

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA EUROORDEN. LÍNEAS DE INTERPRETACIÓN

David Martínez Madero

Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha, 2006

<http://www.cienciaspenales.net>

Ámbito de aplicación de la euroorden. Líneas de interpretación.

David MADERO

Los presupuestos objetivos de aplicación de la Ley 3/2003 de 14 de marzo, por la que quedó incorporada a nuestro ordenamiento jurídico la **Decisión marco del Consejo sobre el mandamiento de detención europeo y los procedimientos de entrega entre Estados miembros** (2002/584/JAI), son trasunto literal del repertorio de delitos que en dicha norma comunitaria se contienen y en cuya virtud puede el correspondiente órgano emitir una orden de detención contra determinada persona a quien razonadamente se atribuya la intervención en un hecho punible o cuya responsabilidad haya sido establecida en una sentencia condenatoria -por delito¹- a una pena privativa de libertad.

En mimética alineación con la mayoría de Estados miembros, el legislador español optó por una lista de tipos penales *en positivo*, renunciando a establecer un catálogo propio de excepciones o reservas en aras a la uniformidad así como a la rapidez en la aplicación de la Decisión marco. Sin embargo, el exiguo trámite parlamentario no propició la mejora técnica deseable en toda labor de transposición normativa y desaprovechó la oportunidad de ordenar y sistematizar las treinta y dos figuras delictivas² con arreglo, por ejemplo, al criterio del bien jurídico objeto de tutela; no adecuó al derecho interno la denominación de algunas de ellas y, lo que resulta de mayor interés al jurista práctico, no llegó a precisar el alcance de expresiones

¹ No obstante la ausencia de indicación expresa en la ley de transposición española, la apreciación conjunta de los arts. 3 e), f) y g); 5.2 y del 9.1 no ofrece dudas de que la dimensión objetiva del hecho punible motivador de la emisión de una euroorden será siempre la calificación de delito y no de falta.

² *Vide* Art. 9.1 de la Ley 3/2003, por su orden: Pertenencia a organización delictiva; terrorismo; trata de seres humanos; explotación sexual de los niños y pornografía infantil; tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; corrupción; fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunicaciones Europeas; blanqueo del producto del delito; falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro; delitos de alta tecnología, en particular delito informático; 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 residencia en situación ilegal; homicidio voluntario; agresión con lesiones graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestro, detención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia; robos organizados o a mano armada; tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte; estafa; chantaje y extorsión de fondos; violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías; falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; falsificación de medios de pago; tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores del crecimiento; tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares; tráfico de vehículos robados; violación; incendio voluntario; delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; secuestro de aeronaves y buques y sabotaje.

normativas como “corrupción” que, por su indeterminación conceptual, mayores dudas pueden generar al intérprete.

Los tipos penales motivadores de la emisión de una euroorden son, por el contrario, de inequívoca significación en unos casos (Vg. tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, homicidio voluntario, lesiones, violación, estafa); implican la remisión directa a un contexto normativo explícito en otros (fraude a los intereses financieros de las Comunidades Europeas y delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional³) o, como en los delitos de terrorismo⁴, racismo y xenofobia⁵, se ponen a disposición del destinatario de la norma y se adjuntan a la Decisión marco, instrumentos hermenéuticos que, en el caso español, permitirán determinar el sentido de órdenes de detención provenientes de otros Estados miembros en los que se manejen tales conceptos.

1. Concepto de corrupción

Difícil resulta hallar una palabra evocadora de mayores reacciones adversas ante su solo enunciado, si bien definir en qué consiste exactamente, resulta una tarea compleja, no existiendo una sola acepción genérica del término. Obvio resulta afirmar en el presente contexto que un acercamiento a su alcance y significado constituye, más que mero ejercicio de abstracción, punto de partida metodológico que quedará aquí limitado a una perspectiva jurídica, alejada de enfoques económicos o sociológicos pero, fundamentalmente, del entorno apasionado que lleva comúnmente a extraer conclusiones parciales acerca de la ética de las personas o del régimen político en el que la corrupción se detecta.

La acotación más simple y extendida (Tanzi⁶, 1998), la significa en todo *abuso de poder público para un beneficio privado*. Para Friedrich (1990), el acto corrupto tiene lugar cuando un servidor público al que la sociedad le ha dado atribuciones para cumplir un

³ Instrumento de Ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998. *Vide* también L.O. 18/2003 de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (BOE núm. 296, de 11 de diciembre)

⁴ Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.

⁵ Decisión marco del Consejo, relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, aprobada por el Parlamento el 4 de julio de 2002.

⁶ No obstante asumirla como definición comúnmente aceptada y en uso por instituciones como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) o el Banco Mundial, propugna dicho autor otra que considera más neutral: “comportamiento consistente en un incumplimiento voluntario, encaminado a la obtención de una ventaja para quien lo lleva a cabo, o para terceros con él relacionados”. (TANZI, Vito: *La corrupción en el Mundo: causas, consecuencias, alcance y soluciones*, Fondo Monetario Internacional, Documento de Trabajo núm. 63, mayo de 1998).

determinado deber, realiza actividades en beneficio personal que reducen el bienestar social o dañan el interés público. Bayley (1966) entiende que, aunque frecuentemente se refleja en actos de soborno, “corrupción” es un término general que comprende el mal uso de la autoridad derivado de consideraciones de beneficio personal que no necesariamente se traduce en ganancias monetarias.

En ese orden de cosas, *lo público* como atinente a la Administración y al poder político así como la noción de abuso o desviación hacia fines de interés particular, caracterizan a los actos de corrupción tradicional, en los que la asignación de potestades de decisión, control y aplicación de fondos públicos generan expectativas de lucro basadas en la preterición del principio de igualdad de oportunidades y cuya práctica afecta negativamente al funcionamiento de las instituciones, lesionando su imagen y la confianza de los ciudadanos en el Estado y en el propio sistema político.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1995 se refiere a la “corrupción como actividad delictiva” y con esa óptica ensaya una definición útil, aunque referida tan sólo a los delitos cometidos por funcionarios públicos: “Aquellas acciones u omisiones, dolosas o culposas, que pudiendo ser constitutivas de una o varias infracciones delictivas, se realizan por autoridad o funcionario prevaleciéndose de su cargo, ya sea con miras a un injusto enriquecimiento o a la obtención de cualquier otro fin, siempre que, por su trascendencia, incidan directa y gravemente en el buen orden y gobierno de la colectividad con grave desprestigio de sus instituciones”.

Sin negar -ni siquiera matizar- nada de lo anterior, en esta sociedad del siglo XXI, la patología de la corrupción no es sólo predicable del ámbito público. El ciudadano se desenvuelve cada vez más en un sistema en el que los grandes sectores de la economía (crédito, valores y seguros), de los que depende y a los que es imposible sustraerse, establecen el correspondiente marco de relaciones, actuación y obtención de beneficios.

Se revelan últimamente con mayor frecuencia y resultan cada vez más perniciosos para el tráfico mercantil, la credibilidad institucional y el sistema financiero mismo, determinados comportamientos contrarios a la probidad que tienen lugar en el seno de grandes corporaciones, generalmente transnacionales. La desconfianza y el malestar se adueñan de la opinión pública ante escándalos que ponen en tela de juicio la efectiva capacidad del Estado para controlar determinadas ramas de la actividad económica tradicionalmente sujetas a supervisión, pero que asimismo ocasionan un perjuicio real a consumidores, depositantes en entidades de crédito, a inversores en el mercado secundario oficial de valores, a asegurados; en definitiva, segmentos concretos de población que ven sus lícitas expectativas defraudadas de modo particular o bien, indirectamente, toda la sociedad en su conjunto, en aquellos casos en que el Estado

debe hacer frente a la reparación económica del daño causado⁷ por operadores privados, en determinados ámbitos de la contratación.

La nota de *deslealtad*, entendida como la actuación en contra de los intereses cuya defensa viene confiada en virtud de un acto de voluntad de quien es legítimo titular de los mismos⁸ es propia también de la *corrupción en el sector privado*, manifestación – desviada– del ejercicio de poder de aquellos administradores o gerentes de empresas que, con abuso de su cargo, postergan el beneficio debido a sus comitentes al suyo propio. El conflicto de intereses identifica asimismo a la que podría denominarse *corrupción moderna*, detectada por lo general en el marco de la intermediación en el sector financiero o de la gestión y dirección de importantes sociedades cotizadas en el mercado de valores e instrumentalizada, por ejemplo, en la concesión de créditos carentes de garantías, la constitución de sociedades pantalla, el otorgamiento de contratos simulados, el manejo de artificios contables, el falseamiento de documentos sociales y la ocultación de activos e identidades en paraísos fiscales.

En la actual “sociedad de la información”, cuando ésta es relevante para el mercado o para la propia actividad societaria, quien la posee, tenga o no conferidas funciones ejecutivas o de gobierno empresarial, queda personalmente obligado a no valerse de ella en beneficio propio y correlativo perjuicio de la sociedad en la que sirve o de terceros legítimamente interesados.

La trasgresión de este deber, el uso venal de información privilegiada, es también manifestación de la *corrupción en el ámbito privado*. La proximidad al círculo de iniciados suele deberse a una precedente adscripción al sector público. Con relativa frecuencia, personas que han ocupado altos cargos en la Administración pasan a desempeñar importantes puestos en entidades privadas directa o indirectamente relacionadas con su anterior gestión, en concepto de beneficiadas. Por otra parte, el beneficio económico generado por las prácticas corruptas se canaliza ordinariamente a través de recursos jurídico privados de naturaleza negocial (contratos de prestación de servicios o de suministros), representativa (fiduciarios, uso de *nominees*) o relativos a la persona jurídica (constitución de fundaciones, sociedades y *trusts*); reciclándose posteriormente, gracias a esos mismos instrumentos, en el sistema financiero regular y en el tráfico patrimonial, con total naturalidad. Como señala Estefanía⁹ (2001), la *corrupción* pierde legibilidad conforme avanza la sofisticación. Las bases más actuales de la misma son la completa liberalización de los mercados de capitales, que no tienen

⁷ Vide art. 96 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modifica la [Ley 24/1988](#), de 28 de julio, del Mercado de Valores, anteriormente enmendada en este punto por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley del Mercado de Valores. Vide asimismo Circular 2/2004, de 31 de marzo, de la CNMV.

⁸ SABÁN GODOY, Alfonso: *El marco jurídico de la corrupción*, Cuadernos Cívitas (1991).

⁹ ESTEFANÍA, Joaquín: *Diccionario de la Nueva Economía* (2001) Editorial Planeta.

control y el incremento y la desmaterialización de las transacciones financieras y la revolución de las telecomunicaciones.

En definitiva, corrupción pública (tradicional) y corrupción privada (moderna), constituyen en realidad dos caras de una misma moneda y comparten ciertas notas o elementos¹⁰ caracterizadores:

- a) Todo acto de corrupción implica la infracción de un deber institucional, de tal modo que quien se corrompe transgrede, activa o pasivamente la responsabilidad inherente al cargo que ostenta o a la función que ejerce, en abierta deslealtad hacia el encargo conferido y a su mandante.
- b) Se produce en un concreto marco normativo que le sirve de referencia, ya sea éste de naturaleza legal (Vg. incompatibilidades) o contractual (Vg. estatutos sociales).
- c) Está siempre vinculado a la expectativa de obtener un beneficio extra institucional, por lo general económico, aunque no necesariamente -político, profesional o una combinación de provechos de distinta naturaleza-.
- d) Tiene lugar de modo subrepticio o reservado, tanto en su ejecución como, -de ser el caso- en el coetáneo o posterior resguardo de la ganancia ilícitamente obtenida, lo que dependerá siempre de la estrategia de ocultación utilizada o del grado de eficacia de las instituciones encargadas de su represión.

Puede concluirse pues que todo acto de corrupción supone el incumplimiento consciente de una obligación por un decisor que, en abierta deslealtad con el mandato legal o contractualmente asumido, persigue únicamente la obtención de un beneficio particular al margen de su principal y de los legítimos intereses de terceros.

2. Delitos de corrupción en el sector público

Los artículos 5 y 9 de la LOEDE, matizan el alcance que deba darse al acostumbrado control de la exigencia de doble tipificación de los hechos, que no será aplicable cuando para estos tenga el Estado de emisión fijada una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración -en abstracto-, sea como mínimo de tres años y siempre que el delito se corresponda con alguno de los enumerados en la citada lista¹¹. Resultará pues concluyente el criterio de subsunción que utilice el intérprete, por lo que en el presente apartado y en el que sigue a continuación (corrupción en el sector privado), se

¹⁰ Se siguen limitadamente en este punto -y a efectos prácticos-, algunas de las consideraciones de MALEM SEÑA, Jorge F. en *Globalización, comercio internacional y corrupción* (2002), reiteradas en *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos* (2000), editadas por Gedisa. Punto de vista el de este autor muy próximo al expresado por GARZÓN VALDÉS, Ernesto, entre otras de sus obras y artículos en *La corrupción política* (1997), Alianza Editorial.

¹¹ Vide nota (2).

brindarán los referentes normativos adoptados en el seno de la Unión Europea y en el Consejo de Europa, las importantes líneas interpretativas suministradas por la Convención de las Naciones Unidas de 9 de diciembre de 2003, y los tipos penales del derecho español integradores del ambivalente concepto de corrupción que aquí se propugna.

- Como apunta Jiménez Villarejo¹² (2003), los acuerdos normativos alcanzados por la UE en este punto son de enorme interés, pero no definitivos. Ello se debe a la inexistencia en Europa de un verdadero *ius puniendi* supranacional¹³, si bien en materia de armonización, el Derecho europeo secundario debe ser tenido en cuenta tanto en la producción, como en el contenido y, sobre todo, en la interpretación y aplicación del Derecho penal de cada uno de los estados miembros:

a) *Resolución de 6 de diciembre de 1994 del Consejo de la Unión Europea*, en la que exhorta a los Estados a que adopten medidas eficaces para sancionar sobornos en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades en relación con los intereses financieros de éstas.

b) *Convenio de 26 de julio de 1995 sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad y sus Protocolos de 27 de septiembre de 1996¹⁴ y de 19 de junio de 1997*, en los que se determinan qué conductas en las que hayan participado funcionarios nacionales y de la Comunidad son constitutivas de fraude, corrupción y malversación de fondos, y por tanto pueden estar sujetas a sanciones en cada uno de los Estados miembros

c) *Acción Común de 22 de abril de 1996 para la creación de un marco jurídico de intercambio de magistrados de enlace*, cuyo objetivo principal es incrementar la rapidez y la eficacia de la cooperación judicial internacional y contribuir al intercambio desinformaciones sobre los ordenamientos jurídicos y sistemas judiciales de los Estados miembros.

d) *Convenio de 26 de mayo de 1997 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. En este Convenio internacional se extiende el significado de “funcionario” a todos los que sean nacionales, comunitarios o nacionales de otro Estado miembro y se adopta un concepto amplio de

¹²JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos: *Reflexiones sobre el concepto de corrupción a propósito de la orden de detención europea*, Revista Jurídica Aranzadi de 9 de enero de 2003.

¹³ Éste es el estado de la cuestión, pese a propuestas *quasi* institucionales como la de los profesores TIEDEMANN, GRASSO y BACIGALUPO, coordinados por la profesora DELMAS-MARTY, de creación de un derecho penal sustantivo de la UE, en *Corpus Iuris* (1997), -Ed. Economica-, limitada sólo a la protección de los intereses financieros.

¹⁴ Publicado en el BOE núm. 180, el 29 de julio de 2003 (corregido en BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2003).

“corrupción”, no circunscrito sólo a todo aquello que afecte a las finanzas comunitarias.

e) *Posiciones Comunes del Consejo de la Unión Europea de 13 de octubre y de 13 de noviembre de 1997*, relativas a las negociaciones en el Consejo de Europa y en la OCDE sobre la lucha contra la corrupción, para que los países de la Unión Europea mantengan una posición común en dichos foros en apoyo de la elaboración de instrumentos internacionales adecuados que contemplen la tipificación penal de la corrupción de los funcionarios extranjeros y de los funcionarios de organizaciones internacionales.

f) *Acción Común de 29 de junio de 1998 por la que se crea una Red Judicial Europea*, tratando de hacer efectiva la aplicación del principio de comunicación directa entre magistrados, especialmente cuando la cooperación internacional es necesaria para atajar las formas de delincuencia más grave, entre las que se cita la corrupción, el narcotráfico, el terrorismo y el crimen organizado. Los representantes nacionales en la red tienen como principal función proporcionar determinadas informaciones básicas, entre ellas las relativas a los sistemas judiciales y procesales de los quince Estados miembros.

g) *Decisión de la Comisión de 28 de abril de 1999 por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)*, órgano competente en el ámbito operativo para efectuar investigaciones administrativas contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses financieros de las Comunidades y responsable a su vez de la preparación de iniciativas normativas destinadas a combatir el fraude en coordinación con la Comisión Europea¹⁵, aunque –al menos formalmente- independiente de ella¹⁶.

h) *Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000*. Constituye la culminación de los esfuerzos para optimizar la asistencia judicial entre órganos judiciales europeos en pos de la rapidez y eficacia, de forma compatible con los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos internos, respetando los derechos individuales y los principios contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

i) *Decisión del Consejo de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Europea de Prevención de la Delincuencia*, para lo cual tendrán que ser adoptadas todas las medidas que contribuyan a reducir el fenómeno delincencial.. Incluirá los trabajos realizados por los Gobiernos en torno a las posibilidades y las causas,

¹⁵ Comunicaciones de la Comisión Europea: *Protección de los intereses financieros de las Comunidades, Lucha antifraude: para una aproximación estratégica global*, COM/2000/0358, final. Plan de acción 2001-2003, COM/2001/0254, final: *Medidas específicas relativas a la aplicación de una estrategia global*.

¹⁶ Cuatro son los ejes estratégicos propuestos desde OLAF:

- Una política legislativa antifraude global.
- Una nueva cultura de cooperación operativa.
- Una iniciativa interinstitucional para prevenir y luchar contra la corrupción.
- El refuerzo de la dimensión judicial penal.

determinación de las autoridades competentes, instituciones judiciales penales comprometidas, autoridades locales y asociaciones de especialistas que se hayan establecido en Europa; el sector privado, las organizaciones benéficas, los investigadores y el público en general, con apoyo de los medios de comunicación.

j) *Decisión del Consejo de la Unión Europea de 28 de febrero de 2002 por la que se crea la Unidad Eurojust¹⁷*, órgano en funcionamiento desde 29 de abril de 2003, integrado por magistrados cedidos temporalmente por cada Estado miembro entre cuyos objetivos fundamentales se encuentran el fomentar y mejorar la coordinación entre autoridades competentes de los Estados miembros en aquellas investigaciones y actuaciones judiciales con objetivos comunes, a fin de dotarlas de la debida eficacia y facilitar la ejecución de la asistencia judicial.

k) *Reglamento (CE) nº 2004/2003 del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativo al estatuto y a la financiación de los partidos políticos en el ámbito europeo*. Se contienen en él recomendaciones y medidas para comprometer la transparencia y evitar la corrupción.

- En el ámbito del Consejo de Europa y como consecuencia directa de las recomendaciones de la 19ª Conferencia de Ministros de Justicia (La Valetta, 1994), se aprobó en 1996 un plan de acción cuyo punto de partida fue la creación de un Grupo Multidisciplinar contra la Corrupción, al que se encargó la elaboración de uno o más tratados internacionales, un proyecto de Código Europeo de Conducta para Agentes Públicos y organizar o promover proyectos de investigación, programas de formación y el intercambio a nivel nacional e internacional de experiencias prácticas de corrupción y la lucha contra la misma. A consecuencia de todo ello, el Comité de Ministros, ha llevado a cabo en estos años importantes trabajos, a ser tomados en consideración:

a) La aprobación de la Resolución (97) 24, en la que se establecen los 20 *Principios Directores para la Lucha contra la Corrupción* y se invita a los Estados miembros a que los apliquen en su legislación y práctica.

b) *Creación del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO)* en 1998, encargado de supervisar el cumplimiento de los 20 Principios Directores para la Lucha contra la Corrupción y de los tratados internacionales adoptados como consecuencia del Plan de Acción.

¹⁷ El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma por los 25 países miembros el 29 de octubre de 2004, se refiere expresamente a Eurojust en sus artículos III-273, atribuyéndole la función de apoyar y reforzar la coordinación y la cooperación entre autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir la *delincuencia grave* que afecte a dos o más Estados miembros o que deba perseguirse según criterios comunes, basándose en las operaciones efectuadas y en la información proporcionada por las autoridades de los Estados miembros y por Europol.

- c) La aprobación en 1999 del *Convenio de Derecho Penal sobre la Corrupción* y de un *Convenio de Derecho Civil sobre la Corrupción* (4 de noviembre de 1999).
- d) Recomendación (2000) 10 sobre *códigos de conducta para los funcionarios públicos*.
- e) Recomendación (2003) 4 sobre *reglas comunes en contra de la corrupción en la financiación de los partidos políticos y de las campañas electorales*. Aun excediendo de las pretensiones de este trabajo, señalar brevemente que éste es el mayor foco de prácticas corruptas en los países desarrollados.

Para perseguir penalmente los actos de corrupción y fomentar la cooperación internacional en su represión, el Comité de Ministros del Consejo de Europa abrió a la firma el 27 de enero de 1999 el *Convenio de Derecho Penal sobre la Corrupción*, -en vigor desde el 1 de julio de 2002-, que constituye el primer instrumento europeo jurídicamente vinculante relativo a la lucha contra la corrupción. Este importante instrumento internacional, que puede ser firmado y ratificado por los Estados miembros del Consejo de Europa y por los Estados no miembros que han participado en su elaboración -pero que aún no ha sido ratificado por España¹⁸-, contiene importantes referencias conceptuales que deben ser objeto de atención.

Con arreglo a este convenio, los Estados deben sancionar penalmente las siguientes conductas:

- a) El *cohecho activo*, consistente en prometer, ofrecer o dar, directa o indirectamente, una ventaja indebida para actuar o abstenerse de actuar en el ejercicio de sus funciones a alguna de las siguientes personas:
 - Agentes públicos nacionales o extranjeros (arts. 2 y 5), entendiendo el término "agente" en un sentido amplio que comprende a los funcionarios, empleados públicos, ministros, alcaldes o magistrados, abarcando este último término también a los fiscales y a quienes ejercen funciones judiciales. En los procedimientos que afecten a un oficial público de otro Estado, el Estado perseguidor debe aplicar esta definición en la medida en que sea compatible con su derecho interno (art. 1).
 - Miembros de asambleas públicas nacionales o extranjeras que ejerzan poderes legislativos o administrativos (arts. 4 y 6).
 - Directores o trabajadores en entidades del sector privado, cuando la acción u omisión se realice incumpliendo sus deberes (art. 7).
 - Oficiales de organizaciones internacionales o supranacionales (art. 9).
 - Miembros de asambleas parlamentarias internacionales (art. 10).
 - Jueces y oficiales de tribunales internacionales (art. 11).

¹⁸ Ello es así a pesar de las autorizadas críticas que se arrojan en contra de la persistente indolencia gubernamental, no ya en ratificar la Convención, sino en firmarla. A 5 de noviembre de 2004, se hallan en idéntica situación que España como países miembros del Consejo de Europa, únicamente Liechtenstein, Mónaco y Serbia-Montenegro.

- b) El *cohecho pasivo*, consistente en solicitar o recibir por parte de las personas mencionadas una ventaja indebida, para sí o para otro o, aceptar una oferta o una promesa de tal ventaja a cambio de una actuación o una omisión en el ejercicio de sus funciones (arts. 3-6 y 8-11).
- c) El *tráfico de influencias*, consistente en prometer, dar u ofrecer una ventaja indebida a quien afirme que puede ejercer una influencia –inapropiada- sobre alguna de las personas mencionadas anteriormente, con la excepción de los directores o trabajadores del sector privado; así como la solicitud, recibimiento o aceptación de la oferta o promesa de tal prerrogativa, con independencia de que dicha influencia sea o no ejercida y que se logre o no el resultado apetecido (art. 12).
- f) La *legitimación (blanqueo, reciclaje) de capitales* procedentes de la corrupción (art. 13).
- e) El *favorecimiento de la comisión así como el enmascaramiento de delitos de corrupción* mediante la utilización de facturas u otros documentos contables que contengan información falsa, incompleta o en la que se haya omitido contabilizar ilícitamente una prestación (art. 14).
- f) La *participación* en alguno de los actos anteriormente mencionados (art. 15).

El art. 19.1 de la Convención señala que los Estados deberán aplicar medidas y sanciones proporcionadas y disuasivas, incluyendo penas privativas de libertad que den lugar a la extradición, así como aquellas otras que permitan la confiscación de los instrumentos y provechos delictivos obtenidos o la de otros bienes cuyo valor sea equivalente al del producto del delito (art. 19.3).

En cuanto a las declaraciones, se permite que los Estados declaren que los delitos de cohecho activo y pasivo de agentes públicos extranjeros, funcionarios y jueces de organizaciones o tribunales internacionales sólo serán punibles en la medida en que el agente o juez actúe o deje de actuar incumpliendo sus deberes (art. 36). Es de lamentar que de esta forma, se propicie implícitamente la impunidad del soborno a funcionario cuando la resolución que adopte o el acto omitido no supongan *per se* un incumplimiento de sus tareas. Pero quizás merezca mayor crítica el capítulo de las reservas, al permitirse que los Estados no contemplen como delito las siguientes conductas:

- Cohecho activo o pasivo de miembros de asambleas públicas nacionales, extranjeras o internacionales y de los agentes de organizaciones internacionales.
 - Cohecho activo o pasivo en el sector privado.
 - Tráfico de influencias.
 - Cohecho pasivo de funcionarios públicos extranjeros (art. 37.1).
 -
- A los anteriores instrumentos exegeticos debe necesariamente sumarse el *Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción* (CNUC o el Convenio), abierto a la firma en

Mérida (México) los días 9 al 11 de diciembre de 2003¹⁹, que es además fuente potencial de argumentos *a fortiori* al cursar una euroorden, como se colige de la Propuesta de decisión del Consejo de la Unión Europea relativa a la firma de dicha Convención, en nombre de la Comunidad Europea.

El Convenio se refiere en sus artículos 15 al 20 a los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos: *cohecho activo y pasivo* cometidos por funcionario nacional, extranjero o de organizaciones internacionales (arts. 15 y 16); *malversación*, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (art. 17) y *tráfico de influencias* (art. 18). Y destacable sin duda es la definición, en su artículo 19, del *abuso de funciones o del cargo*, instándose a los Estados a su tipificación separada, pese a que dicha conducta integraría el desvalor del resto de comportamientos sancionables: “la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad”. Por último y a tener muy en cuenta: la aplicación por los nueve Estados parte en el Convenio, sin contemplaciones, del principio de inversión de la carga de la prueba, determina a tipificar autónomamente, como *enriquecimiento ilícito*, de todo incremento significativo del patrimonio de un funcionario respecto de sus ingresos legítimos, cuando ello no pueda justificarlo razonablemente (art. 20 CNUC).

- El Código Penal español²⁰ prevé una serie de conductas punibles que cabe reputar de *intrínsecamente* corruptas:
 - El soborno o *cohecho, activo y pasivo* (arts. 419 a 426) y sus distintas modalidades, castigadas con pena privativa de libertad que oscila entre tres meses y seis años.
 - El *tráfico de influencias* atribuible a funcionario público o particular (arts. 428 al 431), cuya penalidad en ningún supuesto excede del año de prisión.
 - La *malversación* (arts. 432 al 435), castigada con prisión de entre uno y seis años.

 - Los *fraudes y las exacciones ilegales* (arts. 436 al 438), penados con un máximo de prisión de tres años.
 - Las *negociaciones y otras actividades prohibidas a los funcionarios públicos*, como los abusos en el ejercicio de su función y el uso de información privilegiada (arts. 439 al 442) que tienen sólo señaladas penas pecuniarias y privativas de derechos.

¹⁹ España fue el único país de la “antigua” Europa de los quince que no firmó esta Convención (Vide estado de firmas y ratificación en: www.unodc.org/unodc/en/crime_signatures_corruption.html#S), como por otra parte sí han hecho otros 113 estados.

²⁰ Según última reforma de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

- Los *delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales* (art. 445), si bien significados únicamente en el comportamiento de quienes con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo, en beneficio de éstos o de un tercero. O cuando se atiende a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas a fin de conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales²¹. La penalidad en todos los casos es idéntica a la que corresponde al cohecho, esto es, de hasta seis años de prisión.

Tales comportamientos corruptos y penalmente sancionables, suelen llevarse a cabo en relación directa con la adopción –consciente- de decisiones manifiestamente injustas, emanadas de una autoridad o funcionario administrativo decisor (arts. 320 y 404) o de un juez (arts. 446 y 448). Delitos de prevaricación que, en tales casos, sirven de instrumento necesario para ejecutar la correspondiente actuación corrupta, una habitual conexión delictiva a tener en cuenta a los efectos de aplicación de la LOEDE.

3. **Corrupción en el sector privado**

En el sector privado, si bien se acepta la prevalencia del interés particular sobre el público, éste se logra respetando las reglas del juego establecidas, acorde con las normas de la competencia y con las leyes que regulan la actividad privada para "armonizarla" con la actividad pública.

La visión tradicional de que las empresas existen únicamente para obtener ganancias para sus accionistas está dando paso a un nuevo sentimiento de responsabilidad corporativa más amplia, no sólo hacia los clientes y usuarios, sino también hacia las comunidades y sociedades en las que operan. Tienen las empresas un papel esencial que desempeñar en el mantenimiento de la integridad y credibilidad del sistema tanto del país donde radica su sede, como en el de los mercados en los que deciden operar pues aportan al entorno en el que desarrollan su actividad pero, sobre todo y al mismo tiempo, se nutren de él²².

Este tipo de corrupción suele ser juzgada con menos dureza que la corrupción político-administrativa, ya que sus costes son principalmente económicos y no políticos y

²¹ Tal hipótesis típica se introdujo en el código represivo español por L.O. 3/2000, de 11 de enero, tras ratificar España el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de 17 de diciembre de 1997. Se trata de un instrumento normativo recurrente en términos interpretativos, que cuenta como precedente con la Foreign Corrupt Practices Act de 1977, de los EE.UU. de América.

²² Transparencia Internacional, *Elementos para fortalecer un Sistema Nacional de Integridad*, diciembre de 2003.

sociales a la vez, como lo son en el sector público. Los afectados son los accionistas, los consumidores y no los ciudadanos contribuyentes. Como constata Cruz Castro²³ (1994), la indulgencia generalizada frente a la delincuencia económica es uno de los obstáculos más importantes al desarrollar una política represiva frente a estas infracciones. El legislador, los jueces y la opinión pública han tendido a menospreciar la trascendencia socio-política de estos delitos. Los estereotipos dominantes sobre la criminalidad y el delincuente propician la exclusión directa o indirecta de la delincuencia económica. La teoría del etiquetamiento o del *labelling approach* explica muy bien la inactividad del sistema penal frente a la delincuencia de cuello blanco, así como la elevada cifra negra que la caracteriza.

- Expresión de lo anterior, siguiendo el esquema metodológico propuesto, es la tibieza con que el legislador europeo ha tratado la cuestión. Lo hizo por primera vez en la *Acción Común (98/742/JAI), de 22 de diciembre de 1998 sobre la corrupción en el sector privado*, que terminaba urgiendo inútilmente a los Estados miembros a que en el plazo de dos años a partir de su entrada en vigor, presentaran propuestas adecuadas para su aplicación, debiendo posteriormente el Consejo evaluar los informes que aquellos hubiesen elaborado sobre el alcance de la incorporación de tal Acción Común al ordenamiento jurídico nacional.

La posterior *Decisión marco del Consejo (2003/568/JAI), de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*, admite la escasa repercusión que aquel llamamiento tuvo entre los Estados miembros, -indiferencia de la que debe exceptuarse a Dinamarca²⁴- y reconoce abiertamente 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”. Por otra parte, acoge de modo expreso la corrupción en este sector entre los delitos integrantes de la lista del artículo 2 de la Decisión marco relativa a la orden de detención europea, respecto de los que, recuerda, no se pide la verificación previa de la doble tipicidad. La importancia de tal aserto no se corresponde sin embargo con un

²³ CRUZ CASTRO, Fernando: *Discriminación e ineficiencia en la persecución del delito económico: la inevitable perversión del sistema penal*. Revista de Ciencias Penales nº 9, Costa Rica, diciembre de 1994.

²⁴ No puede desaprovecharse este punto para indicar que en el *Índice de percepción de la corrupción en 2004*, publicado por la ONG TRANSPARENCIA INTERNACIONAL (http://www.transparency.org/cpi/2004/dnld/medai_pack_es.pdf) y presentado en España el 20 de octubre de 2004, Dinamarca ocupa tras Finlandia y Nueva Zelanda el tercer puesto como país menos corrupto, en una lista de 145. No es pues de extrañar que fuese el impulso danés (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), el que “movió” a otros Estados miembros a adoptar la citada Decisión Marco.

serio desarrollo de hipótesis penalmente sancionables por los Estados miembros, que quedan por el contrario muy devaluadas.

En efecto, frente al decidido criterio expansivo que, como veremos, el CNUC maneja con acierto para describir conductas penales en este ámbito, el instrumento europeo las restringe al cohecho activo y pasivo con descripciones que, por su escasez y mejorable técnica, precisan ser revisadas (art. 2.1): “ a) prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales [sic] de cualquier tipo para una entidad del sector privado, 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; b) pedir o recibir, 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”.

Las cortapisas no son sólo conceptuales, pues se indica (art. 2.3) que todo Estado miembro puede declarar que limitará el ámbito de aplicación del apartado antes transcrito a sólo “aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales”.

- Con parecidas deficiencias, la *Convención Penal sobre la Corrupción adoptada por el Consejo de Europa en enero de 1999* se refiere a la corrupción activa y pasiva en el sector privado. Define a la primera (art. 7) como todo comportamiento que consista en la promesa u ofrecimiento consciente o en el hecho de otorgar, directa o indirectamente, una ventaja indebida a toda persona que dirija o trabaje para una entidad del sector privado para que por sí misma o por un tercero, cumpla o se abstenga de cumplir determinado acto en violación de sus deberes. Y la segunda (art. 8) con relación a toda persona que dirigiendo o trabajando para una entidad del sector privado solicite o reciba, directamente o por medio de terceros, una ventaja indebida o acepte su ofrecimiento o promesa, para sí o para otro, a fin de llevar a cabo o abstenerse de un acto, en violación de sus deberes. A ello deben añadirse las declaraciones y reservas que pueden presentar los Estados, según se comentó anteriormente, por lo que el verdadero rédito de este instrumento puede afirmarse que subyace en el reconocimiento a la necesidad de que existan personas u organismos que se especialicen en la lucha contra la corrupción²⁵ –sin distinciones– así como en la criminalización expresa del blanqueo del producto de los delitos de corrupción²⁶.

²⁵ En España, la Fiscalía Especial para la Represión de los delitos económicos relacionados con la Corrupción (Ley 10/1995, de 24/4).

²⁶ El art. 13 de la *Convención Penal sobre la Corrupción* remite a la *Convención del Consejo de Europa relativa al descubrimiento, embargo y confiscación de los productos del delito*, de 8 de noviembre de 1990 (STE nº 141).

En cuanto a la *Convención Civil sobre la Corrupción* adoptada el 4 de noviembre de 1999 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, es también en este punto claramente insuficiente y contiene tan solo vagas disposiciones en materia de amparo legal a quienes son víctimas de prácticas corruptas de toda índole, instando a los Estados parte a garantizar el reconocimiento del derecho a la acción civil para obtener la reparación del daño, el lucro cesante y las pérdidas extra patrimoniales; a la declaración de nulidad de los contratos cuando el consentimiento haya sido obtenido por un acto de corrupción y a la protección apropiada frente a sanciones injustificadas, emprendidas contra aquellos trabajadores que informen de tales comportamientos ilícitos a las personas o autoridades responsables.

- El citado *Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción* de 9 de diciembre de 2003, se convierte en la, hasta el momento, más completa expresión normativa internacional de la necesidad de reprimir penalmente determinados actos de corrupción en el sector privado, por lo que deberá ser tomada tenida en cuenta al interpretar el ámbito objetivo de aplicación de la LOEDE; con mayor motivo, al haber sido firmada por catorce estados miembros de la UE.

El propio Consejo de la UE ha puesto de relieve en repetidas ocasiones la necesidad de tener en cuenta las actividades de otros foros internacionales consagrados a la lucha contra la corrupción: “Teniendo presente esta recomendación, y con la convicción de que repetir actividades similares puede llevar a una afectación innecesaria de recursos y, por consiguiente, resultar contraproducente, la Comisión mantiene la opinión de que, en la actual fase de desarrollo, lo que debe reforzarse y apoyarse, al nivel de la UE, son fundamentalmente medidas que no estén ya desarrolladas de manera sustancial, o no con el mismo grado de carácter imperativo como el de los instrumentos comunitarios, por las organizaciones internacionales. Ello hace referencia, en particular, a las iniciativas de las Naciones Unidas, la OCDE y el Consejo de Europa, donde la UE ha desempeñado, y ha de seguir desempeñando, un papel rector²⁷”.

Sentado lo anterior, resulta de especial interés como se verá al tiempo de examinar determinados comportamientos previstos como delitos en el Código Penal español, las medidas preventivas que el CNUC sugiere en su artículo 12:

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las

²⁷ Como ya se indicó anteriormente, la Propuesta de Decisión del Consejo de la Unión Europea, relativa a la firma de la Convención, de Naciones Unidas contra la Corrupción, en nombre de la Comunidad Europea COM/2003/0751 declara expresamente la voluntad de su adhesión sin reservas, pendiente de nominalizar a las personas que deberán firmar, lo que supondrá -como en la misma Propuesta se reconoce-, que la UE sea considerada tras su firma « Estado Parte ».

normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas.

2. Las medidas que se adopten para alcanzar esos fines podrán consistir, entre otras cosas, en:

a) Promover la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las entidades privadas pertinentes;

b) Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado;

c) Promover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de empresas;

d) Prevenir la utilización indebida de los procedimientos que regulan a las entidades privadas, incluidos los procedimientos relativos a la concesión de subsidios y licencias por las autoridades públicas para actividades comerciales;

e) Prevenir los conflictos de intereses imponiendo restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo;

f) Velar por que las empresas privadas, teniendo en cuenta su estructura y tamaño, dispongan de suficientes controles contables internos para ayudar a prevenir y detectar los actos de corrupción y por que las cuentas y los estados financieros requeridos de esas empresas privadas estén sujetos a procedimientos apropiados de auditoría y certificación.

3. A fin de prevenir la corrupción, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus leyes y reglamentos internos relativos al mantenimiento de libros y registros, la divulgación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, para prohibir los siguientes actos realizados con el fin de cometer cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la Convención:

a) El establecimiento de cuentas no registradas en libros;

b) La realización de operaciones no registradas en libros o mal consignadas;

c) El registro de gastos inexistentes;

- d) El asiento de gastos en los libros de contabilidad con indicación incorrecta de su objeto;
 - e) La utilización de documentos falsos; y
 - f) La destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley.
4. Cada Estado Parte denegará la deducción tributaria respecto de gastos que constituyan soborno (artículos 15 y 16 de la Convención) y, cuando proceda, respecto de otros gastos que hayan tenido por objeto promover un comportamiento corrupto.

El soborno activo y pasivo en el ámbito privado se conmina con sanción penal en el artículo 21, constituyendo una innovación el tratamiento, como delito de corrupción, de la comisión intencional de malversación o peculado de bienes, fondos, títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que, por razón de su cargo, hubieren sido confiados a una persona que dirija una entidad del sector privado o que cumpla cualquier función en ella (art. 22).

- Puede por último afirmarse que hasta la entrada en vigor, en mayo de 1996, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de modificación del Código Penal español, la mayoría de las prácticas corruptas detectadas en el sector privado eran a lo sumo reprimidas en el ámbito civil (Vg. demandas por responsabilidad contractual o extra contractual, acciones de responsabilidad contra los administradores de sociedades), o en el administrativo (Vg. imposición de las sanciones establecidas en la Ley del Mercado de Valores o de la Ley de Disciplina e Intervención en las entidades de crédito) con nulos efectos de prevención general y especial.

La postergada introducción en el código represivo de los delitos societarios y el tratamiento dispensado últimamente por el legislador español al derecho penal económico, han supuesto un notable avance siquiera sea en la prevención positiva frente a los actos de corrupción en el sector privado, en tanto que ha promovido, -lamentablemente *ex post facto* en la mayoría de los casos-, códigos de conducta, criterios sobre buenas prácticas empresariales, estatutos de responsabilidad de consejeros o nombramientos de *compliance officers*, en un alarde de reconstrucción o mejora de la imagen corporativa, cuya verdadera eficacia radica únicamente en que con tales medidas formales viene a reconocerse el carácter ilícito y reprobable de determinados comportamientos contrarios a la ética empresarial que, hasta hace bien poco, eran considerados meros daños colaterales o efectos secundarios que, irremediabilmente, genera el mercado.

Ateniéndonos a los términos a los que quedaría circunscrita la práctica corrupta en el sector privado, su manifestación más simple -y no por ello menos habitual-, la *desviación de fondos*, es castigada con pena de seis meses hasta seis años de prisión en el artículo 252 del Código Penal español (CP), en su vertiente de incorporación

voluntaria al patrimonio particular, conforme a los verbos rectores “apropiarse” o “distraer”.

Es sin embargo el *delito societario de administración desleal* (art. 295 CP) el que cumple las notas caracterizadoras del comportamiento empresarial corrupto, al incorporar la nota de “abuso” de la función de administrador y exigir, para la perfección delictiva, que el perjuicio generado sea sólo “económicamente evaluable” y afecte a los accionistas de la sociedad, “depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administren”. Con arreglo a esta tipificación, que lleva aparejada pena privativa de libertad de hasta cuatro años, los pequeños accionistas de las sociedades cotizadas – fundamentalmente-, ven legítimamente reforzada su débil posición y sus derechos.

Con el mismo alcance instrumental que, como antes se indicaba para el sector público, se cometen los delitos de prevaricación, determinadas prácticas delictivas se ejecutan al amparo de falseamientos contables. No es de extrañar que cuentas fuera de balance, generalmente ubicadas en jurisdicciones *off shore*, sean utilizadas para actividades inconfesables a los legítimos destinatarios de la información, inversores, accionistas y a las autoridades competentes del mercado de valores, de supervisión bancaria, de control tributario. El artículo 290 CP castiga el falseamiento de las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, con pena de hasta tres años de prisión.

La UE, sensible a este tipo de comportamientos²⁸ está llevando a cabo una revisión del derecho de sociedades habiendo propuesto la Comisión Europea el 28 de octubre de 2004 reforzar las reglas contables de las empresas, obligándoles a declarar sus operaciones fuera de balance, como las realizadas en paraísos fiscales.

La iniciativa europea no es sin embargo espontánea y trae causa de graves conmociones bien conocidas en el sector financiero y en la opinión pública en general, cuyos efectos alcanzan a diversos estados y continentes, normalmente consecuencia de actuaciones corruptas llevadas a cabo por ejecutivos y dirigentes de empresas sobre la base manipulaciones contables. En tal sentido, la SARBANES-OXLEY Act de 2002, en vigor en los EEUU de América a partir del 15 de noviembre de 2004 afectará también a las empresas europeas que coticen en los mercados de valores americanos y seguramente en el resto de bolsas de los países pertenecientes al Tratado de Libre Comercio (Canadá-México-EEUU).

Por último, otros comportamientos incursos en el concepto de corrupción propuesto para el ámbito privado y susceptibles de integrar la referencia “corrupción”, contenida en la Decisión marco y en la LOEDE, serían la *difusión, revelación o cesión de secreto de empresa* del artículo 279 CP y la *utilización de información privilegiada en el mercado de*

²⁸ Vide la Propuesta de Directiva de 16 de marzo de 2004 relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas de sociedades

valores o delito de iniciados del artículo 285 CP, penados en ambos casos con hasta cuatro años de prisión.