen en exclusiva a los

13. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, op. cit., p. 64-65.

14. NOLAN, The Right hon. Lord. Motivating ministers to morality. In: FLEMING, Jenny; HOLLAND, Ian (eds.), op. cit., p. 14-15.

gobernantes. Reglas que establecen los parámetros de conducta mínimos exigibles a todos los ciudadanos (en el código penal las que merezcan el máximo desvalor social, pero también en las relaciones entre privados y con los poderes públicos) y específicamente dirigidas a los gobernantes (desde obligaciones de transparencia, hasta incompatibilidades pasando por la regulación de conflictos de intereses o la tipificación penal de conductas sólo realizables por determinados tipos de sujetos entre los que se encuentren los políticos). El Derecho es una fuente, si no la esencial, de las Reglas de Conducta de los políticos. Eso no tiene duda alguna. Ahora bien, no nos interesa aquí tanto el contenido de ese conjunto de reglas jurídicas conformadoras del sistema normativo de referencia (o que constituyen parte de los que más arriba hemos descrito como a_r+a_w), cuanto la forma en que opera esta sujeción al Derecho en un marco actualizado de la relación de *trust* entre gobernantes y gobernados.

En tal sentido Seibel[15] recuerda que el Estado constitucional de Derecho se asienta en la separación entre ejercicio del poder y las cualidades morales de quienes lo ostentan. La moral personal, la moral colectiva no son un instrumento aceptable de control del ejercicio del poder en el Estado de Derecho. Son la Constitución y el Derecho las bases de nuestra confianza en que quienes desempeñan el poder del Estado no lo usarán inadecuadamente. En tal sentido concluye Lopez Calera, que en todo estado Democrático de Derecho todo gobernante está sometido a una moral mínima socialmente aceptada que es el Derecho; "la moralidad básica de la política es el principio de legalidad".[16]

El cumplimiento de los estándares de ética política por los representantes del orden político será fundamental como forma de generar confianza en la Constitución y en el Estado de Derecho. Ahora bien, en el Estado de Derecho el corazón de todo estándar de ética política debe incluir el respeto a la Constitución y al Derecho. Los gobernantes deben respetar estas pautas de conducta, pero en virtud de su posición en cuanto representantes de la comunidad han de hacerlo de una forma *cualificada*. Deben, continúa el profesor alemán, "demostrar públicamente ese respeto". Ese sería el test básico al que someter a los políticos, no un test moral. Pueden ser egoístas, adúlteros o malas personas

15. SEIBEL, Wolfgang. Institutional weakness, ethical misjudgment: german christian democrats and the Kohl scandal. In: FLEMING, Jenny; HOLLAND, Ian (eds.), op. cit., p. 27-28.

16. LÓPEZ CALERO, Nicolás. Corrupción, ética y democracia. Nueve tesis sobre la corrupción política. In: LAPORTA, Francisco José; ALVAREZ, Silvina (eds.). *La corrupción política*, op. cit., p. 120-121.

y sin embargo ser unos buenos políticos para salvaguardar honradamente los intereses de una comunidad a través del respeto al Derecho.

De este modo observamos que el gobernante en el Estado de Derecho ha de tener un determinado *compromiso* con el Derecho. El político democrático de un Estado de Derecho ha de defender de manera activa la vigencia del Derecho. Y ha de hacerlo en su actividad pública y en su actividad personal. Un gobernante no comprometido con la defensa del Estado de Derecho no es un buen gobernante. No sólo ha de cumplir las normas jurídicas. Ha de defenderlas y respetarlas escrupulosamente. Debe estar en condiciones de "demostrar públicamente ese respeto" en cualquier momento. Es el propio político del Estado democrático y de Derecho el que acepta tácitamente estas reglas del juego cuando asume la confianza popular (directa o indirectamente). Y ese compromiso por tanto supone que podemos considerar vigente (si se quiere de una manera aún más acentuada que en su origen) la idea de que al gobernante, en cuanto *fiduciario o trustee* de la comunidad, mantiene una relación con el Derecho diferente que el resto de los ciudadanos. En cuanto tal está sometido de igual manera que los demás a sus reglas (con por ejemplo, vigencia de la presunción de inocencia). Pero en cuanto político está sometido a tipos especiales de reglas jurídicas (específicamente creadas para los gobernantes) y a una forma de enjuiciamiento de su comportamiento que, por ser política y no jurídica, no se asienta sobre los mismos parámetros. En definitiva esta sujeto a una forma específica de enjuiciar *políticamente* la adecuación entre su comportamiento y el Derecho asentada en el principio de culpabilidad. Esto es, asentada en la obligación personal de demostrar en cualquier momento el compromiso con la defensa y el respeto del Derecho. No es pues extraño que toda obligación ética exigida a los miembros del gobierno lo sea siempre en el contexto del estricto respeto al Derecho o que se declare formalmente el deber de todo parlamentario de defender el Derecho.

En definitiva, el gobernante está sujeto al Derecho. Pero no del mismo modo que el resto de ciudadanos. Está *cualificadamente* sujeto al Derecho porque se trata de un gobernante que goza de la confianza democrática en un Estado de Derecho lo que genera un mayor *compromiso* con el Derecho. Ahora bien, esta cualificada obligación no es una obligación que altere su status jurídico. Deberá jurídicamente respetar el Derecho igual que el resto de ciudadanos. Pero, a ese respeto jurídico se unirá otro tipo de respeto, de naturaleza política, exigible a través de los instrumentos garantizadores del correcto ejercicio del cargo público. En particular a través de la obligación permanente de rendir cuentas de sus actos en la que deberá estar en condiciones de demostrar siempre su *inocencia*.

De este modo se abre, a nuestro entender, un doble plano de actuación del Derecho como parámetro para enjuiciar la conducta de los gobernantes. En cuanto ciudadanos de un Estado de Derecho tendrán las mismas obligaciones que cualquier otro ciudadano. En cuanto *gobernantes* de un Estado de Derecho, tales obligaciones son superiores. El grado de respeto común o compartido con los ciudadanos se exige a través de los instrumentos propios de la responsabilidad jurídica. Por tanto, ante los Tribunales. Pero el grado superior de respeto (el derivado de su condición de gobernantes) no es exigible mediante los instrumentos jurídicos, es exigible mediante instrumentos políticos. Mediante la responsabilidad política.

De este modo el ordenamiento jurídico es parámetro de enjuiciamiento de los gobernantes a través de dos procedimientos diferentes (el jurídico y el político) en los que se realizan dos juicios también distintos: el del respeto mínimo de cualquier ciudadano y el del respeto cualificado sólo exigible a los gobernantes democráticos.

4. RESPETO *CUALIFICADO* AL DERECHO Y CONFUSIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD POLÍTICA Y RESPONSABILIDAD PENAL: EFECTOS

El problema que aqueja a muchas de las modernas sociedades democráticas es que progresivamente se ha ido abandonando el proceso de exigencia de la responsabilidad política de los gobernantes en general y en particular el relativo a la exigencia de ese respeto cualificado del derecho. Los motivos son variados y los hemos estudiado en otro lugar, pero lo cierto es que hoy el juicio político sobre el respeto de las normas jurídicas realizado por los gobernantes prácticamente ha desaparecido. Y la coartada principal para justificar esta desaparición por parte de los gobernantes afectados ha sido la que ha considerado que la responsabilidad política debía ser establecida sólo cuando existieran responsabilidades jurídicas. Por tanto, sólo cuando hubieran terminado los juicios pertinentes en sede judicial.

Los efectos de este planeamiento son demoledores sobre el conjunto del sistema:

(a) Se sustituye el juicio político democrático por el juicio jurídico penal.

(b) El enfrentamiento y discusión política se traslada de la sede parlamentaria a los tribunales.

(c) Se mezcla una doctrina procedente del principio democrático representativo (la responsabilidad política) con un principio del Estado de Derecho (el sometimiento de todos los ciudadanos, gobernantes incluidos, a la ley).

(d) Se confunde una responsabilidad subjetiva, por culpa o dolo (la responsabilidad penal) con una responsabilidad objetiva que además de culpa y dolo incluye la responsabilidad *in vigilando* e *in eligendo*.

(e) Se homologa un proceso de naturaleza estrictamente política por un proceso de naturaleza exclusivamente jurídica.

(f) Se sustituye la sanción política prevista para comportamientos políticos (la dimisión o el descenso en el prestigio político de los afectados, y en última instancia el veredicto del electorado) por la sanción penal.

(g) Se asume, injustificadamente, que el proceso judicial puede ser comprendido por la opinión pública exactamente igual que el proceso político.

(h) Se exige un mismo nivel de determinación de los hechos para dos supuestos radicalmente diferentes. Mientras la responsabilidad penal requiere la fijación nítida y firme de los hechos hasta conducir a un convencimiento judicial de la culpabilidad. La responsabilidad política, por el contrario, requiere sólo el convencimiento político-moral de tal culpabilidad.

(i) Se confunden parámetros de juicio radicalmente distintos: el ordenamiento jurídico penal (que incluye únicamente las conductas que merecen el máximo desvalor por parte de la sociedad), y un código de conducta más vinculado a la eficacia, la moral y la ética públicas.

(j) Se identifican, de forma inaceptable inocencia política e inocencia penal.

(k) Se sustituye la presunción de culpabilidad (política) de todo gobernante por la presunción de inocencia (jurídica) de todo ciudadano.

(l) Se acepta que los niveles de eficacia y decencia exigibles a los gobernantes sean los mismos que los exigibles al común de los ciudadanos: el respeto al código penal.

(m) Se invierte la lógica interna temporal de ambos procesos de exigencia de la responsabilidad política. Primero la responsabilidad política, en el calor del debate político, en el Parlamento, ante los medios de comunicación y la opinión pública. Después la responsabilidad penal: en las salas judiciales, con la frialdad de las formas jurídicas y sin la presencia intimidatorio ni de los medios, ni de la opinión pública.

(n) Se intercambian los argumentos utilizables: políticos en un caso, exclusivamente jurídicos en el otro.

(o) Se obliga al juez a desarrollar un rol para el que no está preparado. Deja de ser el aplicador neutro del Derecho para convertirse en el árbitro en la lucha política.

(p) Se sustituye al electorado y al Parlamento como jueces últimos del comportamiento político de los gobernantes, otorgando ese papel a jueces y tribunales.

(q) En fin se *justicializa la política* exactamente en la misma medida en que se tendrá que *politizar la justicia.*

Sobre todo desde el punto de vista de la sanción la situación es inadecuada. La presión política y mediática en que se desarrollan los juicios contra los responsables políticos hacen difícil asegurar las garantías mínimas del inculpado e impiden que la judicatura realice su trabajo con tranquilidad, sosiego e independencia. La *judicialización de la política* no conduce más que a una indeseable, y probablemente irreparable, *politización de la justicia.* Al final el poder judicial puede verse cuestionado directamente por su indudable posición de inferioridad, en lo que a legitimidad democrática se refiere, frente al poder ejecutivo y al legislativo. Por otra parte, el poder judicial siempre llegará tarde frente a la capacidad de maniobra del poder ejecutivo. En última instancia, y esta es la peor de las situaciones posibles, puede plantearse el problema, mucho más real de lo que hubiéramos pensado hace unos años como lo ha mostrado la situación en Italia o los casos de alcaldes condenados penalmente que siguen ganando elecciones, del sujeto condenado por los tribunales que continúa contando con el apoyo popular. Ha sido responsable de sus actos judicialmente, pero su responsabilidad política no ha sido nunca totalmente esclarecida porque, realmente, nunca ha explicado lo ocurrido durante su gestión pública. Al final sólo queda el desprestigio popular del poder judicial, la reducción de los controles sobre los gobernantes y el desapego ciudadano hacia toda forma de participación política. Veamos algunas de estas consecuencias con más detenimiento.

5. ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA CONFUSIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD POLÍTICA Y RESPONSABILIDAD PENAL: DESPRESTIGIO DE LA POLÍTICA Y DESPRESTIGIO DEL PODER JUDICIAL

Esta situación es ciertamente indeseable. Las confusiones generadas son de una entidad no menor, como también lo son los efectos provocados sobre el conjunto del sistema. La generalización de una visión muy negativa de los gobernantes deriva, a nuestro juicio, parcialmente de estas confusiones. El ciudadano observa con estupor cómo sus gobernantes son continuamente denunciados por sus oponentes políticos (o por grupos o personas vinculados a ellos) ante los tribunales. Se inicia entonces un terrible proceso de deslegitimación.

Por una parte los gobernantes afectados tratarán de excluir toda responsabilidad política a la espera de la muy probable consecución de la absolución penal. Por ello se negarán a ofrecer ningún tipo de explicación de sus actos fuera de la sede judicial. Proclamarán permanentemente su inocencia y negarán cualquier legitimidad a todo proceso político que suponga la imputación de comportamientos inadecuados en la medida en que, dicen, tal cosa será contraria a su presunción de inocencia. Es más, tratarán de silenciar cualquier crítica o información relativa a su comportamiento mediante su consideración como un intento de presión o de manipulación de los tribunales. Habitualmente obtendrán su certificado de "buena conducta" mediante una sentencia absolutoria obtenida gracias a la imposibilidad de probar su participación suficientemente (la presunción de inocencia penal tiene la suficiente entidad como para plantear graves problemas en este tipo de demandas), la inexistencia del nexo de causalidad (tan estricto en el caso penal), la tan habitual prescripción de los hechos o, simplemente, la enorme habilidad de unos magníficos (y caros) abogados que no están al alcance de casi ningún ciudadano.

El juez que se ocupe del caso, a su vez, se encontrará en una posición extraordinariamente delicada. Sometido al feroz escrutinio de los grupos políticos (tanto los que apoyan como los que atacan) y de la opinión pública. Los primeros tratarán de deslegitimar sus decisiones cada vez que sean contrarias a sus intereses. Arrojarán de manera permanente sobre sus espaldas dudas acerca de su independencia o de su imparcialidad, cuando no cuestionen su competencia técnica o no imputen intencionalidad política a cualquier decisión desfavorable. La opinión pública se mantendrá permanentemente informada por unos medios de comunicación que destacarán de los procesos sólo aquello que pueda considerarse *noticia* por lo que transformarán el aséptico y neutro lenguaje del Derecho en el espectacular, sesgado y atractivo lenguaje periodístico. Además no conviene olvidar que los medios de comunicación no son ajenos al mundo político por lo que según su cercanía ideológica (en el peor de los casos incluso económica) al afectado serán más o menos combativos con el juez encargado de enjuiciarle. En definitiva el juez que investigue la corrupción de un gobernante ha de saber que su vida se convertirá, casi con toda probabilidad y haga lo que haga, en un auténtico infierno.

Algo parecido le ocurrirá al Ministerio Fiscal, aunque con mayores peligros. Al escrutinio permanente de sus actos, a la valoración política de los mismos por parte de los medios y de los grupos políticos, se añadirá el problema de su status constitucional. Si se trata de un Ministerio fiscal orgánica y/o funcionalmente dependiente del poder ejecutivo, toda investigación tendrá como pecado original esta dependencia. Si es una investigación que afecta a quienes

ocupan (de una u otra forma) el poder ejecutivo, encontrará constantes problemas para garantizar su independencia en la investigación y el juicio mediático incidirá de manera inexorable en cuestionar cualquier acto procesal que de alguna manera pueda beneficiar a los sujetos investigados aunque puedan ser esenciales para garantizar los derechos procesales mínimos de cualquier ciudadano. Si se trata de fiscalías independientes el cuestionamiento vendrá precisamente de esa falta de dependencia: ¿ante quiénes rendirán cuentas por sus actos?; ¿cómo justificarán las ingentes cantidades de dinero inevitablemente gastadas en procesos de este tipo?; ¿cómo podrán explicar las razones por las cuáles resulta tan difícil demostrar la culpabilidad penal de los políticos investigados?; ¿cómo se asegurarán de disponer de unas atribuciones presupuestarias que dependen, precisamente, de aquellos a quienes deben investigar?

Finalmente encontramos al ciudadano, inocente espectador de un *circo* sin sentido. Un ciudadano que conoce los datos del proceso. Un ciudadano que descubre los actos más discutibles de un gobernante y que adquiere una convicción clara sobre su culpabilidad o inocencia. Pero la adquiere no por las explicaciones directamente ofrecidas por el afectado ni por la resolución judicial final del caso, sino a través de unos medios de comunicación simplificadores de la realidad jurídica del mismo e interesados políticamente en ofrecer una versión sesgada del asunto. Por tanto, sea cual sea la valoración social del escándalo nada o poco tendrá que ver con la valoración judicial del supuesto. Pero, además, este mismo ciudadano descubrirá, de la mano de esos mismos medios de comunicación, un funcionamiento de la justicia en el que todo, aparentemente, es discutible; donde el juez tiene nombres y apellidos y al que se acusa de todo tipo de impropiedades ante las que guarda un (a juicio del ciudadano ignorante de los *arcanos* que rigen la independencia e imparcialidad judicial) inexplicable silencio particularmente grave cuando se revela su falta de competencia en cuanto no es capaz, ni siquiera, de mantener el secreto del sumario. Para acabar de deslegitimar al juez, lo normal es que no condene al gobernante. O si lo condena, una instancia superior lo absuelve gracias a algún concepto mágico absolutamente incomprensible para el común de los ciudadanos como puede ser la prescripción, la ilegalidad de la prueba obtenida, la irretroactividad de la ley penal, la falta de imparcialidad del juez y un largo etcétera que todo buen (y caro) abogado conoce a la perfección. La posición del fiscal será aún peor. Además de todas las acusaciones que reciba el juez, recibirá las derivadas de su posición constitucional. Si es un fiscal dependiente del ejecutivo será, inevitablemente, un sujeto pagado por el poder (si no lo persigue o si no obtiene éxitos) o un traidor a quienes le nombraron (si los persigue o tiene éxito). Si es una fiscalía independiente se tratará de un sujeto

irresponsable ante nadie que gasta gran cantidad de dinero del contribuyente sin obtener resultados espectaculares.

En definitiva, el ciudadano se ve inmerso en un doble proceso de deslegitimación. Por una parte, se deslegitima a la forma de gobierno democrática y, por la otra, se deslegitima el Estado de Derecho.

Desde el primer punto de vista los gobernantes aparecen ante la opinión pública poco menos que como un conjunto de delincuentes. Los que lo son porque todo lo relacionado con sus actividades delictiva es, afortunadamente, desvelado en el proceso, encontrando comportamientos absolutamente inaceptables. El *velo de la intimidad* es levantado sin miramientos por parte de la investigación penal no sólo en lo relativo a lo que constituya o pueda constituir delito. Se conocen sus actos y sus estrategias; las fórmulas de corrupción, las prebendas (no necesariamente delictivas) obtenidas; los comportamientos más deleznables en una palabra. Pero, no lo olvidemos, a pesar de ello rara vez serán condenados en el proceso penal.

Pero, mediante este sistema no sólo se deslegitima al político corrupto. También se deslegitima a aquellos que son honrados. Algunos, una vez denunciados, llevarán para siempre la *pena de banquillo* impuesta a todo procesado por actos de corrupción. Otros, serán objeto de la inevitable e injusta generalización derivada de la pertenencia a un grupo social (*los políticos*) a los que se imputan los peores comportamientos por parte de los medios. Pues, no conviene olvidarlo, jamás será noticia que un gobernante es honrado y transparente.

El panorama final es desolador. Un Estado democrático en el que se generaliza entre los ciudadanos la impresión de que todos los gobernantes son corruptos a partir del comportamiento de unos pocos desvelado por la información que de las investigaciones judiciales ofrecen los medios de comunicación utilizando un lenguaje totalmente diferente.

Si el Estado democrático sufre como consecuencia de la identificación entre responsabilidad política y responsabilidad penal por actos de corrupción, más sufre el Estado de Derecho. Efectivamente, los procesos penales por corrupción política son objeto de la atención mediática y rara vez acaban en condena. El tratamiento mediático *traduce incorrectamente* el lenguaje del Derecho, centrándose sólo en aquello que pueda ser noticia, sin discriminar el papel relativo que cada hecho o acto procesal pueda tener en el conjunto del proceso. La crítica a jueces y fiscales será inevitable. Y subirá de tono cuanto más importante sea el caso o cuanto más eficaces sean en su labor. Por otra parte, la imagen transmitida al público será siempre distorsionada por los intereses particulares de cada medio. Así las cosas, no puede esperarse que el ciudadano tenga la más

mínima confianza en jueces y fiscales que parecen actuar de manera absolutamente arbitraria en la medida en que sus actos no son comprensibles para el común de los ciudadanos. Y cuando los ciudadanos no confían en sus jueces y fiscales la calidad de ese Estado de Derecho deja mucho que desear.

De este modo, de nuevo, se generaliza entre los ciudadanos la imagen de una justicia incompetente, incapaz cuando no sometida a los deseos de los gobernantes que actúan, por lo general, de manera absolutamente impune. En fin, en pocas palabras, una justicia que es también corrupta políticamente en los términos en los que hemos definido tales términos al principio de este trabajo.

6. RECUPERAR LA POLÍTICA PARA RECUPERAR EL DERECHO

La confusión entre responsabilidad política y responsabilidad penal por los actos de corrupción política ofrece unos resultados altamente insatisfactorios. Pero, desde la perspectiva adoptada en este trabajo, sobre todo supone la infrautilización de una herramienta tan útil como el Derecho en la lucha contra la corrupción política. Recordemos que su utilidad no deriva sólo de constituir el parámetro de juicio del comportamiento de todo ciudadano. Su utilidad, en el caso de la corrupción política, se acrecienta en cuanto que constituye una fórmula sencilla de establecer reglas de comportamiento a los gobernantes en cuanto sujetos a una relación de respeto *cualificado* de las normas jurídicas.

La confusión entre responsabilidad política y responsabilidad penal elimina, además de otras importantes cuestiones no examinadas en estas páginas,[17] ese papel del Derecho en el marco no de procesos judiciales o jurídicos de aplicación de la ley, sino del proceso político tendente, no sólo pero sí de manera relevante, a la valoración electoral periódica de los gobernantes. Y esto es lo que, a mi juicio, debemos recuperar. Curiosamente, debemos recuperar la *aplicación política del Derecho para, entre otros objetivos, conservar la correcta aplicación judicial del Derecho a los asuntos de corrupción de los gobernantes.* Esto es, debemos garantizar que el proceso político de rendición de cuentas de todo gobernante ante las cámaras legislativas, ante los medios de comunicación, ante los diferentes grupos sociales relevantes y, sobre todo, ante los ciudadanos se produzca con independencia de que exista una investigación judicial y que no dependa de los resultados de esta. Debemos conseguir *condenas e inocencias*

17. Me refiero a las normas de comportamiento ético que deben sujetar la acción de los gobernantes, véase, nuestro trabajo, Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional citado.

políticas antes de que los resortes del Estado de Derecho se pongan en marcha. Tratándose además de sentencias (políticas) emitidas por jueces infinitamente más duros que los tribunales de justicia. Debemos, en suma, garantizar la absoluta y permanente transparencia de los actos de nuestros gobernantes para que sean inmediatamente juzgados por el tribunal de la opinión pública y no olvidar que, por ello, la mentira es el peor de los delitos.

Sólo después, cuando la opinión pública ha dictado su veredicto y el asunto haya pasado a un segundo plano, deben actuar los tribunales. Con el sosiego y la tranquilidad propia de su función. Con las garantías de todo procesado que ninguna persona (ni siquiera un político) puede perder. Sin la crítica mediática ni la vigilancia política permanente. Esto es, aplicando jurídicamente el Derecho; labor para la que fueron diseñados y que saben hacer con eficacia e independencia.

El Derecho es un arma esencial en la lucha contra la corrupción política. Es esencial no sólo por su funcionamiento ordinario de regulación de los comportamientos de los ciudadanos y de los gobernantes. Es, además, fundamental en el ámbito de la corrupción policía porque permite concretar reglas de comportamiento de los gobernantes que pueden exigirse en primer término en el proceso político democrático y posteriormente en un proceso judicial. Al confundirse los dos procedimientos de rendición de cuentas (el político y el judicial) dejando sólo que se desarrolle ante los tribunales no sólo se ve afectado el Estado democrático (en cuanto pierde uno de sus elementos legitimadores básicos: la responsabilidad política), sino también el Estado de Derecho en cuanto dificulta enormemente la labor de jueces y fiscales.

Si queremos extraer todas las potencialidades del Derecho en el combate a la corrupción política deberemos recuperar su papel en la política. Deberemos pues recuperar a la política que toma como parámetro la especial vinculación del gobernante al Derecho en un *Rechtsstaat*.

Y ello porque recuperar la política en la lucha contra la corrupción de los gobernantes no sólo la dignificará, sino que también dignificará a la administración de justicia y con ello a los fundamentos básicos de un Estado Democrático y de Derecho.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A corrupção e os dilemas do Judiciário, de Flávia Schilling – *RBCCrim* 23/205;
- A corrupção: uma visão jurídico-sociológica, de Emerson Garcia – *RT* 820/440;
- Corrupção e modos de governo: desafios para a democracia, de Flávia Schilling – *RIASP* 26/241;
- Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas, de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre e Eduardo A. Fabián Caparrós – *RBCCrim* 81/7; e
- Su majestad la corrupción, de Teodosio A. Palomino – *RDT* 133/327.

54637

A IDEIA PENAL SOBRE A CORRUPÇÃO NO BRASIL 10

Da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Filosofia; Penal

RESUMO: O presente artigo trata da evolução do conceito de corrupção no Direito Penal. A partir da percepção da corrupção como simples ofensa à Administração Pública, até o momento atual, no qual ela é vista como um verdadeiro óbice ao desenvolvimento, vários são os marcos de seu entendimento. De fato, pode-se dizer que o momento atual, até em termos internacionais, retrata uma expansão penal no tratamento da corrupção. Isso leva, por outro lado, a indagação sobre a ideal legitimidade dessa opção de criminalização, bem como sobre as formas almejadas para seu combate.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção – Crimes contra a Administração Pública – Direito penal econômico – Previsões e tratados internacionais – Expansão do Direito Penal – Legitimidade da tutela penal.

ABSTRACT: This article discusses the evolution of the concept of corruption in the Criminal Law. From the perception of corruption as a mere offense to the Public Administration, until today, where it is seen as a real obstacle to development, there are several landmarks of its understanding. In fact, it can be said of the actual moment, even in international terms, that it portrays an expansion in the treatment of corruption under criminal framework. This leads, on the other hand, to the question about the legitimacy of this choice of criminality, as well as on the ways for its desired coping.

KEYWORDS: Corruption – Crimes against Public Administration – Economic criminal Law – International treaties and previsions – Expansion of criminal law – Legitimacy of the criminal protection.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A historiografia da corrupção no mundo, e, em particular, no Brasil – 3. A visão tradicional da situação penal da corrupção – 4. Os anos 1990 e a mudança de paradigmas – 5. O atual alcance da compreensão da corrupção – 6. Expansão penal ou alteração da percepção? – 7. A luta da corrupção do porvir – 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em uma das celebradas páginas da literatura modernista brasileira, Macunaíma – o herói sem nenhum caráter – repete o adágio popular de que "ou o Brasil acaba com a saúva, ou a saúva acaba com o Brasil". A alusão à corrosão propiciada por aquela espécie de formicídeo aos campos brasileiros é, aliás, ancestralmente notória. Outras formas de erosão às bases nacionais, no entanto, também são presentes, e não menos deletérias.

Tradicionalmente, e mesmo por origens históricas, sempre se conviveu com a ideia de corrupção. A formação do Estado brasileiro, contudo, talvez tenha implementado, em demasia, esse estado de coisas. A corrupção chega a ser endêmica no país, e isso é atestado por um sem-número de trabalhos e pesquisas. A pergunta fundamental, no entanto, e que pretende dar resposta a uma realidade pejorativa ao país, é prévia a tal verificação. Diz, sim, respeito a qual corrupção está a se falar.

O Código Penal utiliza tal vocábulo para a formatação de vários tipos penais. Nos crimes contra a Administração Pública, no entanto, é que mais pontuadamente se constata a noção primordial de corrupção. Mas, justamente essa visão monocular é que prejudica a observação do fenômeno global.

De tempos à esta parte, parece-se constatar uma significativa mudança, em termos internacionais, desse cenário. Verifica-se, de fato, que a corrupção é assunto mundial, e sempre presente. Diversas preocupações e convênios entre países têm pretendido o real combate em frentes variadas, não necessariamente fechado em foco estreito. A busca de um referencial outro, sempre com base na ética e no bom relacionamento entre os homens, intenta conduzir novas respostas a velhos problemas.

O objetivo do presente ensaio, em estrita colaboração com os estudos de corrupção havidos na *Universidad de Salamanca*, Espanha, não é outro do que pretender analisar a evolução do conceito profano de corrupção, alegadamente versado em uma seletividade própria de uma sociedade particularmente segregante como a brasileira na primeira metade do século XX, até a busca de novos referenciais em momento posterior à passagem dos umbrais do século XXI.

Com isso em mente, por derradeiro, o objetivo é traçar a indagação sobre a legitimidade atual de tal visão expansiva.

2. A HISTORIOGRAFIA DA CORRUPÇÃO NO MUNDO, E, EM PARTICULAR, NO BRASIL

O conceito historiográfico de corrupção, embora sempre muito presente, gera dúvidas perenes. A geração e a corrupção são inerentes à natureza, já mencionava Aristóteles.[1] Visto seu viés mais próximo ao ganho fácil, embora por vezes se sustente que ela seria benéfica ao desenrolar dos povos, sagra-se, desde já algum tempo, que seus efeitos são mais prejudiciais do que qualquer outra coisa.

• Existem menções em textos antigos, hindus e gregos, que traçam regras da boa governança. Muitos são, paralelamente, os exemplos do não governo, do caos e da corrupção. A ruína de civilizações é expressa e ligada sempre a casos de corrupção genérica; a sua queda dos governos, vinculada à perda de sua decência. Poucos casos são tão emblemáticos como a ascensão e queda de Roma.[2] Desde então, da Idade Média a Maquiavel, da exploração das Américas[3] à Revolução Francesa, da era Industrial à era de Extremos do século XX, sempre se verifica a menção a atos irregulares de líderes políticos. O mundo, enfim, sempre conviveu com a corrupção.[4]

No medievo, em particular, e até por uma questão de proximidade histórica com a percepção da corrupção no Brasil, verifica-se que os momentos de sua maior presença coincidem com as maiores crises institucionais. A Península Ibérica, Portugal e Espanha são exemplos disso. Depois dos dias de glória de D. Manuel, o venturoso, uma série de desmandos corroeu a glória portuguesa. Na Espanha, mencionam-se os anos de Carlos II como de sua máxima decadência.[5] Anos antes, ainda sob Felipe III, a política cortesã da Corte já ensaiava

1. ARISTÓTELES. *Da geração e da corrupção*. São Paulo: Landy, 2001. passim.
2. Cf. GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio. *La corrupción política en época de Julio César. Un estudio sobre la* Lex Iulia de Repetundis. Granada: Comares, 2009. p. 25 e ss.
3. Cf. em particular, SANZ TAPIA, Ángel. *¿Corrupción o necesidad? La venta de cargos de Gobierno americanos bajo Carlos II (1674-1700)*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2009. p. 27 e ss.
4. Cf. genericamente, BRIOSCHI, Carlo Alberto. *Breve história de la corrupción. De la antigüedad a nuestros días*. Trad. Juan Ramón Azaola. Madrid: Taurus, 2010. passim.
5. Cf. SANZ TAPIA, Ángel. Op. cit., p. 28 e ss.

momentos de corrupção e de reprovação.[6] Tais situações deitam sombra na América, e, em especial, no Brasil, constituindo mescla curiosa daquela realidade ibérica.

É interessante a visão da corrupção na evolução do Estado brasileiro. A origem de como a colônia foi deixada de lado, explorada e proibida de conviver com o exterior, talvez muito explique o que ocorre hoje no país. Apenas a título de recordação, consta que, ainda no achamento do Brasil, Pêro Vaz de Caminha, dando ciência a El-Rei D. Manuel, findava por solicitar favores a seu genro. Dali em diante se confundem história e corrupção.

Habib, em emblemática obra intitulada *Brasil: quinhentos anos de corrupção*, já fazia pensar sobre o assunto. Menciona, nesse particular, casos de destaque, como o da devassa da corrupção (século XVIII), do Brasil Império e do Brasil República. Consta que o mais conhecido caso de corrupção na fase colonial foi aquele envolvendo o Governador da Capitania de Goiás, D. Álvaro Xavier Botelho de Távora, Conde de S. Miguel, o primeiro alto cargo questionado em termos de corrupção.[7] Outros casos não menos dramáticos verificaram-se após o momento da vinda da família real portuguesa ao Novo Mundo, em sua desesperada fuga de Napoleão. Com a colônia tornando-se centro do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, a nova estatura dimensional do funcionalismo a tudo propiciava. Qual Felipe III já fizera em seu tempo, vendem-se cargos e vantagens, sendo sabido que "correu solta a corrupção".[8]

Em que pese o repúdio de Rui Barbosa aos mandos e desmandos do fim do Império; à sensação absolta da corrupção anterior e posterior; às chagas da República Velha, República do Café com Leite, do Estado Novo e seus momentos posteriores; ao mar de lama de Getúlio; aos mistérios das obras dos anos 1950-1960; do período militar, enfim, nada abalou mais a história do Brasil do que a era Collor. Segundo Schilling, ainda que tema antigo, a corrupção emerge com força e vitalidade no Brasil do momento Collor, onde escândalos, denúncias e, inegavelmente, uma enorme perda de apoio político, acabaram por declarar um *impeachment* anunciado.[9] A corrupção, dessa forma, começa a conhecer novo combate.

---

6. Cf. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, Santiago. *Rodrigo Calderón. La sombra del valido. Privanza, favor y corrupción en la corte de Felipe III*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 13 e ss.
7. HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção. Enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 5 e ss.
8. Idem, p. 14.
9. SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 147 e ss.

3. A VISÃO TRADICIONAL DA SITUAÇÃO PENAL DA CORRUPÇÃO

No Brasil, em que pese o fato de se utilizar do termo "corrupção", para um sem-número de crimes (como, v.g., o seriam a ideia de corrupção de menores, de corrupção de substância ou produto alimentício, de corrupção de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais) a noção diretriz de corrupção parece dizer respeito, fundamentalmente, aos crimes contra a Administração Pública.

Cuidando, na espécie, da venalidade orbitante em torno da função pública,[10] o Código pátrio cuidou da distinção das figuras do (funcionário – *intraneus*) corrompido[11] e do (*extraneus*) corruptor.[12] Não se tratando de crime bilateral, mas de ocorrência autônoma, tal segmentação sempre foi fator de dúvida sobre o momento em que se daria, ou não, o ato de corrupção.

De se lembrar, pela oportunidade, que figura próxima diz respeito à concussão,[13] que se distinguiria pela simples exigência de vantagem indevida pelo funcionário

10. Para Heleno Cláudio Fragoso, "constitui a corrupção passiva, essencialmente, um tráfico de autoridade, no qual o funcionário vende ou procura vender um ato de ofício. Objeto de tutela é a administração pública, no sentido amplo em que esta expressão é empregada pela lei penal, visando-se preservar a probidade no exercício da função. A venalidade de funcionários é crime torpe, que atinge a administração pública de várias formas". FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. São Paulo: Bushatsky, 1959. vol. 4, p. 911.

11. Corrupção passiva. Código Penal brasileiro, art. 317:
"Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
§ 1.º A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.
§ 2.º Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração do dever funcional: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa."

12. Corrupção ativa. Código Penal brasileiro, art. 333:
"Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional."

13. Concussão. Código Penal brasileiro, art. 316:
"Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, vantagem indevida:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa."

público.[14] Por basilar, entende-se da prática de uma situação no lugar da outra, conforme tenha sido a participação do particular no cenário do crime. Se é percebida uma atuação mais do que passiva deste, ou se a situação não lhe é transmitida como uma extorsão, pode-se falar em responsabilização por corrupção ativa. Caso contrário, única concussão do funcionário. O ato de corrupção genérica se faz presente, mas, em termos específicos e particulares, não.

A sede própria da corrupção, no entanto, dá-se em especial nos crimes contra a Administração Pública. Por tempos se discutiu a noção da corrupção e sua problemática, em sede de crime especial que é, quanto à coautoria. Desde Haffter a Binding, tinha-se a consideração sobre crime especial como, desde aquele crime de funcionários públicos, até, mais precisamente, normas especiais que se dirigem a um determinado âmbito de pessoas.[15] A regra codificada sobre a incomunicabilidade de circunstâncias, inserida hoje no art. 30 do CP, minimizou a problemática do caso da corrupção passiva, mas deixou claro a situação bifronte do delito.

De toda a forma, em uma das mais destacadas passagens da literatura jurídico-penal nacional, Hungria, em 1958, menciona o problema da corrupção passiva, recordando que "o afarismo, o crescente arrojo das especulações, a voracidade dos apetites, o aliciamento do fausto, a febre do ganho, a *steeplechase* dos interesses financeiros sistematizaram, por assim dizer, o tráfico da função pública. A corrupção campeia como um poder dentro do Estado. E em todos os setores: desde o *contínuo*, que não move um papel sem a percepção de propina, até a alta esfera administrativa, onde tantos *misteriosamente* enriquecem da noite para o dia. Quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia o seu gládio; mas os processos penais, iniciados com estrépito, resultam, as mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de *intermediários* deixados à própria sorte. São raras as moscas que caem na teia de Aracne. O 'estado-maior' da corrupção quase sempre fica resguardado, menos pela dificuldade de provas do que pela *razão de Estado*, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições".[16]

---

14. A própria origem do termo – do latim *concutere* – remete à noção do ato de se sacudir uma árvore para fazer cair os frutos.

15. Cf. por todos, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación*. Barcelona: Cymys, 1974. p. 12 e ss.

16. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. 9, p. 362 e ss.

A corrupção, enquanto figura típica, raramente encontrava grandes situações de corrupção. Hungria tinha absoluta razão quando mencionava a simples condenação de intermediários. Mas seria ela limitada a esse estado de coisas? Os aspectos e fronteiras da corrupção sempre foram muito além disso, e os anos próximos à virada do século pareciam antecipar esse estado de coisas.

4. OS ANOS 1990 E A MUDANÇA DE PARADIGMAS

Como bem pondera Cláudia Santos, os danos inerentes à corrupção foram, durante muitos e muitos anos desvalorados, quer por se entender ser ela muito mais ligada à realidade de países subdesenvolvidos, quer por se ignorar que o caráter bifronte dado à corrupção acaba por gerar efeitos no âmago dos crimes de colarinho branco e de crime organizado.[17]

Dando seguimento a esse entendimento, em termos internacionais, diversas medidas foram postas em debate, principalmente a partir dos anos 1990, sobre o tema corrupção. Muitas, aliás, já aceitas e adotadas pelo Brasil. Mesmo assim, não se proliferou a percepção quanto ao que venha, de fato, a ser considerado como corrupção.

Ainda nos anos 1970, a intervenção danosa da corrupção começou a se fazer presente em diversas análises econômicas.[18] A própria ONU, nesse diapasão, em virtude do grande aumento do comércio transnacional, abordou embrionariamente o tema da corrupção em transações comerciais internacionais já na Res. ONU 3.514, de 15.12.1975.

Em continuidade, no ano de 1996, foi promulgada a Convenção Interamericana contra a Corrupção, tanto doméstica quanto internacional. Para tanto, já acatando uma certa flexibilidade no conceito tradicional de corrupção, adotou, em seu art. 6.°, que poderiam ser vistos como atos de corrupção:

"*a.* a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outro benefício como dádivas, favores, promessas ou vantagens, para

17. Cf. SANTOS, Cláudia. A corrupção (da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador). In: ANDRADE, Manoel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Ananbela Miranda; ANTUNES, Maria João (orgs.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 963 e ss.

18. Cf., genericamente, DIEGO BAUTISTA, Óscar. *Ética para corruptos. Una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y administraciones públicas*. Urduliz: Desclée De Brouwer, 2009. p. 83 e ss.

si ou mesmo para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas; *b.* a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios, como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas; *c.* a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro; *d.* o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; *e.* a participação, como autor, coautor, instigador, cúmplice, acobertado, ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo."

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, criada em 1961, que pretende dar bases para a própria economia de mercado livre, principalmente junto aos países ricos, muito trabalhou em consideração à Recomendação Revisada sobre o Combate à Corrupção em Transações Comerciais Internacionais, de 1997. Isso teve efeitos significativos no Brasil, já que o Dec. 3.678/2000 acabou inserindo na normativa nacional, tais previsões.[19]

Nesse passo, foi dado o primeiro salto ampliativo em relação à consideração sobre a amplitude do termo corrupção. Deixa ela de ser limitada a um âmbito funcional da Administração Pública interna, para ganhar espaço, também, em relações comerciais internacionais.

De todo modo, diversas menções normativas internacionais propiciaram a alteração de dispositivos em muitos países europeus, sendo considerados, os anos 2000, extremamente férteis em termos de alterações legislativas sobre a corrupção.[20] Em especial, de se destacar que *XVII Congresso Internacional de Direito Penal*, da Associação Internacional de Direito Penal, ocorrido em

19. Cf. entre outros, com críticas, PRADO, Luiz Regis. Los delitos de cohecho y de tráfico de influencias en las transacciones comerciales internacionales conforme el Código Penal brasileño. *Revista de Derecho Penal y Criminologia* 1/147 e ss.

20. Cf. SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela "expansão" das normas penais sobre a corrupção. In: _____; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção. Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 6 e ss. RIQUERT, Fabián Luis. Instrumentos de derecho internacional publico para la prevención contra la corrupción. In: BAIGÚN,

Pequim, em 2004, acabou por aprovar uma série de resoluções relativas à corrupção e a delitos associados à ela. Pontualmente, acabou por entender que existe uma série de crimes aparentados à corrupção, como a fraude, apropriação indébita, extorsão, lavagem de dinheiro etc.[21]

Com tais considerações, parece bastante claro que, presentemente, quando se fala em corrupção, dista-se, em muito, dos simples preceitos dados a tipos fechados contra a Administração Pública.[22] Muito além disso, está a se falar de uma nova orientação política criminal, com derradeiros reflexos legislativos, sobre a ideia da corrupção.

5. O ATUAL ALCANCE DA COMPREENSÃO DA CORRUPÇÃO

Por tais considerações, há, verdadeiramente, de se ter a corrupção, nas palavras de Berdugo e Fabián Caparrós, como uma manifestação de uma utilização desviada de poder, que dirige seu exercício a benefício próprio ou de terceiro.[23] A percebida manifestação internacional contra medidas particulares nesse sentido, deve-se à constatação de que os supostos efeitos desenvolvimentistas da corrupção sempre foram ilusórios.

Taylor comenta esse fato, deparando-se com a mudança de visão dada ao problema, em especial quanto a uma constatação de que não mais se aceita qualquer suposto desenvolvimento oriundo da corrupção. Pelo contrário.[24] E isso não se adequa nem mesmo sob vistas de uma equação brasileira.[25] Uma vasta literatura surgida em anos próximos, leva a crer que a tendência de se

---

David; GARCÍA RIVAS, Nicolas (dir.). *Delincuencia económica y corrupción. Su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur.* Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 113 e ss.

21. BAIGÚN, David; BISCAY, Pedro. Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminaliad económica. In: BAIGÚN, David; GARCÍA RIVAS, Nicolas (dir.). *Delincuencia económica y corrupción. Su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur.* Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 14 e ss.

22. Cf. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *RBCCrim* 81/13.

23. Idem, p. 8. Outras concepções, também próximas, podem ser vistas em GARZÓN VALDÉS, Ernesto. El concepto de corrupción. In: ZAPATERO, Virgilio (comp.). *La corrupción.* México: Coyoacán, 2007. p. 11 e ss.

24. TAYLOR, Matthew M. Corruption, accountabilitty reforms, and democracy in Brazil. In: BLAKE, Charles; MORRIS, Stephen. *Corruption & democracy in Latin America.* Pittsburg: University of Pittsburg, 2009. p. 150 e ss.

25. Idem, p. 152 e ss.

refutar tais práticas não admite volta.[26] Embora não pareça de todo correta a assertiva de que a corrupção de hoje reflita uma simples degradação de valores morais,[27] já que sempre houve corrupção, ela hoje mostra-se globalizada em sua presença e em seu combate, tudo fruto acessório da própria globalização.

O que se prega, internacionalmente, é que deve-se entendê-la de formas distintas. Isso se mostra evidente nos diversos documentos e tratados internacionais. Tal qual se pontuou no Código Penal brasileiro por uma multifacetada abordagem da corrupção, vista ela em muitas figuras em que se menciona o vocábulo corrupção, hoje há de se entendê-la como um fenômeno a ser combatido em muitas frentes. Os campos de combate sobre uma nova visão da corrupção, portanto, se dividem em dois módulos distintos. Uma abordagem ampla e outra restrita. Esta última, cingida, aparentemente pela tipificação tradicional da corrupção, também merece reparos. Também se defende mudanças em seu âmbito específico,[28] notadamente percebido em uma ampliação da esfera do funcionário público, tendo-se, então, também a corrupção de atividades comerciais no setor privado, internacional e de delinquência organizada.[29] Mas não só.

A luta contra a corrupção dos governantes é tarefa de Sísifo, sem dúvida alguma,[30] mas mostra-se indispensável em um mundo moderno com matizes globalizados. Resta saber-se, no entanto, se isso é compatível, ou não, com um Direito Penal liberal e racional. Uma dúvida pontual se faz presente. Ao se pretender tais redefinições, não se estaria diante de uma simples forma de aumento simbólico da leitura penal? Admitindo que a luta contra a corrupção é, como parece ser, o objetivo de numerosos instrumentos políticos interna-

---

26. Cf. GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAÍM, Moisés. The globalization of corruption. In: ELLIOTT, Kimberly Ann. *Corruption and the global economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997. p. 7 e ss. THACKER, Strom C. Democracy, economy policy, and political corruption in comparative perspective. In: BLAKE, Charles; MORRIS, Stephen. *Corruption & democracy in Latin America*. Pittsburg: University of Pittsburg, 2009. p. 25 e ss.

27. Cf. GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*. Madrid: Civitas, 2006. p. 38 e ss.

28. Cf. na realidade italiana, BALDI, Giuliano. *I delitti di corruzione. Un'idagine strutturale e sistematiche*. Napoli: Jovene, 2003. p. 2 e ss.

29. Cf. por todos, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *La corrupción de agente público extrajero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 21 e ss.

30. Cf. BUSTOS GISBERT, Rafael. La lucha contra la corrupción de los governantes: ¿una labor imposible? In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá: Ibanez, 2008. p. 101 e ss.

cionais que acabam por obrigar os Estados-parte, a empreender ações das mais diversas – até penais – contra a má gestão pública, essa parece ser a compreensão. Ainda mais quando se menciona a ampliação da questão para, também, fronteiras outras, como a da corrupção no setor privado.[31]

6. EXPANSÃO PENAL OU ALTERAÇÃO DA PERCEPÇÃO?

Consta-se, desde algum tempo, uma evidente expansão do Direito Penal, como bem ressalta Silva Sánchez. Para o autor, já desde algum tempo, pode-se perceber, na maioria dos países, uma tendência clara de introdução de novos tipos penais, agravamento de penas já existentes, reinterpretação de garantias penais clássicas, criação de novos tipos penais, ampliação dos espaços de risco relevantes, flexibilização de regras de imputação e relativização de princípios de garantia. A isso poderia se ter por expansão do Direito Penal.[32] Outra visão, é certo, é dada por Canestrari, segundo a qual a expansão já poderia ser percebida desde os fins do século XIX, sendo notável especialmente no que diz respeito à situações como a do Direito Penal Econômico. Para ele, não se poderia dizer ser essa uma situação de novidade.[33] Em que pese a verdade das palavras do autor italiano, o atual fenômeno da expansão, em seus limites e conteúdos, em sua quebra de paradigmas e de turbação de um sistema consagrado, nunca antes se viu.

Nesse aspecto, é inegável a percepção de que a leitura da corrupção, internacionalmente, passa por um momento de expansão. A dúvida é se esta expansão é legítima ou não. Em outras palavras, a denúncia elaborada por Silva Sánchez seria sempre retrato do mal, como acusam tantos frankfurtianos, ou poderia se mostrar, em certa medida como válida, dada às particularidades do século XXI?

---

31. Cf. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; BLANCO CORDERO. La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español? In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis; HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe (ed.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir.* Madrid: Tecnos, 2003. p. 257 e ss.

32. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Madrid: Civitas, 1999, p. 20.

33. Cf. DONINI, Massimo. ¿Uma nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico. Trad. Cristina Méndez Rodríguez. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María (coords.). *Temas de derecho penal económico. III Encuentro Hispano italiano de Derecho Penal Económico.* Madrid: Trotta, 2004. p. 203 e ss.

É fato que uma série bastante grande de novas tipificações vieram à lume a partir dos anos 1980, com construções próprias e diferenciadas. Sob esse enfoque, ao se abordar a questão da nova visão sobre a corrupção convém aclarar o fato que não se está simplesmente incrementando a legislação repressiva, como que simplesmente ampliando o foco de preocupação sobre a corrupção. O que se está pretendendo, sim, é uma mudança de perspectiva sobre um tema necessariamente clássico. E com esse escopo, sim, se pode visualizar o agigantamento da preocupação.

A justificativa para tanto, vai desde a boa governança (já bradada por Aristóteles), defendida pelo Banco Mundial, que nada mais pretende refletir do que a própria qualidade do governo, mas, também, o funcionamento da economia de mercado, às relações mercantis e da Economia como um todo. Daí a se entender o problema da corrupção como um fator de Direito penal econômico.[34]

Como se sabe, existem várias formas de se entender o Direito penal econômico. Pode-se, desde a perspectiva de Sutherland, ter que o crime econômico nada mais é do que aquele realizado pelo delinquente de colarinho branco, pessoa respeitável e de elevado *status* social, no marco de sua profissão.[35] Entretanto, em termos mais presentes, melhor parece ser a distinção entre um direito econômico em sentido amplo e em sentido estrito. O primeiro poderia ser tido simplesmente o direito das atividades econômicas ou da empresa, vale dizer, como o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Já o segundo – em sentido estrito – poderia ser visto como o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na Economia.[36]

---

34. SANTOS, Cláudia Cruz. Op. cit., p. 19 e ss.

35. Cf. TIEDMANN, Klaus. *Poder económico y delito. (introducción al derecho penal económico y de la empresa)*. Trad. Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985. p. 10.

36. BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Ramón Areces, 2010. p. 12 e ss. Essa diferenciação, observa Martínez-Buján Perez, foi levada em análise no Projeto Alternativo alemão de Código Penal, na redação do Título segundo de sua Parte Especial. Assim, ter-se-ia que a categoria dos crimes econômicos seriam integrada pelas infrações que atentassem contra a atividade interventora e reguladora do Estado na Economia (Direito Penal Administrativo Econômico). Isto seria visto, assim, como um conceito mais estrito dos crimes econômicos. Em um conceito amplo, ter-se-ia todas as infrações que vulnerem bens jurídicos supraindividuais de conteúdo econômico. MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 37 e ss.

Essa recordação, também feita por Tiedmann,[37] adequa-se de forma bem posta à nova feição da corrupção.[38]

A construção penal supõe legitimidade, consoante boa parte da doutrina, em função específica da verificação de bens jurídicos protegidos.[39] Muito embora a origem da questão, que remonta a Binding, seja tida como uma forma de ampliação, e não de segurança, do Direito Penal,[40] hoje isso se pauta de maneira diversa.

Mesmo os bens jurídicos supraindividuais ganhando proporção de peso no chamado Direito Penal de Perigo,[41] é de se notar a prevalência do bem jurídico, ainda que, aqui, com novos moldes. No especial caso da corrupção, seu espectro é amplíssimo, podendo ser modulado conforme a corrupção que se esteja a tratar. Sinteticamente, no que diz respeito à clássica tipificação codificada, outra sorte não se verifica. Não se pode simplisticamente imaginá-lo como a Administração Pública, mas, sim, como a capacidade funcional do Estado.[42]

---

37. TIEDMANN, Klaus. Op. cit., p. 16 e ss. Em termos essa colocação também é feita por Donini, ao estipular uma categoria muito alargada de crimes contra a Economia em sentido amplo. DONINI, Massimo. Op. cit., p. 197.

38. Como bem pondera García Cavero, "La crisis del modelo planificado o dirigido de la economía y el reconocimiento de la necesidad del libre mercado incluso en países de política económica no liberal, ha llevado a que el Derecho penal económico no pueda quedar reducido al llamado Derecho penal económico en sentido estricto. En este sentido, resulta facilmente comprensible que exista unaminidad en la doctrina en reconocer que el Derecho penal económico debe ser definido en un sentido amplio. Sin embargo, la lógica consecuencia de esta extensión del Derecho penal económico es el surgimiento de la cuestión si los delitos patrimoniales (especialmente la apropriación indébita, la estafa y la infidelidad patrimonial) se encuentran incluidos dentro de esta definición del Derecho penal económico. Como puede verse, la definición del Derecho penal económico repercute en la extensión de esta parte especial del Derecho penal". GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*. Lima: Grijley, 2007. p. 22.

39. Cf. sobre o tema, entre outros, os diversos matizes de discussão em HEFENDELH, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. Trad. María Martín Lorenzo. In: _____. (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 179 e ss.

40. Cf. PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: ¿fragmenário? ¿subsidiario? *¿ultima ratio*? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. Trad. María Teresa Castiñeira Palou. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (coord.). *La insosteible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 428 e ss.

41. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 60 e ss.

42. Segundo Débora Thaís de Melo, "no tocante ao bem jurídico tutelado pela corrupção, dessume-se que é majoritário o entendimento a identificá-lo na tutela da capacidade

O alerta de Silva Sánchez é, pois, mais presente do que nunca, também neste quadrante. Para ele, a globalização política e cultural provoca uma tendência de universalização do Direito, e também do Direito Penal.[43] Mas a noção particular da reprovação à corrupção talvez não se macule, *in totum*, pelos pecados do Direito Penal de Perigo. Na sua essência, tem-se a ideia do ato do funcionário. O problema se mostra nas novas formas de seu combate e de sua interpretação.

7. A LUTA DA CORRUPÇÃO DO PORVIR

Muito se discute, em Direito Penal econômico (em sentido lato), sobre as teses de resistências e de sua aceitação. O repúdio às suas construções em termos de tipos de perigo abstrato, ou flexibilizações de garantias, tem colocado diversos autores[44] em lados contrários: de modernização ampliadora dos horizontes penais e de resistência a isso. Não se trata de oposições meramente ideológicas, mas a forma como tal há de se dar.

Fato é que ainda não se tem por completo as proporções ou os alcances que tais medidas pretendem ganhar.[45] De todo modo, a política criminal contrária

---

funcional do Estado, e, enquanto pressuposto desta, na proteção da confiança da coletividade depositada no Estado. Tal construção acaba, por, a nosso sentir, assentar o injusto em uma construção formal carente da devida materialidade e objetividade, a necessariamente limitar o exercício do *jus puniendi* estatal". MELO, Débora Thaís de. Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos colectivos. In: _____; BIDINO, Claudio; SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção. Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 97.

43. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 109.

44. Cf. genericamente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 73 e ss. GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 41 e ss.

45. Para Cláudia Cruz Santos, "o enorme relevo – quer em um plano teorético, quer em um plano prático – desta novidade no regime jurídico da corrupção não terá sido ainda sublinhado na sua justa medida. De facto, aquilo que tal norma significa ultrapassa em muito o consagrado em regimes jurídicos considerados particularmente adequados ao combate da corrupção por terem – como sucedeu na Bélgica a partir de 1999 – abandonado o pacto como elemento constitutivo da infracção. E ultrapassa também aquilo que seria exigível para se considerar o ordenamento jurídico da corrupção em Portugal conforme prescrito pelos instrumentos internacionais. Mesmo à luz dessas construções jurídicas, continua a afirmar-se maioritariamente que a ex-

à corrupção genérica visa uma mudança de hábitos globais. Isso se mostra particularmente caro no Brasil, onde, pelas próprias naturezas históricas e culturais, chega-se, em muitos momentos a deparar com situações de uma concussão ambiental. Imagine-se um dado evento de nítida exploração entre um funcionário público e um particular, quase que beirando a figura de uma extorsão. Em ambientes notadamente corruptos, o particular pode imaginar que, para o desenvolvimento de determinada atuação estatal seria requerida, ainda que indiretamente, uma propina. Embora se esteja diante de um *locus* honesto, a ação do particular implicaria em ato de corrupção? Ou seria este um erro escusável? Não havendo figura típica própria, inegavelmente não se pode falar em crime,[46] parece bem aceitável a necessária absolvição. Entretanto, o problema da corrupção ainda é inerente. Fundamental, assim, a mudança de aceitação e comprometimento com a corrupção. Quem sabe a partir daí se possa, realmente, caminhar a passos largos em busca de melhores realidades.

A oposição a situações de corrupção, entendendo-a, agora, multifacetada, é plenamente lógica e aceitável. O receio se dá em como isso há de se mostrar quando se imagina que situações, v.g., de lavagem de dinheiro façam parte de uma superestrutura de corrupção.[47] Ninguém duvida que o agente, cor-

---

istência de corrupção supõe uma convicção razoável sobre o acto do agente público que se pretende, ilegitimamente, recompensar. Não é necessário que se verifique a demonstração inequívoca do encontro de vontades vertido na impossibilidade de existência de corrupção activa sem corrupção passiva consumada (e vice-versa) nem é necessário que se prove a prática (ou a intenção de prática) de um acto concreto e determinado em sua plenitude". SANTOS, Cláudia Cruz. Op. cit., p. 37.

46. Cf. sobre a ideia de concussão ambiental, ainda que por outra óptica, MILITELLO, Vincenzo. Concusion y cohecho de los funcionarios públicos: cuestiones problemáticas e hipótesis de reforma en Italia. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, Maria (coords.). *Temas de derecho penal económico. III Encuentro hispano-italiano de derecho penal económico*. Madrid: Trotta, 2004. p. 242 e ss.

47. Com profundidade, Ferré Olivé menciona que "(...) la corrupción de funcionarios públicos y autoridades es uno de los grandes problemas de nustro tiempo. Este fenómeno, que afecta por igual al mundo rico y al mundo pobre, genera para los responsables unos ingresos económicos extraordinários, que necesariamente deben reincorporar al circuito económico 'legal' para su disfrute. Aquí es donde cobra especial transcendencia la figura penal blanqueo de capitales. La corrupción es también un problema que la Comisión Europea quiere atajar con energía. Se habla de una 'Política anticorrupción de la Unión' que se plasma en Comunicaciones de la Comisión, como la de 21.05.1997, en la que se destaca que la estragia anticorrupción debe desarrollarse tanto en el interior de la Unión Europea como en el exterior, y debe cubrir distintos aspectos, como el comercio internacional, la competencia, los gastos

rupto ou corruptor, possa se valer da lavagem para ocultar seus ganhos.[48] Mas a própria dimensão da construção típica da lavagem de dinheiro, os passos de sua investigação, a seletividade dada, em especial no Brasil, é altamente problemática. Nesse sentido, cuidados devem ser tidos no campo, puro e simples, de uma modernização do Direito Penal.

É claro que isso perde um pouco o referencial, quando se aceita patentemente a tipificação de tipos, como o da lavagem de dinheiro. E não são poucos os autores que o fazem. Fabián Caparrós, com absoluta perspicácia, salienta pela presença de pressupostos necessários e suficientes à incriminação dessa ordem, não sendo, pois, exclusiva imperiosidade de obediência de regramentos internacionais.[49] Por outro lado, existe certa dúvida de tal legitimação, não

---

exteriores, los recursos propios de la Comunidad, la cooperación al desarrollo y la estrategia de preadhesión. En relación al 'blanqueo' de dinero, se hace especial referencia a esta conducta delictiva en la Comunicación de la Comisión de 24.03.2000, que describe indicadores para el examen de los progresos realizados para la creación de un espacio de liberdad, seguridad y justicia en la Unión Europea". FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Corrupción, crimen organizado y "blanqueo" de capitales en el mercado financiero. In: _____; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Barbara; CABRAL, Jorge Almeida (coords.). *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002. p. 20 e ss.

48. Cf. FABIÁN CAPARROS, Eduardo A. Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción. Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la convención de la OCDE sobre suborno de funcionarios públicos en las transaciones comerciales internacionales. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Barbara; CABRAL, Jorge Almeida (coords.). Op. cit., p. 103 e ss.

49. Assim, afirma, que "(...) es *necesario* que se manifeste un interés digno de protección que sea bastante importante como para que se despliegue el *ius puniendi*, y ese interés existe. Con toda probabilidad, las conductas de reciclage inciden negativamente – si bien en diferente medida – sobre una serie de intereses sociales a los que ahora no vamos a volver a referirmos. Desde este punto de vista, compartimos la opinión de Vives Antón, Prado Saldarriaga o Vidales Rodríguez, quienes creen que el lavado de capitales ilegales ostenta los rasgos de una figura pluriofensiva. No obstante, a la hora de determinar cuál es el bien jurídico que – político-criminalmente – justifica la intervención del Derecho penal, y – dogmáticamente – fija la correcta ubicación sistemática del tipo y sirve de pauta para su adecuada interpretación, entendemos que es absolutamente necesario acudir al ámbito socio-economico consagrado en la Constituición. En este sentido, estimamos que la criminalización del reciclage representa un claro expoente de la actuación de unos poderes públicos que, lejos de abstenerse, intervienen sobre el mercado con objeto de salvaguardar la credibilidad de los agentes que en él participan, a la vez que la iniciativa privada y el régimen de libre competición. Por otro lado, comprobado que aquellos otros medios de control social que pueden aspirar a colaborar en la lucha contra el banqueo no bastan por sí solos para hacer frente al problema, todo parece indicar que la lesividad social de

sendo isso unânime na doutrina. De todo modo, esse fato é, no mínimo, indiciário da cautela, não fosse por outras razões, pela amplitude do tipo penal da lavagem no Brasil, que se deve ter em conta quando da preocupação legitima quanto à ampliação do conceito da corrupção.

Novamente com Silva Sánchez, parece clara a dificuldade em simplesmente se voltar ao bom e velho Direito Penal liberal.[50] Por outro lado, não se mostra, ao menos no momento, tão factível sua construção de um Direito de duas velocidades, tampouco a ideia de intervenção de Hassemer.[51] Melhor solução seria, aqui, e no específico campo da corrupção em sentido aberto, da legitimação de novas medidas, desde que orientadas consoante a principiologia mais garantista possível, v.g., seguindo as regras lançadas há tempos por Roxin, como sendo a utilidade ao indivíduo para seu livre desenvolvimento,[52] sendo ilegítimas as construções normativas além desse patamar.

As flexibilizações de certas garantias individuais, exemplo claro de situação de expansão penal, e tão presentes em investigações ligadas à lavagem de ativos,[53] hão de ter, exemplificativamente, certos limites. Uma solução bradada por muitos, é a da própria especialização de investigação, acusação e do julgamento, como, aliás, se vê, no Brasil, em determinadas varas especializadas. O único senão aqui posto, é se isso também não poderia criar, ou fomentar, uma seletividade – por qualquer razão que seja – não desejada. Se era presente, anteriormente, uma seletividade indesejada, pois não se punia a quem se tinha que punir, há de se questionar se, agora, isso seria tolerável, ou medida do justo. A seletividade, em tais casos, pode bem acarretar as situações denunciadas por Sgubbi quanto às vedetes penais.[54]

---

tales conductas se convierte, así mismo, en causa *suficiente* para acubir sin temos al Derecho penal. *Ultima ratio*, sin duda, pero *ratio* a fin y al cabo". FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de banqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998. p. 238 e ss.

50. SILVA SÁCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p.149 e ss.

51. Cf. GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 107 e ss.

52. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 55 e ss.

53. Cf. entre outros, PALOMO DEL ARCO, Andrés. Lavado de dinero y corrupción bancaria en la praxis. Problemas de investigación y prueba. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Barbara; CABRAL, Jorge Almeida (coords.). Op. cit., p. 259 e ss. HEREDERO SALAMANCA, Eusebio. El blanqueo de dinero desde la perspectiva del investigador policial. Problemática y propuestas. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Barbara; CABRAL, Jorge Almeida (coords.). Op. cit., p. 367 e ss.

54. Cf. SGUBBI, Filippo. *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'ilegalittà penale*. Bologna: Il Mulino, 1990. p. 76 e ss.

Existem, claro, limitações e cuidados a serem tidos no combate ao novo mal do século a ser travado. Mas, novamente aqui, cabe o alerta de Frankfurt, quanto ao Direito Penal não se portar como *prima ratio*. Ele pode ser, e é necessário em certas atuações contrárias a atos de corrupção. Mas, talvez, e apenas talvez, também outros institutos de controle, como os administrativos, também possam colaborar. Ou, ainda, uma ampliação mais significativa da ideia de responsabilidade das pessoas jurídicas, no Brasil, ainda limitada aos delitos ambientais, consoante a Lei 9.605/1998. As noções principiológicas básicas de limitação do Direito Penal não podem, de qualquer modo, ser dispensadas, nem por situação de inimigo, nem de aplicação de Direito Penal de outra velocidade.

O que se prega, também, repita-se, é uma mudança de hábitos, como sustentado por uma ética pública.[55] Não uma desmedida inflação penal ou uma pura análise econômica do Direito.[56] O alerta de Martínez-Buján Pérez é evidente quando menciona que o Direito Penal Econômico – e aqui a corrupção – não são substancialmente diferentes do Direito Penal como um todo. A eles é submetida a mesma sorte de contenções que ao Direito Penal comum.[57] Seu combate é justo e esperado. Embora possa vir a refletir uma expansão penal, essa não é apriorísticamente deletéria. Mas devem-se ter os cuidados redobrados para que se evite, em prol de uma suposta melhora global, a perda de referenciais mínimos de Justiça.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Da geração e da corrupção*. São Paulo: Landy, 2001.

BAIGÚN, David; BISCAY, Pedro. Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminaliad económica. In: _____; GARCÍA RIVAS, Nicolas (dir.). *Delincuencia económica y corrupción. Su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Ramón Areces, 2010.

BALDI, Giuliano. *I delitti di corruzione. Un'idagine strutturale e sistematiche*. Napoli: Jovene, 2003.

55. Cf. DIEGO BAUTISTA, Óscar. Op. cit., p. 113 e ss.

56. Em sentido contrário, RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. El conflicto entre proporcionalidad y eficacia en las sanciones por corrupción. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá: Ibanez, 2008. p. 19 e ss.

57. MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*... cit., p. 71 e ss.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 81. p. 13. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2009.

BRIOSCHI, Carlo Alberto. *Breve história de la corrupción. De la antigüedad a nuestros días*. Trad. Juan Ramón Azaola. Madrid: Taurus, 2010.

BUSTOS GISBERT, Rafael. La lucha contra la corrupción de los governantes: ¿una labor imposible? In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá: Ibanez, 2008.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; BLANCO CORDERO. La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español? In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis; HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe (eds.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2003.

DIEGO BAUTISTA, Óscar. *Ética para corruptos. Una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y administraciones públicas*. Urduliz: Desclée de Brouwer, 2009.

DONINI, Massimo. ¿Uma nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico. Trad. Cristina Méndez Rodríguez. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María (coords.). *Temas de derecho penal económico. III Encuentro Hispano italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid: Trotta, 2004.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de banqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998.

_____. *La corrupción de agente público extrajero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

_____. Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción. Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la convención de la OCDE sobre suborno de funcionarios públicos en las transaciones comerciales internacionales. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Barbara; CABRAL, Jorge Almeida (coords.). *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Corrupción, crimen organizado y "blanqueo" de capitales en el mercado financiero. In: _____; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Barbara; CABRAL, Jorge Almeida (coords.). *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. São Paulo: Bushatsky, 1959. vol. 4.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*. Lima: Grijley, 2007.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. El concepto de corrupción. In: ZAPATERO, Virgilio (comp.). *La corrupción*. México: Coyoacán, 2007.

GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAÍM, Moisés. The globalization of corruption. In: ELLIOTT, Kimberly Ann. *Corruption and the global economy.* Washington: Institute for International Economics, 1997.

GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas.* Madrid: Civitas, 2006.

GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio. *La corrupción política en época de Julio César. Un estudio sobre la* Lex Iulia de Repetundis. Granada: Comares, 2009.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção. Enfoque sócio-histórico-jurídico-penal.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

HEFENDELH, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. Trad. María Martín Lorenzo. In: _____. (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEREDERO SALAMANCA, Eusebio. El blanqueo de dinero desde la perspectiva del investigador policial. Problemática y propuestas. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Barbara; CABRAL, Jorge Almeida (coords.). *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario.* Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. 9.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte general.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

_____. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, Santiago. *Rodrigo Calderón. La sombra del valido. Privanza, favor y corrupción en la corte de Felipe III.* Madrid: Marcial Pons, 2009.

MELO, Débora Thaís de. Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos colectivos. In: _____; BIDINO, Claudio; SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção. Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal.* Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

MILITELLO, Vincenzo. Concusion y cohecho de los funcionarios públicos: cuestiones problemáticas e hipótesis de reforma en Italia. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, Maria (coords.). *Temas de derecho penal económico. III Encuentro hispano-italiano de derecho penal económico.* Madrid: Trotta, 2004.

PALOMO DEL ARCO, Andrés. Lavado de dinero y corrupción bancaria en la praxis. Problemas de investigación y prueba. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Barbara; CABRAL, Jorge Almeida (coords.). *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario.* Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002.

PRADO, Luiz Regis. Los delitos de cohecho y de tráfico de influencias en las transacciones comerciales internacionales conforme el Código Penal brasileño. *Revista de Derecho Penal y Criminologia*. n. 1, p. 147-173. Madrid: Uned, Fac. de Derecho, 2009.

PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: ¿fragmenário? ¿subsidiario? ¿*ultima ratio*? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. Trad. María Teresa Castiñeira Palou. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (coord.). *La insosteible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación*. Barcelona: Cymys, 1974.

RIQUERT, Fabián Luis. Instrumentos de derecho internacional publico para la prevención contra la corrupción. In: BAIGÚN, David; GARCÍA RIVAS, Nicolas (dir.). *Delincuencia económica y corrupción. Su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. El conflicto entre proporcionalidad y eficacia en las sanciones por corrupción. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá: Ibanez, 2008.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Cláudia. A corrupção (da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador). In: ANDRADE, Manoel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Ananbela Miranda; ANTUNES, Maria João (orgs.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela "expansão" das normas penais sobre a corrupção. In: _____; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção. Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

SANZ TAPIA, Ángel. *¿Corrupción o necesidad? La venta de cargos de Gobierno americanos bajo Carlos II (1674-1700)*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2009.

SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

SGUBBI, Filippo. *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'ilegalittà penale*. Bologna: Il Mulino, 1990.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

TAYLOR, Matthew M. Corruption, accountabilitty reforms, and democracy in Brazil. In: BLAKE, Charles; MORRIS, Stephen. *Corruption & democracy in Latin America*. Pittsburg: University of Pittsburg, 2009.

THACKER, Strom C. Democracy, economy policy, and political corruption in comparative perspective. In: BLAKE, Charles; MORRIS, Stephen. *Corruption & democracy in Latin America*. Pittsburg: University of Pittsburg, 2009.

TIEDMANN, Klaus. *Poder económico y delito (introducción al derecho penal económico y de la empresa)*. Trad. Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A corrupção em uma perspectiva internacional, de Carlos Eduardo Adriano Japiassú – *RBCCrim* 64/29;
- A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica, de Emerson Garcia – *RT* 820/440;
- A criminalidade na sociedade pós-moderna: globalização e tendências expansionistas do direito penal, de Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves – *RCP* 5/284;
- Crimes contra a Administração – atualização e reforma penal – por uma atualização formal e substancial do capítulo dos crimes contra a Administração Pública, de Guilherme Guimarães Feliciano – *RBCCrim* 32/55; e
- Nota introdutória ao relatório sobre a conformidade do arcabouço institucional e da legislação brasileira à Convenção Interamericana contra a Corrupção, adotada pelos estados-membros da Organização dos Estados Americanos – OEA, de Carolina Mota – *RDCI* 70/257.

Veja também Jurisprudência

- Corrupção ativa: omissão de ato de ofício – RT 684/316; particular retribui ao funcionário público – *RT* 790/606; recompensa paga a policiais – *RT* 603/445; e
- Corrupção passiva: documento expedido por servidor com conteúdo falso – *RT* 794/713; magistrado manipula distribuição de recursos – *RT* 880/496; recebimento de pequenas gratificações pelo servidor – *RT* 761/592.

Veja também Legislação

- Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção: Dec. 4.923/2003;
- Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção: Dec. 5.687/2006;
- Funcionário público: art. 327 do CP; e
- Recebimento de vantagem econômica mediante ação ou omissão do funcionário público: art. 9.º, I e X, da Lei 8.429/1992.

54638

O combate à corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador

11

Yuri Corrêa da Luz

Doutorando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Pesquisador da Escola de Direito de São Paulo (Direito GV).

Área do Direito: Penal; Administrativo

Resumo: O presente artigo analisa as relações entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, visando a refletir acerca da melhor forma de regular juridicamente o combate à corrupção. Para tanto, problematiza as formas tradicionais de se distinguir estes dois setores do sistema jurídico, apontando para uma impossibilidade, reforçada com o fenômeno de "administrativização do Direito Penal", de se marcar as fronteiras entre eles apenas a partir de critérios essencialistas com base nas características substantivas das condutas que cada uma historicamente regulou. Neste sentido, propõe como alternativa de abordagem uma distinção funcional entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, distinção esta que é usada como forma de avaliar dos méritos e dos deméritos do PL 6.826/2010, cujo objetivo consiste em regular o combate à corrupção praticada por pessoas jurídicas contra o Poder Público.

Palavras-chave: Direito Penal - Direito Administrativo Sancionador - Administrativização do Direito Penal - Corrupção.

Abstract: This paper analyzes the relationship between Criminal Law and the Administrative Sanction Law, in order to come up with the best way to legally regulate the battle against corruption. Its an approach towards the traditional ways of distinguishing these two sectors of the legal system, aiming towards the impossible, enhanced by the phenomenon of the "Administration of Criminal Law", to mark the boundaries between them based on the essentialist criteria of the conducts that each one has historically regulated. In this sense, it proposes as an alternative approach, a functional distinction between Criminal Law and Administrative Sanction Law, a distinction which is used as a basis for the evaluation of merits and demerits of the Law Proposal 6.826/2010, whose objective is to regulate the battle against corruption committed by corporations against the Government.

Keywords: Criminal Law - Administrative Sanction Law - Administration of Criminal Law - Corruption.

SUMÁRIO: 1. Apresentação – 2. Introdução – 3. Sobre a relação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador: 3.1 Diferenciações qualitativas e quantitativas; 3.2 Complexificação social e "administrativização" do Direito Penal; 3.3 Para uma releitura funcional da relação entre Direito Penal e Direito Administrativo – 4. A normatividade brasileira sobre o combate à corrupção e o PL 6.826/2010 sob a perspectiva de uma distinção funcional entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador: 4.1 O arcabouço normativo de combate à corrupção no Brasil; 4.2 A diferenciação funcional entre Direito Penal e Direito Administrativo, e o PL 6.826/2010: 4.2.1 Sanções e potencial simbólico de cada responsabilização; 4.2.2 Grau de especialização das esferas; 4.2.3 Requisitos de imputação presentes em cada esfera; 4.2.4 Procedimentos cabíveis e meios de produção de provas; 4.2.5 Garantias de cada esfera – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas.

1. APRESENTAÇÃO[1]

O presente trabalho visa a discutir o combate à corrupção a partir da relação entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal. Trata-se, aqui, de refletir acerca da melhor forma jurídica de regular este fenômeno, tão relevante no mundo contemporâneo. Tal objetivo não será, no entanto, perseguido a partir de uma chave estritamente teórica. Pelo contrário, buscar-se-á formular um estudo *aplicado*, de forma a que o quadro teórico apresentado possa servir de base para a análise concreta da conformação legislativa que vem sendo adotada pelo Brasil no tratamento desta matéria.

Neste sentido, desenvolveremos a seguinte estrutura de apresentação: em primeiro lugar (3.1), serão delineadas, ainda que brevemente, as tradicionais tentativas de diferenciação entre Direito Penal e Direito Administrativo, bem como de suas caracterizações. Em seguida (3.2), trataremos dos contornos gerais do fenômeno conhecido como "administrativização do Direito Penal", marcado, entre outros fatores, por uma forte aproximação entre estes dois ra-

1. Pelas muitas reflexões que serviram de base para este artigo, agradeço imensamente a todos os participantes da pesquisa *Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas: uma contribuição para o debate público brasileiro*, conduzida pela Escola de Direito de São Paulo (FGV-SP), com financiamento da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, no âmbito do Projeto Pensando o Direito. Sem o intenso trabalho realizado durante o período de quase um ano, este artigo não teria sido possível. À Marta Rodriguez de Assis Machado, coordenadora da pesquisa, à Flávia Püschel, à Deborah Kirschbaum, ao Davi de Paiva Tangerino, à Juliana Bonacorsi de Palma, à Beatriz Corrêa Camargo, à Carolina Cutrupi Ferreira, ao Pedro Schaffa e ao Rogério Lauria Tucci, ficam meus sinceros agradecimentos, com a esperança de que este seja apenas mais um de muitos outros frutos deste empreendimento conjunto.

mos, aproximação esta que coloca em xeque a lógica interna de funcionamento destas duas esferas, e levanta questões sobre o futuro da relação existente entre elas. Dando continuidade (3.3), será defendida a tese segundo a qual, principalmente na regulação de infrações cometidas no âmbito de entes coletivos, as diferenças entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador merecem ser tratadas a partir de critérios funcionais, isto é, a partir de elementos que atentem para as características operacionais de cada um destes ramos. Em seguida (4), exporemos as linhas gerais do quadro normativo atualmente utilizado para o combate preventivo e repressivo à corrupção no Brasil, oferecendo um panorama que serve de contexto para o advento do PL 6.826/2010, hoje tramitando no Congresso e em fase de aprovação, e cujo objetivo central é regular o combate à corrupção praticada por pessoas jurídicas contra o Poder Público. A partir disto, usaremos do quadro teórico exposto na primeira parte deste trabalho, de modo a se fazer uma análise aplicada dos méritos e das deficiências deste Projeto de Lei, cuja aprovação pode ser vista como representativa da estratégia legislativa hoje vigente em nosso país para regular a prática de corrupção.

Se, ao final deste trabalho, for possível dar uma mínima contribuição ao debate nacional sobre o tema, bem como a uma melhor compreensão das estratégias de combate à corrupção no Brasil, teremos alcançado nosso objetivo central. Pois bem.

2. INTRODUÇÃO

A corrupção é um fenômeno complexo, passível de análise a partir de múltiplas perspectivas. Podemos pensá-la como questão cultural, como questão de aspectos estritamente econômicos, como fato moralmente reprovável, como questão afeita ao mundo do Direito. Neste último registro, costuma-se analisar a corrupção como fenômeno a ser *coibido*, seja por estratégias repressivas, seja por mecanismos de prevenção. Isso porque, bem se sabe, independentemente do fato de não existir um conceito jurídico unívoco acerca do que, efetivamente, consiste a corrupção,[2] parece haver um forte consenso de que ela é percebida como ato portador de grande nocividade, afetando negativamente numerosos setores da vida social – desde o econômico-empresarial até o político-eleitoral, passando pelo funcionamento do sistema financeiro, pela Administração Pública e pelas práticas essenciais ao funcionamento das rela-

2. MATA BARRANCO, Norberto. El bien jurídico protegido en El delito de cohecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 17/84.

ções privadas.[3-4] Por ser amplo seu espectro de incidência, chega-se a admitir a corrupção como um fenômeno capaz de, no limite, influenciar até mesmo o desenvolvimento econômico-social de todo um país.[5]

Se esta percepção é correta, a discussão acerca da melhor forma de se coibir juridicamente a prática da corrupção deve ser vista como sendo de grande importância. Afinal, a adoção de um tipo de regulação em detrimento de outro pode ter efeitos não apenas sobre a efetividade do controle estatal sobre este fenômeno, mas também – o que talvez seja ainda mais importante – sobre a liberdade dos cidadãos vigiados, acusados e condenados por este tipo de conduta.

Neste sentido, intentaremos, nas páginas seguintes, comparar e confrontar duas das principais respostas jurídicas ao problema da corrupção, de modo a investigar qual seria a melhor forma de regulá-la: através do Direito Penal, ou através do Direito Administrativo Sancionador.

A resposta para esta questão, contudo, não pode ser desenhada sem que, antes, as diferenças e semelhanças entre estas esferas sejam apresentadas e, eventualmente, repensadas. Isso porque a análise das vantagens e desvantagens das regulações realizadas por cada um destes setores apenas pode ser feita se tivermos em conta quais são, efetivamente, os seus pontos de contato e de conflito. Em outras palavras: é pensar se a corrupção pode ser mais bem tratada pelo Direito Administrativo Sancionador ou pelo Direito Penal, discutir quais são as características específicas de cada um destes ramos constitui um trabalho prévio sem o qual qualquer posicionamento tende a se mostrar infundado.

3. SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

3.1 Diferenciações qualitativas e quantitativas

Das diversas relações que o Direito Penal guarda com outros setores do ordenamento jurídico, é sem duvida a sua relação com o Direito Administra-

3. VOLK, Klaus. Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung. *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*. Heidelberg: C.F. Müller, 1999. p. 419-422.

4. Sobre a corrupção como fenômeno que atinge não apenas a Administração Pública, mas também os atores e os consumidores de serviços do setor privado, ver NIETO MARTIN, Adán. La corrupción en el sector privado. Reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado. *Revista Penal* 10/55-60.

5. Sobre esta questão, ver CASCÓN, Fernando Carbajo. Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y reparación. In: GARCIA, Nicolás Rodriguez; CAPARRÓS, Eduardo Fabian. *La corrupción en un mundo globalizado: analisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004. p. 133-135.

tivo Sancionador a que mais trouxe dificuldade aos teóricos dogmáticos.[6] A primeira tentativa acabada de diferenciar estas duas esferas remonta ao início do século XX, a partir da obra de James Goldschmidt. Segundo este autor, que definiu durante muitos anos as distinções tradicionais entre estes dois ramos do Direito, seria necessário buscar uma diferença constitutiva ou "de natureza" entre ilícitos administrativos e penais. Para Goldschmidt, isso significava compreender que o que difere entre estes dois ramos diz respeito à matéria, ao objeto tratado por cada um deles. Neste sentido, o ilícito penal teria um caráter de lesão eticamente reprovável a um bem jurídico, enquanto o ilícito administrativo seria um ato de desobediência ético-valorativamente neutro.[7] Pensava-se, aqui, em como um homicídio ou um estupro seriam vistos como condutas moralmente reprováveis, ao passo que violar determinada regra administrativa não o seria, necessariamente. Esta visão das coisas fora também adotada pelo neokantista Max Ernst Mayer, quando este afirmava, partindo de sua teoria das normas de cultura,[8] que o injusto criminal seria um produto cultural, que precedia o seu reconhecimento por parte do Estado, ao passo que o injusto administrativo seria "culturalmente indiferente", sendo exclusivamente produto de sua atividade normativa do Poder Público.

Como se pode notar, tratava-se, para estes pensadores, de identificar uma diferença *qualitativa* entre Direito Penal e Direito Administrativo, na medida em que ambos cuidariam cada qual de *fatos essencialmente distintos*.[9] Ao Direito Penal caberia a proteção de bens jurídicos, ao passo que ao Direito Administrativo restaria a função de proteger o próprio funcionamento das estruturas do Estado. Os comportamentos que cada esfera regulava seriam, portanto, constitutivamente diferentes, do que derivava uma clara consequência prática deste tipo de distinção: com base nela, tornava-se possível defender que determinadas condutas poderiam ser reguladas apenas por uma esfera, mas

6. Assim nota TORÍO LÓPEZ, Angel. Injusto penal e injusto administrativo. Presupuestos para la reforma del sistema de sanciones. *Estudios en Homenage a Garcia de Enterria*. Madri: Civitas, 1991. t. III, p. 2529.

7. GOLDSCHMIDT, James Paul. *Das Verwaltungsstrafrecht: eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*. Aalen: Scientia-Verlage, 1969. p. 539, 548 e 576.

8. Detalhadamente, ver MAYER, Max Ernst. *Rechtsnormen und Kulturnormen*. Breslau: Schletter Verlag, 1903. p. 76 e ss.

9. ALBERO, Ramón Garcia. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: OLIVARES, Gonzalo Quintero. *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001. p. 329.

não pela outra. Dito com um exemplo: se o ilícito administrativo consistiria na violação de funções do Estado, qualquer comportamento que se adequasse a esta caracterização deveria ser administrativamente regulado, não podendo, consequentemente, ser tratado penalmente. Ou seja, dado que a diferença entre ambos os ramos encontrar-se-ia na qualidade diferente dos ilícitos por eles tratados, seria da própria natureza das coisas que determinados comportamentos tivessem de ser tratados apenas pelo Direito Penal, e outros apenas pelo Direito Administrativo.

Tal concepção, embora ainda hoje encontre alguma ressonância,[10] passou, no entanto, a ser alvo de uma série de contundentes críticas, que acabaram levando-a a um segundo plano no debate sobre o tema. Contra esta forma *qualitativa* de distinguir Direito Penal e Direito Administrativo, passou-se a objetar que seria equivocado separar os interesses dos particulares (*bens jurídicos*) dos interesses da própria Administração, dado que existiria, principalmente a partir do advento de um Estado Social, certa dependência dos indivíduos em relação à atividade estatal, o que faria com que, no limite, toda violação administrativa acabasse implicando, indiretamente, em uma infração contra um bem particular. Basta pensarmos, por exemplo, em como a atividade de polícia tornava-se relevante para a proteção dos interesses dos indivíduos. Neste contexto, a distinção qualitativa parecia cair por terra, no momento em que se percebia que "a tutela da esfera social que estabelece a Administração não tem porque ser *a priori* menor ou distinta da estabelecida pelas esferas dos indivíduos, toda vez que as possibilidades de realização individual dependerem da garantia da atividade do Estado".[11]

Diante disso, passou-se a afirmar que entre Direito Penal e Direito Administrativo não existiria qualquer diferença qualitativa, mas sim e apenas uma diferença *quantitativa*. Neste registro, as normas de Direito Penal Administrativo passavam a ser vistas também como normas *jurídicas*, tais como as de Direito Penal, e não apenas meras *regras estatais*, fazendo então com que a ordem pública fosse, ela mesma, elevada à condição de *bem jurídico*. Passou-se, assim, a entender que tanto a infração penal quanto a infração administrativa estariam violando determinado conjunto de interesses *juridicamente* relevantes, o que fez com que tanto um ramo quanto o outro fossem vistos não como entidades qualitativamente diversas, mas sim como espécies de um *ius puniendi* geral,

10. Ver, por exemplo, a diferenciação entre Direito Administrativo e Direito Penal feita em termos ontológicos por CEREZO MIR, José. Límites entre derecho penal y administrativo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 28, n. 2, p. 161-164.

11. ALBERO, Ramón Garcia. Op. cit., p. 334.

que se apresentaria apenas em diferentes intensidades, a depender do tipo de infração de que se tratava.

Nelson Hungria, um dos mais importantes juristas brasileiros, foi talvez um dos mais conhecidos defensores deste tipo de diferenciação. Para ele, "a punição de certos ilícitos na esfera do Direito Administrativo, ao invés de o ser na órbita do Direito Penal comum, não obedece senão a razões de conveniência política: para o Direito Penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal".[12] Posta a questão nestes termos, este tipo de visão acaba sustentando que a ilicitude jurídica é una, afastando-se, então, qualquer tentativa de localizar diferenças qualitativas entre os ilícitos administrativos e penais. Disso derivavam duas importantes consequências práticas: por um lado, tornava-se possível exigir também na esfera administrativa a aplicação das garantias pertencentes à esfera penal, posto que o que estaria em jogo, aqui, seriam garantias derivadas da inteireza do *ius puniendi* estatal, e não de apenas um destes ramos. De outro, tornava-se possível denunciar a prática de *bis in idem* sobre um mesmo comportamento, posto que, se os dois setores se apresentam apenas como espécies de um poder punitivo geral, então não haveria qualquer razão para que o mesmo *ius puniendi* incidisse sobre uma mesma conduta mais de uma vez.

Esta diferenciação quantitativa, que nesta sede apenas pode ser brevemente delineada, ganhou terreno nos debates entre penalistas e administrativistas, tornando-se praticamente hegemônica na primeira metade do século XX. Contudo, como se apontará a seguir, também ela passou a sofrer fortes críticas nas últimas décadas.[13] Em primeiro lugar, porque uma diferenciação quantitativa entre estes ramos do Direito acaba pressupondo que o ilícito administrativo sempre seria de menor intensidade que o ilícito penal, isto é, aquele sempre se apresentaria, em comparação com este último, como uma infração de bagatela, o que, de *lege lata*, sabemos hoje que não acontece – seja porque infrações de bagatela também são tratadas pelo Direito Penal, seja porque pelo Direito Administrativo também são reguladas condutas de alta e relevante lesividade.[14] Haveria, portanto, um problema de rendimento descritivo nesta distin-

12. HUNGRIA, Nélson. Ilícito Administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo* 1/18.

13. Para detalhes acerca destas críticas, ver WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*. Berlim: Duncker & Humboldt, 2000. p. 100-102.

14. Assim nota ALBERO, Ramón Garcia. Op. cit., p. 344-345.

ção quantitativa. Para além desta deficiência, tal diferenciação sofria também de problemas de *lege ferenda*, posto que acabava fundamentando a ideia de que mesmo a mais grave das infrações administrativas deveria ser tratada com menor rigor do que a mais branda infração penal, o que, em casos como, por exemplo, os de danos de larga escala cometidos por uma empresa, levaria a um sensível déficit regulatório em alguns setores da Administração Pública.

Postas estas críticas, parece ser possível identificar, tanto para as diferenciações quantitativas quanto para as qualitativas, uma crescente dificuldade para tratar da relação entre Direito Penal e Direito Administrativo. Em realidade, isso parece ocorrer porque tanto uma quanto outra promovem distinções *essencialistas*, sempre procurando algo que seja *próprio* dos comportamentos regulados em cada esfera. No caso das teses qualitativas, toma-se como essencial e necessária, de um lado, a reprovabilidade ética do ilícito penal e, de outro, a neutralidade moral do ilícito administrativo. No caso das teses quantitativas, por sua vez, toma-se como *essencial* uma menor reprovabilidade da infração administrativa e uma maior reprovabilidade da infração penal.

Ora, as críticas mencionadas até o presente momento sugerem que uma correta diferenciação das esferas não pode apenas partir das conformações de cada um dos tipos de *comportamentos injustos*. Isso porque não haveria, propriamente, nada que fizesse parte da "natureza" dos comportamentos regulados por cada uma destas esferas. Caso contrário, estaríamos aceitando uma distinção que naturaliza modelos de regulação construídos historicamente, o que nos levaria, diante de contextos cambiantes, a não mais conseguir explicar a realidade jurídica em que vivemos.

Nesta linha argumentativa, autores contemporâneos, como Silva Sánchez, passaram a afirmar ser necessário conceber uma diferenciação que parta não apenas das supostas características próprias da infração administrativa e da infração penal, mas também (e principalmente) dos *critérios de imputação* e das *garantias* presentes no funcionamento de cada um destes ramos. Em outras palavras, seria preciso abandonar diferenciações essencialistas e assumir uma diferenciação que levasse em conta critérios *funcionais*.[15]

O decisivo estaria, assim, não mais nas características intrínsecas aos ilícitos penais e aos administrativos, mas sim nas diferentes finalidades de cada um destes ramos, bem como os meios disponíveis para persegui-las. Diante disso, alguns autores vêm afirmando que o Direito Penal teria por fim proteger bens concretos em casos concretos e seguiria critérios de lesividade ou periculosi-

15. SILVA SÁNCHEZ, Jésus-María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales*. 2. ed. Madri: Civitas, 2001. p. 125.

dade concretos, ao passo que o Direito Administrativo procuraria ordenar, de modo geral, setores de atividade ou reforçar modelos de gestão setorial, não estando, por conta disso, vinculado a critérios de lesividade concreta, mas sim a considerações acerca de efeitos globais ou estatísticos.[16]

Esta diferenciação funcional parece-nos mais adequada do que as diferenciações essencialistas, não porque ela corresponda exatamente às funções efetivamente exercidas por cada uma destas esferas hoje, mas porque ela é capaz tanto de captar a importância de se discutir os critérios de imputação e as sanções próprias de cada um dos ramos do Direito, quanto de se adaptar às mudanças que acontecem em seu desenvolvimento ao longo do tempo. Dito de outra forma: por estar preocupada não apenas com as *características essenciais* de cada tipo de infração, a diferenciação funcional não produz análises excessivamente estáticas, sendo apta, inclusive, a perceber e denunciar quando o funcionamento de uma das esferas se aproxima fortemente do funcionamento de outra.

É a partir deste tipo de critério, portanto, que nos tornamos abertos a refletir em que medida a atual conformação de nossa ordem jurídica exige que repensemos as fronteiras tradicionalmente marcadas entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. Isso porque, se as respostas dadas pelas teorias qualitativas e quantitativas pareciam convincentes em sociedades simples, nas quais o Direito Penal tem seu espectro de atuação limitado à proteção de interesses individuais, isso não necessariamente ocorre nos dias de hoje. Por conta disso, parece indicado fazer um breve incurso nas transformações sofridas por este ramo na atualidade, antes de apresentarmos aquilo que nos parece constituir sua real diferença em relação ao Direito Administrativo.

3.2 Complexificação social e "administrativização" do Direito Penal

A segunda metade do século XX foi marcada por uma profunda reestruturação da relação entre Estado e sociedade civil. O Liberalismo reinante no início do século, marcado pelo não-intervencionismo e por uma regulação jurídica meramente reativa, entrava em colapso com o aumento de demandas sociais em nome da expansão e da universalização de diversos direitos sociais, bem como de uma política estatal mais interventiva sob o âmbito econômico. Neste

16. Idem, p. 125-127. Também ZUÑIGA RODRIGUES, Laura. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. Hacia una 'administrativización' del Derecho Penal o una 'penalización' del derecho administrativo sancionador? In: NIETO MARTIN, Adán (coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos (in memoriam)*. Cuenca: Ediciones de las Univerdidades Castilla-La Mancha y Salamanca, 2001. vol 1, p. 1430-1431.

contexto, a própria sociedade civil se percebia frente a um aumento decisivo de complexidade e interação, o que se verificava, à época, no aumento das transações internacionais, no crescente êxodo populacional, na busca por novas fontes de energia (principalmente depois dos dois choques do petróleo na década de 70), na expansiva produção de bens característica dos *Anos Dourados* etc.

Tais transformações foram decisivas para a caracterização da sociedade contemporânea como uma *sociedade do risco*. À medida em que a relação entre Estado e sociedade civil se complexificava, os indivíduos percebiam que as transformações sociais vigentes traziam consigo um grande potencial destrutivo, nunca antes verificável: o grande desenvolvimento produtivo do *Welfare* tinha por consequência uma intensa degradação ambiental. O aumento dos fluxos de crédito e a reestruturação do movimento do capital implicavam riscos de fortes crises financeiras. A busca por fontes de energia alternativa vieram acompanhadas de desastres como o de Chernobyl. O surgimento de uma sociedade de consumo trazia como desafio a superação de graves defeitos de produtos, perigosos à vida e à saúde de milhares de pessoas. Estes exemplos mostravam que o desenvolvimento da técnica e das ciências aplicadas era, por um lado, capaz de fornecer um relevante incremento de bem-estar social,[17] mas, por outro, deste mesmo desenvolvimento decorriam novos problemas, novos riscos, que passaram a fazer parte da pauta de regulação estatal. Diante deste contexto, a sociedade contemporânea se tornava "uma sociedade mais segura em relação a problemas tradicionais, mas mais insegura em relação a novos fenômenos".[18]

Na esteira deste processo, a constatação e a consciência de uma nova lógica de produção e de percepção de riscos trouxeram consigo novas demandas de regulação.[19] Na medida em que o desenvolvimento econômico e tecnológico tornava-se causa de novos e complexos problemas – como crises econômicas derivadas de novas formas de especulação, problemas ambientais derivados da

17. SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. *Goltdammers Archiv für Strafrecht* 5/201-203.

18. Neste ponto, basta pensar na sensação de segurança que o desenvolvimento da medicina, da física e da engenharia trouxe ao quotidiano das pessoas que, anteriormente, costumavam viver sob a égide da incalculabilidade no âmbito dos contatos sociais. A observação é de PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993. p. 76.

19. BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft – auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986. p. 15-16.

atividade industrial acelerada etc. – a diminuição, a limitação e a distribuição de tais riscos tornavam-se pauta da intervenção estatal. Em poucas palavras, é possível dizer que das novas formas de perceber riscos surgiram demandas por novos modelos para regulá-los.[20] Assim, do Estado passou-se a ser cobrada não apenas uma diminuição dos problemas advindos deste processo de complexificação social, como também se passou a exigir a imputação de responsabilidade aos causadores destes novos riscos.[21]

Tal contexto de crescente demanda social por segurança, por sua vez, afetou não apenas o Direito Civil e o Direito Administrativo, mas também foi normativa e substancialmente direcionado ao Direito Penal.[22] As razões comumente dadas para tal direcionamento são diversas: em primeiro lugar, a gravidade e a magnitude destes novos problemas, capazes de atingir uma grande quantidade de pessoas, justificariam a busca de um dos mais graves instrumentos de tutela jurídica, qual seja, o Direito Penal. Em segundo lugar, o fato de muitos destes riscos se desenvolverem a partir do exercício da atividade econômica privada faria com que o combate destes riscos fosse visto como tarefa necessariamente *pública*, através da intervenção punitiva estatal, e não da autocomposição entre os entes privados ou da regulação meramente administrativa destes problemas.

Este modelo de sociedade em que hoje vivemos funcionaria, portanto, de tal forma que ao Direito Penal atribuem-se crescentemente novas tarefas. Nas últimas décadas, o sistema jurídico-penal parece assumir novas funções, nunca antes a ele alocadas. Novos objetos de regulação como, por exemplo, aqueles vinculados aos problemas do consumo de drogas, às questões ambientais, à estruturação e ao bom funcionamento da economia e ao combate da chamada criminalidade organizada e também à corrupção, deixaram de ser problemas estritamente administrativos ou civis, passando a compor o campo de regulação propriamente penal.[23] Neste contexto, este setor do Direito estaria deixando de ser apenas um instrumento de reação contra violações a bens de

20. PRITTWITZ, Cornelius. Op. cit., p. 168-170. No mesmo sentido, HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. ed. Munique: C.H. Beck Verlag, 1990. p. 274-275.

21. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCrim, 2005. p. 91.

22. Neste sentido, Silva-Sánchez afirma que a situação psicológica de nossa sociedade, marcada por uma forte insegurança subjetiva, acaba por sustentar uma crescente demanda por vigilância e proteção. Cf. SILVA-SANCHÉZ, Jesús-María. Op. cit., p. 7-9.

23. HASSEMER, Winfried. Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik. *Strafverteidigung* 9/483, 1995.

titularidade do indivíduo, tornando-se, cada vez mais, um sistema de gestão e de alocação de grandes riscos.[24]

Diante desta profunda alteração do *papel social* exercido pelo Estado, o âmbito de atuação do Direito Penal parece ser redesenhado. Ao passo que as décadas de 50 e 60 do século passado tinham sido marcadas por certa tendência liberal, concretizada em movimentos favoráveis à descriminalização de âmbitos então relegados à mera regulação moral (como o caso dos *delitos de homossexualidade*) ou mesmo à intervenção civil ou administrativa,[25] os anos 70 e 80 passam a ser pautados por fortes demandas de criminalização.[26] Ainda que este movimento seja, ele próprio, objeto de discussões e questionamentos, fato é que a primeira grande mudança que podemos apontar no Direito Penal contemporâneo parece consistir na *expansão dos objetos por ele regulados*. Neste sentido, a política criminal das últimas décadas caracterizar-se-ia, fundamentalmente, por criar novos tipos penais e por intervir crescentemente em esferas antes relegadas ou à auto-organização da sociedade civil, ou à regulação administrativa. O Direito Penal passa a atuar em um número cada vez maior de campos, principalmente naqueles em que a apreensão e a percepção dos atuais riscos são mais intensas. Tanto novos interesses passaram a ser alvo de proteção penal, quanto interesses preexistentes se tornaram alvo de uma intervenção mais intensa.

Do ponto de vista teórico, esta expansão foi processada sob a fórmula de "surgimento de novos bens jurídicos",[27] surgimento este que se explicaria por

---

24. A exemplo desta mudança de funções, ressaltam-se as mais recentes leis aprovadas no mundo ocidental. Segundo as ideias nelas pressupostas, o Direito Penal seria responsável por prevenir danos ambientais, combater a "ameaça terrorista", servir de gestor sanitário no tratamento das drogas ilícitas, etc. Cf. a abordagem crítica de PRITTWITZ, Cornelius. Op. cit., p. 275-276.

25. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. *El moderno Derecho penal y la antecipación de la tutela penal*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1999. p. 35.

26. Costuma-se afirmar que os motivos para tal expansão seriam de diversas ordens: em primeiro lugar, teria sido nestes anos que o movimento terrorista atingiu seu auge, o que justificaria uma legislação preocupada sensivelmente com o aspecto preventivo de danos, punindo mais fortemente atos preparatórios, sob a justificativa de interesses vagos como a *ordem pública* e o *interesse do Estado*; em segundo lugar, poder-se-ia citar a percepção crescente de que o desenvolvimento tecnológico e industrial teria trazido consigo efeitos secundários que ameaçam a convivência humana e que, por seu caráter difuso, exigiriam uma proteção preventiva e feita de forma setorial. Para mais detalhes acerca das características desta política criminal expansiva, no contexto da chamada sociedade do risco, ver MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit., p. 91 e ss.

27. HASSEMER, Winfried. *Einführung*... cit., p. 275 e 278.

duas principais razões: por um lado, pela conformação e generalização de novas realidades, que anteriormente não existiam e que passaram, pouco a pouco, a ser fundamentais para a existência em sociedade (pense-se, por exemplo, na proteção do sistema financeiro e da ordem tributária); por outro lado, pela deterioração de realidades antes tidas como abundantes, e que agora se mostravam como escassas (pense-se, neste sentido, na proteção do meio ambiente).[28]

Para garantir a proteção de tais *bens*, foi inserida nas ordens jurídicas ocidentais uma série de novos tipos penais, cujas características diferem substancialmente daqueles tipos tradicionalmente presentes nestes sistemas. Através destas novas criminalizações, não se protegeria apenas a *vida* ou a *liberdade do indivíduo*, mas também interesses difusos e coletivos, tais como a *saúde pública* ou a *capacidade de funcionamento do comércio internacional*.[29] A exemplo de diversas leis editadas no Brasil nas últimas décadas, tais como a *Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional* (7.492/1986), a *Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e as Relações de Consumo* (8.137/1990), a *Lei de Crimes contra o Meio Ambiente* (9.605/1998) e *Lei contra Lavagem de Dinheiro* (9.613/1998), verifica-se na atualidade uma proteção penal cada vez mais difusa, referida a grandes riscos para a sociedade como um todo. Como se pode notar, trata-se cada vez menos da proteção de *interesses individuais*, e cada vez mais de *interesses coletivos*, isto é, de interesses do próprio sistema social.[30]

Isso denota uma transformação na forma pela qual Estado e sociedade se relacionam. Como mostra Alessandro Baratta,[31] o Direito Penal clássico pressupunha uma *separação rígida entre Estado e sociedade civil*, sendo atribuída apenas a esta última o papel de definir os substratos materiais dos bens jurídicos tidos como vinculantes. Neste sentido, *vida*, *integridade corporal*, *liberdade* e *propriedade* eram vistos como objetos pré-jurídicos, cuja proteção – frente ao Estado – seria necessária e tida como evidente. Estes *bens*, por seus claros contornos e por seu relevante valor ético-social,[32] constituiriam elementos ma-

28. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 25.

29. HASSEMER, Winfried. Perspektiven... cit., p. 484.

30. HASSEMER, Winfried. Kennzeichnen und Krisen des modernen Strafrechts. *Zeitschrift für Rechtspolitik* 10/378.

31. Ainda que derivando deste argumento um posicionamento crítico diante destas mudanças, cf. BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología critica. *Pena y Estado* 1/37-55.

32. Este substrato ético-social do Direito Penal clássico estaria em praticamente todos os interesses tradicionalmente tidos como bens jurídicos. Neste sentido, pense-se, por

teriais cuja garantia seria fundamental para que não houvesse abuso estatal. Ao menos à primeira vista, trata-se de uma tese que parece muito convincente.

No entanto, tal visão liberal parece mostrar-se insuficiente a partir do momento em que o Estado é chamado a intervir no processo de *produção* dos bens jurídicos, isto é, a partir do momento em que as forças sociais encaram o Estado não mais como simples corporificação do arbítrio contra o qual se deve lutar, mas sim e principalmente como interventor sem o qual os próprios bens jurídicos tradicionais deixariam de ser usufruíveis.[33] A favor deste papel interventor por parte do Estado, costuma-se afirmar que um sistema financeiro em colapso impediria o usufruto da propriedade, bem como um meio ambiente em plena degradação violaria a integridade física e a saúde de um enorme número de indivíduos. Este tipo de situação evidenciaria, portanto, a necessidade de se proteger ações que, se não diretamente, ao menos indiretamente acarretam danos ao usufruto de bens materiais e concretos. Ou seja, o Direito Penal deixa de operar exclusivamente sob uma perspectiva microssocial, passando adotar também uma ótica macrossocial.[34] Passa-se, assim, a ganhar força a ideia de *funcionamento do sistema* – ou seja, dos processos ou funções que este venha a cumprir para que possam estar materialmente asseguradas as bases e condições da coletividade –, então a diferenciação qualitativa entre Direito Administrativo e Direito Penal, segundo a qual este último apenas poderia proteger bens jurídicos circunscritos aos interesses do indivíduo, parece perder sua base concreta de sustentação.[35]

A esta *expansão* dos objetos regulados pelo Direito Penal segue uma outra mudança, igualmente importante. Trata-se da alteração no próprio padrão de funcionamento desta esfera. Como nota Prittwitz, este novo sistema de combate a grandes riscos *não apenas protege mais bens e interesses*, mas *também o faz de forma diferente, através de novos mecanismos de imputação.*[36] Neste sentido, ao lado do surgimento de *novos bens jurídicos*, verifica-se também uma mudan-

---

exemplo, em como a conduta "matar alguém" é tida não apenas por juridicamente proibida, mas também por moralmente reprovável.

33. O exemplo é de KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat – rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten* Gefährdungsdelikte. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1989. p. 20.

34. Para mais detalhes, ver SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 62-63.

35. MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz – zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischen Fundament*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 1994. p. 155.

36. PRITTWITZ, Cornelius. Op. cit., p. 245.

ça na chamada *estruturação do delito*, ou seja, na própria maneira pela qual as proibições penais vêm sendo formuladas em termos de categorias dogmáticas.

Tradicionalmente, o Direito Penal funcionava exclusivamente com base na lesão ou colocação em perigo concreto de um dado bem. A exemplo do que ocorre em casos de homicídios, furtos, violência ou grave ameaça, o aparato estatal, em regra, reage apenas quando verificado um *dano* a um bem concreto. A complexificação social acima retratada vem, no entanto, criar pressões no sentido de transformar este padrão de funcionamento. Isso porque, pela própria natureza dos interesses que se pretende proteger através das mais recentes criminalizações, parece ser impossível manter o tradicional *modus operandi* da regulação penal, se o que se pretende é atuar eficientemente contra estes novos riscos. Costuma-se afirmar que os danos advindos de um desastre ambiental em larga escala, as crises financeiras resultantes de processos de especulação desenfreados, os grandes danos à saúde causados pela produção de produtos comercializados em massa, e até mesmo os danos causados por grandes organizações criminosas não seriam processáveis através do funcionamento eminentemente *reativo* do Direito Penal tradicional, que condicionava a pena à ocorrência de danos ou perigos concretos a bens previamente dados. Bastaria pensar, por exemplo, que uma grande quantidade de riscos da atualidade tem caráter difuso, sendo que a comercialização de produtos nocivos, a liberação de produtos tóxicos e a realização de operações financeiras lesivas como as vinculadas ao chamado crédito *sub-prime* são de tal forma complexas que suas causas desencadeadoras não se identificam de modo preciso, fazendo com que, muitas vezes, delas decorram danos apenas muitos anos depois da realização das condutas tidas por potencialmente lesivas.[37] Nestes contextos, a necessidade de se cuidar de um complexo difuso de riscos teria levado a uma transformação na forma de regulação penal de diversos setores, deixando de se operar reativamente para, então, trabalhar de forma essencialmente *preventiva*.[38]

Assim, nos novos campos de regulação jurídico-penal, a ideia de prevenção, antes tida como residual na regulação via pena, estaria se tornando, cada vez mais, "o paradigma de operação" do sistema.[39] Este estaria se transformando

37. É o que parece estar pressuposto no argumento de SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., p. 29.

38. Admitindo este ponto, ainda que de uma perspectiva cética, ver HERZOG, Felix. Risikogesellschaft, Risikostrafrecht, Risikoregulierung – über das Strafrecht hinausweisende Perspektiven. In: NEUMANN, Ulfried. *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 2005. p. 124-125.

39. A expressão é de HASSEMER, Winfried. Perspektiven... cit., p. 486; no mesmo sentido, também PRITTWITZ, Cornelius. Op. cit., p. 239.

em um *sistema preventivo*, cujos âmbitos regulados – do meio ambiente à corrupção em larga escala, passando pela economia e pelas relações de consumo – evidenciam uma sensível luta contra riscos de grande porte. Tratar-se-ia, portanto, de uma mudança paradigmática, consistente não apenas na substituição do combate a bens jurídicos individuais em nome da gestão de grandes problemas, mas também na substituição de uma resposta *reativa* frente ao passado em nome do *controle sobre o futuro*. Neste contexto, em que a prevenção poderia ser vista como objetivo primeiro de um certo setor do Direito Penal, uma série de novas figuras dogmáticas parece desempenhar um papel cada vez mais decisivo, como os chamados *crimes de perigo abstrato*, os *delitos de transgressão*, as *normas penais em branco* etc.[40] Através destes mecanismos, opera-se tanto um adiantamento da proteção penal a fases anteriores a efetivação do resultado concreto,[41] quanto uma forte maleabilidade na definição do conteúdo do injusto típico.[42]

A tendência acima exposta costuma ser denominada de "administrativização do Direito Penal", no âmbito da qual "o Direito Penal das sociedades pós-industriais assume, em ampla medida, a forma de raciocinar tradicionalmente própria do Direito Administrativo".[43] Este movimento coloca-nos diante de uma série de questões. Em primeiro lugar, se admitimos as insuficiências das diferenciações essencialistas e consideramos mais interessante partir de distinções que levem em conta os critérios de imputação e as garantias próprias de cada esfera, cabe perguntar, então, quais são as diferenças efetivas que restam entre Direito Penal e Direito Administrativo, principalmente se estamos diante de um contexto em que as fronteiras entre estes dois setores parecem estar cada vez mais fluidas. Estaria fadada ao fracasso qualquer tentativa de distinguir estes dois ramos da ordem jurídica? Ou seria preciso atentar para o que

---

40. No âmbito deste trabalho, é impossível tratar de cada uma destas figuras detalhadamente. Para um breve panorama deste quadro, ver HASSEMER, Winfried. Kennzeichnen... cit.

41. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit., p. 129.

42. Favorável a tal forma de regulação, no que tange ao Direito Penal Econômico, pode-se citar TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito. Introducción al Derecho penal económico y de la empresa*. Barcelona: Ariel, 1985. p. 36-40. Também favorável é STRATENWERTH, Günther. Zukunftsicherung mit den Mitteln des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 105/694-698. Criticando a criação desenfreada de crimes de perigo abstrato, extraindo dela consequências nefastas para a segurança jurídica, ver HASSEMER, Winfried. Kennzeichnen... cit., p. 380 e ss.

43. Conferir, por todos, SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., p. 130 e ss. Também MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit., p. 115-143.

ainda há de diferente entre eles? Estas e outras questões constituem o núcleo do que pretendemos discutir a seguir.

3.3 Para uma releitura funcional da relação entre Direito Penal e Direito Administrativo

Em um momento no qual as diferenças essencialistas apresentam-se cada vez menos sustentáveis, parece-nos muito mais interessante não insistir em traçar distinções substantivas entre Direito Penal e Direito Administrativo. Pelo contrário, o caminho mais promissor parece sugerir que trabalhemos com as diferenças *operativas* que ainda se podem identificar como características de uma ou outra área. Neste sentido, ao invés de analisar se um dado fenômeno guarda uma característica intrínseca de ilícito penal ou ilícito administrativo, devemos pensar em produzir distinções a partir de critérios *funcionais*, que levem em conta características próprias de funcionamento de cada uma destas esferas. Assim, abstratamente falando, para que possamos refletir sobre as vantagens e desvantagens de regulamentar determinado fenômeno por meio de um ou de outro ramo do Direito, sugerimos a análise dos seguintes elementos a serem considerados: as sanções aplicáveis em cada uma destas esferas, bem como seu potencial simbólico, os procedimentos próprios de cada ramo, as garantias previstas em seu funcionamento, a autoridade competente para processar e julgar os casos, os instrumentos de produção de prova e medidas cautelares, os critérios de imputação de responsabilidade em cada um destes ramos etc.[44]

De saída, vale a pena ponderar que, mesmo adotando esta distinção mais concreta e procedimental, ainda encontraremos, em muitos casos, dificuldades de caracterizar definitivamente cada uma das esferas. Haverá, em outras palavras, áreas obscuras, casos limítrofes, elementos controversos no processo de

44. A análise a seguir segue as investigações de que participamos no âmbito do Projeto Pensando o Direito, financiado pela Secretaria de Assuntos Legislativos e coordenada pela professora da Direito da FGV Marta Rodriguez de Assis Machado. Para um detalhamento das ideias colocadas nas páginas que seguem, ver MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portella; KIRSCHBAUM, Déborah; TANGERINO, Davi de Paiva Costa Tangerino; PALMA, Juliana Bonacorsi de; LUZ, Yuri Corrêa da; CAMARGO, Beatriz Corrêa; FERREIRA, Carolina Cutrupi; SCHAFFA, Pedro; TUCCI, Rogério Lauria. Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas – uma contribuição para o debate público brasileiro. Disponível em formato eletrônico no sítio: [http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={C143BBF4-6041-4B4A-80C2-9FEB8ACF2551}&ServiceInstUID={0831095E-D6E4-49AB-B405-C0708AAE5DB1}].

identificação das características estruturantes da regulação em cada um destes setores.[45] Tais pontos nebulosos não podem sequer ser abstratamente numerados, posto que sua quantidade varia fortemente, de acordo com o tipo de fenômeno que se pretende regular. Por exemplo: a dificuldade em se encontrar diferenças entre o Direito Administrativo e o Direito Penal é sensivelmente menor em casos nos quais se admite a responsabilização individual e a imposição de pena privativa de liberdade. Por outro lado, tal dificuldade aumenta consideravelmente se estamos diante de casos em que a responsabilidade deve ser atribuída à pessoa jurídica, dado que, nestas hipóteses, não podemos identificar diferenças entre as esferas no que diz respeito às sanções por ela aplicáveis.[46] De qualquer modo, os critérios acima enumerados nos parecem formar um bom ponto de partida para se pensar em uma distinção mais consistente entre Direito Penal e Direito Administrativo nos dias de hoje.

Tendo isso em mente, seria absolutamente impossível, nesta sede, construir uma espécie de teoria geral que abarcasse a aplicabilidade de cada um destes critérios a todos os fenômenos em que se discute qual o melhor ramo para se trabalhar determinada questão. Por conta disso, nós nos limitaremos, aqui, a analisar a viabilidade deste tipo de distinção não essencialista para se discutir a melhor forma de se combater o fenômeno da corrupção no Brasil. Mais especificamente, pensaremos em como estes critérios podem ser usados como base para se analisar criticamente o PL 6.826/2010, que dispõe sobre a responsabilização de pessoas jurídicas que praticam corrupção contra o interesse da Administração Pública. Trata-se, em outras palavras, de pensar na distinção entre Direito Penal e Administrativo de forma *aplicada*, de modo a que seja possível refletir sobre as vantagens e desvantagens de se regular este específico fenômeno através de uma ou de outra esfera.

4. A NORMATIVIDADE BRASILEIRA SOBRE O COMBATE À CORRUPÇÃO E O PL 6.826/2010 SOB A PERSPECTIVA DE UMA DISTINÇÃO FUNCIONAL ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

4.1 O arcabouço normativo de combate à corrupção no Brasil

Antes de procedermos à análise concreta deste Projeto de Lei, impõe-se apresentar brevemente o contexto no qual ele veio a surgir. Deste modo, poderemos compreender melhor quais seus objetivos e suas pretensões regulatórias.

45. Assim nota, acerca desta questão, WOHLERS, Wolfgang. Op. cit., p. 102-103.

46. Este ponto será mais bem analisado a seguir.

No plano do Direito positivo, a legislação brasileira sobre corrupção pode ser dividida em três esferas independentes: a esfera penal, a esfera civil e a esfera administrativa.[47] O procedimento em uma delas corre paralelamente ao procedimento em outra, sendo comum afirmar-se que é possível haver acumulação das sanções atribuídas em cada um destes ramos. Nos três setores, a condução dos procedimentos é feita por uma autoridade respectivamente competente, de acordo com normas distintas.

No plano do Direito Penal, a mais conhecida regulação destas práticas está prevista no Código Penal brasileiro, que prevê duas principais condutas típicas: a corrupção passiva (art. 317) e ativa (art. 333). A prática de concussão, extorsão praticada por funcionário público, aparece, por sua vez, no art. 316 do CP. Nos três casos, costuma-se afirmar que o bem jurídico protegido é o regular funcionamento da Administração Pública.[48]

Ao lado destes dispositivos, a Lei 10.467/2002, aprovada em decorrência da Convenção da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, trata dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira. Este diploma acrescentou ao Código Penal os arts. 337-B e 337-C, que tornaram crime, respectivamente, a prática de corrupção ativa e o tráfico de influência praticados em transação comercial internacional. Sustenta-se que, nestes casos, a criminalização serviria à proteção do bem jurídico "boa-fé, regulação e transparência em relações comerciais internacionais".[49]

Estas figuras típicas, a compreender as condutas relativas à prática de corrupção, em sentido amplo, aparecem, ainda, em numerosos dispositivos da legislação especial.[50] A principal referência, neste sentido, talvez seja a prevista

47. O panorama a seguir segue a excelente apresentação realizada por MACHADO, Ana Mara França. O *sistema brasileiro anticorrupção: internacionalização do Direito e variantes nacionais*. Tese de Mestrado defendida no Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP, 2010. p. 63 e ss.

48. Idem, p. 64.

49. Idem, ibidem. A mesma lei acrescentou ao Código Penal, ainda, o conceito de funcionário público estrangeiro, em seu art. 337-D: "quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro".

50. Além dos crimes contra a lavagem de dinheiro, os tipos penais de corrupção encontram-se tipificados na legislação extravagante nos seguintes artigos: crimes de responsabilidade (Dec.-lei 201/1967; Lei 1.079/1950 e Lei 5.249/1967); corrupção

no tipo penal da lavagem de dinheiro, constante da Lei 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e também cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf).[51] De acordo com esse diploma, é passível de punição quem dá cobertura à ocultação ou dissimulação da natureza de bem fruto de corrupção, adquirindo-os, comercializando-os, guardando-os, convertendo-os em ativos lícitos e outras modalidades tendentes a dar aparência de licitude a bens de origem ilícita. O inc. VIII de seu art. 1.º foi inserido por conta de Convenção da OCDE, que estabelecia que os crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do CP) são crimes antecedentes para configurar a lavagem de dinheiro. Anteriormente a isso, contudo, já constava na lei o inc. V do art. 1.º, que previa que os crimes contra a Administração Pública presentes nos arts. 328 a 337 do CP poderiam ser vistos como crimes antecedentes, bases para a configuração do delito de lavagem.[52]

No âmbito civil e administrativo, por sua vez, é de grande relevância a chamada Lei de Improbidade Administrativa (8.429/1992), que trata das sanções aplicáveis aos agentes públicos envolvidos em enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional. Este diploma veio concretizar e regulamentar a modalidade e a gradação das sanções previstas no art. 37, § 4.º da CF/1988, tratando de três espécies de atos de improbidade administrativa: (a) aqueles que causam prejuízo ao erário (cf. art. 10 da Lei 8.429/1992); (b) aqueles que atentam con-

---

por prefeitos e vereadores (Dec.-lei 201/1967, art. 1.º, I e II); má gestão por Prefeitos e Vereadores (art. 1.º, III a XXIII, do Dec.-lei 201/1967); crimes de tráfico ilícito de drogas por funcionário público (Lei 11.343/2006, art. 40, II); crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/1986); crimes contra a ordem tributária por funcionário público (art. 3.º e 12, II da Lei 8.137/1990); crime contra a administração ambiental praticado por funcionário público (arts. 66 e 67 da Lei 9.605/1998); crimes da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993); corrupção em crimes eleitorais (Lei 4.737/1965, art. 299 e 300); suborno no setor privado (art. 195, IX e X, da Lei 9.279/1996); conflito de interesses no setor privado (art. 195, XI, da Lei 9.279/1996). No Código Penal Militar, arts. 308 e 309; Código Eleitoral, art. 299 e Lei 8.137/1990, art. 3.º, II (define os crimes contra a ordem tributária, econômica contra as relações de consumo). Na esfera administrativa, o Estatuto de Funcionários Públicos do Estado de São Paulo (Lei estadual 10.261/1968), prevê em seu art. 257, II, VI, VII e XIII, normas administrativas aplicáveis a funcionários públicos em caso de corrupção.

51. O art. 14, § 2.º, da Lei 9.613/1999 institui o Coaf, responsável por "coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores".

52. MACHADO, Ana Mara França. Op. cit., p. 64.

tra os princípios da Administração Pública (cf. art.11 da Lei 8.429/1992); e (c) aqueles que promovem enriquecimento ilícito (cf. art. 9.º da Lei 8.429/1992).[53]

Da breve descrição deste arcabouço normativo – que, somado aos esforços da Corregedoria Geral da União (CGU), constitui o conjunto de instrumentos da política brasileira de combate à corrupção –, é possível perceber que nossa legislação parece privilegiar, fortemente, um tipo muito específico de prática de corrupção: aquela cometida por pessoas *naturais*, sejam elas funcionários públicos ou não. Trata-se, seja na legislação penal, seja na legislação administrativa e civil, de uma série de medidas voltadas à repressão e à prevenção da corrupção praticada por indivíduos isoladamente, isto é, de entes que podem ser identificados e individualmente responsabilizados por seus atos.

Não obstante a importância deste tipo de conduta, em si problemática e merecedora de regulação, parece importante perceber que ela não esgota todas as modalidades de corrupção que observamos nos dias de hoje. Isso porque, este fenômeno, na atualidade, ganhou proporções muito maiores, atingindo não apenas o setor público, mas também o setor privado, e não sendo apenas praticadas por indivíduos isolados, mas também por pessoas jurídicas, isto é, por entes coletivos.

De fato, cada vez mais se percebe a importância social que a organização da atividade humana em entidades coletivas adquiriu nas sociedades pós-industriais. Tal modo de organização da atividade, trouxe importantes ganhos econômico-sociais e também como contrapartida a descoberta desse tipo de organização também como um "centro suscetível de gerar ou favorecer a prática de fatos ilícitos".[54] Isso significa que entes coletivos têm sido percebidos como relevantes *fontes de práticas ilícitas*, motivo pelo qual se faz necessário pensar, cada vez mais, em modelos de regulação que levem em conta esta realidade, vale dizer, que sejam capazes de agir preventiva e/ou repressivamente sobre as pessoas jurídicas, e não apenas sobre os membros que a compõem.[55]

Este diagnóstico está na base do surgimento do PL 6.826/2010, de iniciativa do Executivo através de sua Secretaria de Assuntos Legislativos, hoje tramitando no Congresso Nacional.[56] Neste Projeto de Lei, propõe-se que a corrupção seja considerada como fenômeno que também é praticado por pessoas jurídi-

53. Idem, p. 65.

54. COSTA, José de Faria. Breves reflexões sobre o Decreto-lei n. 201-B/75 e o direito penal econômico. *Revista de Direito e Economia* 2/42.

55. Para um panorama acerca destes diagnósticos de política criminal, ver MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portella et al. Op. cit., p. 13 e ss.

56. Disponível em: [www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=466400].

cas. Neste sentido, o Projeto prevê para estas a possibilidade de serem responsabilizadas administrativamente pela prática de atos de corrupção praticados contra o interesse da Administração Pública.[57] Como nota Pedro Abramovay, ex-Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, a atual legislação, por estar calcada na repressão da corrupção praticada por indivíduos, acaba impondo um prejuízo muito pequeno para a empresa que pratica corrupção.[58] A maior sanção existente no atual quadro normativo é a declaração de inidoneidade, prevista no art. 88, III, da Lei 8.666/1993, que impede a contratação com a Administração Pública. Na pior das hipóteses, a pessoa jurídica acaba sofrendo prejuízos impostos pelo próprio mercado, quando a condenação afeta, em alguma medida, sua reputação. Assim, acabam-se criando poucos incentivos para que ela não venha a cometer ilícitos desta espécie.

Por conta disso, o referido Projeto de Lei pretende direcionar a regulação estatal à prática de corrupção realizada por entes coletivos e prevê, para estas, a possibilidade de aplicação de medidas mais drásticas, como multa de até R$ 6.000.000,00 e até mesmo seu fechamento compulsório.

---

57. Assim considerados, nos termos do art. 6.º do Projeto de Lei, os atos de: "I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II – frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório público; III – impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; IV – afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; V – fraudar licitação pública instaurada ou contrato dela decorrente: *a)* elevando arbitrariamente os preços; *b)* vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; *c)* entregando uma mercadoria por outra ou prestando serviço diverso do contratado; *d)* alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida ou do serviço prestado; ou *f)* tornando indevidamente mais onerosa a proposta ou a execução do contrato; VI – criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; VII – financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; VIII – utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IX – obter vantagem ou benefício indevidos de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; X – manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; ou XI – deixar de pagar encargos trabalhistas ou previdenciários, decorrentes da execução de contrato celebrado com a administração pública".

58. Em entrevista dada ao jornal *O Estado de S. Paulo*, datada de 04.07.2009. Disponível em: [www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090705/not_imp398001,0.php].

Neste ponto, é importante salientar que os formuladores do Projeto de Lei optaram por regular esta prática a partir, fundamentalmente, do Direito Administrativo Sancionador. Foi deixada de lado, portanto, a possibilidade de se regular a questão a partir da responsabilidade penal de pessoas jurídicas que cometam atos de corrupção. Diante disso, parece interessante discutir, com base no quadro teórico apresentado anteriormente, quais seriam as diferenças entre estas duas esferas que deveriam ter sido consideradas na escolha entre ambos os tipos de regulação, de modo a se avaliar, e em que medida, a opção tomada pelo legislador brasileiro foi ou não a mais acertada.

Pois bem. Como mencionado, em contextos de complexificação social nos quais se verifica o fenômeno de *administrativização do Direito Penal*, as distinções entre estes ramos do ordenamento jurídico devem ser pensadas tomando por base diferenças *funcionais*, vale dizer, partindo de critérios como (a) as sanções aplicáveis em cada um deles, bem como seu potencial simbólico; (b) especialização de seus agentes; (c) os critérios de imputação de responsabilidade em cada um destes ramos; (d) os procedimentos próprios de cada esfera (incluindo-se, aqui, seus respectivos instrumentos de produção de prova); (e) as garantias disponíveis aos acusados em cada um destes procedimentos. Avaliaremos, a seguir, o PL 6.826/2010 a partir destes diferentes registros.

4.2 A diferenciação funcional entre Direito Penal e Direito Administrativo, e o PL 6.826/2010

4.2.1 Sanções e potencial simbólico de cada responsabilização

Quando focamos a distinção entre Direito Penal e Direito Administrativo sobre características funcionais de cada uma destas esferas, costuma-se afirmar que uma das principais diferenças existentes entre elas está no tipo de sanção aplicada por cada um destes ramos. O Direito Penal, neste registro, seria o único capaz de impor uma pena de privativa de liberdade, sanção esta que o caracterizaria.

Ainda que seja realidade que esta sanção apenas possa ser atribuída por esta esfera, não podemos, no entanto, esquecer que ela não esgota o arsenal das consequências jurídico-penais disponíveis nos ordenamentos atuais. Lembremos, aqui, que não apenas multas e sanções restritivas de direito podem ser impostas por este setor,[59] como também há situações nas quais sequer é possível aplicar

59. Assim dispõe o Código Penal brasileiro, em seu art. 32, *in verbis*: "As penas são: I – privativas de liberdade; II – restritivas de direitos; III – de multa." Neste sentido, Zuñiga Rodriguez chama a atenção para o fato de que, em muitos casos de ilícitos

penas privativas de liberdade. Este é o caso, por exemplo, do fenômeno regulado pelo Projeto de Lei em tela. Como se trata, nele, da previsão de responsabilidade de um *ente coletivo* pela prática de atos de corrupção, estamos diante da real impossibilidade de aplicação de pena de prisão, o que faz com que os instrumentos sancionatórios que ambas as esferas têm à disposição sejam rigorosamente os mesmos – penas de multa, restrição de direitos, limitação de atividades, submissão a controles especiais etc. Nestes casos, portanto, poderíamos afirmar que, com relação ao tipo de sanção passível de ser aplicada aos fenômenos em tela, não haveria qualquer distinção entre a esfera administrativa e a esfera penal.

Neste ponto, poder-se-ia argumentar que, em realidade, a sanção administrativa e a sanção penal se diferenciariam em termos de força simbólica.[60] Embora o pronunciamento de ambas as esferas possa ser compreendido como a comunicação de reprovação de um comportamento e afirmação da norma violada, a princípio, fala-se em um potencial simbólico mais acentuado do Direito Penal, no qual estariam envolvidos tribunais, delegacias, membros da polícia etc. Embora reconheçamos que estes são fatores cujo potencial simbólico deve ser considerado, parece haver, entretanto, alguns elementos capazes de relativizar essa que seria uma vantagem do Direito Penal em termos de impacto preventivo.

Em primeiro lugar, não podemos deixar de mencionar que as sanções administrativas, dependendo do caso, podem ser mais graves que as penais. Neste sentido, Manuel Gómez Tomillo, analisando a sanção de inabilitação para o exercício de uma profissão ou ofício, pondera que "em uma sociedade em que o trabalho representa um bem muito escasso, tal sanção pode ser quase tão grave como a de perda da liberdade, sobretudo se se leva em conta que no sistema do Código a pena de inabilitação especial implica a perda definitiva do mesmo".[61] Além disso, embora seja necessária a realização de pesquisa empírica específica a esse respeito, parece possível ao menos colocar a questão se a força simbólica do Direito Penal não estaria justamente ligada à ameaça da prisão, e não aos atores envolvidos no processo penal. Se este for o caso, ausente a possibilidade de prisão, como é o caso do fenômeno tratado pelo Projeto de Lei em questão, perderia também peso o argumento que se refere à maior força simbólica da esfera penal.

---

penais da atualidade, a pena privativa de liberdade "ha dejado de ser la pena por excelência", tendo-se a "revitalización de las penas alternativas pecuniárias y restrictivas de derechos". Cf. ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Op. cit., p. 1438-1439.

60. Assim, por todos, SILVA SÁNCHEZ, Jésus-María. Op. cit., p. 159 e ss.

61. TOMILLO, Manuel Gómez; ALVAREZ, Maria Pardo. Infracciones culposas en el Derecho administrativo sancionador y principios del Derecho penal. *Cuadernos de Politica Criminal* 70/83.

Paralelamente a esta ponderação, devemos nos perguntar se não seria incorreta a afirmação de que *a priori* falta às sanções administrativas qualquer impacto simbólico relevante. Na medida em que o significado das manifestações das instituições formais encarregadas de aplicar o Direito, bem como das sanções por elas determinadas, não estão definidas previamente, mas passam por um *processo social de atribuição de sentido*, não nos parece possível, desde logo, desprezar a possibilidade de as manifestações e decisões de um órgão administrativo alcançarem impacto simbólico-preventivo. Até porque, vale lembrar, a própria prática administrativista parece começar a incorporar as finalidades da sanção penal para aplicar suas sanções disciplinares. Como exemplos desse fenômeno, podemos mencionar o respeito e o efeito simbólico que têm atualmente os pronunciamentos de dois órgãos da esfera administrativa: a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Estes dois exemplos parecem mostrar que o potencial simbólico de uma sanção é algo mutável, que depende de uma série de circunstâncias sociais podendo, portanto, ser construído também quando se tem em mãos a possibilidade de responsabilização administrativa. Isso se vê confirmado durante entrevista conduzida com um representante do Cade, na qual este afirmou que considera a mensagem da sanção administrativa no mundo empresarial semelhante à mensagem da sanção penal, sustentando que "quando sai uma notícia no jornal 'Justiça condena empresa A por cartel' ou 'Cade condena empresa A por cartel', é a mesma coisa".[62]

Este peso simbólico das sanções administrativas também está presente no efeito de *deterrence* (preventivo) que algumas decisões de órgãos administrativos possuem. A prática tem mostrado que, hoje, as empresas consultam a CVM para saber se podem ou não fazer determinada operação societária. Se, diante desta consulta, a CVM responde opinativamente *não*, as empresas tendem a

62. Tal entrevista foi conduzida na sede de pesquisa feita alhures, condensada no supramencionado relatório MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portella et al. Op. cit. Corroborando esta manifestação do representante do Cade, Juliana de Palma considera que "além de repercutir diretamente sobre o infrator, a sanção administrativa aplicada pela Administração torna-se exemplar à sociedade em decorrência de seu efeito simbólico, de forma que parcela significativa dos administrados termina por reconhecer a força da autoridade administrativa no manejo do poder sancionador em uma pontual situação. Consequentemente, a aplicação de sanções administrativas gera incentivos negativos (custos) à tomada de decisões contrárias ao ordenamento jurídico pelos demais agentes (*efeito preventivo*)". Cf. PALMA, Juliana de. Processo regulatório sancionatório e consensualidade: análise dos acordos substitutivos no âmbito da Anatel. *III Congresso Iberoamericano de Regulação Econômica. Associação Iberoamericana de Estudos da Regulação – Asier*, 2008.

não realizar a operação, para não correrem o risco de sofrerem a sanção administrativa, bem como de arcarem com os custos derivados da contratação de advogados e de terem seu negócio desfeito.

Isto posto, parece possível afirmar que, no tocante à sanção aplicada por cada uma das esferas, o PL 6.826/2010 não parece poder ser alvo de contundentes críticas. Afinal, no limite, a adoção de uma regulação administrativa, em detrimento de uma regulação penal, parece algo relativamente indiferente, no que tange especificamente a este critério sancionatório. Se esta avaliação faz sentido, então podemos afirmar que as distinções mais relevantes a serem consideradas dizem respeito à forma de funcionamento dessas duas esferas em termos de procedimento adotado, especialmente no que se referem ao equilíbrio entre garantias e eficiência e à especialização requerida da autoridade judicante para lidar com determinados problemas.[63]

4.2.2 Grau de especialização das esferas

Avaliando, então, os termos dos procedimentos penal e administrativo, costuma-se afirmar que uma das principais vantagens atribuídas à esfera administrativa diz respeito à especialização de seus agentes. Isso porque, principalmente no campo da criminalidade econômica, a matéria tratada costuma exigir alta capacitação técnica dos funcionários responsáveis pelo seu processamento.

Especialmente em relação à responsabilização de entes coletivos, uma série de questões específicas vem à tona, não apenas ligadas à matéria em questão (concorrência, tributação, mercado financeiro etc.), mas também relacionada à própria realidade *coletiva* da empresa que pratica o ilícito. A imputação de responsabilidade a pessoas jurídicas pode envolver a cognição de questões ligadas, por exemplo, a um possível déficit organizativo da empresa, à compreensão de sua estrutura e seus mecanismos internos de controle de ilícitos e, mais importante, à necessidade de dosar a medida da sanção e ao mesmo tempo alcançar um equilíbrio entre dano causado, potencial dissuasório e manutenção de sua viabilidade econômica. Ou seja, as especificidades do ator envolvido na conduta são tantas e são de tal maneira decisivas para que o processo de responsabilização não só seja bem sucedido, mas também não agrave ainda mais os custos sociais do problema, que se pode considerar que estamos diante da

63. Neste mesmo sentido parece ser a sugestão de Zuñiga Rodriguez, quando esta argumenta que uma diferenciação entre estas duas esferas deveria levar em conta outros fatores, como: garantias aplicáveis, princípios de imputação para declarar a responsabilidade, especialidade e complexidade da matéria que requer uma regulação pormenorizada. Cf. ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Op. cit., p. 1427.

necessidade de uma outra forma de especialização, talvez até mais intensiva do que aquela normalmente atribuída à esfera do Direito Administrativo.

Para concretizar este argumento, pensemos, apenas a título de exemplo, em como a aplicação de medidas como as previstas nos incs. II e III do art. 19 do PL 6.826/2010[64] precisam ser ponderadas por julgadores com alta capacidade de compreensão da realidade da empresa que pratica o ilícito, principalmente nos casos em que a pessoa jurídica, ao lado da prática de corrupção, também desempenha atividades lícitas. Isso porque é justamente neste caso que sanções como a extinção ou interdição temporária podem produzir efeitos danosos à sociedade como um todo. Além de implicar no afastamento de um ente produtivo da economia do país, com prejuízo para a comunidade de trabalhadores, consumidores e credores, estas sanções poderiam, ainda, impedir que a pessoa jurídica produzisse receita necessária para reparar o próprio dano derivado do ilícito. Tal avaliação, provavelmente, deve ter sido considerada pelo legislador que propôs o Projeto de Lei em tela, posto que, nele, a competência para conduzir o processo e avaliar todas estas questões foi atribuído à Controladoria Geral da União, o órgão mais especializado do governo para tratar do fenômeno da corrupção. Isto, por si só, parece ter sido um forte motivo para a opção do Projeto em regular este fenômeno através do Direito Administrativo.

Importante frisar, neste ponto, que destas ponderações não decorre, necessariamente, que a regulação *penal* deste fenômeno não possa ser considerada recomendável. A única coisa que se afirma é que, desde já, devemos perceber que, se formos optar por esta via de regulação, então teremos que assumir a necessidade de capacitação do Judiciário para tratar da complexidade deste tema, não apenas através de um treinamento adequado dos juízes, mas também da disponibilização de sofisticado auxílio técnico para os julgadores (v.g., com perícias especializadas em avaliações econômicas, auditorias etc.).

4.2.3 Requisitos de imputação presentes em cada esfera

Partindo de uma linha de distinção funcional entre Direito Administrativo e Direito Penal, outro critério relevante a ser tratado é o que se refere aos requisitos de imputação de responsabilidade constitutiva de cada um destes setores.

64. "Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 6.º desta Lei, o Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público interessadas poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: (...) II – suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III – dissolução compulsória da pessoa jurídica."

Neste ponto, vimos que o Direito Penal, tradicionalmente, estava vinculado à intervenção repressiva em caso de violações de bens jurídicos individuais. Mencionamos, ainda, como parte de seu *modus operandi* sofre uma sensível alteração, com o fenômeno da "administrativização do Direito Penal", passando este sistema a adotar uma perspectiva preventiva atuando, ainda, sobre violações a bens jurídicos difusos e supraindividuais.

Não obstante este desenvolvimento, dele não nos parece decorrer, necessariamente, a conclusão de que não haveria mais qualquer diferença entre os critérios de imputação do Direito Penal e do Direito Administrativo. Isso porque se mantém em pleno vigor algumas das principais características distintivas da imputação penal. O principal exemplo talvez constitua o *princípio da culpabilidade*. Regulado pelo art. 5.°, XLV, da CF/1988, este princípio exige que a responsabilidade penal apenas seja imputada a quem for considerado individualmente culpável, não podendo a pena, portanto, ultrapassar a pessoa do condenado. Em oposição a isso, o Direito Administrativo não parece estar vinculado à culpabilidade, posto que a ele seria permitido levar em consideração, em seu processo de imputação, critérios de outra natureza. Neste sentido, observa Adán Nieto que, por meio desse ramo, trata-se de chegar à responsabilidade não por meio da culpabilidade, mas por meio da capacidade de suportar a sanção. Aproximar-se-ia, assim, mais da responsabilidade civil do que da responsabilidade penal.[65]

Por conta desta diferença, na esfera administrativa não se enfrenta qualquer dificuldade em imputar as pessoas jurídicas pela prática de corrupção, pois essa possibilidade já está prevista em seu próprio sistema de funcionamento tradicional. Em oposição a isso, a imputação penal de pessoas jurídicas, por sua vez, traz consigo uma série de resistências dogmáticas, posto que exige que tomemos o ente coletivo (e não seus membros) como responsáveis, o que pressupõe a formulação de um conceito de ação e de culpabilidade que seja aplicável também à pessoa jurídica.[66]

Isso não significa, vale frisar, que a possibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica por meio do Direito Penal esteja excluída de plano. Pelo contrário,

---

65. NIETO MARTIN, Adan. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. *Nueva doctrina penal* 1/125.

66. Impossível, no âmbito deste trabalho, apresentar tanto as críticas a um conceito de culpabilidade para as pessoas jurídicas quanto as tentativas de construí-lo. Para uma excelente apresentação desta problemática, remeto-me ao artigo ALVARADO, Yesid Reyes. Die Verbandshaftung. *Festschrift für Günther Jakobs*. Berlim: Karl Heymanns Verlag, 2007.

existe uma larga produção teórica no sentido de repensar as categorias penais para esse propósito. Contudo, é inegável que estes esforços encontram grande resistência para sua aceitação, o que faz com que, efetivamente, seja mais simples adotar os critérios de imputação do Direito Administrativo para tratar do fenômeno da corrupção praticada por entes coletivos. Esta vantagem pragmática, inclusive, parece ter sido levada em conta pelos redatores do Projeto de Lei ora em comento, como se evidencia na declaração do ex-Secretário de Assuntos Legislativos, ao afirmar que "o juiz não consegue aplicar o Direito Penal para a empresa, então o que queremos é tirar isso do âmbito penal, e colocar no âmbito administrativo, que é onde as punições funcionam".[67]

4.2.4 Procedimentos cabíveis e meios de produção de provas

No que concerne à comparação entre os procedimentos do Direito Administrativo e do Direito Penal, parece-nos haver dois pontos centrais a serem considerados: por um lado, os instrumentos que estão à disposição dos operadores para investigar e produzir provas; por outro, o equilíbrio tênue entre a celeridade, a flexibilidade e as garantias processuais.

Neste confronto, ao modelo de Direito Administrativo Sancionador costuma-se associar as vantagens da celeridade e da especialização, com sacrifício de garantias, ao passo que ao Direito Penal atribui-se a vantagem do devido processo legal, com certo sacrifício da eficiência.[68] Observemos esta descrição mais de perto.[69]

4.2.4.1 Instrumentos investigatórios do Direito Penal

Este quadro do Direito Penal, como setor no qual vigoram garantias mais estritas, embora seja correto, parece-nos, contudo, incompleto. Isso porque as garantias do processo penal não devem ser vistas isoladas de seu contraponto, qual seja, a maior *eficiência* na investigação e na produção de provas desta esfera. Assim, não deve ser esquecido que, por exemplo, a necessidade de autorização judicial para uso de determinado instrumento processual penal de obtenção de provas apenas existe porque este costuma ter maior impacto sobre os direitos fundamentais dos investigados (principalmente sobre a intimida-

67. Declaração dada na entrevista mencionada na nota de rodapé n. 62 deste trabalho.

68. ZUÑIGA RODRIGUES, Laura. Op. cit., p. 1420-1421.

69. O levantamento que se segue mantém-se fiel à apresentação feita no relatório de pesquisa MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portella et al. Op. cit., motivo pelo qual nos remetemos a ele para ulteriores aprofundamentos.

de). Isto posto, a reflexão sobre qual o melhor ramo para lidar com a corrupção praticada por entes coletivos deve levar em conta que o Direito Penal é o único setor capaz de se utilizar de alguns dos mais eficientes meios de produção de provas existentes em nosso ordenamento. Senão vejamos.

Em primeiro lugar, apenas na regulação penal, a princípio, seria possível usar de *busca e apreensão*. Prevista nos arts. 240 a 250 do CPP, esta medida, na verdade, compreende uma medida cautelar e um meio de obtenção de prova. A busca seria o instrumento pelo qual se visa encontrar coisas ou pessoas, enquanto a apreensão é uma medida para resguardar a prova e garantir sua restituição a terceiro ou perda ao final do processo. A busca possui um rol definido no § 1.º do art. 240 do CPP e só pode ocorrer após a expedição de mandado *judicial* que delimite o objeto e a finalidade da busca. Também é possível a busca e apreensão sem mandado judicial, mas ela só pode ocorrer quando consentida pelo morador ou quando o crime é permanente e a situação de flagrância é constante.

Isso não significa, no entanto, que não existam formas alternativas de se utilizar deste instrumento também no Direito Administrativo. Tanto é assim que, desde 2000, a Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão responsável pela investigação e acusação perante o Cade, pode requisitar à Advocacia Geral da União que solicite uma busca e apreensão a um juiz cível, de acordo com o art. 35-A da Lei 8.884/1994. Esta busca e apreensão segue os moldes do Código de Processo Civil,[70] não sendo necessária propositura de ação para que o mandado seja concedido. O tema, contudo, está longe de estar pacificado. O STF, em ação direta de inconstitucionalidade, suspendeu liminarmente o art. 19, XV, da Lei 9.472/1997, que concedia à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) a possibilidade de realizar busca e apreensão no âmbito de sua competência.[71] Também tem considerado ilícitas as provas obtidas pelos servidores da Receita Federal, em busca e apreensão, quando desacompanhadas de mandado judicial.[72] Por conta destas indefinições, sem dúvida alguma podemos dizer que o combate *penal* à corrupção, se fosse adotado pelo PL 6.826/2010, poderia contar seguramente com este importante meio de investigação que constitui a busca e apreensão, o que não é garantido para a regulação administrativa.

---

70. Nos termos de seus arts. 839 a 843.

71. MC na ADIn 1668, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio. O STJ tem acompanhado este entendimento, como mostra os RE 551449/CE, 2.ª T., j. 25.11.2008, rel. Min. Herman Benjamin; RE 951892/CE, 1.ª T., j. 16.08.2007, rel. Min. Francisco Falcão.

72. Assim decidiu o STF no HC 93.050/RJ, 2.ª T., j. 10.06.2008, rel. Min. Celso de Mello.

Em segundo lugar, a regulação penal pode contar, também, com o *uso de interceptação das comunicações telefônicas e de escutas ambientais*. Disciplinada pela Lei 9.296/1996, a interceptação telefônica se caracteriza pela intervenção de terceiro sem o conhecimento daqueles que conversam, dependendo sua realização de autorização judicial, como prevê o art. 5.°, XII, da CF/1988. O cabimento da interceptação está previsto no art. 2.° da Lei, que define quando as situações em que ela é proibida. Neste ponto, surge um problema em relação ao combate à corrupção praticada por ente coletivo. O inc. III do supramencionado artigo veta a interceptação telefônica quando o fato investigado for punido com, no máximo, pena de detenção. Ou seja, exige-se que o crime seja apenado com sanção de *reclusão*, o que não pode ser feito contra pessoa jurídica. Assim, embora apenas o Direito Penal disponha sobre a possibilidade de uso de interceptação telefônica, esta não poderia ser usada segundo o disposto no PL 6.826/2010, posto que ele trata apenas de condutas de entes coletivos, que não podem ser apenados com reclusão.

Isso não se aplica, contudo, ao uso de escuta ambiental, regulada no art. 2.°, IV, da Lei 9.034/1995, que trata dos crimes praticados por organizações criminosas. A utilização deste instrumento é vedada quando o delito investigado não for cometido por "quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo"[73] ou sem autorização judicial, o que impede sua utilização em procedimentos administrativos que não tenham implicação penal posterior. De qualquer modo, neste ponto caberia pensar se a regulação penal da corrupção, se fosse adotada pelo Projeto de Lei em questão, poderia se servir da escuta sem autorização judicial pelo simples fato de ser cometida por pessoa coletiva. Afinal, não está claro se a corrupção praticada no âmbito de pessoa jurídica poderia ser enquadrada na definição "quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo".

Por fim, cabe tratar ainda de uma importante ferramenta de investigação exclusiva do Direito Penal, de especial significado em práticas como a de corrupção. Trata-se da *possibilidade de quebra de sigilo bancário*. Prevista no §.4.° do art. 1.° da LC 105/2001, a quebra de sigilo bancário apenas pode ocorrer durante o inquérito ou processo *penal*, desde que autorizada por juiz competente e seja necessária para apuração das ocorrências.[74] A possibilidade de

73. Art. 1.° da Lei 9.034/1995.

74. "Art. 1.° (...) § 4.° A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: I – de terrorismo; II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III – de contrabando ou

quebrar sigilos bancários, em uma prática como a de corrupção, que envolve em regra benefícios econômicos ilícitos torna, portanto, muito vantajosa a disciplina penal de seu combate, no que diz respeito aos meios de produção de provas e de investigação.

Diante do exposto, podemos perceber que o modelo de combate assumido pelo Projeto de Lei ora em comento, se aprovado, acabaria por não dispor de importantes meios de instrução que são exclusivos do Direito Penal. Exceção apenas poderia ser aberta se a conduta investigada no âmbito administrativo também estivesse tipificada criminalmente.[75] Como não há, em nosso Direito Positivo, a previsão de qualquer tipo penal de corrupção praticada por pessoa jurídica, esta hipótese de uso de instrumentos penais no processo administrativo estaria de pronto excluída, o que deve ser considerado no momento de se refletir sobre as vantagens e desvantagens regulatórias de cada uma destas esferas.

4.2.4.2 Instrumentos investigatórios do Direito Administrativo

Por outro lado, não devemos esquecer que o Direito Administrativo, apesar de não contar diretamente com os instrumentos acima mencionados, possui meios que são estranhos ao processo penal e que, a princípio, são mais flexíveis no que diz respeito a algumas garantias individuais. Obviamente, tais instrumentos variam em relação às previsões de cada setor de regulação, o que faz com que uma análise completa de todos eles ultrapasse em muito os objetivos deste trabalho. Contudo, a título de ilustração, consideramos importante citar alguns destes mecanismos, que podem vir a ser relevantes no combate à corrupção no Brasil.

---

tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; IV – de extorsão mediante sequestro; V – contra o sistema financeiro nacional; VI – contra a Administração Pública; VII – contra a ordem tributária e a previdência social; VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX – praticado por organização criminosa."

75. É o que acontece, por exemplo, na investigação que o Cade promove sobre as práticas de cartel, nas quais este órgão administrativo atua em conjunto com a Polícia Federal e o Ministério Público, requisitando a execução de diligências tipicamente penais. Neste sentido, interessante mencionar entrevista com Paulo Furquim de Azevedo, conselheiro do Cade, na qual este afirma: "Vale a pena destacar três elementos em que o Brasil se destaca e que são muitas vezes tomados como referência pelas demais jurisdições (...) o programa de combate a cartéis, com o uso de mecanismos de busca e apreensão, acordo de leniência e interceptação de comunicação coloca o Brasil na fronteira na dissuasão desse tipo de ilícito". Disponível em: [www.cade.gov.br/news/n019/entrevista.htm].

Em primeiro lugar, cabe mencionar a possibilidade do Direito Administrativo de *requisitar informações e documentos aos investigados sob pena de multa*. O art. 10, II, da Portaria MF 327/1977 e o art. 9.°, II, da Lei 6.385/1976, obrigam os intimados durante a instrução administrativa a comparecerem para esclarecimento ou prestação de informações. Caso o intimado não atenda ao chamado da CVM, pode ele receber uma multa administrativa. No procedimento penal, tal mecanismo nunca seria permitido, posto que faz parte de sua lógica interna o direito fundamental do réu ao silêncio. O mesmo valeria para o pedido de apresentação de documentos.

Em segundo lugar, cabe mencionar a possibilidade da esfera administrativa de promover *acordos de leniência*. Prevista no arts. 35-B e 35-C da Lei 8.884/1994, a aceitação deste acordo pelo investigado resulta na "extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável". A celebração do acordo de leniência gera, ainda, a suspensão do prazo prescricional penal e a impossibilidade de oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Para isso, o investigado precisa confessar a prática da infração, não ser o líder da operação, ser o primeiro a comparecer perante a Administração, apresentar provas que impliquem os outros empresários envolvidos, ajudar durante o curso da investigação facilitando o trabalho do Estado e parar de praticar o ato infracional. Além disso, é necessário que a infração não seja de conhecimento da SDE e que, sem a ajuda do acordante/informante, não seja possível à SDE descobrir a conduta ilícita.

O acordo de leniência mostra-se, assim, como um instrumento próximo da delação premiada do âmbito penal. Contudo, ela parece muito mais bem regulada, representando benefícios maiores para o delator, o que resulta em um incentivo para a sua celebração. Isto porque a delação premiada apenas pode ser aplicada pelo juiz penal *no momento da sentença*, o que gera incerteza de sua aplicação ao delator e a consequente redução no número de delações. Não é necessário que a pessoa confesse a prática do crime, mas somente que incrimine os comparsas e o crime delatado normalmente já esteja sendo investigado ou já esteja na fase processual, enquanto o acordo de leniência serve para que a SDE descubra cartéis que sequer sabia que existiam. O acordo de leniência, portanto, se comparado à delação premiada, poderia ser muito mais útil à Corregedoria, para que esta pudesse descobrir uma série de condutas corruptas que sequer se imaginava que eram praticadas, fazendo da sua regulação administrativa, neste ponto, algo mais efetivo do que a regulação penal.

Diante do exposto, fica claro que um dos mais importantes critérios para distinguir atualmente o Direito Penal do Direito Administrativo consiste nos diferentes procedimentos de cada um destes ramos. Neste registro, uma das

questões centrais a serem consideradas na comparação e eventual escolha sobre a área que regulará o fenômeno da corrupção praticada por entes coletivos gira em torno da possibilidade que cada procedimento oferece para se utilizar de meios investigatórios e instrutórios. Por um lado, o Direito Penal parece dotado de mecanismos, a princípio, mais invasivos da intimidade do investigado, mas também mais eficientes, como as escutas ambientais e a quebra de sigilo bancário. Em contrapartida, há, a princípio, muito menos flexibilidade em termos de observância de garantias, posto que estas, no processo penal, são muito mais estritas e oferecem muito mais resistência em alguns pontos. Por outro lado, o Direito Administrativo também é dotado de instrumentos de investigação e instrução, que, entretanto, parecem em alguns casos menos eficazes. Estas características, de caráter não essencialista, mas funcional, mostram-se de suma importância, tanto para se repensar nas diferenças entre estes dois ramos do Direito, quanto para se refletir na melhor forma de regular fenômenos concretos, como é o caso da corrupção praticada por entes coletivos, objeto do PL 6.826/2010.

4.2.5 Garantias de cada esfera

A outra faceta destas diferenças processuais diz respeito às exigências de garantias presentes em cada uma das esferas. De pronto, vale lembrar que o processo administrativo também tem requisitos de forma e determinadas garantias processuais, como o contraditório e a ampla defesa, constitucionalmente assegurados (art. 5.°, LV, da CF/1988). Além disso, previstos no art. 2.° da Lei 9.784/1999, os princípios que regem o procedimento administrativo são a legalidade, a finalidade, a motivação, a razoabilidade, a proporcionalidade, a moralidade, a ampla defesa, o contraditório, a segurança jurídica, o interesse público e a eficiência. Não obstante isso, trata-se de um ramo marcado por uma maior flexibilidade, se comparado à esfera penal, principalmente porque, ao lado dos dois princípios já citados, estão também os princípios do interesse público e da eficiência.

Silva Sánchez, ao tratar dessa questão, indica que a exigência de garantias mais rígidas no Direito Penal estaria ligada à gravidade da pena de prisão. Ou seja, a rigidez das garantias formais desse modelo não corresponderia a uma inspiração ontológica do sistema, mas sim a um contrapeso historicamente consolidado frente ao sensível rigor das penas privativas de liberdade.[76] Com isso em mente, ao analisar o caso específico do combate à corrupção praticada

76. SILVA SÁNCHEZ, Jésus-María. Op. cit., p. 149.

por ente coletivo (em que não cabe a pena privativa de liberdade), não seria a princípio inaceitável, caso o Projeto de Lei em comento adotasse um modelo de regulação penal, pensar em alguma medida na flexibilização de critérios de imputação e na relativização de algumas garantias. Afinal, estas não poderiam ser vistas como contraponto de uma drástica sanção, posto que contra o ente coletivo não caberia a pena de prisão. A dificuldade estaria, aqui, em casos em que estivesse em discussão simultaneamente responsabilização da pessoa jurídica e de pessoas físicas, pois, se estas últimas estiverem sujeitas à pena de prisão, então qualquer tipo de flexibilização de garantias precisaria se circunscrever apenas à pessoa jurídica. Ou seja, a denúncia teria de ser deduzida somente contra a pessoa *jurídica*, e a condenação desta não poderia gerar efeitos negativos às pessoas físicas – por exemplo, impedindo a possibilidade de empréstimo das provas produzidas durante a persecução penal em que a pessoa jurídica figura no polo passivo a processos em que a ré é uma pessoa física.

De qualquer modo, todas estas reflexões nos levam a crer que não estamos diante de procedimentos com critérios fixos ou ontológicos, mas que sim que eles e as regras de imputação de cada esfera estariam, dentro de certos limites, sujeitos a eventuais mudanças, em razão de decisões legítimas e racionalmente defensáveis no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Assim é que, em relação às garantias processuais presentes nestes dois ramos, não seria absolutamente indefensável uma tese que advogasse a transposição das garantias do Direito Penal também ao procedimento administrativo. É o que faz, por exemplo, o Prof. Miguel Reale Júnior, no Brasil. Em artigo publicado em 2007, este autor defendeu a ideia de que a escolha do legislador pela via penal ou administrativa seria uma "escolha com base na conveniência política deste ou daquele caminho, com vista a alcançar os fins preventivos e retributivos de um Direito punitivo que cada vez mais se faz único",[77] o que o levou a concluir, em algo próximo às teses quantitativas expostas no início deste trabalho, que ambos os ramos seriam apenas espécies de um *ius puniendi* geral. Em razão desta unidade do direito de punir, que abarcaria o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, afirma Miguel Reale Júnior que as duas áreas deveriam se submeter "aos mesmos princípios de proteção do sujeito sancionado, normas essas comuns, estabelecidos no capítulo das garantias individuais de nossa Constituição Federal".[78] Assim, certas garantias e princí-

77. REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o *jus puniendi* geral. In: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 93.

78. Idem, ibidem.

pios que aparentam ser aplicáveis somente na esfera penal também devem ser aplicados no procedimento administrativo sancionador.

Contudo, ainda que, como apontamos acima, entendamos que as regras que guiam a imputação estão em disputa e podem ser redefinidas, parece necessário considerar atentamente as consequências de transportar todas as garantias da esfera penal para a administrativa. Isso porque, a nosso ver, tal transposição provavelmente inviabilizaria a regulação via Direito Administrativo, posto que este ramo perderia em celeridade e em flexibilidade e, ao mesmo tempo, não teria incrementado as suas possibilidades de buscar evidências e produzir provas. Questão central seria, por exemplo, a proibição de produção de provas contra si mesmo, garantia ligada ao Direito Penal e que tradicionalmente não vige no Direito Administrativo, eis que são características dessa área normas que obrigam os investigados a apresentarem documentos ou de alguma forma franquearem acesso a agentes ou órgãos administrativos, sob pena de sanção. Isso se daria justamente porque a esfera administrativa é dotada de meios investigativos e de produção de prova menos eficientes. Estender o princípio que veda a proibição de prova contra si mesmo, sem ampliar a capacidade de intervenção das autoridades administrativas, afetaria justamente tal equilíbrio e, no limite, poderia inviabilizar a investigação e instrução de casos por essa esfera. Neste diapasão, nota Gómez Tomillo que a aplicação das garantias do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador poderia implicar em "uma reprodução em sede administrativa do processo jurisdicional, com o que se perderiam as vantagens de atribuir poder sancionador à Administração".[79]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou discutir as relações entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, em vistas de contribuir para uma análise aplicada de um relevante Projeto de Lei para combate à corrupção no Brasil. Para tanto, procurou expor as principais vertentes teóricas que tiveram por objetivo distinguir estes dois ramos do ordenamento jurídico, concluindo que as diferenciações tradicionalmente propostas, por se fixarem em classificações essencialistas, encontram uma série de dificuldades explicativas (*de lege lata*) e críticas (*de lege ferenda*) em relação à realidade jurídica que envolve estas duas esferas. Tais dificuldades, por sua vez, se acentuam a partir do momento em que a sociedade se complexifica sensivelmente, fazendo surgir no horizonte a tendência do que contemporaneamente se chama de "administrativização do

79. TOMILLO, Manuel Gómez; ALVAREZ, Maria Pardo. Op. cit., p. 82.

Direito Penal". A partir de então, as tradicionais fronteiras entre estas duas esferas passam a se redesenhar, pondo em xeque, de uma vez por todas, as tentativas de diferenciação que se pautavam exclusivamente em supostas características *essenciais* ou *ontológicas* das infrações penais e das infrações administrativas.

Diante disso, o caminho mais promissor, se pretendemos discutir seriamente quais são as reais diferenças e semelhanças entre estes dois ramos do Direito, parece consistir na busca de distinções traçadas a partir de critérios *funcionais*, isto é, de critérios que atentem menos para o comportamento regulado, e mais para as regras próprias de funcionamento de cada uma destas esferas. Neste sentido, sugerimos alguns critérios que poderiam servir de norte para futuras análises, tais como as sanções aplicadas por cada ramo, suas garantias, seus meios de instrução e de produção de prova, suas regras de imputação etc. A partir deles, acreditamos, torna-se muito mais proveitoso discutir a conveniência e a legitimidade de se regular determinado fenômeno através de uma ou de outra esfera sancionatória.

Com estes pressupostos em mente, partimos então para uma análise aplicada dos méritos e dos deméritos do PL 6.826/2010, cujo objeto é o combate à corrupção praticada por entes coletivos. Previamente, expusemos o contexto no qual surgiu esta proposta legislativa, mostrando como a corrupção, na sociedade atual, não pode mais ser apenas tratada como *corrupção de balcão*, vale dizer, como a corrupção praticada por um indivíduo contra os interesses da Administração Pública. E isso não apenas porque hoje podemos observar este fenômeno no âmbito das relações privadas, mas também porque tal prática vem sendo realizada em grande medida por entes coletivos, por pessoas jurídicas organizadas em vista de um resultado juridicamente desaprovado. Posto tudo isso, expusemos as linhas gerais da regulação adotada no Projeto de Lei, mostrando como ele preferiu adotar o Direito Administrativo Sancionador como principal via de combate à corrupção praticada por pessoas jurídicas.

A partir de então, pudemos seguir a uma análise mais detida desta escolha legislativa, levando em conta a necessidade de se pensar a relação entre Direito Penal e Direito Administrativo a partir de uma diferenciação que levasse em conta os critérios funcionais anteriormente mencionados. Neste momento, apontamos para o fato de que, se considerarmos que a pessoa jurídica não está sujeita à privação de liberdade, não parece haver qualquer distinção em termos de possibilidade de pena aplicável entre as sanções disponíveis na esfera penal e administrativa. A distinção entre essas duas áreas, em termos de sanção, estaria no que muitos autores indicam como efeito simbólico superior da sanção penal. Contudo, esse dado, que depende evidentemente do tipo de

significado social atribuído à sanção, não parece ser fixo ou estável, admitindo uma série de conformações e reformulações institucionais. Neste sentido, mostramos como é possível identificar sanções de caráter administrativo, que, pelo seu rigor, têm impacto simbólico muito relevante, o que indica que a força simbólica de uma sanção, seja ela jurisdicional ou administrativa, não parece ser algo natural de determinada esfera, mas sim algo construído no âmbito do funcionamento das instituições públicas e de sua cultura organizacional.

Diante disso, indicamos ainda que as distinções mais relevantes entre as esferas administrativa e penal parecem se referir principalmente às características do procedimento e mais especificamente ao potencial que cada uma delas tem de investigar casos e se utilizar de instrumentos de produção de prova. Alguns instrumentos importantes (como escutas telefônicas e ambientais) são atualmente restritos ao Direito Penal e, dependendo da constelação de casos que se tenha em mãos e o *modus operandi* mais frequente das condutas implicadas, tais instrumentos podem ser fundamentais à Administração na elucidação dos casos. O Direito Administrativo, por sua vez, também teria suas *armas* para investigar casos – por exemplo, o acordo de leniência no âmbito do Cade, bem como a possibilidade de sancionar aqueles que não contribuem com a investigação. Ao avaliar cada um destes casos, procuramos apontar quais são os ônus e os bônus assumidos pelo PL 6.826/2010, ao optar pela via administrativa para tratar do fenômeno da corrupção.

Na ponderação desse equilíbrio, sem dúvida alguma o legislador perderá em alguns pontos e ganhará em outros. Isso porque nenhuma das duas esferas é absolutamente *perfeita* para a regulação de um dado fenômeno. *E é bom que assim o seja.* Afinal, o que se mostra como *déficit* regulatório pode, ao viramos a moeda, se mostrar como verdadeira *vantagem* para o cidadão – como acontece, por exemplo, com a baixa flexibilidade processual do Direito Penal, que pode ser vista como o avesso de um sistema que oferece garantias materiais mais protetoras dos direitos fundamentais das pessoas. Neste prisma, apontamos ainda como as propostas de transposição ao Direito Administrativo das mesmas garantias individuais presentes no processo penal podem ser prejudiciais a este equilíbrio, posto que teriam impacto nas vantagens apresentadas por aquele ramo, fazendo-o perder em celeridade e em flexibilidade, ao mesmo tempo em que não seriam incrementadas suas possibilidades de buscar evidências e produzir provas.

Obviamente, uma série de questões mencionadas no âmbito deste trabalho ficaram sem respostas, permanecendo como pautas para pesquisas futuras. De qualquer modo, acreditamos ter sido possível apontar para a necessidade de se

trabalhar em termos menos essencialistas as diferenciações que realizamos em nossas teorias e que aplicamos em nossos tribunais. Afinal, apenas deste modo poderemos discutir às claras sobre a efetividade, a conveniência e a legitimidade do controle exercido sobre os cidadãos em suas vidas. Para além disso, esperamos ter conseguido apontar, ainda que apenas em linhas gerais, a importância de se operacionalizar as distinções e conceitos que desenvolvemos, isto é, de os trabalharmos de forma *aplicada*. Ao usar do quadro teórico desenvolvido no início deste trabalho para analisar concretamente o PL 6.826/2010 e indicar aos formuladores de políticas públicas de combate à corrupção uma série de questões práticas a serem consideradas, nosso objetivo foi também o de mostrar a importância de um convívio proveitoso entre reflexão acadêmica e prática jurídica. Se estes objetivos puderam ser atingidos, ao menos em alguma medida, pelo autor destas páginas, então este pode considerar cumprido seu trabalho.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERO, Ramón Garcia. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: OLIVARES, Gonzalo Quintero. *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001.

ALVARADO, Yesid Reyes. Die Verbandshaftung. *Festschrift für Günther Jakobs*. Berlim: Karl Heymanns Verlag, 2007.

BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología critica. *Pena y Estado*. n. 1. p. 37-55, Barcelona, 1991.

BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft – auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

CASCÓN, Fernando Carbajo. Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y reparación. In: GARCIA, Nicolás Rodriguez; CAPARRÓS, Eduardo Fabian. *La corrupción en un mundo globalizado: analisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

CEREZO MIR, José. Límites entre derecho penal y administrativo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. vol. 28. n. 2. p. 159-175. Madrid, 1975.

COSTA, José de Faria. Breves reflexões sobre o Decreto-lei n. 201-B/75 e o direito penal econômico. *Revista de Direito e Economia*. n. 2. p. 35-55. Coimbra, 1976.

GOLDSCHMIDT, James Paul. *Das Verwaltungsstrafrecht: eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*. Aalen: Scientia-Verl., 1969.

HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. ed. Munique: C.H. Beck Verlag, 1990.

_____. Kennzeichnen und Krisen des modernen Strafrechts. *Zeitschrift für Rechtspolitik*. n. 10. p. 378-383. Frankfurt am Main, 1992.

_____. Perspektiven einerneuen Kriminalpolitik. *Strafverteidiger*. n. 15. p. 483-490, Köln, 1995.

HERZOG, Felix. Risikogesellschaft, Risikostrafrecht, Risikoregulierung – über das Strafrecht hinausweisende Perspektiven. In: NEUMANN, Ulfried. *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 2005.

HUNGRIA, Nélson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 1, p. 15-21. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat – rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1989.

MACHADO, Ana Mara França. *O sistema brasileiro anticorrupção: internacionalização do Direito e variantes nacionais*. Tese de Mestrado defendida no Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP, 2010.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCrim, 2005.

_____; PÜSCHEL, Flávia Portella; KIRSCHBAUM, Déborah; TANGERINO, Davi de Paiva Costa Tangerino; PALMA, Juliana Bonacorsi de; LUZ, Yuri Corrêa da; CAMARGO, Beatriz Corrêa; FERREIRA, Carolina Cutrupi; SCHAFFA, Pedro; TUCCI, Rogério Lauria. Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas – Uma contribuição para o debate público brasileiro. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={C143BBF4-6041-4B4A-80C2-9FEB8ACF2551}&ServiceInstUID={0831095E-D6E4-49AB-B405-C0708AAE5DB1}].

MATA BARRANCO, Norberto. El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. n. 17. p. 81-152. Madrid, 2006.

MAYER, Max Ernst. *Rechtsnormen und Kulturnormen*. Breslau: Schletter Verlag, 1903.

MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz – zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischen Fundament*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 1994.

NIETO MARTIN, Adán. La corrupción en el sector privado. Reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado. *Revista Penal*. n. 10. p. 55-69, Salamanca, 2002.

_____. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. *Nueva doctrina penal*. n. 1. p. 125-159. Buenos Aires, 2008.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Processo regulatório sancionatório e consensualidade: análise dos acordos substitutivos no âmbito da Anatel. *III Congresso*

Iberoamericano de Regulação Econômica. Associação Ibero-americana de Estudos da Regulação –Asier, 2008.

PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993.

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o *jus puniendi* geral. In: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. *El moderno derecho penal y la antecipación de la tutela penal*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. *Goltdammers Archiv für Strafrecht*. vol. 5. p. 201-229. Heidelberg, 1995.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales*. 2. ed. Madri: Civitas, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

STRATENWERTH, Günther. Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. n. 105. p. 679-696, Berlin,1993.

TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito. Introducción al derecho penal económico y de la empresa*. Barcelona: Ariel, 1985.

TOMILLO, Manuel Gómez; ALVAREZ, Maria Pardo. Infracciones culposas en el derecho administrativo sancionador y principios del derecho penal. *Cuadernos de Politica Criminal*. n. 70. p. 73-96. Madrid, 2000.

TORÍO LÓPEZ, Angel. Injusto penal e injusto administrativo. Presupuestos para la reforma del sistema de sanciones. *Estudios en Homenage a Garcia de Enterria*. Madri: Editora Civitas, 1991. t. III.

VOLK, Klaus. Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung. *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*. Heidelberg: C.F. Müller, 1999.

WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*. Berlim: Duncker & Humboldt, 2000.

ZUÑIGA RODRIGUES, Laura. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. Hacia una 'administrativización' del derecho penal o una 'penalización' del derecho administrativo sancionador?". In: NIETO MARTIN, Adán (coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos (In memoriam)*. Cuenca: Ediciones de las Univerdidades Castilla-La Mancha y Salamanca, 2001. vol. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Direito administrativo sancionador: princípio da responsabilidade subjetiva e correlatos, de Rita Maria Scarponi – *RDB* 30/334;
- Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença, de Fabio Roberto D'Avila – *RBCCrim* 60/9;
- O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira, de Patrícia Carraro Rossetto – *RCP* 10/211; e
- Sanções administrativas e princípios de direito penal, de Edilson Pereira Nobre Júnior – *RT* 775/449.

541639

1 CORRUPÇÃO: ASPECTOS PROCESSUAIS

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da USP. Membro Fundador e Presidente do ASF – Instituto de Estudos Avançados de Processo Penal. Fundador e Coordenador do Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas – ASF Cursos e Eventos. Procurador de Justiça aposentado. Consultor jurídico e parecerista em matéria criminal.

TIAGO CINTRA ESSADO

Doutorando em Direito Processual Penal na USP. Membro do ASF – Instituto de Estudos Avançados de Processo Penal. Promotor de Justiça em São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O artigo analisa o fenômeno da corrupção, com enfoque voltado para sua relação com a criminalidade organizada na sociedade contemporânea, destacando-se os aspectos processuais. O tratamento dado à corrupção pelo Código de Processo Penal não traz qualquer diferenciação a merecer atenção especial. Contudo, houve a preocupação em demonstrar as peculiaridades processuais existentes nestes casos, sobretudo no campo probatório, cujas dificuldades acabam

ABSTRACT: The article analyzes the phenomenon of corruption and its relationship with organized crime in contemporary society, with a special focus on the procedural aspects. The approach given to corruption in the Code of Criminal Process does not make an important distinction, however it showed a concern in demonstrating the procedural peculiarities in such cases, especially the evidence procedure whose difficulties pose interesting questions on the needs of other

por trazer à tona questões interessantes, a exigir a busca de outros instrumentos normativos para dar a mais completa suficiência possível ao assunto. Por isto, além do estudo do sistema processual penal, buscou-se a análise constitucional do dever de probidade na vida pública, ressaltando-se os importantes instrumentos processuais frutos da Lei 8.429/1992, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa e a Lei 9.613/1998, que dispõe sobre a Lavagem de Dinheiro, além de se destacar as regras existentes na ordem internacional sobre o assunto, como meios de se tentar dar ampla visão da estrutura normativa afeta à corrupção. Finaliza-se com a abordagem sobre a perda dos bens frutos de atividades ilícitas, demonstrando-se o tratamento dado à matéria atualmente, bem como aventando para possíveis mudanças legislativas.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção - Aspectos processuais - Criminalidade organizada - Improbidade administrativa - Lavagem de dinheiro - Confisco.

legal instruments in order to give a more complete overview of the topic. Therefore, aside from the study of the criminal procedural system, a constitutional analysis was sought on the duty of prohibition in the public sector, highlighting the important procedural instruments recognized in the Law 8.429/1992, also known as the Law of Administrative Improbity and the Law 9.613/1998 on money laundering, also the international approach on the subject in order to give an overview of how the legal structure affects corruption. Finally, the paper analyzes the loss of property as a product of illegal activities and the possible changes in laws and regulations.

KEYWORDS: Corruption - Procedural aspects - Organized crime - Administrative dishonesty - Money laundering and confiscation.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Código de Processo Penal e corrupção - 3. Corrupção e lavagem de dinheiro: aspectos processuais - 4. A corrupção e o crime organizado: aspectos processuais - 5. Corrupção como ato de improbidade administrativa: aspectos processuais - 6. A perda dos bens em decorrência de atividades ilícitas - 7. Conclusão - 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A corrupção é fenômeno presente no meio social desde tempos antigos,[1] transcende as fronteiras brasileiras e permeia o poder público nacional. Na atualidade, o seu excessivo crescimento e os riscos que acarreta à permanência

1. Sobre uma síntese da evolução histórica da criminalização da corrupção, ver Roberto Livianu. *Corrupção e direito penal. Um diagnóstico da corrupção no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 34-48. Em linhas gerais, salienta: "Ocorreu a tipificação da corrupção somente no direito romano, sendo apenas referida em civilizações mais antigas; era a corrupção conhecida pela expressão barataria no direito medieval; foi punida em legislações posteriores da Europa; foram punidos no Brasil colonial, pelas Ordenações Filipinas, por exemplo, os atos dos oficiais do rei quando recebiam serviços ou peitas e as pessoas que lhe davam ou prometiam, bem como os cometidos por oficiais de justiça, por almoxarifes, rendeiros e jurados; estavam previstas no Código

dos valores democráticos fazem com que seja motivo de especial preocupação das nações. Não é vista apenas como decorrência da atuação isolada do funcionário público, mas principalmente como manifestação de ações sistemáticas e institucionalizadas de determinados grupos, mormente os ligados à criminalidade organizada.[2] Com a maior aproximação entre os países em decorrência da globalização e a criação de órgãos supranacionais, compostos por agentes de Estados diferentes, a atenção à corrupção transpassa o âmbito interno das nações e alcança o cenário internacional, de maneira a exigir atuações conjuntas e ordenadas.

Para se ter uma ideia da preocupação com o problema da corrupção entre nós, na fase de transição constitucional, no início de 1988, foi instaurada no Senado Federal a CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) da Corrupção, com a finalidade de analisar as suas causas, de detectar os seus principais problemas e de apontar caminhos para a sua melhor repressão.[3]

Para enfrentar os graves problemas decorrentes do elevado índice de corrupção detectado nesses trabalhos investigativos, foram várias as providências adotadas após a Constituição Federal de 1988, que, somadas ao arcabouço legislativo anterior, formam a estrutura normativa do tratamento dado ao tema entre nós.

Penal de 1830, a peita, o suborno, a concussão; constavam, de maneira casuística, os crimes contra a Administração Pública no Código Penal de 1890".

2. A estreita vinculação entre criminalidade organizada e corrupção é ressaltada nos trabalhos dedicados ao estudo desses dois fenômenos, sendo bastante comum a afirmação de que o crime organizado para existir e se manter depende da colaboração de agentes públicos. Guaracy Minguardi (*O Estado e o crime organizado*) dedica capítulo especial ao exame da ligação entre a corrupção e o crime organizado (p. 71-79), e Cláudia Santos (A corrupção. Da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador) de forma bem expressiva, afirma: "A corrupção activa constituirá, muitas vezes, uma das formas de actuação do crime organizado"; "é recorrente a ideia de que não há crime organizado sem corrupção", citando, aí, para respaldo de sua assertiva Flávia Schilling, Winfrid Hassemer, Alberto Silva Franco, Roberto Livianu (p. 160), menciona que, "em todos os estudos e pesquisas sobre a corrupção há um crime estreito desta com a criminalidade organizada". Ainda, Rodrigo Carneiro Gomes discorre sobre a experiência italiana com a Operação Mãos Limpas que evidenciou os nexos existentes entre crime organizado e corrupção (*O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 105-118).

3. Sobre os trabalhos da CPI, ver Flávia Schilling. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 101-138.

A corrupção, em sentido amplo, abrangente de todas as formas com que o funcionário se aproveita de sua atividade para obter vantagens indevidas, decorre de violação ao dever de probidade, erigido em comando superior na Constituição Federal.[4] Em datas posteriores, para o cumprimento desse dever, foram criados importantes instrumentos: a Lei 8.429/1992, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa e a Lei 9.613/1998, que dispõe sobre a Lavagem de Dinheiro. Agregam-se a mecanismos anteriormente existentes, como os voltados à criminalização e ao sancionamento das atividades ilícitas dos funcionários públicos no Código Penal e em estatutos funcionais.

Na ordem internacional, foram adotadas algumas convenções, obrigando o Brasil a trilhar caminhos semelhantes aos de outras nações a fim de punir a corrupção e a colaborar com as ações desenvolvidas por outros Estados: Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (OCDE) – Dec. 3.678/2000; Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA) – Dec. 4.410/2002[5] e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida – Dec. 5.687/2006.

Também é de se ressaltar a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Dec. 5.015/2004), que definiu o *grupo criminoso organizado* e delineou como seu objetivo principal promover a cooperação para prevenir e reprimir mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional. Incita os países que a ela aderiram a criminalizarem a corrupção, deixando clara a apontada vinculação entre a corrupção e a criminalidade organizada.[6]

Aqui, será feito um estudo processual da corrupção, vista em seu sentido amplo antes ressaltado, ou seja, um estudo dos mecanismos de ordem proces-

---

4. Sobre esse dever, ver Fábio Medina Osório. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

5. Sobre a Convenção Interamericana contra a Corrupção, ver Miguel Otero Lathrop. *Código Procesal Penal*. Chile: LexisNexis, 2002. Capítulo V, p. 171-185. O autor destaca os seguintes pontos: a aplicação da convenção a funcionários de diversos níveis hierárquicos, a importância da participação do cidadão, a proteção a quem noticia a corrupção, a necessidade de ser a ação sempre de natureza pública, a regulação do destino dado aos bens retirados dos acusados de corrupção, a simplificação da extradição e o uso de medidas cautelares durante o processo de extradição.

6. Essa Convenção se tornou muito importante no Brasil por ser invocada para suprir a falta de definição do crime organizado. A seu respeito ver o capítulo A Convenção de Palermo – antecedentes e diretrizes da obra de Rodrigo Carneiro Gomes, *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo* cit., p. 19-30.

sual voltados à apuração, persecução e punição dos ilícitos praticados por funcionários públicos e por particulares, constituídos por ações tendentes a lesar o patrimônio público com o intuito de serem alcançadas vantagens ilícitas. As referências às regras de direito substancial serão realizadas somente na medida do necessário para serem situados os temas processuais.

Normalmente, os trabalhos sobre corrupção, em sentido estrito, e delitos afins são de ordem material, com alusões a algumas regras aplicáveis à investigação e ao processamento desses crimes. A preocupação do legislador foi a de criminalizar as práticas ilícitas de funcionários públicos, não se dedicando à criação de normas processuais específicas para a apuração dessas atividades. Basta ver que o Código de Processo Penal brasileiro apenas continha, como regras próprias relativas aos processos dos funcionários públicos, as atinentes ao procedimento especial para os crimes afiançáveis por eles praticados (arts. 513 a 518); outras, como as sobre prisão especial de autoridades e alguns agentes públicos (art. 295 e parágrafos), não eram próprias dos funcionários.

Assim, não seria viável um trabalho processual sobre corrupção assentado exclusivamente em normas do Código de Processo Penal brasileiro. É necessário verificar outros tipos de regras processuais como as normas sobre criminalidade organizada, lavagem de dinheiro e improbidade administrativa, por se tratarem de ilícitos que se relacionam, de uma ou outra forma, com a corrupção.

2. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E CORRUPÇÃO

O Código Penal brasileiro (Dec.-lei 2.848/1940) trata, no Título XI, dos crimes contra a Administração Pública. Especificamente sobre a corrupção, cuida de duas modalidades: a passiva e a ativa. A primeira é praticada pelo agente público, ao "solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem" (art. 317, CP). A segunda consiste na oferta ou promessa de "vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício" (art. 333, CP).

Em 2002, houve a introdução da figura delitiva da *corrupção ativa em transação comercial internacional*, que vem a ser a promessa, oferta ou entrega, "direta ou indireta, de vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial" (art. 337-B, CP).

Diversas outras condutas delitivas estão previstas nesse Título (arts. 312 a 359-H, CP) e constituem maneiras de lesar o patrimônio público, cumprindo

destacar pela proximidade com a corrupção passiva, o tipo penal que prevê a *concussão*, que consiste na exigência por parte do agente público, direta ou indireta, ainda que fora da função ou mesmo antes de assumi-la, mas em razão dela, de vantagem indevida (art. 316, CP).

Até o advento da Lei 11.719/2008, que alterou, dentre outros pontos, os procedimentos processuais penais, os crimes afiançáveis praticados por funcionários públicos, possibilitavam ao acusado a oferta de resposta escrita, no prazo de 15 dias, após notificação da denúncia ou queixa (art. 514 a 518, CPP).

Ocorre que, com a reforma do Código de Processo Penal, de 2008, estabeleceu-se no § 4.º do art. 394 que as "disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código", sendo assim aplicáveis ao procedimento dos crimes cometidos por funcionários públicos.[7]

O novo rito, como o anterior, abre oportunidade ao acusado de, ao tomar conhecimento da acusação, oferecer resposta escrita. Antes, isso era feito sem qualquer avaliação prévia do juiz a respeito da viabilidade da acusação; agora, a resposta é oferecida caso não seja liminarmente rejeitada a inicial (art. 396, CPP), com possibilidade de a defesa alegar qualquer matéria de seu interesse, ofertar documentos, especificar provas e arrolar testemunhas (art. 396-A, CPP). Caso seja recebida a denúncia e não haja absolvição sumária, ocorre a audiência concentrada (art. 400, CPP), com instrução, interrogatório, alegações finais orais e sentença. Em casos complexos, as alegações das partes podem ser escritas, como disposto no art. 403, § 3.º, do CPP: "O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença".

A ação penal, nos casos de corrupção, é pública incondicionada.

O "caráter bifronte da corrupção na sua dimensão jurídico-penal", em virtude de "seu desdobramento numa modalidade passiva e numa outra activa",[8] e a adoção do princípio da obrigatoriedade da ação penal dificultam a produção de prova para a punição desse delito. O promotor de justiça é obrigado a acusar, além do funcionário público na forma passiva da corrupção, também o particular na sua caracterização ativa. A demonstração da prática criminosa pelo agente de Estado dependerá, muitas vezes, da declaração de quem o cor-

7. Nesse sentido, ver FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 238-241.

8. Cláudia Santos. Op. cit., p. 963-991.

rompeu. Todavia, este, raramente, confirmará a sua atividade corrupta, pois isso o levará a ser acusado e, provavelmente, condenado. A sua negativa, como estratégia defensiva, dificulta a comprovação da corrupção passiva.

Essa dificuldade tem, em parte, sido superada por outros meios investigativos de descoberta de fontes de prova. Prepondera a obtenção de prova por meio da interceptação telefônica. Também servem para esse objetivo as gravações ambientais, violações de sigilo bancário e fiscal, apreensão de computadores e acesso aos seus registros. Embora sejam meios eficientes de descoberta de prova, devem ser usados de maneira comedida, com estrito respeito aos direitos fundamentais, principalmente os ligados à vida privada e à intimidade. É necessária, ainda, a existência de legislações especiais que disciplinem a utilização desses meios investigativos.

Ainda, para os casos de corrupção, importa muito o uso da *delação premiada*, de modo a obter colaboração de outro investigado no desvendamento do crime praticado por funcionário público, estimulando-o a auxiliar pela oferta de alguma vantagem, como isenção ou redução de pena.[9] A delação premiada pode ser adotada em várias hipóteses e, entre elas, as de crimes praticados por organizações criminosas, com redução de 1/3 a 2/3 (art. 6.°, Lei 9.034/1995), aplicando-se, assim, por extensão, a algumas situações que envolvam corrupção. No campo da criminalidade organizada e, por conseguinte, no da corrupção, a eficiência da delação premiada é inegável e o maior exemplo disso é a experiência italiana.[10]

Questão interessante e ainda do âmbito probatório, está no tratamento legal dado à proteção de testemunhas para os casos envolvendo corrupção, especialmente quando inseridos em atividades de criminalidade organizada. No Brasil, a Lei 9.807/1999 cuida da matéria de forma genérica, sem qualquer diferenciação quanto ao tipo delitivo envolvido, sendo assim aplicável à corrupção.

No que diz respeito à prisão processual, três aspectos merecem realce.

O primeiro se refere à prisão em flagrante. Quando o funcionário contata alguém com a finalidade de obter vantagem ilícita, que em regra é financeira, em

9. A Convenção Interamericana sobre a Corrupção (art. III.8) incita os países a criarem, manterem e fortalecerem sistemas para proteger os funcionários públicos e cidadãos que noticiarem atos de corrupção, incluindo-se a proteção de sua identidade.

10. Sobre o tema, inclusive noticiando o caso de "empresários ligados ao escândalo do fornecimento de ambulâncias para as prefeituras, mediante o recebimento de comissão ou propina (CPMI das Ambulâncias e operação 'Sanguessuga' da Polícia Federal)" ver Rodrigo Carneiro Gomes. Op. cit., p. 221.

troca de algum favorecimento, e se este alguém procura o superior hierárquico de quem lhe fez o pedido, tem-se, às vezes, montado esquema para evidenciar a corrupção e para ser realizada a prisão do agente público, marcando-se dia e hora para entrega do dinheiro, com anotações dos números das cédulas ou aposição nelas de algum sinal e com a preparação de policiais para a prisão.

Ocorre que, no momento em que o encontro vier a ocorrer, o crime já se consumou, com a anterior solicitação, inexistindo situação de flagrância. Somente será possível encaminhar o funcionário para a repartição policial, ouvi-lo e requerer a decretação de sua prisão preventiva, não cabendo a prisão temporária da Lei 7.960/1989.

O segundo concerne à prisão especial. No Brasil, autoridades e alguns agentes públicos têm direito a ser colocados em celas separadas daquelas destinadas aos presos comuns (art. 295, CPP).

O último aspecto liga-se à medida cautelar especial projetada nas reformas do Código de Processo Penal para funcionários acusados por atos cometidos em razão de suas atividades (PL 4.208/2001 e Projeto de Reforma do Código de Processo Penal – PLS 156/2009). Consiste na possibilidade de suspensão das atividades funcionais durante a tramitação do processo, para, com isso, evitar-se a prática de novos atos de corrupção, cumulada, ou não, com a decretação da prisão preventiva.

A condenação do funcionário público torna certa a sua obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, I, CP) e causa a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé (art. 91, II, CP), "dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito" (art. 91, II, *a*, CP) ou "do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso" (art. 91, II, *b*, CP). São efeitos automáticos.

Há outros efeitos, que dependem de declaração motivada na sentença (art. 92, parágrafo único, CP). Assim, o funcionário condenado pode perder o seu cargo, função ou mandato eletivo, em duas hipóteses (art. 92, I, *a* e *b*, CP): quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública, aí se enquadrando os casos de corrupção (alínea *a*); quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos (alínea *b*).

A perda de bem ou valor em virtude da prática de crime somente ocorrerá se houver condenação e ficar provado que ele foi obtido em virtude da ação

criminosa. Em outras palavras, no Brasil, na esfera criminal, a perda de patrimônio pelo funcionário somente acontecerá nos limites da condenação e da estrita vinculação entre o patrimônio e a ação pela qual foi condenado o funcionário.

Discute-se no Ministério da Justiça sobre a viabilidade de se criar, entre nós, regime especial de perda de patrimônio, conhecido como "extinção de domínio", à semelhança do que é possível em outros países, com maior ou menor amplitude. O assunto suscita fortes debates.[11]

3. CORRUPÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO: ASPECTOS PROCESSUAIS

Alguns instrumentos processuais relevantes para a justa repressão de práticas corruptoras podem ser divisados na Lei 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem de dinheiro.

O legislador brasileiro adotou sistema que prevê rol taxativo de crimes antecedentes para a tipificação do delito de lavagem, e entre eles, os crimes contra a Administração Pública e os praticados por organizações criminosas. Assim, a lavagem de dinheiro pode ocorrer quando houver ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes de *crime contra a Administração Pública* (corrupção passiva, ativa, concussão e outros) e *crime praticado por organização criminosa* (art. 1.°, V e VII, da Lei 9.613/1998). Há, assim, estreita vinculação entre os crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro.

Para o processo do delito de lavagem de dinheiro (art. 2.°, II, Lei 9.613/1998), não se exige prévia decisão judicial sobre o crime antecedente, bastando que sejam demonstrados indícios suficientes da existência deste delito, ainda que desconhecida a autoria ou isento de pena o autor (art. 2.°, § 1.°, Lei 9.613/1998). Instaurado o processo, a lei permite a apreensão ou sequestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes nela estabelecidos (art. 4.°, Lei 9.613/1998) para fins de ulterior aplicação da pena de confisco em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé (art. 7.°, I, Lei 9.613/1998).

Como a prática dos crimes de corrupção em sentido lato visa, em regra, ao enriquecimento ilícito do funcionário, serve a lavagem de dinheiro para encobrir a atividade delituosa e dificultar a sua descoberta pelo distanciamento do produto obtido de sua origem ilícita, de modo a dar-lhe aparência de legalidade. São

11. Sobre esse assunto, ver neste artigo o item n. 6.

vários os caminhos financeiros percorridos por tais bens, direitos e valores, o que exige investigações financeiras e fiscais articuladas por parte dos vários órgãos nelas envolvidos (Polícia, Ministério Público, Banco Central, Coaf, autoridades estrangeiras), com o objetivo de, não somente identificar os autores do delito de lavagem de dinheiro, mas, sobretudo, promover a identificação e rastreamento dos bens ocultados, pois a medida cautelar de sequestro afigura-se de extrema importância, possibilitando a recuperação dos bens alcançados com a corrupção e posterior lavagem e o ressarcimento dos cofres públicos.[12]

A Lei de Lavagem de Dinheiro prevê, com forte resistência da doutrina, a inversão do ônus da prova, para a restituição dos bens apreendidos, cabendo ao acusado demonstrar a origem lícita dos bens. Há entendimento de que o princípio da presunção de inocência impede a inversão do ônus de prova para qualquer fim, sendo responsabilidade do Ministério Público demonstrar a origem criminosa dos bens encontrados com os funcionários acusados de corrupção. Em pensamento intermediário, admite-se a inversão do ônus da prova para a restituição dos bens durante o processo, mas se condiciona a perda a que o Ministério Público prove a origem espúria dos bens. Por fim, em posição mais extrema, aceita-se a perda dos bens se o acusado não evidenciar a proveniência lícita.

É aceitável o condicionamento da liberação de bens apreendidos à produção de prova, pelo acusado, de sua origem legal, pois o processo serve exatamente para o Ministério Público demonstrar a culpabilidade do acusado e a origem ilícita dos bens apreendidos. O problema está na perda dos bens, após condenação, sem prova segura de que foram adquiridos com proventos auferidos da atividade criminosa.[13]

No âmbito da Justiça Federal cumpre destacar a existência de varas especializadas em lavagem de dinheiro. Os que defendem a especialização argumentam que ela propicia aos juízes intimidade com o tema, com seus problemas e com as suas especificidades, havendo aperfeiçoamento da instrução da causa e melhoria nas decisões. Outros, contudo, consideram ser a medida prejudicial, pois atinge a imparcialidade do juiz, levando-o a se vincular demasiadamente com o resultado do processo, aproximando-se, excessivamente, dos órgãos encarregados da persecução penal.

---

12. Sobre a Lei de Lavagem de Dinheiro e seus mecanismos, ver Marco Antonio de Barros. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas, com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*. São Paulo: Ed. RT, 2004 e Sérgio Fernando Moro. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

13. Sobre perda de bens, ver neste artigo item n. 6.

A lei também deu destaque ao item da cooperação internacional brasileira na apuração dos crimes de lavagem de dinheiro praticados no exterior e na efetivação de medidas patrimoniais de natureza cautelar, a serem viabilizadas simplesmente mediante promessa de reciprocidade ao Brasil por parte do governo do país da autoridade solicitante (art. 8.º, § 1.º, Lei 9.613/1998).

A lei criou o Coaf – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, no âmbito do Ministério da Fazenda, com a finalidade de receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas na Lei de Lavagem de Dinheiro, constituindo-se, portanto, em importante órgão de inteligência voltado para a coordenação de cooperação e de troca de informações, com o fim de viabilizar ações rápidas e eficientes no combate à lavagem de dinheiro (art. 14 da Lei 9.613/1998).

Por todos esses motivos, os aspectos processuais da legislação sobre lavagem de dinheiro interessam em estudo sobre os crimes de corrupção, pois, normalmente, são estes acompanhados de atos voltados ao encobrimento do ganho amealhado com a prática ilícita do funcionário.

4. A CORRUPÇÃO E O CRIME ORGANIZADO: ASPECTOS PROCESSUAIS

É difícil tipificar em lei o crime organizado ou enunciar os elementos essenciais de uma organização criminosa, sendo comum os autores apontarem diversas características para explicar a organização criminosa,[14] o que dificulta sintetizá-las em alguns caracteres fundamentais: associação permanente e estável de diversas pessoas; estruturação empresarial, hierarquizada e piramidal, com poder concentrado nas mãos dos líderes, os quais não mantêm contato diretamente com as bases; poder elevado de corrupção; uso de violência e de intimidação para submeter os membros da organização e para obter a colabora-

14. Ver, por exemplo, Alberto Silva Franco, que definiu o crime organizado pelo elenco dos seus dados essenciais: "O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base em estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquenciais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os Poderes do próprio Estado" (O difícil processo de tipificação. *Bol. IBCCrim* 21/5).

ção ou o silêncio de pessoas não participantes do núcleo criminoso; finalidade de lucro; uso de sistemas de lavagem de dinheiro para legalizar as vultosas somas obtidas com as práticas delituosas; regionalização ou internacionalização da organização; o uso de modernas tecnologias.

Uma das características apontadas, como se vê, é o *poder elevado de corrupção*, daí a ligação normalmente feita entre corrupção e crime organizado. Como para os membros de uma entidade criminosa é importante que as suas práticas não sejam desvendadas e, mais do que isso, sejam acobertadas, buscam proteção e cobertura de diversos setores institucionalizados, principalmente estatais.

Os instrumentos processuais especiais da Lei 9.034/1995, que trata das organizações e associações criminosas, podem ser invocados para os casos de corrupção, quando funcionários e membros de entidades criminosas atuam em conjunto na prática de atividades ilícitas.

Um desses instrumentos é a ação controlada, prevista, entre nós, no art. 2.º, II, da Lei 9.034/1995, como permissão dada à autoridade policial para acompanhar a continuidade de uma prática delituosa sem efetuar a prisão em flagrante de supostos participantes de uma organização criminosa, com o objetivo de atuar em momento mais oportuno e, assim, conseguir identificar outros membros daquela entidade. Embora seja destinada a atividades mais específicas, como o tráfico de drogas, pode ser usada para se chegar a autoridades ou funcionários que, durante as ações delituosas, são corrompidos, para não impedirem o curso das ações criminosas desenvolvidas.

Outro mecanismo específico de obtenção de prova em crimes organizados constitui a infiltração policial.[15] Consiste, em suma, em se permitir o ingresso de alguém em uma organização criminosa, com ocultação de sua identidade, objetivando-se descobrir os seus membros, principalmente os de atuação mais relevante na estrutura daquela organização, e colher elementos para a prova de suas infrações, bem como conhecer os funcionários que, em virtude da corrupção, servem aos interesses da entidade criminosa. É permitida pela Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/1995) e pela Lei Antidrogas (Lei 11.343/2006). Ambas não a disciplinam a contento, havendo um vazio legislativo. Somente exigem autorização judicial, e, na Lei Antitóxicos, é prevista prévia oitiva do Ministério Público. A medida deve ser realizada por agente policial. Caberá ao juiz especificar os limites da atuação do agente, sem parâmetros legais, contudo, para orientá-lo.

15. Ver sobre a infiltração policial, a dissertação de mestrado *O agente infiltrado como meio de investigação* de Mariângela Lopes, USP, 2006.

Outra forma de se apurar crimes perpetrados por organizações criminosas é contar com a colaboração de seus próprios membros, pois estes conhecem as pessoas que as compõem, os atos ilícitos que cometem e a forma como atuam. Essa colaboração, conhecida entre nós como delação premiada, e como acima referido, autorizada pelo ordenamento brasileiro, pressupõe o oferecimento de vantagens a quem auxilia, as quais podem ser de duas ordens: material ou processual. As primeiras, permitidas entre nós, consistem em redução, isenção de pena ou perdão judicial. As segundas constituem alternativas de solução antecipada do processo em favor do colaborador, pelo arquivamento das peças de investigação e pela suspensão do processo. Por meio do colaborador, é possível descobrir quais são os agentes públicos envolvidos com as atividades da organização.

O maior problema está na confiabilidade das revelações. Os informes trazidos por quem colabora são sempre cercados de dúvidas quanto à sua veracidade.

5. CORRUPÇÃO COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ASPECTOS PROCESSUAIS

Servem também como mecanismos relevantes para a apuração e a punição das práticas de corrupção, os existentes na legislação sobre improbidade administrativa.

A Constituição Federal estabelece no § 4.º do art. 37 que "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível". Referida norma constitucional sinaliza, com clareza, para a responsabilidade civil, administrativa e penal em relação aos atos de improbidade administrativa.

Ainda no âmbito constitucional, no rol dos direitos e garantias fundamentais o constituinte estabeleceu o direito de *qualquer cidadão* propor ação popular visando à anulação do ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, incluindo dentro deste conceito a lesão à moralidade administrativa, isentando o autor de custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé (art. 5.º, LXXIII, da CF/1988). Dessa maneira, a Constituição Federal recepcionou a Lei 4.717/1965, que regula a ação popular, definindo o conceito de cidadão como o de eleitor para fins de ingresso com a respectiva ação (art. 1.º, § 3.º, da Lei 4.717/1965).

Além da legitimidade para propor a ação popular, a lei confere ao cidadão, ainda, o direito de representar ao Ministério Público para a adoção das provi-

dências cabíveis sempre que tiver conhecimento de indícios de atos de improbidade administrativa (art. 14 da Lei 8.429/1992).

A participação popular pode, assim, exercer importante função na repressão à corrupção. Isso somente poderá ser feito nos processos sobre improbidade administrativa, pois inexiste, entre nós, ação penal popular.

A lei de improbidade administrativa traz comando ético-administrativo a todo e qualquer agente público, independentemente de nível ou hierarquia,obrigando-o a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 4.º da Lei 8.429/1992). Em outras palavras, a tutela da probidade administrativa alcança desde o servidor que executa tarefas simples até aqueles que atuam em níveis mais complexos (Chefes do Executivo, Deputados, Senadores, Desembargadores e Ministros).

Referida lei deixa claro o âmbito de proteção da probidade administrativa, qual seja, a administração direta, indireta, fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual (art. 1.º, *caput*, da Lei 8.429/1992,). Estende a tutela da probidade em relação ao patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos (parágrafo único do art. 1.º da Lei 8.429/1992).

Assim como o conceito para fins penais de funcionário público é bastante alargado, conforme art. 327 do CP,[16] a Lei de Improbidade Administrativa também apresenta definição ampla de agente público, considerado como tal o que exerce, em caráter definitivo ou precário, com ou sem remuneração, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades já mencionadas (art. 2.º da Lei 8.429/1992,), como também aquele que, ainda que estranho a qualquer vínculo com a Administração Pública, *induza, concorra ou se beneficie*, direta ou indiretamente, do ato de improbidade administrativa (art. 3.º da Lei 8.429/1992).

16. "Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1.º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública."

Extremamente necessária e útil tal previsão legal, eis que vincula à legislação sobre probidade administrativa todo e qualquer particular que contrata ou não com o Poder Público, porém que, de qualquer forma, beneficia-se do ato ímprobo ou para ele induza ou concorra. Assim, qualquer pessoa que se beneficiar de atos de improbidade incide nas respectivas sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Fica desse modo, bem evidenciada a conexão entre o tratamento penal dado à corrupção ativa e o ato de improbidade administrativa.

Diferentemente do Código Penal, que contempla número fechado e delimitado de condutas em suas tipificações de corrupção, ainda que vistas em sentido amplo, a Lei de Improbidade Administrativa prevê condutas ilícitas mais abertas com sustentação, no plano geral, em três critérios a respeito dos tipos de atos de improbidade, quais sejam, os que implicam *enriquecimento ilícito* (art. 9.º da Lei 8.429/1992), os que causam *prejuízo ao erário* (art. 10 da Lei 8.429/1992) e os que *atentam contra os princípios da Administração Pública* (art. 11 da Lei 8.429/1992). Toda prática de crime contra a Administração Pública de conteúdo corruptor constitui ato de improbidade administrativa, eis que, no mínimo, implicará violação a princípios da Administração Pública.

O art. 9.º da Lei 8.429/1992, em síntese, tipifica condutas consistentes em auferição de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de atividade pública, nos termos já definidos anteriormente. Cumpre destacar, dentre os 12 incisos que indicam específicas condutas ímprobas, aquela prevista no inc. VII, que trata da aquisição, para si ou para outrem, e no exercício da atividade pública, de "bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução regular do patrimônio ou à renda percebida pelo agente público".

Nesse particular, levanta-se a discussão sobre o ônus da prova quanto à necessidade de se demonstrar a origem ilícita dos bens adquiridos pelo agente público. Os que alegam não haver inversão do ônus da prova baseiam-se no princípio da presunção da inocência e concluem no sentido de que cabe ao autor da ação de improbidade administrativa demonstrar que o enriquecimento ilícito é fruto de ato ímprobo.

De outro lado, há quem sustente que a aquisição de bens por parte do agente público em situação de incompatibilidade ou desproporcionalidade com seus ganhos gera uma presunção de inidoneidade, dispensando-se, pois, o autor da ação do dever de demonstrar a ilicitude da aquisição. Terceira posição, contudo, remete para a distribuição do ônus da prova. Cabe ao autor o ônus de demonstrar que o réu exerceu função pública e, neste período, adquiriu bens

de modo desproporcional com seus rendimentos. Ao réu, por sua vez, permanece o ônus de demonstrar que suas aquisições foram legítimas.[17]

O art. 10 da Lei 8.429/1992, por sua vez, prevê condutas ativas ou passivas, dolosas ou culposas, geradoras de perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens das entidades públicas, alvo de proteção da referida lei. Das 15 específicas condutas dispostas neste artigo vale a pena ressaltar aquela constante do inc. VIII, que consiste na frustração da licitude de processo licitatório ou em sua dispensa indevida. O procedimento licitatório, via de regra, é condição prévia indispensável para a celebração de qualquer contrato administrativo por parte do ente público (art. 2.º da Lei 8.666/1993). Eventuais dispensa ou inexigibilidade, necessariamente, devem estar revestidas dos requisitos legais, mediante procedimento próprio a justificar tais condutas (arts. 24 e 25 da Lei 8.666/1993).

O art. 11 da Lei 8.429/1992, finalmente, considera ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que viole princípios constitucionais da Administração Pública, contendo, para tanto, cláusula genérica de prática de ato visando a fim proibido em lei. Este artigo normalmente é de aplicação subsidiária em relação aos demais atos ímprobos constantes dos arts. 9.º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa, não obstante possa ser imputado autonomamente.

Embora haja sanções específicas para cada espécie de ato ímprobo, com variações na gradação, guardam identidade quanto ao gênero, sendo, pois, as seguintes sanções cominadas: ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, aplicação de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente. Tais penalidades podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, devendo ser ponderadas conforme a gravidade do fato, extensão do dano, proveito patrimonial obtido pelo agente e sua condição subjetiva, conforme o princípio da proporcionalidade (art. 12, *caput*, I, II e III e parágrafo único, da Lei 8.429/1992).

---

17. Sobre o tema, abordando todas as posições quanto à inversão do ônus da prova e concluindo por equilibrada postura, baseada na distribuição do ônus da prova ver Sérgio Turra Sobrane. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 45-48. Ainda, vale a pena conferir estudo feito por Silvio Antonio Marques, reafirmando a posição do autor referido, bem como destacando a necessidade, nos casos de remessa de dinheiro para o exterior, da cooperação jurídica internacional no processo da ação civil de improbidade administrativa. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79-81 e 232-303.

Constata-se que o sistema repressivo visando à tutela da probidade administrativa apresenta sanções severas, que acabam por, além de possibilitar a recomposição do erário público, impor penalidades políticas ao agente público, como perda da função pública e suspensão dos direitos políticos. A condenação pecuniária também se afigura razoável, eis que a multa civil pode variar até três vezes o acréscimo patrimonial para os casos do art. 9.°, até duas vezes o valor do dano para os casos do art. 10 e até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente nas hipóteses do art. 11.

A Lei 8.429/1992 contempla dispositivos processuais próprios e também obedece, subsidiariamente, às regras e princípios do Código de Processo Civil.

Incumbe ao Ministério Público promover o *inquérito civil* e a ação civil pública visando a proteção do patrimônio público e social (art. 129, III, da CF/1988). Serve, assim, o inquérito civil, presidido pelo Ministério Público, para a investigação de atos de improbidade administrativa.

As medidas cautelares apresentam duas finalidades: a primeira, a de permitir o avanço nas investigações (como por exemplo, as medidas de busca e apreensão, quebras de sigilo bancário e fiscal, quebra de sigilo de dados telefônicos) e a segunda, a de garantir a própria utilidade do processo, como indisponibilidade e sequestro dos bens, visando ao cumprimento de eventual condenação de ressarcimento ao erário e multa civil, no bojo da Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei 8.429/1992 estabelece a possibilidade de se pleitear a indisponibilidade e sequestro dos bens do investigado sempre que houver lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito (arts. 7.° e 16 da Lei 8.429/1992). Atualmente, a jurisprudência vem aceitando a indisponibilidade desde que seja nos limites do que se pretende a título de ressarcimento ao erário, bem como da estimativa de previsão da multa civil. Também se prevê a possibilidade de investigação, exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo investigado no exterior, observando-se, para tanto, os tratados internacionais (art. 16, § 2.°, da Lei 8.429/1992).

Outra medida processual interessante prevista na Lei de Improbidade Administrativa consiste no afastamento cautelar do agente público, sempre que surgir a necessidade de velar pela regularidade da instrução processual (art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/1992). Isso porque, a depender do cargo e função exercidos pelo agente público, ele pode, se permanecer à frente da atividade pública, destruir documentos, ameaçar testemunhas, além de permanecer praticando as atividades ilícitas. Evidente que para aplicação dessa medida os elementos devem evidenciar sua necessidade processual.

Percebe-se, enfim, que as medidas processuais proporcionadas pela legislação sobre improbidade administrativa constituem, ao lado dos mecanismos processuais penais, instrumentos eficazes para a apuração e punição dos ilícitos de corrupção, o ressarcimento do erário público e o afastamento do funcionário público de suas atividades.

6. A PERDA DOS BENS EM DECORRÊNCIA DE ATIVIDADES ILÍCITAS

Entre nós, tem-se exigido, tanto na esfera criminal como na da improbidade, prova da vinculação entre o bem pertencente ao acusado e a sua prática ilícita para que possa dele ser retirado. Permite-se, na Lei de Lavagem de Dinheiro, a inversão do ônus da prova, para a restituição do bem apreendido ou sequestrado. A sua perda, contudo, depende da prova de ser obtido em virtude da prática de crime.

Recentemente, discutiu-se no Ministério da Justiça a necessidade de se criar, no Brasil, legislação específica sobre perda de bens obtidos ilicitamente, fenômeno que se convencionou denominar de *extinção de domínio*.[18] Vieram ao país juristas de diversos locais[19] que relataram suas experiências legislativas. Aspecto constante das explanações e dos debates foi a dificuldade em ser evidenciada a origem criminosa do bem obtido pela pessoa acusada embora comprovado, em muitas ocasiões, o elevado acréscimo patrimonial sem qualquer justificação com base em atividades lícitas. Diante dessa dificuldade, os expositores apontaram soluções adotadas por seus países, as quais, em resumo, vão desde a possibilidade de perda do patrimônio (confisco) sem prévia condenação, por meio de ações contra a coisa ou contra o proprietário, passando por sistemas que exigem a condenação anterior, embora não imponham a prova estrita da vinculação entre o patrimônio e as ações pelas quais houve a condenação, até os que contemplam exigências maiores como as do direito brasileiro, só permitindo a perda quando provado que os bens ou valores do condenado foram conseguidos com práticas delituosas.[20]

---

18. A discussão ocorreu em Brasília, nos dias 01 a 04.09.2009, sendo o encontro denominado como "Seminário Internacional. Extinção de Domínio".

19. Vieram ao Seminário, juristas dos seguintes países: Colômbia, Costa Rica, Cuba, EUA, Itália, México.

20. Para uma visão geral do assunto, ver de Jorge Godinho. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ônus da prova. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (orgs.). Liber Discipulorum *para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 1315-1363.

Interessante, para conhecimento do tema, a solução adotada por Portugal, relatada por José M. Damião Cunha.[21]

Ele não se coloca em posição contrária à perda dos bens, afirmando: "O fim político desta sanção é hoje mais ou menos reconhecido: garantir um efectivo combate aos lucros ilícitos provenientes de actividade criminosa. Mesmo que, sobretudo nos países da Europa Continental, as concretas soluções legais se defrontam sempre com algumas resistências por parte da doutrina, que refere à violação dos chamados princípios tradicionais e liberais do direito e processo penal, julgamos que a gravidade e o desafio que o tipo de criminalidade em causa coloca ao Estado de Direito Democrático pode justificar alguma limitação a esses princípios tradicionais. Mas como sempre, julgamos que isso não deve implicar uma *abolição* desses princípios, mas tão só uma restrição *adequada* e constitucionalmente fundamentada".

Aponta os principais problemas da legislação portuguesa.

Entende ter, a legislação de seu país, a sanção de perda natureza diversa de pena, sendo uma medida administrativo-fiscal e, por isso, não haveria inconstitucionalidade em impor "ao condenado um certo dever probatório, conquanto que isto não implique a transferência integral de todo ônus probatório". Vê como inconciliável a discussão das duas questões, a penal e a referente aos bens, antes da afirmação da culpa, e, aí, vislumbra ofensa ao princípio da presunção de inocência, pois se impõe ao acusado a necessidade de provar, antes de estar condenado, que os bens não seriam oriundos de práticas criminosas. Pondera haver perigo de influência na convicção do juiz sobre o crime o debate sobre os bens que dele seriam provenientes, com risco para a sua imparcialidade. Admitiria a perda se a discussão sobre ela fosse feita depois de o réu estar condenado, aceitando, então, alguma inversão do ônus da prova.

Cita Vervaele: "para terminar, o procedimento de confisco é, em muitos países, destacado do processo penal propriamente dito; é pois uma questão de um processo em duas fases, no seio ou não do processo penal".

Talvez, aí, um caminho a ser pensado. Depois de o acusado ser condenado haveria, no juízo criminal, fase destinada à discussão sobre a perda dos bens, sobre a sua origem ilícita e sua vinculação aos fatos criminosos, quando, en-

21. José M. Damião da Cunha, intitulado Perda de bens a favor do Estado. In: CARMO, Rui (org.). *Medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira.* Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 147-164. O autor examina, de forma crítica, a Lei 5/2002, de 11 de janeiro, que introduziu no ordenamento português, três medidas para combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, e, entre elas, a de "perda de bens a favor do Estado" (arts. 7.° a 12).

tão, poderia ser aceita atenuação ao ônus da prova do Ministério Público. Não, contudo, a perda como efeito direto da condenação.

7. CONCLUSÃO

O estudo voltado ao exame dos aspectos processuais das legislações sobre a investigação e o processo de ações ilícitas de corrupção, vistas em sentido amplo como todas aquelas dirigidas ao locupletamento do funcionário pelo uso indevido de sua atividade, mostra a inexistência de regras específicas para essa finalidade no Código de Processo Penal, revela serem insuficientes as normas nele existentes, sendo preciso socorrer-se de disposições de outros diplomas legais, como as relativas à Lei de Lavagem de Dinheiro e à Lei do Crime Organizado. Por outro lado, servem também como complementos as previsões constantes da legislação sobre improbidade administrativa.

As técnicas processuais correntes de investigação possibilitam a obtenção das informações necessárias para a instauração dos processos criminais e para a produção da prova, sendo muito úteis, nesse sentido, medidas como interceptação telefônica, busca e apreensão, quebra de sigilo financeiro. Contudo, no mundo contemporâneo, investigações sobre fatos complexos e graves, requerem o concurso de novas tecnologias.[22]

São muito importantes as medidas cautelares, de ordem patrimonial ou penal, para assegurar o resultado eficaz das sentenças. As patrimoniais retiram, antecipadamente, do acervo de bens do funcionário aqueles oriundos de práticas delituosas, impossibilitando que sejam desviadas e proporcionando posteriormente ressarcimento ao Estado. As penais visam a retirar o funcionário de suas atividades, com o objetivo de impedir a continuidade de suas práticas ilícitas.

---

22. Destaca-se a criação e implementação em diversos órgãos dos Laboratórios de Lavagem de Dinheiro, bem como do "Simba" (Sistema de Investigação de Movimentação Bancária), este desenvolvido no âmbito da Procuradoria-Geral da República, a partir do caso "Mensalão", que auxilia na análise rápida e eficiente dos dados repassados por meio da *web* pelas instituições financeiras, após quebra de sigilo bancário, sem transmitir, em papel, sequer um extrato bancário. Também cumpre registrar que na reunião anual da Enccla (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro), realizada entre os dias 23 a 25.11.2010, em Florianópolis, foi pontuada a ação estratégica de disseminar o sistema "Simba" para os diversos órgãos envolvidos no combate à corrupção e lavagem de dinheiro. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJDD198628PTBRIE.htm]. Acesso em: 29.11.2010; e [www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2010/Novembro_10/MP-SP%20discute%20ações%20da%20Estratégia%20Nacional%20de%20Combate%20à%20Corrupção%20e%20à%20Lavagem%20de%20Dinheiro]. Acesso em: 30.11.2010.

Tema bastante difícil, nos dias atuais, é o referente à perda do patrimônio. Algumas legislações, diante da dificuldade em ser provada a vinculação entre a prática ilícita e o patrimônio formado pelo autor das infrações, avançam demasiadamente no sentido de se apossar dos bens dos acusados, com pequena preocupação com a preservação dos direitos individuais e com a segurança de terceiras pessoas. Como sempre, em processo penal e em matéria disciplinar administrativa, o melhor caminho é o equilíbrio, pois a eficiência sempre deve ser alcançada com obediência às regras de garantia.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Raul Gavião de. *Crime organizado aspectos processuais*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas, com comentários, artigo por artigo*, à Lei 9.613/98. São Paulo: Ed. RT, 2004.

CUNHA, José M. Damião da. Perda de bens a favor do Estado. In: CARMO, Rui (org.). *Medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ônus da prova. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (orgs.). Liber Discipulorum *para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LATHROP, Miguel Otero. *Código Procesal Penal*. Chile: LexisNexis, 2002.

LIVIANU, Roberto. Corrupção e direito penal. Um diagnóstico da corrupção no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOPES, Mariângela. *O agente infiltrado como meio de investigação*. Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 2006.

MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MINGUARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Crime organizado – Aspectos processuais*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

SANTOS, Cláudia. A corrupção. Da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (orgs.). Liber Discipulorum *para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

SILVA FRANCO, Alberto. O difícil processo de tipificação. *Bol. IBCCrim*. n. 21. p. 5. São Paulo: IBCCrim, set. 1994.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A corrupção e dos dilemas do Judiciário, de Flávia Schilling – *RBCCrim* 23/205;
- Corrupção, crime organizado e Democracia, de Flávia Schilling – *RBCCrim* 36/401;
- Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção, de Julio Fabbrini Mirabete – *RT* 834/741; e
- O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira, de Patrícia Carraro Rossetto – *RCP* 10/211.

- *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*, de Fernando de Fonseca Gajardoni, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luis Otavio Sequeira de Cerqueira, Luiz Manoel Gomes Junior e Rogerio Favreto. São Paulo, Ed. RT, 2010.

Veja também Jurisprudência

- Indisponibilidade de bens: *RT* 896/259;
- Prova testemunhal contraditória: *RT* 832/659; e
- Quebra do sigilo bancário: *RT* 759/215.

Veja também Legislação

- Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção: Dec. 4.923/2003;
- Grupo Permanente de Representação da Advocacia-Geral da União na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro: Portaria AGU 487/2009; e
- Infiltração policial: art. 53, I, da Lei 11.343/2006.

54640

2 A INFILTRAÇÃO DE AGENTES NO BRASIL E NA ESPANHA

Possibilidade de reformulação do sistema brasileiro com base no direito espanhol

MARIÂNGELA TOMÉ LOPES

Doutora e Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Professora de Direito Penal e Processual Penal nos cursos de graduação e pós-graduação na Universidade São Judas Tadeu e na Universidade Nove de Julho. Advogada criminalista.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: A infiltração de agentes é um meio extraordinário utilizado na investigação de crimes graves, normalmente relacionados à criminalidade organizada. Por se tratar de um meio extraordinário de investigação, exige-se, para sua utilização, de uma legislação específica e completa que normatize toda a atuação do agente. O Brasil e a Espanha apresentam normas sobre a infiltração de agentes. No entanto, a Lei brasileira se mostra muito frágil em comparação à espanhola, que pode ser utilizada como modelo para uma reformulação do sistema brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Meios extraordinários de investigação – Criminalidade organizada – Infiltração de agentes – Agente infiltrado – Agente encoberto.

ABSTRACT: An undercover agent is an excellent means used in the investigation of a serious crime, generally related to organized crime. Since it's an excellent means of investigation, a specific and complete Law is needed in order to regulate every aspect of the agent's actions. Brazil and Spain have rules on undercover agents, nevertheless, the Brazilian Law is very fragile in comparison to the Spanish Law, which can be used as a model for a new restatement of the Brazilian system.

KEYWORDS: Excellent means of investigation – Organized crime – Undercover agents.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Aspectos gerais da figura e o princípio da proporcionalidade: 2.1 Definição de agente infiltrado; 2.2 A infiltração como técnica e o agente infiltrado como instrumento; 2.3 Alguns princípios constitucionais envolvidos na infiltração de agentes: 2.3.1 Princípio da moralidade; 2.3.2 Direito à intimidade; 2.3.3 Direito à defesa; 2.4 Aplicação do princípio da proporcionalidade para utilização de meios extraordinários de investigação: 2.4.1 Adequação/idoneidade; 2.4.2 Necessidade/subsidiariedade; 2.4.3 Proporcionalidade em sentido estrito – 3. Tratamento do agente infiltrado em dois países: Brasil e Espanha: 3.1 A infiltração de agentes no Brasil: 3.1.1 Previsão legislativa; 3.1.2 Existência de uma investigação policial em curso; 3.1.3 Quem pode ser infiltrado; 3.1.4 Sigilo; 3.1.5 Rol de crimes; 3.2 A infiltração de agentes na Espanha; 3.3 Problemática da legislação brasileira em comparação à Lei espanhola: 3.3.1 Generalidades da Lei brasileira; 3.3.2 Legislação rica sobre o tema; 3.3.3 Controle da atividade; 3.3.4 Obrigatoriedade ou não de o policial aceitar a função; 3.3.5 Indicação dos crimes cuja investigação permite a utilização do agente infiltrado; 3.3.6 Ocultação de identidade do agente infiltrado e sua forma; 3.3.7 Repasse das informações obtidas; 3.3.8 Possibilidade de o agente infiltrado cometer delitos; 3.3.9 Previsão do prazo de atuação do agente – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da infiltração de agentes como um meio de investigação extraordinário, utilizado nas situações de crimes graves praticados por organizações criminosas, em geral relacionado ao tráfico de entorpecentes.

O agente infiltrado tem origem muito antiga, no entanto, como um meio de combate ao crime organizado surgiu, propriamente, em dispositivo da Convenção de Viena das Nações Unidas, sobre o tráfico ilícito de drogas, de 20.12.1988.

Surgiu a figura dentro de uma crescente exigência social e de uma resposta clara, tanto do Direito Penal como do Direito Processual Penal, a um tipo de criminalidade diferente da comum, chamada criminalidade organizada.

Ao mesmo tempo em que se buscava o combate ao crime organizado, encontrava-se o Estado preocupado em criar normas que assegurassem a todas as pessoas as garantias constitucionais.

Por meio da infiltração, um agente é inserido no seio de uma organização criminosa, fazendo-se passar por um criminoso, com o fim de buscar elementos de prova de eventuais crimes praticados pela organização.

O agente infiltrado se mostra em um meio eficiente de combate à criminalidade organizada, pois ele tem conhecimento de informações de difícil ou de impossível acesso que, se não fosse por meio da infiltração, dificilmente se obteria. Ocorre que, com a utilização do agente infiltrado, vários direitos fundamentais são restringidos.

Daí, então, surge o conflito entre a eficiência e o garantismo na utilização do agente infiltrado, ou seja, o conflito entre a busca do Estado por meios efi-

cientes de combate ao crime organizado e a necessidade de assegurar a todos as garantias previstas constitucionalmente.

Levando em conta os aspectos do garantismo e da eficiência, deve-se admitir a utilização desse meio de investigação somente em situações também excepcionais que envolvam crimes muito graves, com ofensa à segurança da sociedade como um todo.

E, assim, ele deve ser admitido apenas em casos excepcionais a serem avaliados por um juiz, com base nos termos da lei, de acordo com uma situação concreta, levando em conta a proporcionalidade, que se especifica em: adequação, subsidiariedade e proporcionalidade em sentido estrito.

Objetivando garantir a proporcionalidade na utilização do agente infiltrado e, assim, evitando abuso na sua utilização, é imprescindível a existência de critérios previstos em legislação específica para a solução dos diversos problemas que advêm da utilização desse meio.

Vários países passaram a possibilitar a sua utilização em hipóteses excepcionais, quando envolver investigação de crimes graves.

Este trabalho se limitará a estudar o tratamento dado à figura pelo Brasil e pela Espanha, e a possibilidade de reformulação do sistema brasileiro com base no sistema espanhol.

Antes de se adentrar no estudo específico de cada um dos países, uma rápida da explanação será feita a respeito dos aspectos gerais que envolvem a infiltração de agentes, para se concluir que ele somente poderá ser utilizado após uma análise judicial do princípio da proporcionalidade.

No Brasil, há duas leis que preveem a figura. A partir da necessidade de criação de outros meios investigatórios, foi inserida na Lei do Crime Organizado (a Lei 10.217/2001 alterou parte da Lei 9.034/1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas), e na Lei de Entorpecentes, de 2006, a possibilidade de infiltração (a Lei 11.343/2006).

A lei espanhola surgiu como a brasileira: LO 5/1999, de 13.01.1999, da modificação da Ley de Enjuiciamiento Criminal (282-bis), quanto à parte que trata do aperfeiçoamento da ação investigadora relacionada ao tráfico ilegal de drogas e a outras atividades ilícitas graves. Esta lei incluiu três novos instrumentos, os quais têm por finalidade auxiliar no combate à criminalidade organizada, quais sejam: a entrega vigiada, a supressão da presença do interessado na abertura de correspondência e, por último, o agente encoberto.[1]

1. MARTÍN, Joaquín Delgado. El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto. In: PICO I JUNOY, Joan (coord.). *Problemas actuales de la Justicia Penal*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 2001. p. 92.

A lei espanhola se mostra bastante rica em comparação à norma brasileira que trata do assunto. Diante disto, podemos nos valer do exemplo da Espanha para enriquecermos a nossa legislação.

2. ASPECTOS GERAIS DA FIGURA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1 Definição de agente infiltrado

A definição desta figura não é simples e fácil. Algumas legislações utilizam os termos "agente encoberto" e outras o termo "agente infiltrado". Em trabalho de dissertação de Mestrado apresentado na Universidade de São Paulo,[2] tive a oportunidade de concluir, após um estudo doutrinário, que um conceito comum a todos os autores seria o de que o agente infiltrado é o membro da polícia que, com previsão legal e, autorizado por um juiz, oculta sua identidade, e se insere, de forma estável, em determinada organização criminosa, na qual ganha confiança de seus membros, por ser aparentado a eles, tendo acesso a informações sigilosas, com a finalidade de comprovar eventual cometimento do delito, assegurar fontes de prova e identificar seus autores.

Conforme expus no trabalho de Mestrado: "É possível chegar a uma definição comum de agente infiltrado, observando-se algumas características que lhe são inerentes: 1. ser policial; 2. ter previsão na lei; 3. agir de forma disfarçada ocultando a identidade; 4. atuar com autorização judicial; 5. inserir-se de forma estável, e não esporádica, nas organizações criminosas;[3] 6. fazer-se passar por criminoso para ganhar a confiança dos membros das organizações; 7. visar à descoberta de provas de crimes graves".[4]

2.2 A infiltração como técnica e o agente infiltrado como instrumento

A infiltração é a técnica de investigação que faz uso dos agentes infiltrados. Estes penetrarão nas organizações criminosas, fazendo-se passar por um de seus membros para descobrir provas de crimes eventualmente cometidos. Po-

2. NEISTEIN, Mariângela Lopes. *O agente infiltrado como meio de investigação policial*. Dissertação de mestrado, USP, 2006.

3. Nenhuma legislação prevê a forma que o agente infiltrado deverá se inserir na organização. Comenta Carlos Enrique Edwards que: "ésta es una cuestión eminentemente práctica, que dependerá de cada caso concreto, y que deberá ser resuelta por la autoridad judicial juntamente con la fuerza de seguridad o policial que intervenga en la investigación" (*El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996. p. 78).

4. NEISTEIN, Mariângela Lopes, op. cit., p. 44.

de-se dizer que a infiltração é uma técnica de investigação e o agente infiltrado é o meio empregado por essa técnica.

Portanto, a infiltração é a "técnica investigativa que permite penetrar de afuera hacia adentro en una organización dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes, a través de la infiltración de un agente, con la finalidad de obtener información para desbaratar a esa organización criminal. Se trata, pues, de una verdadera investigación encubierta".[5] A natureza jurídica da infiltração de agentes é a de um meio extraordinário de investigação que, por restringir garantias constitucionais, somente pode ser utilizado se estiver bem regulamentado, com autorização judicial e em situações que envolvam investigação de crimes muito graves.

2.3 Alguns princípios constitucionais envolvidos na infiltração de agentes

Após apresentar concisa definição de agente infiltrado, é importante deixar claro que diversas garantias constitucionais são restringidas quando se utiliza desse meio investigatório.

Por restringir direitos constitucionais, somente em casos muito excepcionais e, havendo uma boa regulamentação, poder-se-ia admitir a sua utilização, considerada a exigência de proporcionalidade em sentido amplo, que se subdivide em: (a) adequação da medida; (b) necessidade; e (c) proporcionalidade em sentido estrito.

2.3.1 Princípio da moralidade

Não se pode olvidar da reprovabilidade moral na utilização por parte do Estado do agente infiltrado, para a consecução de seus fins, já que se trata de meio de investigação de duvidosa ética.

O agente infiltrado atinge diretamente a honestidade necessária na atuação dos agentes públicos. Ainda que exista previsão legal a respeito da referida figura, sua atuação pode ser definida como sendo imoral. O Estado não pode descumprir os princípios morais e éticos, mesmo ao elaborar uma lei.[6]

---

5. EDWARDS, Carlos Enrique, op. cit., p. 52.

6. Antonio Beristain salienta que não se pode afastar da ética quando se elabora uma lei e faz a seguinte pergunta: "¿Tenemos que incluir realidades éticas (y místicas) más allá de las tradicionales dimensiones de ley, delito, expiación, pena, retribuición, compensación...?" (Derechos humanos y respuestas a la delincuencia – Reflexiones

Este é exatamente um dos principais problemas advindos da utilização do agente infiltrado: apesar de possuir previsão legal, restringe a moral necessária na atuação dos agentes públicos.

O princípio da moralidade está previsto no art. 37, *caput*, da CF/1988, no qual se exige que a Administração Pública atue obedecendo aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O mesmo princípio também está previsto em diversas legislações federais relacionadas à Administração Pública, como nas Leis 1.079/1950 e 9.784/1999.

No caso do agente infiltrado, apesar de se tratar de uma figura prevista na legislação, o que a tornaria uma figura autorizada legalmente, sua atividade restringe diretamente o princípio da moralidade quanto aos atos dos membros da Administração Pública.[7]

A utilização do agente infiltrado evidencia que o Estado se vale de um meio imoral na repressão de crimes graves, tais como o tráfico de drogas e o crime organizado, já que o agente infiltrado utiliza-se da *mentira e da traição* para operar meios de descoberta de indícios desses delitos, inclusive, está o agente infiltrado autorizado a cometer crimes, em casos extremos. Seria a autorização para o Estado combater o crime praticando crime.

Assim, somente se for levado em consideração a gravidade de determinados crimes, bem como o risco que trazem à sociedade como um todo, em algumas situações, a utilização do agente infiltrado poderá ser admitida de forma extraordinária.

2.3.2 Direito à intimidade

A utilização do agente infiltrado restringe o direito à intimidade do investigado.

---

desde uma ética de valores máximos. *RBCCrim* 40/190. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2002).

7. Para Luiz Otávio de Oliveira Rocha, o problema da ética "se resolve nos postulados filosóficos elaborados por Rousseau, Montesquieu, Madison e Hamilton, que inspiraram a formação dos Estados contemporâneos. A soberania estatal, como a representação dos poderes outorgados pelos cidadãos ao Estado maior ou menor rigidez no controle das perturbações sociais, desde que os contornos dessa atuação estejam bem limitados pela lei. Todos os Estados Democráticos de Direito contemplam a viabilização da Justiça Criminal como causa legítima para justificar a vulneração de direitos fundamentais. O que caracteriza o Estado de Direito é o submetimento dessa possibilidade a um critério de excepcionalidade extrema, bem assim de máximo controle quanto a sua execução" (Agente infiltrado: inovação da Lei 10.317/2001. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. n. 5. ano 3. p. 55. Porto Alegre: Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Penais, jan.-abr. 2002).

A restrição à intimidade normalmente se concretiza na violação do domicílio, como expressão física do espaço reservado para a vida privada, ao ingressar no domicílio alheio e na interceptação de conversas e dados informatizados.[8]

A verdade é que o membro da organização somente autorizou a presença do agente infiltrado e somente revelou a ele determinados segredos porque acreditava ser ele um de seus pares, um criminoso como ele. Do mesmo modo, o agente participa de conversas privadas para ganhar a confiança. Nada disto seria alcançado se o criminoso soubesse tratar-se de um policial.

2.3.3 Direito à defesa

A atividade do agente infiltrado também restringe, de forma direta, o direito à defesa do investigado, pois este não tem o conhecimento de que está sendo investigado e, mediante o engodo, acaba apresentando declarações e provas que o incriminam. O investigado, inconscientemente, acaba produzindo prova contra si mesmo.

2.4 Aplicação do princípio da proporcionalidade para utilização de meios extraordinários de investigação

Os diferentes meios extraordinários de investigação existentes estão relacionados a investigações de delitos de extrema gravidade e de difícil elucidação.

São utilizados em situações excepcionais e dependem sempre de uma autorização judicial. Um juiz de direito, por meio de uma decisão fundamentada, permitirá que agentes de polícia sejam infiltrados em organizações criminosas. Deve o juiz, para tanto, observar o critério da proporcionalidade, também chamada de proibição do arbítrio, consubstanciada na adequação, subsidiariedade e proporcionalidade em sentido estrito.[9] Cuida-se, aqui, de reserva de jurisdição.

---

8. Paulo José da Costa Júnior apresenta dois tipos de lesão à intimidade: a aquisição ilegítima de aspectos e episódios da vida privada (emprego de meios fraudulentos ou técnicos, como teleobjetivas, microfones secretos etc.), ou a divulgação de notícias adquiridas legitimamente (*O direito de estar só: a tutela penal do direito da intimidade*. 3. ed. São Paulo: Siciliano, 2004. p. 56).

9. José Ramon Soriano salienta a necessidade de utilização dos meios excepcionais de investigação somente em casos graves, afirmando que a aplicação indiscriminada desses meios investigatórios fere "claramente los principios de proporcionalidad y subsidiariedad en que se basan estes tipos de técnicas (la gravidad del delito y la imposibilidad de utilizar otros medios de investigación son fatores muy a tener en cuen-

Fernando Gascón Inchausti, neste sentido, afirmou ser imprescindível que a nomeação do agente infiltrado advenha de um juiz, por se tratar de medida que supõe restrição a direitos fundamentais, cabendo ao magistrado a atividade de garantidor.[10]

Por se tratar de medida que restringe direitos e garantias, é uma medida de coação. Sergio Pitombo define coação como sendo: "a restrição de direito, ordenada ou permitida por lei, com observância das garantias constitucionais, e estatuída, ou decretada, por autoridade competente, para acautelar satisfação ao escopo específico do processo".[11]

Para que a infiltração possa ser utilizada, há necessidade de previsão legal expressa e bastante minuciosa, prevendo todos os requisitos da sua admissão, evitando-se que seja utilizado em situações injustificadas. É a chamada reserva legal.

Assim, ainda que a utilização desse meio investigatório mostre-se adequada, necessária e proporcional à obtenção das provas, é preciso observar os dispositivos da legislação que admite a figura até mesmo para se verificar a proporcionalidade em sentido estrito. É que se deve atender o princípio da legalidade, pilar do Estado Democrático de Direito.

A exigência de previsão legal que expressamente autorize a restrição de direito fundamental é característica inerente ao Estado de Direito, cujo traço essencial é a sujeição do exercício de poder à norma formal e materialmente constitucional.

Conforme ensina Antonio Henrique Gaspar, ao tratar da análise da proporcionalidade para a utilização de meios extraordinários de investigação, ressalta a imprescindibilidade da existência de uma lei que regulamente: "A proibição do arbítrio significa que todas as medidas tomadas pelos Estados na prevenção e na investigação das actividades criminosas mais graves, seja o terrorismo, seja a criminalidade complexa e organizada, devem estar previstas na lei, sendo que, sempre que uma medida limite direitos fundamentais, as restrições devem

---

ta), principios que son expresamente reconocidos bajo los términos 'importancia del delito' y 'necesidad a los fines de la investigación'." (*Delitos contra la salud pública y contrabando*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000. p. 101).

10. INCHAUSTI, Fernando Gascón. *Infiltración policial y* agente encubierto. Granada: Comares, 2001. p. 117.

11. PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. Breves notas em torno da coação processual penal. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Ciência penal I*. São Paulo: Bushatsky, 1973. p. 108.

estar definidas na lei tão completamente quanto possível, e serem estritamente necessárias e proporcionais à finalidade prosseguida".[12]

Deve a lei regulamentar toda a atuação do policial que se infiltrará nas organizações criminosas, exigindo uma necessária intervenção e controle por parte da autoridade judicial, para evitar abusos. Sem normas regulamentadoras, será difícil a utilização do agente infiltrado. A utilização desregrada constitui prova absolutamente ilícita, inadmissível.

A figura do agente infiltrado deve, destarte, ser admitida somente em casos excepcionais, os quais envolvam esses crimes graves de estrutura moderna, devendo o magistrado, ao autorizar a infiltração, observar em cada caso concreto a proporcionalidade em sentido amplo ou, como denominado pela doutrina alemã, a *proibição do excesso*,[13] que se subdivide em: (a) adequação ou idoneidade da medida; (b) necessidade ou subsidiariedade; (c) proporcionalidade em sentido estrito.

Conforme ensina Maurício Zanoide de Moraes, em tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da USP, para obtenção do título de Livre Docência, a restrição a direitos fundamentais somente se justifica se estiver prevista na Constituição e se a medida for proporcional, sob pena de se considerar violado o direito atingido: "Toda forma de intervenção estatal que possua justificação constitucional e proporcionalidade é modo legítimo de restrição do direito fundamental. Toda forma de redução do disposto na lei fundamental, mesmo que apresente em nível legislativo a correspondente justificação e sopesamento, será violação ou invasão indevida na esfera de direito constitucionalmente previsto se houver excesso em sua concretização".[14]

Segundo Mauricio Zanoide de Moraes, a proporcionalidade deve ser vista como uma garantia dos direitos fundamentais, voltada para a limitação das restrições.[15]

---

12. GASPAR, António Henrique. Os novos desafios do processo penal no século XXI e os direitos fundamentais (um difícil equilíbrio). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2/265.

13. SERRANO, Nícolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990. p. 153.

14. MORAES, Mauricio Zanoide. *Presunção de Inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 322.

15. Idem, p. 347.

Para se avaliar a proporcionalidade da medida, deve o juiz, segundo ressalta ampla doutrina, verificar três aspectos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Abaixo será analisado cada um desses três critérios, quando se verifica a possibilidade ou não de autorizar a atuação do agente infiltrado. Não podemos nos olvidar que a verificação da proporcionalidade deve sempre ser feita por um juiz de direito, por meio de uma decisão motivada.

2.4.1 Adequação/idoneidade

A adequação, segundo Mauricio Zanoide de Moraes, consiste em "um exame empírico realizado sobre a aptidão do meio contribuir para a consecução do fim almejado. É um exame empírico porque deve ter em consideração uma relação comprovada ou comprovável de aptidão (idoneidade), segundo experiências da vida, pesquisas científicas, exames de probabilidade, enfim, qualquer modo pelo qual se possa demonstrar que por aquele meio específico é possível 'fomentar' ou 'facilitar' a realização do propósito almejado".[16]

A medida extrema somente será adequada, segundo Antonio Scarance Fernandes, se a restrição se mostrar "apta a realizar o fim por ela visado".[17] Afirma o autor: "não será admitido o ataque a um direito do indivíduo se o meio utilizado não se mostrar idôneo à consecução do resultado pretendido".[18] O juízo de adequação ou idoneidade pressupõe estabelecer uma relação de causalidade entre meio e fim.[19]

Com relação à infiltração de agentes, por ser uma diligência restritiva a direitos fundamentais, somente poderá ser autorizada se for adequada e idônea para se alcançar o fim que se pretende. Deve-se fazer a seguinte pergunta: "É a infiltração policial uma medida adequada para alcançar o fim pretendido?" A resposta, necessariamente, deverá ser afirmativa.

Parece simples concluir que a inserção de um policial no seio da organização criminosa constitui-se em uma medida apta para buscar informações que possam ter eficácia probatória. É a infiltração uma medida adequada para a obtenção de informações.

---

16. Idem, p. 357-358.
17. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 54.
18. Idem, p. 54.
19. SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar, op. cit., p. 154.

2.4.2 Necessidade/subsidiariedade

Após analisar a adequação, deve-se analisar a necessidade ou não de utilização da medida. Ressalta Mauricio Zanoide de Moraes que: "A adequação é um filtro seletivo em relação à necessidade, só será necessária uma medida que antes se mostrou idônea".[20]

Continua Maurício Zanoide: "Diante dos meios declarados idôneos procede-se a um exame comparativo entre eles para se determinar qual é o necessário".[21]

Necessária será a medida quando o esclarecimento dos fatos não se mostrar possível por métodos de investigação tradicionais. Isso equivale a dizer: se não houver outro instrumento menos lesivo ou menos ofensivo para se alcançar a finalidade pretendida. O princípio da necessidade é também chamado, segundo Antonio Scarance Fernandes, de "'intervenção mínima', 'de alternativa menos gravosa', ou de 'subsidiariedade'".[22]

Em diversas situações envolvendo a criminalidade organizada, a utilização do agente infiltrado poderá se mostrar necessária para a busca da verdade real nos crimes praticados.

No entanto, não é em todo e qualquer caso de investigação da criminalidade organizada que o uso do agente infiltrado mostra-se necessário. Dependerá de minuciosa análise por magistrado. Deve o juiz verificar, em cada caso concreto, se outros meios de investigação menos ofensivos não seriam suficientes para a descoberta dos crimes.

2.4.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Após criteriosa análise da adequação e necessidade da medida, verifica-se a proporcionalidade em sentido estrito, que aponta para a "imprescindibilidade de constatar, entre os valores em conflito – o que impele à medida restritiva e o que protege o direito individual a ser violado – qual deve prevalecer".[23]

Maurício Zanoide ressalta a relevância da análise da proporcionalidade em sentido estrito: "É de fato relevante essa última fase do exame da proporcionalidade em sentido estrito, porque nela se coloca em destaque que

20. MORAES, Mauricio Zanoide, op. cit., p. 360.
21. Idem, ibidem.
22. FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p. 54.
23. Idem, p. 55.

uma medida idônea e necessária para um fim almejado e específico pode aniquilar de forma completa outros direitos fundamentais no caso concreto e que não tinham sido considerados quando da elaboração da norma processual, portanto, não podem deixar de ser considerados no instante da decisão judicial".[24]

Salienta, a propósito, Fernando Inchausti que os valores colocados em jogo no caso da infiltração de agentes – de um lado, os direitos e liberdades dos cidadãos e, de outro, o interesse estatal na eficácia do processo penal – encontram-se no mesmo patamar na escala constitucional. Será por meio de um juízo de proporcionalidade que se inclinará a balança a favor, ou não, do interesse estatal na eficácia do processo em prejuízo dos direitos e liberdades dos cidadãos.[25] Isto porque, segundo o autor, "el sacrificio que sufre el interés individual no resulta desproporcionado en relación con el beneficio que se deduce para el interés público".[26]

Conforme expus em minha Dissertação de Mestrado: "Os fatores que devem ser levados em conta quando da análise da proporcionalidade no caso da infiltração policial são quatro: 1. gravidade dos delitos sob investigação; 2. duração da infiltração; 3. amplitude das faculdades concedidas ao infiltrado; 4. destino das informações obtidas por meio da infiltração.[27] Todos estes aspectos devem ser observados pelo juiz que vier a permitir o uso do meio investigatório, valendo-se, para tanto, dos termos da lei que tratar do tema".[28]

O primeiro fator a ser observado pelo juiz é a gravidade do delito. O critério para se definir se o crime é grave, ou não, deve, para evitar abusos, estar expresso na legislação que prevê a infiltração.

A infiltração deve se dar no menor lapso temporal possível, para evitar a perduração de ofensas às garantias dos investigados.

Em terceiro lugar, também devem ser observadas a maior ou a menor amplitude das faculdades concedidas ao agente infiltrado, quando se encontrar exercendo sua atividade. Não se pode conceder poderes desmedidos ao policial, para evitar que excessos sejam praticados. Salienta Fernando Inchausti que "la autorización inicial para la infiltración en modo alguno constituye una

24. MORAES, Mauricio Zanoide, op. cit., p. 362.

25. INCHAUSTI, Fernando Gascón, op. cit., p. 132.

26. Idem, ibidem.

27. Idem, p. 133.

28. NEISTEIN, Mariângela Lopes, op. cit., p. 84 e ss.

especie de 'cheque en blanco', que legitime cualquier forma de investigar".[29] Também as atividades permitidas ao infiltrado devem estar delimitadas por uma lei.

O quarto fator se refere à necessidade de se definir o destino a ser dado às informações que serão obtidas com a infiltração. Será inadmissível que essas informações sejam utilizadas para fins diversos daqueles que motivaram sua obtenção. Tais fins são, segundo Inchausti, "su empleo como indicios para la adoción de otras diligencias de investigación y, sobre todo, su objeto lo constituyan los hechos punibles objeto de investigación".[30] Do mesmo modo, o destino dos dados obtidos com a infiltração deverá estar indicado na lei.

3. TRATAMENTO DO AGENTE INFILTRADO EM DOIS PAÍSES: BRASIL E ESPANHA

Conforme exposto, a utilização do agente infiltrado restringe diversas garantias constitucionais e somente poderá ser admitida com fulcro nos critérios da proporcionalidade em sentido amplo, que se subdivide na adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida, os quais devem ser analisados de acordo com cada caso concreto.

Ainda que a utilização desse meio investigatório mostre-se adequada, necessária e proporcional à obtenção das provas, é preciso observar os dispositivos da legislação que admite a figura até mesmo para se verificar a proporcionalidade em sentido estrito.

Um dos critérios, portanto, para se admitir a infiltração de agentes é a existência de uma lei que disponha sobre critérios e limites para sua utilização. A seguir, serão estudados os tratamentos dados à infiltração de agentes em dois

29. INCHAUSTI, Fernando Gascón, op. cit., p. 140.

30. A lei alemã admite expressamente a possibilidade de utilização das informações obtidas pelo agente infiltrado em outro processo, sempre que se revelar necessária na apuração de algum dos crimes arrolados nos parágrafos 110a, n. 1. Assim dispõe o art. 110e do CPP alemão: "As informações referentes a um suspeito, obtidas perante a atuação do agente infiltrado, só poderão ser utilizadas como meio de prova em outro processo se na ocasião da valoração desta prova revelar-se a necessidade de esclarecimento de outro delito entre aqueles descritos no parágrafo 110a". O art. 110a arrola os crimes cuja investigação pode ser realizada por meio do agente infiltrado, quais sejam: "1. na esfera do tráfico proibido de armas ou entorpecentes, na falsificação de dinheiro ou valores; 2. na esfera da proteção estatal (parágrafos 74a, 120 da Lei da Constituição dos Tribunais); 3. profissionalmente ou habitualmente; 4. por um membro de bando ou qualquer outro tipo de organização". (INCHAUSTI, Fernando Gascón, op. cit., p. 141).

países: Brasil e Espanha e a possibilidade de se utilizar este último como um modelo para reformulação do sistema brasileiro.

3.1 A infiltração de agentes no Brasil

A possibilidade da infiltração no sistema brasileiro vem inserida em leis especiais que tratam da prática de crimes graves. Há previsão em duas Leis: 1. Lei 9.034/1995 (dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas), alterada pela Lei 10.217/2000; 2. Lei 11.343/2006 (dispõe, entre outros, sobre as normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências).

As duas leis brasileiras tratam do tema de forma extremamente sucinta, deixando de prever aspectos importantes na utilização do meio, dificultando o seu uso, conforme será demonstrado no item posterior.

3.1.1 Previsão legislativa

A nossa lei prevê apenas: (a) necessidade de um inquérito policial já instaurado para a utilização da infiltração; (b) quem pode ser o agente infiltrado; (c) que a autorização seja dada por um juiz sob sigilo; (d) em quais crimes é possível a infiltração.

3.1.2 Existência de uma investigação policial em curso

As duas leis brasileiras preveem a possibilidade da utilização do agente infiltrado somente na hipótese de já haver instaurado um inquérito policial (art. 53, I, da Lei 11.343/2006 e art. 2.° da Lei 9.034/1995).

Para a instauração de um inquérito policial, é preciso um mínimo de elementos que indiquem a ocorrência de um crime. Assim, para que o juiz autorize a infiltração de agentes, é imprescindível a existência de elementos mínimos da prática de crimes.

Assim, para utilizar-se da infiltração de agentes, deve-se pressupor a existência de uma investigação instaurada com base em elementos mínimos da prática de um dos crimes previstos como autorizadores da utilização desse meio investigatório.

3.1.3 Quem pode ser infiltrado

A legislação brasileira prevê quais são as pessoas que podem atuar como agente infiltrado.

A lei do crime organizado prevê que agentes de polícia ou de inteligência[31] em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, poderão se infiltrar em organizações criminosas.

No entanto, a lei de entorpecentes fala genericamente em policiais, não trazendo a hipótese da atuação pelo agente de inteligência (art. 53, I, da Lei 11.343/2006).

3.1.3.1 Agentes de polícia como infiltrados

Quanto à possibilidade de os policiais agirem como infiltrados, somente aqueles policiais que efetivamente atuem nas atividades investigatórias criminais podem ser agentes infiltrados, visto que apenas estes têm autorização para investigar crimes, principalmente na hipótese exigida pela lei, ou seja, desde que já exista um inquérito policial instaurado. Não se pode abranger os agentes da polícia preventiva, pois estes não podem investigar, mas apenas prevenir a prática de delitos.

Com relação aos policiais militares, somente poderão atuar se existir um inquérito policial militar prévio à sua atuação.

Segundo os termos trazidos pela Constituição Federal, os policiais que podem atuar em atividades investigatórias criminais são os policiais federais (art. 144, § 1.°, I, da CF/1988) e os policiais civis (art. 144, § 4.°, da CF/1988), sendo estes os únicos autorizados a atuar como infiltrados, já que a natureza jurídica da figura do agente infiltrado é a de um meio investigatório.

Além da regra constitucional, não podemos nos olvidar que somente poderá existir infiltração de agente quando já houver inquérito policial instaurado,[32] momento este em que a atribuição já é da polícia repressiva, a qual, no Brasil, é representada pelas polícias federal e civil.

Por isso, não se pode considerar como agente infiltrado todo e qualquer agente de polícia, mas somente aqueles que são membros da polícia repressiva,

---

31. Existe, no Congresso Nacional, o PL 3.731/1997 que dispõe sobre as organizações criminosas, os meios de obtenção de prova e o processo penal. Referido Projeto trata do agente infiltrado, na Seção II, de forma ampla, e prevê no art. 10 que somente policiais poderão ser agentes infiltrados. Retira a possibilidade de os agentes de inteligência atuarem nessa atividade, assim dispondo apenas: "A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação conduzida pelos órgãos policiais especializados...".

32. Tanto a Lei 9.034/1995 como a Lei 11.343/2006 preveem a possibilidade de utilização do agente infiltrado "em qualquer fase da persecução criminal". Assim, somente após a instauração de um inquérito policial pode-se nomear um agente infiltrado.

que seriam os policiais federais e civis – não abrangendo os militares, rodoviários, ferroviários, membros da polícia ostensiva etc.

3.1.3.2 Agentes de inteligência como infiltrados

Prevê o art. 2.º da Lei 9.034/1995, a possibilidade de investigação por agentes de inteligência.[33] No entanto, esta possibilidade encontra-se contrária ao Texto Constitucional, visto que a Constituição Federal determina expressamente que a atividade investigatória criminal, quando já existir um inquérito policial em curso, cabe aos membros da polícia repressiva.

Além do mais, os agentes de inteligência não estão autorizados pela lei que dispõe sobre suas atividades a atuar na busca de provas a serem juntadas em inquéritos policiais já instaurados. Haveria, por conseguinte, violação ao princípio da legalidade.[34]

---

33. A origem remota da Atividade de Inteligência no Brasil, outrora denominada Atividade de Informações, ocorreu com o advento do Conselho de Defesa Nacional, mediante o Dec. 17.999, de 29.11.1927.
Esse Conselho, constituído pelo Presidente da República e pelos Ministros de Estado, tinha por tarefa, entre outras, "coordenar a produção de conhecimentos sobre questões de ordem financeira, econômica, bélica e moral referentes à defesa da Pátria".
Como fica claro na missão, interessava ao Governo a produção de informações com a finalidade precípua de defender a Pátria, isto é, informações vinculadas a interesses estratégicos de segurança do Estado.
Após uma primeira transição de subordinação à Secretaria-Geral da Presidência da República, a Subsecretaria de Inteligência passou, a partir de abril de 1996, a vincular-se à Casa Militar, também da Presidência da República. Durante esse espaço de tempo, os estudos e as ações necessários à efetivação da proposta legislativa foram desencadeados, resultando no projeto de lei que instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin), e criou a Agência Brasileira de Inteligência (Abin), encaminhado pelo Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, ao Congresso Nacional, em 19.09.1997.
Em 24.09.1999, enquanto o projeto de lei encontrava-se no Congresso Nacional para análise e aprovação, por intermédio da MedProv 1.911-10/1999, foi criada a Secretaria de Inteligência, vinculada ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI/PR).
Amplamente discutido naquela Casa Legislativa, o projeto de lei foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 28.01.1999, e encaminhado ao Senado Federal, no qual foi analisado e também aprovado em 11.11.1999. Retornou, então, à Câmara dos Deputados para revisão e aprovação final, após modificações implementadas no Senado. Finalmente, em 07.12.1999, o Presidente da República sancionou a Lei 9.883/1999, criando a Abin e instituindo o Sisbin. Disponível no *site*: [www.abin.gov.br/abin/index.jsp].

34. Talvez seja por essas razões, quais sejam, as ofensas à Constituição e à Lei Federal, que o Projeto 3.731/1997, que dispõe de forma satisfatória sobre o agente infiltrado, não permite que agentes de inteligência venham a atuar como agentes infiltrados.

Os agentes de inteligência não são policiais e, portanto, não estão autorizados a buscar provas ou indícios a serem juntados em inquérito policial. De acordo com o verificado no *site* da Agência Brasileira de Inteligência: "A Abin não tem atribuições de polícia. Deter, prender, custodiar ou interrogar são atos incompatíveis com a atividade de Inteligência".[35]

A atividade dos agentes de inteligência está regulamentada pela Lei 9.883/1999, que instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência e criou a Agência Brasileira de Inteligência (Abin), sucessora do Sistema Nacional de Informação (SNI).[36]

Dispõe o art. 1.º da referida lei que o Sistema Brasileiro de Inteligência tem "a finalidade de fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional".

A lei define o que se deve entender por atividade de inteligência, considerando-a como "a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado" (art. 1.º, § 2.º, da Lei 9.883/1999). Define também o que vem a ser contra-inteligência: "a atividade que objetiva neutralizar a inteligência adversa" (art. 1.º, § 3.º, da Lei 9.883/1999).

Segundo o art. 3.º da referida lei, as atividades de inteligência ficarão a cargo da Agência Brasileira de Inteligência (Abin), considerada como um "órgão de assessoramento direto ao Presidente da República, que, na posição de órgão central do Sistema Brasileiro de Inteligência, terá a seu cargo planejar, executar, coordenar, supervisionar e controlar as atividades de inteligência do País, obedecidas a política e as diretrizes superiormente traçadas nos termos desta Lei".

---

35. Disponível no *site*: [www.abin.gov.br/abin/index.jsp].

36. Segundo Adriana Marques, não existe forte empenho por parte do Congresso para elaboração de políticas públicas para a área de inteligência, tendo como uma das causas o sentimento de repúdio às arbitrariedades cometidas pelo Sistema Nacional de Informação (SNI). Cita a autora outras causas para a fraca atuação dos congressistas: "1. o elevado nível de dedicação necessário para que um parlamentar especialize-se no tratamento de temas como as atividades de inteligência e o baixo retorno eleitoral desses assuntos; 2. a tendência verificada à cooptação dos parlamentares para uma visão acrítica e condescendente em relação às práticas e justificativas das agências de inteligência do Poder Executivo" (A atividade de inteligência vista como política pública do Estado. *Revista de Sociologia Política*. n. 22. Curitiba, jun. 2004).

O art. 4.º da referida lei, expressamente, prevê a competência dos membros da Agência Brasileira de Inteligência:

"Art. 4.º À Abin, além do que lhe prescreve o artigo anterior, compete:

I – planejar e executar ações, inclusive sigilosas, relativas à obtenção e análise de dados para a produção de conhecimentos destinados a assessorar o Presidente da República;

II – planejar e executar a proteção de conhecimentos sensíveis, relativos aos interesses e à segurança do Estado e da sociedade;

III – avaliar as ameaças, internas e externas, à ordem constitucional;

IV – promover o desenvolvimento de recursos humanos e da doutrina de inteligência, e realizar estudos e pesquisas para o exercício e aprimoramento da atividade de inteligência."

Nenhuma das atividades previstas no artigo indicado refere-se à investigação de crimes em inquéritos policiais instaurados. Conforme Luiz Otávio Oliveira Rocha: "não se concebe como atividade típica de 'órgãos de inteligência' o combate às atividades de organizações criminosas".[37]

Conforme concluí em Dissertação de Mestrado:

"Pelo que se observa dos termos da lei, os serviços de inteligência não têm como objetivo a busca de provas ou indícios a serem utilizadas em inquéritos policiais ou processos criminais, mas a produção de um conhecimento que permita a tomada de decisões estratégicas para auxílio do governo e segurança do Estado.

Os elementos buscados e obtidos pelos agentes da Abin terão a finalidade de auxiliar no planejamento, na avaliação e na realização de estratégias que almejam o combate a ameaças contra o governo.

Pode-se concluir que os membros da Abin não estão autorizados a atuar como agentes infiltrados por dois motivos: 1. a Constituição Federal somente permite que policiais membros da polícia repressiva atuem em investigações criminais; 2. a lei que prevê suas atividades não indica a atividade de busca de provas ou indícios a serem juntados em inquéritos policiais."[38]

3.1.4 Sigilo

Além do fato de que a autorização para o exercício da atividade seja feita obrigatoriamente, e de que seja por um juiz de direito, há necessidade de que

37. ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira, op. cit., p. 53.

38. NEISTEIN, Mariângela Lopes, op. cit., p. 102 e ss.

esta autorização seja feita em sigilo, o qual se manterá durante toda a investigação.

Com relação à garantia da eficácia da investigação, no caso da infiltração de agentes, a necessidade do sigilo parece evidente. Haveria perda de todo o objeto da investigação se o investigado tomasse conhecimento da existência de um agente infiltrado na organização criminosa. Essa necessidade de sigilo deve perdurar por todo o período da infiltração.[39]

Com relação à preservação da intimidade dos investigados, as informações que venham a ser obtidas pelo infiltrado, devem ser inseridas em autos apartados, evitando que diversas pessoas tenham acesso a elas, sendo juntadas nos autos somente aquelas informações imprescindíveis à descoberta dos fatos.

A disposição legal brasileira é falha sob este aspecto. Ela prevê a necessidade de que a autorização judicial seja sigilosa, mas não prevê se todas ou parte das informações obtidas durante a investigação deverão ser inseridas nos autos do inquérito ou da ação criminal.

Assim, apesar de a lei ser omissa a este respeito, poder-se-ia sustentar a aplicabilidade da regra prevista no Direito brasileiro pertinente à quebra do sigilo telefônico e do sigilo bancário, para que se garanta a proteção do direito à intimidade.

A Lei 9.296/1996 autoriza a quebra do sigilo telefônico em algumas hipóteses e prevê em seus arts. 8.º e 9.º que a interceptação correrá em autos apartados, visando a preservar o sigilo, e que somente serão inseridas no processo parte das gravações que interessarem à prova, devendo a parte restante da gravação ser inutilizada.

Do mesmo modo, o sigilo bancário também é protegido e somente pode ser revelado em casos excepcionais, de acordo com a disposição da LC 105/2001. Segundo disposto nesta lei, os bancos só podem revelar o segredo das informações bancárias em casos excepcionais, conforme já citado, e em crimes específicos.

---

39. Fernando Gascón Inchausti põe em discussão a necessidade de que o sigilo se refira somente à existência de um policial na organização criminosa, mas não sobre a existência da investigação criminal. Essa discussão tem pertinência na Espanha, porque naquele país não se permite a investigação sem que o investigado tenha conhecimento da sua existência. Sustenta o autor que o sigilo total na investigação ofende as regras processuais. Ele cita também uma solução, encontrada na Alemanha, como sendo mista e perfeita, na medida em que se permite o sigilo somente com relação à utilização do meio encoberto de infiltração, mas não quanto à existência da investigação (op. cit., p. 216-217).

O mesmo deveria ocorrer com as informações obtidas com a atuação do agente infiltrado, pois somente poderão ser inseridas no processo aquelas que interessarem à investigação. Qualquer outra informação desligada dos fatos e que invada a vida íntima dos investigados não poderá ser juntada aos autos, sob pena de se traduzir em prova ilícita. Tudo isto para, na medida do possível, garantir ao acusado o direito à intimidade.

3.1.5 Rol de crimes

As leis brasileiras que preveem a infiltração de agentes autorizam a utilização desse meio investigatório somente nos crimes nelas previstos. Há previsão expressa na Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas).[40]

Prevê-se no art. 53, I, da Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas) que: "Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios".

Poder-se-ia, então, verificar que a infiltração de agentes seria possível nos seguintes crimes: tipos penais previstos nos arts. 27 a 30 da Lei 11.343/2006, que preveem penas leves (advertência, prestação de serviços, medida educativa de comparecimento a programa), crimes praticados para uso pessoal, previstos nos arts. 33 a 47 da Lei 11.343/2006.

Diante disso, alguns aspectos merecem ser discutidos. O aspecto positivo da lei é a previsão dos crimes que, quando investigados, poderiam fazer uso do agente infiltrado.

No entanto, ocorre que o agente infiltrado somente pode ser utilizado em caso de crimes graves, por se tratar de medida extremamente ofensiva às garantias constitucionais. Mais uma vez, a lei brasileira falha ao prever a possibilidade de infiltração em todos os crimes previstos na Lei Antidrogas, já que nos crimes praticados para consumo próprio (art. 27 a 30 da Lei 11.343/2006), ou alguns crimes leves previstos no Título IV, Capítulo II, não se vislumbraria a gravidade justificadora da utilização do meio. Frise-se que a lei deve prever

40. Lei Antidrogas:
"Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:
I – infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes."

a utilização do agente infiltrado somente para os crimes graves, dispondo expressamente quais são esses crimes.

Com relação à Lei do Crime Organizado, apesar de não se encontrar expresso, é evidente que as normas ali inseridas somente se aplicam para os casos de crimes praticados por organizações criminosas – o que parece demasiadamente amplo, ante a ausência de definição de organização criminosa.[41]

Diante destas observações, pode-se concluir que a utilização do agente infiltrado, em tese, na legislação brasileira poderia se dar em todos os crimes da Lei Antidrogas, sejam eles graves, ou não, ou, ainda, em todos os crimes praticados por organizações criminosas. Portanto, é extremamente genérica tal previsão.

Conforme será exposto a seguir, há necessidade de que os crimes em que é possível a utilização do agente infiltrado estejam expressamente previstos em rol taxativo, não permitindo ampliação. Neste rol, devem constar apenas crimes extremamente graves. Tudo para se impedir abusos e em respeito ao Estado Constitucional de Direito.

3.2 A infiltração de agentes na Espanha

A Espanha prevê a figura do agente infiltrado, denominado de *agente encubierto* no texto da Ley de Enjuiciamiento Criminal, texto este que traz normas processuais penais.

Foi dedicado um artigo para a figura, com dispositivos mais completos do que a legislação brasileira.

O art. 282,[42] bis, da Ley de Enjuiciacimento Criminal é bastante longo e dedica um tratamento bastante específico ao agente infiltrado.

---

41. Lei 9.034/1995 (Lei do Crime Organizado):
"Art. 2.° (...)
V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial" (inciso incluído pela Lei 10.217, de 11.04.2001).
"Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração" (parágrafo incluído pela Lei 10.217, de 11.04.2001).

42. Prevê o art. 282, bis, da Ley de Enjuiciamiento Criminal:
"1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en

A figura é exclusiva para investigações que envolvam a delinquência organizada, sendo permitida a utilização com expressa autorização judicial.

---

cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad. La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.

Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

a. Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.

b. Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.

c. Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.

d. Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.

e. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.

f. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.

Somente os membros da Polícia Judicial poderão atuar como infiltrados e terão os seus dados de identidade alterados. Estes dados falsos de identidade serão outorgados pelo Ministro do Interior e terão a duração de seis meses, prorrogáveis por mais seis meses. A resolução de alteração do nome será sigilosa e somente ali constará o nome verdadeiro. Poucos têm acesso ao nome verdadeiro, para uma segurança do agente infiltrado.

Poderão adquirir e transportar os objetos dos delitos e estarão habilitados a atuar em tudo que tiver relação com a investigação concreta, atuando na vida social e jurídica sob a falsa identidade. Do mesmo modo, se forem chamados a testemunhar no processo, atuarão com o nome falso.

A lei expressamente diz que nenhum funcionário poderá ser obrigado a atuar como encoberto. Em suma, por se tratar de atividade que coloca o funcionário em situação de risco, ele não tem obrigação de aceitar a atuação.

---

g. Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.

h. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.

i. Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.

j. Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.

k. Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.

l. Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.

m. Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.

n. Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.

o. Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda."

O agente infiltrado deverá solicitar autorização judicial quando tiver que atuar ou tomar medidas que ofendam direitos fundamentais.

Define a Lei espanhola o que vem a ser delinquência organizada como sendo "a associação de três ou mais pessoas para realizar, de forma permanente ou reiterada, condutas que tenham como fim cometer algum ou alguns dos seguintes delitos:

(a) delito de obtenção, tráfico ilícito de órgãos humanos e transplante dos mesmos;

(b) delito de sequestro de pessoas;

(c) delito de tratamento dos seres humanos;

(d) delitos relativos à prostituição;

(e) delitos contra o patrimônio e contra a ordem socioeconômica;

(f) delitos relativos à propriedade intelectual e industrial;

(g) delitos contra os direitos dos trabalhadores;

(h) delitos contra os direitos dos cidadãos estrangeiros;

(i) delitos de tráfico de espécies de flora ou fauna ameaçados;

(j) delito de tráfico de material nuclear e radioativo;

(l) delitos contra a saúde pública;

(m) delitos de falsificação de moeda e de falsificação de cartões de crédito ou débito ou cheques de viagem;

(n) delito de tráfico e depósito de armas, munições ou explosivos;

(o) delito de terrorismo;

(p) delitos contra o patrimônio histórico" (trad. livre).

Assim, a Lei espanhola prevê em quais delitos poderá o agente encoberto atuar, limitando as autorizações judiciais.

O agente encoberto não tem responsabilidade criminal quando vier a praticar crimes advindos de uma atuação necessária no desenvolvimento da investigação. O policial deverá somente observar a proporcionalidade quando vier a cometer crimes.

Finalmente, o agente encoberto deve explicação dos seus atos ao juiz competente pela investigação e deve apresentar um relatório de suas atividades, sempre que lhe for solicitado.

3.3 Problemática da legislação brasileira em comparação à Lei espanhola

3.3.1 Generalidades da Lei brasileira

Além dos aspectos relacionados anteriormente às normas brasileiras que preveem o agente infiltrado, existem ainda problemas ligados ao tratamento

normativo dado à infiltração de agentes, o que dificulta sua utilização, tendo em vista a existência de falhas, pois se trata de um meio de investigação que fere diversas garantias constitucionais e a sua utilização depende da existência de normas específicas.

As leis brasileiras não dispõem sobre: (a) A atividade do agente infiltrado será controlada?; (b) O policial é obrigado a atuar como infiltrado?; (c) Quais os crimes em cuja investigação o agente infiltrado pode atuar?; (d) A sua identidade será alterada?; (e) O agente infiltrado receberá alguma proteção?; (f) Deverá prestar esclarecimentos ao Presidente da investigação?; (g) Ele está autorizado a praticar crimes?[43]

3.3.2 Legislação rica sobre o tema

As duas leis brasileiras que tratam do agente infiltrado fazem-no em apenas dois incisos, deixando de regulamentar diversos aspectos imprescindíveis e dificultando a utilização dessa figura no Direito brasileiro.

Sendo assim, faz-se necessária uma legislação completa que regulamente o agente infiltrado, pois se trata de uma atividade que ofende diversas garantias constitucionais. Portanto, precisa estar bem regulamentada.

A necessidade de leis regulamentadoras para a atividade do agente infiltrado tem por finalidade demarcar os vértices da investigação criminal a fim de evitar os possíveis abusos da atuação policial. O recurso à infiltração funciona

43. Claus Roxin traz as características que devem apresentar o agente encoberto para ser admitido na Alemanha, podendo ser estendidas a toda e qualquer norma que prevê sobre o agente infiltrado: "Su intervención solo está permitida para el esclarecimiento de 'hechos punibles de importância considerable', que pertenezcan al círculo de hechos enumerados específicamente en un catálogo, en especial en el ámbito de los delitos referidos a estupefacientes y contra la seguridad del Estado, o bien de la criminalidad organizada (par. 110a, I, 1; es necesaria la sospecha inicial en el sentido del par. 152, II), como también para el esclarecimiento de crímenes respecto de los cuales existe un peligro de reiteración (par. 110a, I, 2); para ello, es siempre imprescindible que 'procediendo de otra manera, el esclarecimiento no tenga perspectiva alguna o se dificulte considerablemente' (110a, I, 3). Además, este tipo de injerencia y siempre que 'otras medidas fueran inútiles' (par. 110a, I, 4). En princípio, ella sólo puede ser llevada a cabo con aprobación de la fiscalía o bien del juez en el supuesto de que se dirija contra un imputado determinado o que sea necesario ingresar en una vivienda que no tenga acceso al público; en caso de peligro en la demora alcanza, sin embargo, con la ratificación posterior; la que, por cierto, debe tener lugar dentro del tercer día" (ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 25. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. p. 64).

como uma técnica de investigação excepcional que tem por objetivo a realização do direito na busca da defesa da sociedade.

A Espanha optou por inserir na Ley de Enjuiciamiento Criminal a possibilidade de investigação por meio da infiltração, trazendo boa regulamentação.

No caso da Espanha, a LO 5/1999, de 13 de janeiro, modificou a Ley de Enjuiciamiento Criminal (282-bis) na parte que trata do aperfeiçoamento da ação investigadora relacionada ao tráfico ilegal de drogas e outras atividades ilícitas graves. Esta Lei incluiu três novos instrumentos os quais têm por finalidade auxiliar no combate à criminalidade organizada: a entrega vigiada, a supressão da presença do interessado na abertura de correspondência e, por último, o agente encoberto.

Ao tratar especificamente do agente encoberto, apresenta uma regulamentação própria, com um tratamento bastante rico ao tema.

A legislação espanhola apresenta no corpo do texto legal respostas a perguntas como: (a) Quem pode ser agente infiltrado?; (b) Quando ele é admitido?; (c) O policial é obrigado a atuar como infiltrado?; (d) Quando ele inicia e quando ele termina a investigação?; (e) Ele deve prestar esclarecimentos ao Presidente da investigação?; (f) A sua identidade será alterada?; (g) Ele pode ser utilizado na investigação de todo e qualquer crime?; (h) Ele está autorizado a praticar crimes?

O problema brasileiro, portanto, não se refere à inexistência de lei específica sobre o agente infiltrado, mas sim de uma melhor regulamentação sobre esse meio de investigação na lei que trata do crime organizado e na Lei de Entorpecentes.[44]

3.3.3 Controle da atividade

Esta é uma questão importante que merece tratamento legislativo no direito brasileiro, pois se refere à necessidade de indicação de uma pessoa que se ocupará do controle da atividade do agente infiltrado. A lei brasileira, neste caso, é omissa.[45]

---

44. O PL 3.731/1997, que dispõe sobre organizações criminosas, os meios de obtenção de prova e o procedimento criminal, que se encontra em tramitação, apresenta uma boa disposição sobre o agente infiltrado, dedicando uma Seção de quatro artigos, com diversos parágrafos, a esta figura de investigação, respondendo, basicamente, a todas as questões feitas para a nomeação do agente infiltrado.

45. Consta dos §§ 2.°, 3.° e 4.° do art. 10 do PL 3.731/1997 que, ao final do prazo da infiltração (três meses), deverá a polícia apresentar um relatório circunstanciado das

A Espanha exige que o infiltrado venha a atuar sob o controle da autoridade judicial. A lei espanhola fala na necessidade de que o encoberto informe "quem autorizou a investigação" de todas as provas ou indícios que esteja obtendo, na maior brevidade possível ou sempre que lhe for solicitado.

Sobre o dispositivo da Lei espanhola, comenta José Ramon Soriano: "El protagonismo judicial debe ser constante y la autoridad judicial que autoriza esta clase de investigación, no puede desentenderse de la misma y dejar em total libertad al agente encubierto, debiendo trasmitirle instrucciones siempre que esto sea posible sin poner em peligro la identidad del agente encubierto".[46]

Tal previsão se faz necessária para evitar abusos advindos da atuação do agente infiltrado. A atividade é bastante sedutora e os agentes podem passar a atuar em favor das organizações, quando se virem beneficiados, principalmente financeiramente.

Um controle superior poderia, em tese, diminuir o risco, ou mesmo impedir que o infiltrado passe a agir contra os interesses da sociedade, uma vez que sua atividade também é controlada.

Este controle se faz necessário também para que a autoridade possa avaliar a necessidade ou não da continuidade das investigações. Tal tarefa não pode ser exclusiva do agente infiltrado. Este policial deve consultar a autoridade para discutir sobre a continuidade da atuação encoberta.

3.3.4 Obrigatoriedade ou não de o policial aceitar a função

Faz-se necessário um dispositivo tratando da obrigatoriedade ou não do policial aceitar a função de agente infiltrado aceitar a atividade que lhe foi dada por um juiz de direito. A legislação brasileira nada dispõe a respeito.[47]

A Espanha[48] inseriu dispositivo a respeito. Consta expressamente que o policial não está obrigado a atuar como agente infiltrado.

Tendo em vista tratar-se de atividade de altíssimo risco, inclusive podendo arriscar a própria vida do agente, pois, se descoberto pelos membros da qua-

---

diligências realizadas ao juiz de direito, nada impedindo que o juiz determine a apresentação deste relatório antes do término das atividades do infiltrado.

46. SORIANO, José Ramon, op. cit., p. 167.

47. O PL 3.731/1997 prevê, no art. 14, I, ser direito do agente "recusar a atuação infiltrada".

48. A lei espanhola prevê no seu art. 2: "Ningún funcionário de la Policia Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto".

drilha, pode sofrer grandes represálias, estendendo-se o risco a toda a família, ninguém pode ser obrigado a infiltrar-se em organizações criminosas.

Realmente, não pode o policial ser obrigado a exercer tal função. No entanto, o risco não pode ser extraordinário, sob pena de ofensa a garantias constitucionais.

Na Espanha, o item 2 do art. 282 da Ley de Enjuiciamiento Criminal, com nova redação dada pela Lei 5/1999, prevê que: "ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto".

Por se traduzir em uma atividade perigosa, deve ser considerada como atividade de risco extraordinário, devendo ser garantido ao policial o direito de escolher se aceita ou não atuar como agente infiltrado, quando convidado pela autoridade responsável.

3.3.5 Indicação dos crimes cuja investigação permite a utilização do agente infiltrado

Tendo em vista a atuação do agente infiltrado ofender diversas garantias constitucionais, conforme exposto anteriormente, ele não poderia ser admitido nas investigações de todo e qualquer crime.

Diante disso, em diversas legislações estrangeiras existe a previsão dos crimes em que é possível a atuação do agente infiltrado, sempre se tratando de investigações envolvendo crimes graves.

Na Espanha[49] consta um rol taxativo quanto aos crimes que permitem a utilização do meio, fazendo referência a crimes graves e de grande ofensa à sociedade. Todos os crimes ali constantes apresentam alta gravidade.

---

49. A Lei espanhola também traz um rol taxativo: "A los efectos señalados en el apartado 1 deste artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: a. Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal. b. Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal. c. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal. d. Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código penal. e. Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal. f. Delito de tráfico de material nuclear y radioactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal. g. Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código penal. h. Delito de falsificación de moneda previsto en el artículo 386 del Código penal. i. Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos pre-

A figura do agente infiltrado somente pode ser utilizada se não houver nenhum outro meio de se obter a prova. É o caráter subsidiário do meio de investigação. A figura não pode ser banalizada. Ela realmente só pode ser admitida em crimes gravíssimos.

O rol taxativo deve existir principalmente se observarmos que estamos diante de um meio excepcional de investigação que não pode ser banalizado.

A Lei brasileira apresenta falhas, porque, conforme anteriormente salientado, na legislação antidrogas não existe previsão apenas e tão somente de crimes graves, mas também de crimes leves, como o porte de substância entorpecente. Fazendo uma interpretação literal da Lei brasileira, ela permite a infiltração de agentes em todos os crimes da Lei Antidrogas, incluindo a possibilidade de infiltração na investigação do crime de porte de substância entorpecente. Isto, obviamente, para os que entendem poder haver aplicação dos delitos previsto na antiga Lei de Entorpecentes.

Ressalte-se, contudo, que ora se sustenta a impossibilidade de utilização do agente infiltrado nas investigações relacionadas aos crimes da lei antiga, pois o dispositivo que trata da figura em estudo na nova Lei faz referência aos crimes que nela estariam previstos, os quais, como dito, estavam insertos em capítulo próprio, inteiramente vetado pelo Presidente.

Do mesmo modo, quando permite a atuação do infiltrado em crimes praticados por organizações criminosas, não especifica quais são estes crimes. A redação da Lei brasileira permite, portanto, a utilização do agente infiltrado em praticamente todos os crimes previstos no Código Penal, basta terem sido praticados por organizações criminosas.

Em síntese: necessário seria uma previsão mais completa a respeito do tema, pelas propaladas ofensas constitucionais relacionadas à atividade dos agentes infiltrados.

3.3.6 Ocultação de identidade do agente infiltrado e sua forma

Outra previsão obrigatória para a atuação do agente infiltrado refere-se ao necessário tratamento legal quanto à ocultação da identidade deste policial nomeado pelo juiz.

---

visto en los artículos 566 a 568 del Código Penal. j. Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 del Código Penal. k. Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando".

Ele atua em uma atividade de alto risco, o chamado *risco extraordinário*, em que, necessariamente, deverá ocultar sua verdadeira identidade. Não pode o agente se infiltrar em organizações criminosas apresentando-se com o seu verdadeiro nome, pois isto facilitaria a descoberta de sua identidade por parte dos criminosos, que logo perceberiam tratar-se de um policial, e, ainda, traria grande risco para a sua família.

Uma das principais atividades do crime organizado é obstruir todas as provas que possam levar à descoberta da organização. Eles não têm qualquer limite quando se trata da obstrução de provas, sendo extremamente arriscada a atividade do agente infiltrado, que justamente busca provas do crime, por isso tem que ocultar sua verdadeira função, recebendo uma identidade fictícia.

No momento da nomeação do agente infiltrado, que será feita por meio de uma decisão judicial a ser mantido em segredo, deverá constar a real identidade, bem como a falsa identidade do infiltrado. Este despacho deve ser mantido em segredo para evitar que terceiros venham a tomar conhecimento, o que atrapalharia a investigação, já que uma das principais características do agente infiltrado é justamente a ocultação da sua identidade.[50]

Espanha prevê a possibilidade de fornecimento de uma identidade fictícia ao agente infiltrado.

A respeito do texto da Lei espanhola, Fernando Gascón Inchausti teceu alguns comentários: "Se infiere del precepto que el legislador ha buscado a través de él proteger al agente encubierto mediante el mantenimiento en secreto de su identidad. Ahora bien, para hacerlo está, al menos aparentemente, decla-

50. Fernando Gascón Inchausti critica a ocultação da identidade do agente infiltrado, afirmando ofender normas processuais penais, já que, na Espanha, é possível que o acusado tenha acesso a todos os dados do processo investigatório, salvo nos casos do *secreto sumário*. Havendo ocultação da atuação encoberta, haveria ofensa ao princípio do devido processo legal: "Debemos analizar, por ello, hasta qué punto resulta acertada la opción legal para alcanzar el fin propuesto sin comprometer otros valores y objetivos propios del proceso penal, y en qué medida su posible incorrección puede ser superada combinándola con las normas sobre secreto de las actuaciones durante la fase de instrucción. En princípio, desde que existe una imputación material, es decir, desde que el proceso penal tiene un destinatario y las investigaciones se dirigen contra una persona identificada, el art. 118 II LECrim – como concreción del principio de seguridad jurídica y del derecho de defensa – exige que la actividad instructora se ponga en conocimiento del afectado. Lo anterior sólo puede evitarse, cuando resulte necesario para el éxito de la investigación, decretando el secreto interno de las investigaciones o 'secreto del sumario' (art. 302 IILECrim)" (op. cit., p. 212).

rando reservada (es decir, secreta) la resolución como tal por la que se acuerda autorizar la infiltración policial – y más ún, dado que no se señala la duración temporal de esa reserva, parece que de forma indefinida".[51]

A Lei brasileira nada diz a respeito, dificultando a utilização da figura no direito brasileiro.[52]

É evidente que o agente infiltrado terá que alterar o seu nome, para a sua própria proteção. No direito brasileiro, se este fosse o único problema relacionado à legislação, poder-se-ia fazer uma analogia à Lei de Proteção a Testemunhas. Segundo o art. 9.° da Lei 9.807/1999 (Lei de Proteção a Testemunhas), é possível que o juiz determine a alteração do nome completo da testemunha e de seus familiares, bem como a expedição de novos documentos aos competentes órgãos de registros públicos. A informação sobre o novo nome será mantida em segredo de justiça (art. 9, § 2.°, da Lei 9.807/1999). Somente com a cessação do perigo ou das ameaças a direitos da testemunha, estas voltarão à situação anterior, com relação ao seu nome verdadeiro.

Mas este não é o único problema existente em nossa Lei. Conforme expendido outrora, a regulamentação padece de outros vícios que impossibilitam a utilização do instituto.

3.3.7 Repasse das informações obtidas

Durante a atuação do agente infiltrado, ele obterá diversas informações que interessam à investigação criminal. Algumas legislações estrangeiras preveem a necessidade de que apresente um relatório ao magistrado responsável pela investigação, contendo todas as informações obtidas.

---

51. Idem, p. 210.

52. Preveem os incs. II, III e IV do art. 14 do PL 3.731/1997 a necessidade de alteração da identidade do agente infiltrado, propondo a aplicação, no que couber, dos dispositivos da Lei 9.807/1999:
"São direitos do agente: (...)
II – ter sua identidade alterada durante a infiltração, aplicando-se no que couber, o disposto no art. 9.° da Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;
III – ter seu nome, sua qualificação e demais informações pessoais preservados durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;
IV – não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação."

A Lei espanhola[53] dispõe que as informações que forem sendo obtidas com a investigação sejam levadas imediatamente, ou o mais rápido possível, ao conhecimento daquele que autorizou a utilização do agente infiltrado.

O repasse das informações ao juiz é imprescindível para que este possa exercer um efetivo controle sobre as investigações. Partindo-se da premissa de que cabe ao juiz observar se as garantias estão sendo cumpridas, é congruente que "sea el magistrado qui reciba la información que obtiene el agente".[54]

Mais interessante seria que a informação obtida fosse imediata, ou quase imediatamente, repassada ao juiz responsável pela nomeação. Este deverá acompanhar toda a atividade do infiltrado para verificar se ainda é necessária a continuidade das investigações, se ainda há justificativa para ofender as garantias constitucionais do investigado.

Por ser uma medida extremamente ofensiva, justificando-se apenas se houver proporcionalidade, ela não pode ser eterna. Ainda que haja período determinado para a atuação do agente infiltrado, se as razões que justificaram a sua nomeação se findarem antes do prazo indicado, a continuidade da utilização desse meio deve ser imediatamente obstada.

Joaquín Delgado Martín comenta que o dever de informar do agente infiltrado tem uma importante função no efetivo controle judicial da atividade do agente encoberto, reunindo duas características: (a) necessidade de informação imediata – assim que obtiver a informação, deve o infiltrado repassá-la ao juiz o mais rápido possível; (b) necessidade de que a informação seja repassada na íntegra – deve o infiltrado levar ao conhecimento do juiz todos os dados por ele obtidos e que sejam relevantes para a investigação.[55]

A legislação brasileira nada dispõe a respeito.

3.3.8 Possibilidade de o agente infiltrado cometer delitos

Conforme explicitado em capítulo anterior, uma das características do agente infiltrado é se fazer passar por criminoso para ganhar a confiança dos membros da organização. Para a eficiência da investigação, o policial deve fa-

53. Prevê o art. 2.°, n. 1, parte final, da Lei Orgânica 5/1999, de 13 de janeiro: "La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación".

54. EDWARDS, Carlos Enrique, op. cit., p. 81.

55. MARTÍN, Joaquín Delgado, op. cit., p. 116.

zer com que os membros da organização criminosa creiam que ele também é um criminoso.

Desta característica surge a necessidade de discussão sobre a possibilidade ou não de o agente infiltrado cometer delitos para não gerar desconfiança nos membros das organizações. No momento da investigação, ou seja, enquanto o agente infiltrado busca formar provas da existência da organização, podem surgir diversas situações em que ele se veja obrigado a cometer delitos.

Diante desse aspecto, a legislação que tratar do agente infiltrado deve expor sobre a responsabilidade criminal deste policial, quando se encontrar diante de uma situação na qual tenha que cometer delitos para continuar transmitindo confiança aos criminosos e, assim, seguir na busca de provas.

A Lei espanhola prevê isenção criminal para os crimes cometidos pelo agente infiltrado, dentro de uma proporcionalidade. Estaria protegido pelo exercício regular do direito, caso o encoberto viesse a praticar algum crime, se se exceder na sua atividade.

Segundo Fernando Gascón Inchausti, é inerente à atividade do agente infiltrado o cometimento de delitos, pois, somente assim, ele não gerará qualquer desconfiança por parte dos criminosos e poderá dar sequência à investigação. Com base neste argumento, afirma o autor ser imprescindível a previsão legislativa expressa a respeito da possibilidade de o agente infiltrado poder cometer determinados delitos, sob pena de tornar inútil a atividade investigativa: "Ha de reconocerse, antes que nada, la necesidad de que esté legalmente reconocida y definida la posibilidad de que el agente encubierto cometa ciertas actuaciones delictivas – y esto se hace desde el momento en que se lê exime de pena –. Sirve ello simultáneamente a incrementar el grado de eficacia de esta técnica investigadora – si el agente encubierto tuviese prohibida la comisión de delitos su infiltración sería prácticamente ilusoria – así como a otorgar mayor seguridad jurídica a los agentes dispuestos a ponerla en práctica".[56]

O agente infiltrado terá que cometer determinados delitos para uma melhor eficiência da investigação. Esta questão tem sido uma das maiores críticas à atividade de infiltração, pois estaria sendo admitida a possibilidade de o Estado combater o crime praticando delitos, sendo justificada apenas pelo bem supremo de proteção à sociedade da prática do crime organizado.

Carlos Enrique Edwards salienta sobre a necessidade de o agente infiltrado cometer crimes para tornar eficaz a luta contra o crime organizado, comentando que se trata de hipótese em que o Estado estaria combatendo um delito

56. INCHAUSTI, Fernando Gascón, op. cit., p. 274.

com outro delito, colocando-se no mesmo nível dos criminosos. Mas, ainda assim, comenta o autor, esta prática deve ser permitida para uma eficácia nas investigações. Afirma "nos encontramos con el valor eficacia: si queremos luchar eficazmente en la represión de la narcocriminalidad debemos contar con medios idôneos para penetrar y conocer la intimidad de una delincuencia tan compleja, organizada y ramificada, como el narcotrafico".[57]

Assim, não sendo possível imaginar a figura do agente infiltrado sem que este venha a cometer delitos para melhor se passar por criminoso, é preciso delimitar em quais tipos de crime a prática estaria permitida. Há que se verificar também, neste aspecto, os princípios da necessidade e da proporcionalidade. Deve ser observado, naquele caso concreto, se o cometimento daquele crime é necessário e se ele se justifica em prol do valor maior protegido, qual seja, a proteção à sociedade.

Deve ser verificado se realmente, naquele caso concreto, é necessário o cometimento daquele delito para o bom êxito do labor do agente infiltrado. No entanto, nem toda conduta necessária está justificada. Há que se observar também a proporcionalidade, salientando Fernando Gascón Inchausti que "no pueden cometerse delitos más graves que aquéllos que se están investigando".[58]

Na Espanha, a análise da proporcionalidade fica a critério do policial, o que pode ser um pouco perigoso. Deveria haver uma limitação, impedindo que se pratique, por exemplo, crimes que coloquem em risco a vida de outras pessoas, ofendam a integridade física ou moral de outrem. De certa forma, não deixaria, exclusivamente, a análise da importância da prática, ou não, do crime para o

---

57. EDWARDS, Carlos Henrique, op. cit., p. 54.

58. Para Fernando Gascón Inchausti, a análise sobre a necessidade e proporcionalidade deve ser feita por um juiz, em momento anterior à prática dos delitos: "El juicio de necesidad, sin embargo, no puede formularse *a posteriori*, tras comprobar la efectiva aptitud de la conducta a los fines de la investigación (es decir, analizando hasta qué punto contribuyó a la obtención de información, si es que alguna de obtuvo); ello supondría una total inseguridad para los agente infiltrados. Al contrario, 'el examen sobre la necesidad de la actuación ha de realizar-se *ex ante*, lo que significa que aunque un examen *ex post* revelara na innecesariedad de la actuación, no por ello debe inaplicarse la exención si un examen *ex ante* pone de manifiesto lo acertado de la conclusión sobre la necesidad de llevar a cabo la actuación'. (...) También el juicio de proporcionalidad debe hacerce *ex ante*: significa esto que la autoridad judicial llamada a decidir sobre la concurrencia o no de esta causa de justificaión habrá de medir la proporcionalidad entre delito e investigación colocándose en la situación del agente encubierto en el momento previo a decidir sobre su comisión" (op. cit., p. 87).

agente infiltrado. Qualquer outro crime poderia ser praticado pelo agente infiltrado, estando ele isento de responsabilidade.

A Lei brasileira nada dispõe a respeito, deixando em aberto a possibilidade, mostrando-se, mais uma vez, falha.

3.3.9 Previsão do prazo de atuação do agente

Uma vez concedida a autorização, poderá o policial iniciar a sua tarefa de infiltração. Esta atividade, como qualquer diligência de investigação, deve ter uma duração limitada. Não pode ser eterna.

O regime de duração temporal da infiltração deveria estar disposto nas legislações que tratam da referida figura. Ocorre que tal disposição não se encontra presente nem na legislação brasileira, nem nas legislações citadas neste trabalho.[59]

Na Lei espanhola,[60] pode-se dizer que há um tratamento indireto sobre o prazo de atuação do agente, ao disporem sobre o período máximo em que o policial poderá utilizar a identidade falsa. É importante considerar que o agente infiltrado não poderá atuar se não for com base em identidade falsa. Nos dois países, a utilização pelo agente infiltrado de identidade falsa poderá ser autorizada por um período de seis meses, prorrogável por mais seis meses.

Os limites temporais devem ser fixados pelo juiz que autorizou a infiltração, a qual, por se tratar de medida limitativa de direito fundamental, "es uno de los parámetros de han de tenerse en cuenta para cercionarse de que se respetan las exigencias de la proporcionalidad".[61]

A extinção da utilização do agente infiltrado deverá ocorrer com o término do prazo, nada impedindo que o magistrado cancele expressa e imediatamente a autorização quando verificar que a medida não mais se justifica naquele caso em concreto, ou por já terem sido adquiridas provas suficientes, ou por não haver indicação de suposto cometimento de delito.

---

59. Dispõe o PL 3.731/1997 um prazo máximo de três meses para a atuação do agente infiltrado. Reza o art. 10, § 2.°, que "a infiltração não poderá exceder o prazo de três meses, sem o prejuízo de eventuais renovações desde que comprovada sua necessidade".

60. Prevê a lei espanhola: "(...) la identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración" (art. 2.°, n. 1, da Lei Orgânica 5/1999, de 13 de janeiro).

61. INCHAUSTI, Fernando Gascón, op. cit., p. 219.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou da infiltração de agentes em dois países: Brasil e Espanha.

O agente infiltrado se mostra em um meio eficiente de combate à criminalidade organizada. Ocorre que, com a utilização do agente infiltrado, vários direitos fundamentais são restringidos.

Daí, a necessidade de se analisar o conflito entre a eficiência e o garantismo, ou seja, o conflito entre a busca do Estado por meios eficientes de combate ao crime organizado e a necessidade de assegurar a todos as garantias previstas constitucionalmente.

Levando em conta os aspectos do garantismo e da eficiência, deve-se admitir a utilização desse meio de investigação somente em situações também excepcionais que envolvam crimes muito graves, com ofensa à segurança da sociedade como um todo. Imprescindível, ainda, estarem previstos, em legislação específica, critérios para solução dos diversos problemas que advêm da sua utilização.

O tratamento legislativo é de extrema importância. Diversas legislações estrangeiras preveem a figura. No entanto, este estudo se limitou a tratar dos aspectos gerais em dois países: Brasil e Espanha.

No Brasil, duas leis tratam do assunto. No entanto, de forma ainda insatisfatórias. Na Espanha foi inserido na Ley de Enjuiciamiento Criminal o art. 282, bis, que apresenta um tratamento bastante rico sobre o tema que pode ser utilizado como um modelo para o aperfeiçoamento do sistema brasileiro.

A nossa Lei poderia se valer da norma espanhola para suprir as suas falhas e encontrar respostas para as seguintes questões na atuação do agente infiltrado: (a) a atividade do agente infiltrado será controlada?; (b) o policial é obrigado a atuar como infiltrado?; (c) quais os crimes em cuja investigação o agente infiltrado pode atuar?; (d) a sua identidade será alterada?; (e) o agente infiltrado receberá alguma proteção?; (f) deverá prestar esclarecimentos ao Presidente da investigação?; (g) ele está autorizado a praticar crimes?

5. BIBLIOGRAFIA

BERINSTAIN, Antonio. Derechos humanos y respuestas a la delincuencia – Reflexiones desde uma ética de valores máximos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 40. ano 10. p. 181-198. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2002.

CORCUERA, Santiago; DUGO, Sergio; LUGONES, Narciso J. Una muy rápida mirada histórica sobre el agent provocateur y sus descendientes, en el derecho com-

parado. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudência Penal*. n. 4 e 5. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: a tutela penal do direito da intimidade*. 3. ed. São Paulo: Siciliano, 2004.

EDWARDS, Carlos Henrique. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

GASPAR, António Henrique. Os novos desafios do processo penal no século XXI e os direitos fundamentais (um difícil equilíbrio). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. n. 2. ano 15. p. 257-274. Coimbra: Coimbra Ed., abr.-jun. 2005.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Lei e crime – O agente infiltrado versus o agente provocador – Os princípios do processo penal*. Coimbra: Almedina, 2001.

INCHAUSTI, Fernando Gascón. *Infiltración policial y* agente encubierto. Granada: Comares, 2001.

MARQUES, Adriana. A atividade de inteligência vista como política pública do Estado. *Revista de Sociologia Política*. n. 22. p. 213-215. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, jun. 2004.

MARTÍN, Joaquín Delgado. El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto. In: PICO I JUNOY, Joan (coord.). *Problemas actuales de la Justicia Penal*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 2001.

MATA-MOUROS, Fátima. O agente infiltrado. In: SERRANO, Nícolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

MONTOYA, Mario Daniel. *Informantes y técnicas de investigación encubiertas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

MORAES, Mauricio Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NEISTEIN, Mariângela Lopes. *O agente infiltrado como meio de investigação policial*. Dissertação de mestrado, USP, 2006.

PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. Breves notas em torno da coação processual penal. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Ciência penal I*. São Paulo: Bushatsky, 1973.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. Agente infiltrado: inovação da Lei 10.317/2001. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. n. 5. ano 3. p. 49-68. Porto Alegre: Publicação do Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Penais, jan.-abr. 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 25. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

SILVA, Eduardo Araújo. *Crime organizado: procedimento probatório*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SORIANO, José Ramon. *Delitos contra la salud pública y contrabando*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- "Agente infiltrado" – Estudo comparativo dos sistemas processuais penais português e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal), de Renato Stanziola Vieira – *RBCCrim* 87/188;
- Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações e entregas vigiadas (controladas), de Flávio Cardoso Pereira – *RCP* 6/199; e
- O "agente infiltrado", "encoberto" e "provocador". Recepção no direito brasileiro, das defesas do *entrapment* e da "conduta estatal ultrajante", como meio de "interpretação conforme" da Lei 9.034/1995, de Danilo Knijnik – *RT* 826/413.

31601

A IDEIA PENAL SOBRE A CORRUPÇÃO NO BRASIL

10

Da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Filosofia; Penal

RESUMO: O presente artigo trata da evolução do conceito de corrupção no Direito Penal. A partir da percepção da corrupção como simples ofensa à Administração Pública, até o momento atual, no qual ela é vista como um verdadeiro óbice ao desenvolvimento, vários são os marcos de seu entendimento. De fato, pode-se dizer que o momento atual, até em termos internacionais, retrata uma expansão penal no tratamento da corrupção. Isso leva, por outro lado, a indagação sobre a ideal legitimidade dessa opção de criminalização, bem como sobre as formas almejadas para seu combate.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção – Crimes contra a Administração Pública – Direito penal econômico – Previsões e tratados internacionais – Expansão do Direito Penal – Legitimidade da tutela penal.

ABSTRACT: This article discusses the evolution of the concept of corruption in the Criminal Law. From the perception of corruption as a mere offense to the Public Administration, until today, where it is seen as a real obstacle to development, there are several landmarks of its understanding. In fact, it can be said of the actual moment, even in international terms, that it portrays an expansion in the treatment of corruption under criminal framework. This leads, on the other hand, to the question about the legitimacy of this choice of criminality, as well as on the ways for its desired coping.

KEYWORDS: Corruption – Crimes against Public Administration – Economic criminal Law – International treaties and previsions – Expansion of criminal law – Legitimacy of the criminal protection.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A historiografia da corrupção no mundo, e, em particular, no Brasil – 3. A visão tradicional da situação penal da corrupção – 4. Os anos 1990 e a mudança de paradigmas – 5. O atual alcance da compreensão da corrupção – 6. Expansão penal ou alteração da percepção? – 7. A luta da corrupção do porvir – 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em uma das celebradas páginas da literatura modernista brasileira, Macunaíma – o herói sem nenhum caráter – repete o adágio popular de que "ou o Brasil acaba com a saúva, ou a saúva acaba com o Brasil". A alusão à corrosão propiciada por aquela espécie de formicídeo aos campos brasileiros é, aliás, ancestralmente notória. Outras formas de erosão às bases nacionais, no entanto, também são presentes, e não menos deletérias.

Tradicionalmente, e mesmo por origens históricas, sempre se conviveu com a ideia de corrupção. A formação do Estado brasileiro, contudo, talvez tenha implementado, em demasia, esse estado de coisas. A corrupção chega a ser endêmica no país, e isso é atestado por um sem-número de trabalhos e pesquisas. A pergunta fundamental, no entanto, e que pretende dar resposta a uma realidade pejorativa ao país, é prévia a tal verificação. Diz, sim, respeito a qual corrupção está a se falar.

O Código Penal utiliza tal vocábulo para a formatação de vários tipos penais. Nos crimes contra a Administração Pública, no entanto, é que mais pontuadamente se constata a noção primordial de corrupção. Mas, justamente essa visão monocular é que prejudica a observação do fenômeno global.

De tempos à esta parte, parece-se constatar uma significativa mudança, em termos internacionais, desse cenário. Verifica-se, de fato, que a corrupção é assunto mundial, e sempre presente. Diversas preocupações e convênios entre países têm pretendido o real combate em frentes variadas, não necessariamente fechado em foco estreito. A busca de um referencial outro, sempre com base na ética e no bom relacionamento entre os homens, intenta conduzir novas respostas a velhos problemas.

O objetivo do presente ensaio, em estrita colaboração com os estudos de corrupção havidos na *Universidad de Salamanca*, Espanha, não é outro do que pretender analisar a evolução do conceito profano de corrupção, alegadamente versado em uma seletividade própria de uma sociedade particularmente segregante como a brasileira na primeira metade do século XX, até a busca de novos referenciais em momento posterior à passagem dos umbrais do século XXI.

Com isso em mente, por derradeiro, o objetivo é traçar a indagação sobre a legitimidade atual de tal visão expansiva.

2. A HISTORIOGRAFIA DA CORRUPÇÃO NO MUNDO, E, EM PARTICULAR, NO BRASIL

O conceito historiográfico de corrupção, embora sempre muito presente, gera dúvidas perenes. A geração e a corrupção são inerentes à natureza, já mencionava Aristóteles.[1] Visto seu viés mais próximo ao ganho fácil, embora por vezes se sustente que ela seria benéfica ao desenrolar dos povos, sagra-se, desde já algum tempo, que seus efeitos são mais prejudiciais do que qualquer outra coisa.

• Existem menções em textos antigos, hindus e gregos, que traçam regras da boa governança. Muitos são, paralelamente, os exemplos do não governo, do caos e da corrupção. A ruína de civilizações é expressa e ligada sempre a casos de corrupção genérica; a sua queda dos governos, vinculada à perda de sua decência. Poucos casos são tão emblemáticos como a ascensão e queda de Roma.[2] Desde então, da Idade Média a Maquiavel, da exploração das Américas[3] à Revolução Francesa, da era Industrial à era de Extremos do século XX, sempre se verifica a menção a atos irregulares de líderes políticos. O mundo, enfim, sempre conviveu com a corrupção.[4]

No medievo, em particular, e até por uma questão de proximidade histórica com a percepção da corrupção no Brasil, verifica-se que os momentos de sua maior presença coincidem com as maiores crises institucionais. A Península Ibérica, Portugal e Espanha são exemplos disso. Depois dos dias de glória de D. Manuel, o venturoso, uma série de desmandos corroeu a glória portuguesa. Na Espanha, mencionam-se os anos de Carlos II como de sua máxima decadência.[5] Anos antes, ainda sob Felipe III, a política cortesã da Corte já ensaiava

1. ARISTÓTELES. *Da geração e da corrupção*. São Paulo: Landy, 2001. passim.
2. Cf. GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio. *La corrupción política en época de Julio César. Un estudio sobre la* Lex Iulia de Repetundis. Granada: Comares, 2009. p. 25 e ss.
3. Cf. em particular, SANZ TAPIA, Ángel. *¿Corrupción o necesidad? La venta de cargos de Gobierno americanos bajo Carlos II (1674-1700)*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2009. p. 27 e ss.
4. Cf. genericamente, BRIOSCHI, Carlo Alberto. *Breve história de la corrupción. De la antigüedad a nuestros días*. Trad. Juan Ramón Azaola. Madrid: Taurus, 2010. passim.
5. Cf. SANZ TAPIA, Ángel. Op. cit., p. 28 e ss.

momentos de corrupção e de reprovação.[6] Tais situações deitam sombra na América, e, em especial, no Brasil, constituindo mescla curiosa daquela realidade ibérica.

É interessante a visão da corrupção na evolução do Estado brasileiro. A origem de como a colônia foi deixada de lado, explorada e proibida de conviver com o exterior, talvez muito explique o que ocorre hoje no país. Apenas a título de recordação, consta que, ainda no achamento do Brasil, Pêro Vaz de Caminha, dando ciência a El-Rei D. Manuel, findava por solicitar favores a seu genro. Dali em diante se confundem história e corrupção.

Habib, em emblemática obra intitulada *Brasil: quinhentos anos de corrupção*, já fazia pensar sobre o assunto. Menciona, nesse particular, casos de destaque, como o da devassa da corrupção (século XVIII), do Brasil Império e do Brasil República. Consta que o mais conhecido caso de corrupção na fase colonial foi aquele envolvendo o Governador da Capitania de Goiás, D. Álvaro Xavier Botelho de Távora, Conde de S. Miguel, o primeiro alto cargo questionado em termos de corrupção.[7] Outros casos não menos dramáticos verificaram-se após o momento da vinda da família real portuguesa ao Novo Mundo, em sua desesperada fuga de Napoleão. Com a colônia tornando-se centro do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, a nova estatura dimensional do funcionalismo a tudo propiciava. Qual Felipe III já fizera em seu tempo, vendem-se cargos e vantagens, sendo sabido que "correu solta a corrupção".[8]

Em que pese o repúdio de Rui Barbosa aos mandos e desmandos do fim do Império; à sensação absolta da corrupção anterior e posterior; às chagas da República Velha, República do Café com Leite, do Estado Novo e seus momentos posteriores; ao mar de lama de Getúlio; aos mistérios das obras dos anos 1950-1960; do período militar, enfim, nada abalou mais a história do Brasil do que a era Collor. Segundo Schilling, ainda que tema antigo, a corrupção emerge com força e vitalidade no Brasil do momento Collor, onde escândalos, denúncias e, inegavelmente, uma enorme perda de apoio político, acabaram por declarar um *impeachment* anunciado.[9] A corrupção, dessa forma, começa a conhecer novo combate.

---

6. Cf. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, Santiago. *Rodrigo Calderón. La sombra del valido. Privanza, favor y corrupción en la corte de Felipe III*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 13 e ss.
7. HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção. Enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 5 e ss.
8. Idem, p. 14.
9. SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 147 e ss.

3. A VISÃO TRADICIONAL DA SITUAÇÃO PENAL DA CORRUPÇÃO

No Brasil, em que pese o fato de se utilizar do termo "corrupção", para um sem-número de crimes (como, v.g., o seriam a ideia de corrupção de menores, de corrupção de substância ou produto alimentício, de corrupção de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais) a noção diretriz de corrupção parece dizer respeito, fundamentalmente, aos crimes contra a Administração Pública.

Cuidando, na espécie, da venalidade orbitante em torno da função pública,[10] o Código pátrio cuidou da distinção das figuras do (funcionário – *intraneus*) corrompido[11] e do (*extraneus*) corruptor.[12] Não se tratando de crime bilateral, mas de ocorrência autônoma, tal segmentação sempre foi fator de dúvida sobre o momento em que se daria, ou não, o ato de corrupção.

De se lembrar, pela oportunidade, que figura próxima diz respeito à concussão,[13] que se distinguiria pela simples exigência de vantagem indevida pelo funcionário

10. Para Heleno Cláudio Fragoso, "constitui a corrupção passiva, essencialmente, um tráfico de autoridade, no qual o funcionário vende ou procura vender um ato de ofício. Objeto de tutela é a administração pública, no sentido amplo em que esta expressão é empregada pela lei penal, visando-se preservar a probidade no exercício da função. A venalidade de funcionários é crime torpe, que atinge a administração pública de várias formas". FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. São Paulo: Bushatsky, 1959. vol. 4, p. 911.

11. Corrupção passiva. Código Penal brasileiro, art. 317:
"Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
§ 1.º A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.
§ 2.º Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração do dever funcional: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa."

12. Corrupção ativa. Código Penal brasileiro, art. 333:
"Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional."

13. Concussão. Código Penal brasileiro, art. 316:
"Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, vantagem indevida:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa."

público.[14] Por basilar, entende-se da prática de uma situação no lugar da outra, conforme tenha sido a participação do particular no cenário do crime. Se é percebida uma atuação mais do que passiva deste, ou se a situação não lhe é transmitida como uma extorsão, pode-se falar em responsabilização por corrupção ativa. Caso contrário, única concussão do funcionário. O ato de corrupção genérica se faz presente, mas, em termos específicos e particulares, não.

A sede própria da corrupção, no entanto, dá-se em especial nos crimes contra a Administração Pública. Por tempos se discutiu a noção da corrupção e sua problemática, em sede de crime especial que é, quanto à coautoria. Desde Haffter a Binding, tinha-se a consideração sobre crime especial como, desde aquele crime de funcionários públicos, até, mais precisamente, normas especiais que se dirigem a um determinado âmbito de pessoas.[15] A regra codificada sobre a incomunicabilidade de circunstâncias, inserida hoje no art. 30 do CP, minimizou a problemática do caso da corrupção passiva, mas deixou claro a situação bifronte do delito.

De toda a forma, em uma das mais destacadas passagens da literatura jurídico-penal nacional, Hungria, em 1958, menciona o problema da corrupção passiva, recordando que "o afarismo, o crescente arrojo das especulações, a voracidade dos apetites, o aliciamento do fausto, a febre do ganho, a *steeplechase* dos interesses financeiros sistematizaram, por assim dizer, o tráfico da função pública. A corrupção campeia como um poder dentro do Estado. E em todos os setores: desde o *contínuo*, que não move um papel sem a percepção de propina, até a alta esfera administrativa, onde tantos *misteriosamente* enriquecem da noite para o dia. Quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia o seu gládio; mas os processos penais, iniciados com estrépito, resultam, as mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de *intermediários* deixados à própria sorte. São raras as moscas que caem na teia de Aracne. O 'estado-maior' da corrupção quase sempre fica resguardado, menos pela dificuldade de provas do que pela *razão de Estado*, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições".[16]

---

14. A própria origem do termo – do latim *concutere* – remete à noção do ato de se sacudir uma árvore para fazer cair os frutos.

15. Cf. por todos, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación*. Barcelona: Cymys, 1974. p. 12 e ss.

16. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. 9, p. 362 e ss.

A corrupção, enquanto figura típica, raramente encontrava grandes situações de corrupção. Hungria tinha absoluta razão quando mencionava a simples condenação de intermediários. Mas seria ela limitada a esse estado de coisas? Os aspectos e fronteiras da corrupção sempre foram muito além disso, e os anos próximos à virada do século pareciam antecipar esse estado de coisas.

4. OS ANOS 1990 E A MUDANÇA DE PARADIGMAS

Como bem pondera Cláudia Santos, os danos inerentes à corrupção foram, durante muitos e muitos anos desvalorados, quer por se entender ser ela muito mais ligada à realidade de países subdesenvolvidos, quer por se ignorar que o caráter bifronte dado à corrupção acaba por gerar efeitos no âmago dos crimes de colarinho branco e de crime organizado.[17]

Dando seguimento a esse entendimento, em termos internacionais, diversas medidas foram postas em debate, principalmente a partir dos anos 1990, sobre o tema corrupção. Muitas, aliás, já aceitas e adotadas pelo Brasil. Mesmo assim, não se proliferou a percepção quanto ao que venha, de fato, a ser considerado como corrupção.

Ainda nos anos 1970, a intervenção danosa da corrupção começou a se fazer presente em diversas análises econômicas.[18] A própria ONU, nesse diapasão, em virtude do grande aumento do comércio transnacional, abordou embrionariamente o tema da corrupção em transações comerciais internacionais já na Res. ONU 3.514, de 15.12.1975.

Em continuidade, no ano de 1996, foi promulgada a Convenção Interamericana contra a Corrupção, tanto doméstica quanto internacional. Para tanto, já acatando uma certa flexibilidade no conceito tradicional de corrupção, adotou, em seu art. 6.°, que poderiam ser vistos como atos de corrupção:

"*a.* a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outro benefício como dádivas, favores, promessas ou vantagens, para

17. Cf. SANTOS, Cláudia. A corrupção (da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador). In: ANDRADE, Manoel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Ananbela Miranda; ANTUNES, Maria João (orgs.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 963 e ss.

18. Cf., genericamente, DIEGO BAUTISTA, Óscar. *Ética para corruptos. Una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y administraciones públicas*. Urduliz: Desclée De Brouwer, 2009. p. 83 e ss.

si ou mesmo para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas; *b.* a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios, como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas; *c.* a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro; *d.* o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; *e.* a participação, como autor, coautor, instigador, cúmplice, acobertado, ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo."

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, criada em 1961, que pretende dar bases para a própria economia de mercado livre, principalmente junto aos países ricos, muito trabalhou em consideração à Recomendação Revisada sobre o Combate à Corrupção em Transações Comerciais Internacionais, de 1997. Isso teve efeitos significativos no Brasil, já que o Dec. 3.678/2000 acabou inserindo na normativa nacional, tais previsões.[19]

Nesse passo, foi dado o primeiro salto ampliativo em relação à consideração sobre a amplitude do termo corrupção. Deixa ela de ser limitada a um âmbito funcional da Administração Pública interna, para ganhar espaço, também, em relações comerciais internacionais.

De todo modo, diversas menções normativas internacionais propiciaram a alteração de dispositivos em muitos países europeus, sendo considerados, os anos 2000, extremamente férteis em termos de alterações legislativas sobre a corrupção.[20] Em especial, de se destacar que *XVII Congresso Internacional de Direito Penal*, da Associação Internacional de Direito Penal, ocorrido em

19. Cf. entre outros, com críticas, PRADO, Luiz Regis. Los delitos de cohecho y de tráfico de influencias en las transacciones comerciales internacionales conforme el Código Penal brasileño. *Revista de Derecho Penal y Criminologia* 1/147 e ss.

20. Cf. SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela "expansão" das normas penais sobre a corrupção. In: _____; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção. Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 6 e ss. RIQUERT, Fabián Luis. Instrumentos de derecho internacional publico para la prevención contra la corrupción. In: BAIGÚN,

Pequim, em 2004, acabou por aprovar uma série de resoluções relativas à corrupção e a delitos associados à ela. Pontualmente, acabou por entender que existe uma série de crimes aparentados à corrupção, como a fraude, apropriação indébita, extorsão, lavagem de dinheiro etc.[21]

Com tais considerações, parece bastante claro que, presentemente, quando se fala em corrupção, dista-se, em muito, dos simples preceitos dados a tipos fechados contra a Administração Pública.[22] Muito além disso, está a se falar de uma nova orientação política criminal, com derradeiros reflexos legislativos, sobre a ideia da corrupção.

5. O ATUAL ALCANCE DA COMPREENSÃO DA CORRUPÇÃO

Por tais considerações, há, verdadeiramente, de se ter a corrupção, nas palavras de Berdugo e Fabián Caparrós, como uma manifestação de uma utilização desviada de poder, que dirige seu exercício a benefício próprio ou de terceiro.[23] A percebida manifestação internacional contra medidas particulares nesse sentido, deve-se à constatação de que os supostos efeitos desenvolvimentistas da corrupção sempre foram ilusórios.

Taylor comenta esse fato, deparando-se com a mudança de visão dada ao problema, em especial quanto a uma constatação de que não mais se aceita qualquer suposto desenvolvimento oriundo da corrupção. Pelo contrário.[24] E isso não se adequa nem mesmo sob vistas de uma equação brasileira.[25] Uma vasta literatura surgida em anos próximos, leva a crer que a tendência de se

---

David; GARCÍA RIVAS, Nicolas (dir.). *Delincuencia económica y corrupción. Su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur.* Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 113 e ss.

21. BAIGÚN, David; BISCAY, Pedro. Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminaliad económica. In: BAIGÚN, David; GARCÍA RIVAS, Nicolas (dir.). *Delincuencia económica y corrupción. Su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur.* Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 14 e ss.

22. Cf. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *RBCCrim* 81/13.

23. Idem, p. 8. Outras concepções, também próximas, podem ser vistas em GARZÓN VALDÉS, Ernesto. El concepto de corrupción. In: ZAPATERO, Virgilio (comp.). *La corrupción.* México: Coyoacán, 2007. p. 11 e ss.

24. TAYLOR, Matthew M. Corruption, accountabilitty reforms, and democracy in Brazil. In: BLAKE, Charles; MORRIS, Stephen. *Corruption & democracy in Latin America.* Pittsburg: University of Pittsburg, 2009. p. 150 e ss.

25. Idem, p. 152 e ss.

refutar tais práticas não admite volta.[26] Embora não pareça de todo correta a assertiva de que a corrupção de hoje reflita uma simples degradação de valores morais,[27] já que sempre houve corrupção, ela hoje mostra-se globalizada em sua presença e em seu combate, tudo fruto acessório da própria globalização.

O que se prega, internacionalmente, é que deve-se entendê-la de formas distintas. Isso se mostra evidente nos diversos documentos e tratados internacionais. Tal qual se pontuou no Código Penal brasileiro por uma multifacetada abordagem da corrupção, vista ela em muitas figuras em que se menciona o vocábulo corrupção, hoje há de se entendê-la como um fenômeno a ser combatido em muitas frentes. Os campos de combate sobre uma nova visão da corrupção, portanto, se dividem em dois módulos distintos. Uma abordagem ampla e outra restrita. Esta última, cingida, aparentemente pela tipificação tradicional da corrupção, também merece reparos. Também se defende mudanças em seu âmbito específico,[28] notadamente percebido em uma ampliação da esfera do funcionário público, tendo-se, então, também a corrupção de atividades comerciais no setor privado, internacional e de delinquência organizada.[29] Mas não só.

A luta contra a corrupção dos governantes é tarefa de Sísifo, sem dúvida alguma,[30] mas mostra-se indispensável em um mundo moderno com matizes globalizados. Resta saber-se, no entanto, se isso é compatível, ou não, com um Direito Penal liberal e racional. Uma dúvida pontual se faz presente. Ao se pretender tais redefinições, não se estaria diante de uma simples forma de aumento simbólico da leitura penal? Admitindo que a luta contra a corrupção é, como parece ser, o objetivo de numerosos instrumentos políticos interna-

---

26. Cf. GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAÍM, Moisés. The globalization of corruption. In: ELLIOTT, Kimberly Ann. *Corruption and the global economy.* Washington: Institute for International Economics, 1997. p. 7 e ss. THACKER, Strom C. Democracy, economy policy, and political corruption in comparative perspective. In: BLAKE, Charles; MORRIS, Stephen. *Corruption & democracy in Latin America.* Pittsburg: University of Pittsburg, 2009. p. 25 e ss.

27. Cf. GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas.* Madrid: Civitas, 2006. p. 38 e ss.

28. Cf. na realidade italiana, BALDI, Giuliano. *I delitti di corruzione. Un'idagine strutturale e sistematiche.* Napoli: Jovene, 2003. p. 2 e ss.

29. Cf. por todos, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *La corrupción de agente público extrajero e internacional.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 21 e ss.

30. Cf. BUSTOS GISBERT, Rafael. La lucha contra la corrupción de los governantes: ¿una labor imposible? In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y delincuencia económica.* Bogotá: Ibanez, 2008. p. 101 e ss.

cionais que acabam por obrigar os Estados-parte, a empreender ações das mais diversas – até penais – contra a má gestão pública, essa parece ser a compreensão. Ainda mais quando se menciona a ampliação da questão para, também, fronteiras outras, como a da corrupção no setor privado.[31]

6. EXPANSÃO PENAL OU ALTERAÇÃO DA PERCEPÇÃO?

Consta-se, desde algum tempo, uma evidente expansão do Direito Penal, como bem ressalta Silva Sánchez. Para o autor, já desde algum tempo, pode-se perceber, na maioria dos países, uma tendência clara de introdução de novos tipos penais, agravamento de penas já existentes, reinterpretação de garantias penais clássicas, criação de novos tipos penais, ampliação dos espaços de risco relevantes, flexibilização de regras de imputação e relativização de princípios de garantia. A isso poderia se ter por expansão do Direito Penal.[32] Outra visão, é certo, é dada por Canestrari, segundo a qual a expansão já poderia ser percebida desde os fins do século XIX, sendo notável especialmente no que diz respeito à situações como a do Direito Penal Econômico. Para ele, não se poderia dizer ser essa uma situação de novidade.[33] Em que pese a verdade das palavras do autor italiano, o atual fenômeno da expansão, em seus limites e conteúdos, em sua quebra de paradigmas e de turbação de um sistema consagrado, nunca antes se viu.

Nesse aspecto, é inegável a percepção de que a leitura da corrupção, internacionalmente, passa por um momento de expansão. A dúvida é se esta expansão é legítima ou não. Em outras palavras, a denúncia elaborada por Silva Sánchez seria sempre retrato do mal, como acusam tantos frankfurtianos, ou poderia se mostrar, em certa medida como válida, dada às particularidades do século XXI?

---

31. Cf. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; BLANCO CORDERO. La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español? In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis; HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe (ed.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir.* Madrid: Tecnos, 2003. p. 257 e ss.

32. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Madrid: Civitas, 1999, p. 20.

33. Cf. DONINI, Massimo. ¿Uma nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico. Trad. Cristina Méndez Rodríguez. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María (coords.). *Temas de derecho penal económico. III Encuentro Hispano italiano de Derecho Penal Económico.* Madrid: Trotta, 2004. p. 203 e ss.

É fato que uma série bastante grande de novas tipificações vieram à lume a partir dos anos 1980, com construções próprias e diferenciadas. Sob esse enfoque, ao se abordar a questão da nova visão sobre a corrupção convém aclarar o fato que não se está simplesmente incrementando a legislação repressiva, como que simplesmente ampliando o foco de preocupação sobre a corrupção. O que se está pretendendo, sim, é uma mudança de perspectiva sobre um tema necessariamente clássico. E com esse escopo, sim, se pode visualizar o agigantamento da preocupação.

A justificativa para tanto, vai desde a boa governança (já bradada por Aristóteles), defendida pelo Banco Mundial, que nada mais pretende refletir do que a própria qualidade do governo, mas, também, o funcionamento da economia de mercado, às relações mercantis e da Economia como um todo. Daí a se entender o problema da corrupção como um fator de Direito penal econômico.[34]

Como se sabe, existem várias formas de se entender o Direito penal econômico. Pode-se, desde a perspectiva de Sutherland, ter que o crime econômico nada mais é do que aquele realizado pelo delinquente de colarinho branco, pessoa respeitável e de elevado *status* social, no marco de sua profissão.[35] Entretanto, em termos mais presentes, melhor parece ser a distinção entre um direito econômico em sentido amplo e em sentido estrito. O primeiro poderia ser tido simplesmente o direito das atividades econômicas ou da empresa, vale dizer, como o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Já o segundo – em sentido estrito – poderia ser visto como o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na Economia.[36]

---

34. SANTOS, Cláudia Cruz. Op. cit., p. 19 e ss.

35. Cf. TIEDMANN, Klaus. *Poder económico y delito. (introducción al derecho penal económico y de la empresa)*. Trad. Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985. p. 10.

36. BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Ramón Areces, 2010. p. 12 e ss. Essa diferenciação, observa Martínez-Buján Perez, foi levada em análise no Projeto Alternativo alemão de Código Penal, na redação do Título segundo de sua Parte Especial. Assim, ter-se-ia que a categoria dos crimes econômicos seriam integrada pelas infrações que atentassem contra a atividade interventora e reguladora do Estado na Economia (Direito Penal Administrativo Econômico). Isto seria visto, assim, como um conceito mais estrito dos crimes econômicos. Em um conceito amplo, ter-se-ia todas as infrações que vulnerem bens jurídicos supraindividuais de conteúdo econômico. MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 37 e ss.

Essa recordação, também feita por Tiedmann,[37] adequa-se de forma bem posta à nova feição da corrupção.[38]

A construção penal supõe legitimidade, consoante boa parte da doutrina, em função específica da verificação de bens jurídicos protegidos.[39] Muito embora a origem da questão, que remonta a Binding, seja tida como uma forma de ampliação, e não de segurança, do Direito Penal,[40] hoje isso se pauta de maneira diversa.

Mesmo os bens jurídicos supraindividuais ganhando proporção de peso no chamado Direito Penal de Perigo,[41] é de se notar a prevalência do bem jurídico, ainda que, aqui, com novos moldes. No especial caso da corrupção, seu espectro é amplíssimo, podendo ser modulado conforme a corrupção que se esteja a tratar. Sinteticamente, no que diz respeito à clássica tipificação codificada, outra sorte não se verifica. Não se pode simplisticamente imaginá-lo como a Administração Pública, mas, sim, como a capacidade funcional do Estado.[42]

---

37. TIEDMANN, Klaus. Op. cit., p. 16 e ss. Em termos essa colocação também é feita por Donini, ao estipular uma categoria muito alargada de crimes contra a Economia em sentido amplo. DONINI, Massimo. Op. cit., p. 197.

38. Como bem pondera García Cavero, "La crisis del modelo planificado o dirigido de la economía y el reconocimiento de la necesidad del libre mercado incluso en países de política económica no liberal, ha llevado a que el Derecho penal económico no pueda quedar reducido al llamado Derecho penal económico en sentido estricto. En este sentido, resulta facilmente comprensible que exista unaminidad en la doctrina en reconocer que el Derecho penal económico debe ser definido en un sentido amplio. Sin embargo, la lógica consecuencia de esta extensión del Derecho penal económico es el surgimiento de la cuestión si los delitos patrimoniales (especialmente la apropriación indébita, la estafa y la infidelidad patrimonial) se encuentran incluidos dentro de esta definición del Derecho penal económico. Como puede verse, la definición del Derecho penal económico repercute en la extensión de esta parte especial del Derecho penal". GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*. Lima: Grijley, 2007. p. 22.

39. Cf. sobre o tema, entre outros, os diversos matizes de discussão em HEFENDELH, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. Trad. María Martín Lorenzo. In: _____. (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 179 e ss.

40. Cf. PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: ¿fragmenário? ¿subsidiario? *¿ultima ratio?* Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. Trad. María Teresa Castiñeira Palou. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (coord.). *La insosteible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 428 e ss.

41. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 60 e ss.

42. Segundo Débora Thaís de Melo, "no tocante ao bem jurídico tutelado pela corrupção, dessume-se que é majoritário o entendimento a identificá-lo na tutela da capacidade

O alerta de Silva Sánchez é, pois, mais presente do que nunca, também neste quadrante. Para ele, a globalização política e cultural provoca uma tendência de universalização do Direito, e também do Direito Penal.[43] Mas a noção particular da reprovação à corrupção talvez não se macule, *in totum*, pelos pecados do Direito Penal de Perigo. Na sua essência, tem-se a ideia do ato do funcionário. O problema se mostra nas novas formas de seu combate e de sua interpretação.

7. A LUTA DA CORRUPÇÃO DO PORVIR

Muito se discute, em Direito Penal econômico (em sentido lato), sobre as teses de resistências e de sua aceitação. O repúdio às suas construções em termos de tipos de perigo abstrato, ou flexibilizações de garantias, tem colocado diversos autores[44] em lados contrários: de modernização ampliadora dos horizontes penais e de resistência a isso. Não se trata de oposições meramente ideológicas, mas a forma como tal há de se dar.

Fato é que ainda não se tem por completo as proporções ou os alcances que tais medidas pretendem ganhar.[45] De todo modo, a política criminal contrária

---

funcional do Estado, e, enquanto pressuposto desta, na proteção da confiança da coletividade depositada no Estado. Tal construção acaba, por, a nosso sentir, assentar o injusto em uma construção formal carente da devida materialidade e objetividade, a necessariamente limitar o exercício do *jus puniendi* estatal". MELO, Débora Thaís de. Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos colectivos. In: _____; BIDINO, Claudio; SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção. Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 97.

43. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 109.

44. Cf. genericamente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 73 e ss. GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 41 e ss.

45. Para Cláudia Cruz Santos, "o enorme relevo – quer em um plano teorético, quer em um plano prático – desta novidade no regime jurídico da corrupção não terá sido ainda sublinhado na sua justa medida. De facto, aquilo que tal norma significa ultrapassa em muito o consagrado em regimes jurídicos considerados particularmente adequados ao combate da corrupção por terem – como sucedeu na Bélgica a partir de 1999 – abandonado o pacto como elemento constitutivo da infracção. E ultrapassa também aquilo que seria exigível para se considerar o ordenamento jurídico da corrupção em Portugal conforme prescrito pelos instrumentos internacionais. Mesmo à luz dessas construções jurídicas, continua a afirmar-se maioritariamente que a ex-

à corrupção genérica visa uma mudança de hábitos globais. Isso se mostra particularmente caro no Brasil, onde, pelas próprias naturezas históricas e culturais, chega-se, em muitos momentos a deparar com situações de uma concussão ambiental. Imagine-se um dado evento de nítida exploração entre um funcionário público e um particular, quase que beirando a figura de uma extorsão. Em ambientes notadamente corruptos, o particular pode imaginar que, para o desenvolvimento de determinada atuação estatal seria requerida, ainda que indiretamente, uma propina. Embora se esteja diante de um *locus* honesto, a ação do particular implicaria em ato de corrupção? Ou seria este um erro escusável? Não havendo figura típica própria, inegavelmente não se pode falar em crime,[46] parece bem aceitável a necessária absolvição. Entretanto, o problema da corrupção ainda é inerente. Fundamental, assim, a mudança de aceitação e comprometimento com a corrupção. Quem sabe a partir daí se possa, realmente, caminhar a passos largos em busca de melhores realidades.

A oposição a situações de corrupção, entendendo-a, agora, multifacetada, é plenamente lógica e aceitável. O receio se dá em como isso há de se mostrar quando se imagina que situações, v.g., de lavagem de dinheiro façam parte de uma superestrutura de corrupção.[47] Ninguém duvida que o agente, cor-

---

istência de corrupção supõe uma convicção razoável sobre o acto do agente público que se pretende, ilegitimamente, recompensar. Não é necessário que se verifique a demonstração inequívoca do encontro de vontades vertido na impossibilidade de existência de corrupção activa sem corrupção passiva consumada (e vice-versa) nem é necessário que se prove a prática (ou a intenção de prática) de um acto concreto e determinado em sua plenitude". SANTOS, Cláudia Cruz. Op. cit., p. 37.

46. Cf. sobre a ideia de concussão ambiental, ainda que por outra óptica, MILITELLO, Vincenzo. Concusion y cohecho de los funcionarios públicos: cuestiones problemáticas e hipótesis de reforma en Italia. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, Maria (coords.). *Temas de derecho penal económico. III Encuentro hispano-italiano de derecho penal económico*. Madrid: Trotta, 2004. p. 242 e ss.

47. Com profundidade, Ferré Olivé menciona que "(...) la corrupción de funcionarios públicos y autoridades es uno de los grandes problemas de nustro tiempo. Este fenómeno, que afecta por igual al mundo rico y al mundo pobre, genera para los responsables unos ingresos económicos extraordinários, que necesariamente deben reincorporar al circuito económico 'legal' para su disfrute. Aquí es donde cobra especial transcendencia la figura penal blanqueo de capitales. La corrupción es también un problema que la Comisión Europea quiere atajar con energía. Se habla de una 'Política anticorrupción de la Unión' que se plasma en Comunicaciones de la Comisión, como la de 21.05.1997, en la que se destaca que la estragia anticorrupción debe desarrollarse tanto en el interior de la Unión Europea como en el exterior, y debe cubrir distintos aspectos, como el comercio internacional, la competencia, los gastos

rupto ou corruptor, possa se valer da lavagem para ocultar seus ganhos.[48] Mas a própria dimensão da construção típica da lavagem de dinheiro, os passos de sua investigação, a seletividade dada, em especial no Brasil, é altamente problemática. Nesse sentido, cuidados devem ser tidos no campo, puro e simples, de uma modernização do Direito Penal.

É claro que isso perde um pouco o referencial, quando se aceita patentemente a tipificação de tipos, como o da lavagem de dinheiro. E não são poucos os autores que o fazem. Fabián Caparrós, com absoluta perspicácia, salienta pela presença de pressupostos necessários e suficientes à incriminação dessa ordem, não sendo, pois, exclusiva imperiosidade de obediência de regramentos internacionais.[49] Por outro lado, existe certa dúvida de tal legitimação, não

---

exteriores, los recursos propios de la Comunidad, la cooperación al desarrollo y la estrategia de preadhesión. En relación al 'blanqueo' de dinero, se hace especial referencia a esta conducta delictiva en la Comunicación de la Comisión de 24.03.2000, que describe indicadores para el examen de los progresos realizados para la creación de un espacio de liberdad, seguridad y justicia en la Unión Europea". FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Corrupción, crimen organizado y "blanqueo" de capitales en el mercado financiero. In: _____; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Barbara; CABRAL, Jorge Almeida (coords.). *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002. p. 20 e ss.

48. Cf. FABIÁN CAPARROS, Eduardo A. Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción. Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la convención de la OCDE sobre suborno de funcionarios públicos en las transaciones comerciales internacionales. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Barbara; CABRAL, Jorge Almeida (coords.). Op. cit., p. 103 e ss.

49. Assim, afirma, que "(...) es *necesario* que se manifeste un interés digno de protección que sea bastante importante como para que se despliegue el *ius puniendi*, y ese interés existe. Con toda probabilidad, las conductas de reciclage inciden negativamente – si bien en diferente medida – sobre una serie de intereses sociales a los que ahora no vamos a volver a referirmos. Desde este punto de vista, compartimos la opinión de Vives Antón, Prado Saldarriaga o Vidales Rodríguez, quienes creen que el lavado de capitales ilegales ostenta los rasgos de una figura pluriofensiva. No obstante, a la hora de determinar cuál es el bien jurídico que – político-criminalmente – justifica la intervención del Derecho penal, y – dogmáticamente – fija la correcta ubicación sistemática del tipo y sirve de pauta para su adecuada interpretación, entendemos que es absolutamente necesario acudir al ámbito socio-economico consagrado en la Constituición. En este sentido, estimamos que la criminalización del reciclage representa un claro expoente de la actuación de unos poderes públicos que, lejos de abstenerse, intervienen sobre el mercado con objeto de salvaguardar la credibilidad de los agentes que en él participan, a la vez que la iniciativa privada y el régimen de libre competición. Por otro lado, comprobado que aquellos otros medios de control social que pueden aspirar a colaborar en la lucha contra el banqueo no bastan por sí solos para hacer frente al problema, todo parece indicar que la lesividad social de

sendo isso unânime na doutrina. De todo modo, esse fato é, no mínimo, indiciário da cautela, não fosse por outras razões, pela amplitude do tipo penal da lavagem no Brasil, que se deve ter em conta quando da preocupação legitima quanto à ampliação do conceito da corrupção.

Novamente com Silva Sánchez, parece clara a dificuldade em simplesmente se voltar ao bom e velho Direito Penal liberal.[50] Por outro lado, não se mostra, ao menos no momento, tão factível sua construção de um Direito de duas velocidades, tampouco a ideia de intervenção de Hassemer.[51] Melhor solução seria, aqui, e no específico campo da corrupção em sentido aberto, da legitimação de novas medidas, desde que orientadas consoante a principiologia mais garantista possível, v.g., seguindo as regras lançadas há tempos por Roxin, como sendo a utilidade ao indivíduo para seu livre desenvolvimento,[52] sendo ilegítimas as construções normativas além desse patamar.

As flexibilizações de certas garantias individuais, exemplo claro de situação de expansão penal, e tão presentes em investigações ligadas à lavagem de ativos,[53] hão de ter, exemplificativamente, certos limites. Uma solução bradada por muitos, é a da própria especialização de investigação, acusação e do julgamento, como, aliás, se vê, no Brasil, em determinadas varas especializadas. O único senão aqui posto, é se isso também não poderia criar, ou fomentar, uma seletividade – por qualquer razão que seja – não desejada. Se era presente, anteriormente, uma seletividade indesejada, pois não se punia a quem se tinha que punir, há de se questionar se, agora, isso seria tolerável, ou medida do justo. A seletividade, em tais casos, pode bem acarretar as situações denunciadas por Sgubbi quanto às vedetes penais.[54]

---

tales conductas se convierte, así mismo, en causa *suficiente* para acubir sin temos al Derecho penal. *Ultima ratio*, sin duda, pero *ratio* a fin y al cabo". FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de banqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998. p. 238 e ss.

50. SILVA SÁCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p.149 e ss.

51. Cf. GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 107 e ss.

52. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 55 e ss.

53. Cf. entre outros, PALOMO DEL ARCO, Andrés. Lavado de dinero y corrupción bancaria en la praxis. Problemas de investigación y prueba. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Barbara; CABRAL, Jorge Almeida (coords.). Op. cit., p. 259 e ss. HEREDERO SALAMANCA, Eusebio. El blanqueo de dinero desde la perspectiva del investigador policial. Problemática y propuestas. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Barbara; CABRAL, Jorge Almeida (coords.). Op. cit., p. 367 e ss.

54. Cf. SGUBBI, Filippo. *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'ilegalittà penale*. Bologna: Il Mulino, 1990. p. 76 e ss.

Existem, claro, limitações e cuidados a serem tidos no combate ao novo mal do século a ser travado. Mas, novamente aqui, cabe o alerta de Frankfurt, quanto ao Direito Penal não se portar como *prima ratio*. Ele pode ser, e é necessário em certas atuações contrárias a atos de corrupção. Mas, talvez, e apenas talvez, também outros institutos de controle, como os administrativos, também possam colaborar. Ou, ainda, uma ampliação mais significativa da ideia de responsabilidade das pessoas jurídicas, no Brasil, ainda limitada aos delitos ambientais, consoante a Lei 9.605/1998. As noções principiológicas básicas de limitação do Direito Penal não podem, de qualquer modo, ser dispensadas, nem por situação de inimigo, nem de aplicação de Direito Penal de outra velocidade.

O que se prega, também, repita-se, é uma mudança de hábitos, como sustentado por uma ética pública.[55] Não uma desmedida inflação penal ou uma pura análise econômica do Direito.[56] O alerta de Martínez-Buján Pérez é evidente quando menciona que o Direito Penal Econômico – e aqui a corrupção – não são substancialmente diferentes do Direito Penal como um todo. A eles é submetida a mesma sorte de contenções que ao Direito Penal comum.[57] Seu combate é justo e esperado. Embora possa vir a refletir uma expansão penal, essa não é apriorísticamente deletéria. Mas devem-se ter os cuidados redobrados para que se evite, em prol de uma suposta melhora global, a perda de referenciais mínimos de Justiça.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Da geração e da corrupção*. São Paulo: Landy, 2001.

BAIGÚN, David; BISCAY, Pedro. Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminaliad económica. In: _____; GARCÍA RIVAS, Nicolas (dir.). *Delincuencia económica y corrupción. Su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Ramón Areces, 2010.

BALDI, Giuliano. *I delitti di corruzione. Un'idagine strutturale e sistematiche*. Napoli: Jovene, 2003.

55. Cf. DIEGO BAUTISTA, Óscar. Op. cit., p. 113 e ss.

56. Em sentido contrário, RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. El conflicto entre proporcionalidad y eficacia en las sanciones por corrupción. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá: Ibanez, 2008. p. 19 e ss.

57. MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*... cit., p. 71 e ss.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 81. p. 13. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2009.

BRIOSCHI, Carlo Alberto. *Breve história de la corrupción. De la antigüedad a nuestros días*. Trad. Juan Ramón Azaola. Madrid: Taurus, 2010.

BUSTOS GISBERT, Rafael. La lucha contra la corrupción de los governantes: ¿una labor imposible? In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá: Ibanez, 2008.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; BLANCO CORDERO. La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español? In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis; HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe (eds.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2003.

DIEGO BAUTISTA, Óscar. *Ética para corruptos. Una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y administraciones públicas*. Urduliz: Desclée de Brouwer, 2009.

DONINI, Massimo. ¿Uma nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico. Trad. Cristina Méndez Rodríguez. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María (coords.). *Temas de derecho penal económico. III Encuentro Hispano italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid: Trotta, 2004.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de banqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998.

_____. *La corrupción de agente público extrajero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

_____. Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción. Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la convención de la OCDE sobre suborno de funcionarios públicos en las transaciones comerciales internacionales. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Barbara; CABRAL, Jorge Almeida (coords.). *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Corrupción, crimen organizado y "blanqueo" de capitales en el mercado financiero. In: _____; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Barbara; CABRAL, Jorge Almeida (coords.). *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. São Paulo: Bushatsky, 1959. vol. 4.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*. Lima: Grijley, 2007.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. El concepto de corrupción. In: ZAPATERO, Virgilio (comp.). *La corrupción*. México: Coyoacán, 2007.

GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAÍM, Moisés. The globalization of corruption. In: ELLIOTT, Kimberly Ann. *Corruption and the global economy.* Washington: Institute for International Economics, 1997.

GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas.* Madrid: Civitas, 2006.

GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio. *La corrupción política en época de Julio César. Un estudio sobre la* Lex Iulia de Repetundis. Granada: Comares, 2009.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção. Enfoque sócio-histórico-jurídico-penal.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

HEFENDELH, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. Trad. María Martín Lorenzo. In: _____. (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEREDERO SALAMANCA, Eusebio. El blanqueo de dinero desde la perspectiva del investigador policial. Problemática y propuestas. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Barbara; CABRAL, Jorge Almeida (coords.). *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario.* Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. 9.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte general.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

_____. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, Santiago. *Rodrigo Calderón. La sombra del valido. Privanza, favor y corrupción en la corte de Felipe III.* Madrid: Marcial Pons, 2009.

MELO, Débora Thaís de. Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos colectivos. In: _____; BIDINO, Claudio; SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção. Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal.* Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

MILITELLO, Vincenzo. Concusion y cohecho de los funcionarios públicos: cuestiones problemáticas e hipótesis de reforma en Italia. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, Maria (coords.). *Temas de derecho penal económico. III Encuentro hispano-italiano de derecho penal económico.* Madrid: Trotta, 2004.

PALOMO DEL ARCO, Andrés. Lavado de dinero y corrupción bancaria en la praxis. Problemas de investigación y prueba. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Barbara; CABRAL, Jorge Almeida (coords.). *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario.* Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002.

PRADO, Luiz Regis. Los delitos de cohecho y de tráfico de influencias en las transacciones comerciales internacionales conforme el Código Penal brasileño. *Revista de Derecho Penal y Criminologia*. n. 1, p. 147-173. Madrid: Uned, Fac. de Derecho, 2009.

PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: ¿fragmenário? ¿subsidiario? ¿*ultima ratio*? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. Trad. María Teresa Castiñeira Palou. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (coord.). *La insosteible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación*. Barcelona: Cymys, 1974.

RIQUERT, Fabián Luis. Instrumentos de derecho internacional publico para la prevención contra la corrupción. In: BAIGÚN, David; GARCÍA RIVAS, Nicolas (dir.). *Delincuencia económica y corrupción. Su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. El conflicto entre proporcionalidad y eficacia en las sanciones por corrupción. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá: Ibanez, 2008.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Cláudia. A corrupção (da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador). In: ANDRADE, Manoel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Ananbela Miranda; ANTUNES, Maria João (orgs.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela "expansão" das normas penais sobre a corrupção. In: _____; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção. Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

SANZ TAPIA, Ángel. *¿Corrupción o necesidad? La venta de cargos de Gobierno americanos bajo Carlos II (1674-1700)*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2009.

SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

SGUBBI, Filippo. *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'ilegalittà penale*. Bologna: Il Mulino, 1990.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

TAYLOR, Matthew M. Corruption, accountabilitty reforms, and democracy in Brazil. In: BLAKE, Charles; MORRIS, Stephen. *Corruption & democracy in Latin America*. Pittsburg: University of Pittsburg, 2009.

THACKER, Strom C. Democracy, economy policy, and political corruption in comparative perspective. In: BLAKE, Charles; MORRIS, Stephen. *Corruption & democracy in Latin America*. Pittsburg: University of Pittsburg, 2009.

TIEDMANN, Klaus. *Poder económico y delito (introducción al derecho penal económico y de la empresa)*. Trad. Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A corrupção em uma perspectiva internacional, de Carlos Eduardo Adriano Japiassú – *RBCCrim* 64/29;
- A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica, de Emerson Garcia – *RT* 820/440;
- A criminalidade na sociedade pós-moderna: globalização e tendências expansionistas do direito penal, de Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves – *RCP* 5/284;
- Crimes contra a Administração – atualização e reforma penal – por uma atualização formal e substancial do capítulo dos crimes contra a Administração Pública, de Guilherme Guimarães Feliciano – *RBCCrim* 32/55; e
- Nota introdutória ao relatório sobre a conformidade do arcabouço institucional e da legislação brasileira à Convenção Interamericana contra a Corrupção, adotada pelos estados-membros da Organização dos Estados Americanos – OEA, de Carolina Mota – *RDCI* 70/257.

Veja também Jurisprudência

- Corrupção ativa: omissão de ato de ofício – RT 684/316; particular retribui ao funcionário público – *RT* 790/606; recompensa paga a policiais – *RT* 603/445; e
- Corrupção passiva: documento expedido por servidor com conteúdo falso – *RT* 794/713; magistrado manipula distribuição de recursos – *RT* 880/496; recebimento de pequenas gratificações pelo servidor – *RT* 761/592.

Veja também Legislação

- Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção: Dec. 4.923/2003;
- Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção: Dec. 5.687/2006;
- Funcionário público: art. 327 do CP; e
- Recebimento de vantagem econômica mediante ação ou omissão do funcionário público: art. 9.º, I e X, da Lei 8.429/1992.