

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
"LA CORRUPCION DEL AGENTE PUBLICO EXTRANJERO E INTERNACIONAL"

JESSIE LILIANA TREVEJO NUÑEZ
Trabajo Fin de Máster
Máster Oficial en Corrupción y Estado de Derecho
Universidad de Salamanca
amazona@usal.es

Junio, 2009

INDICE

ABREVIATURAS EMPLEADAS.....	1
INTRODUCCION.....	2
CAPITULO 1. CONSIDERACIONES COMUNES SUPRANACIONALES SOBRE EL DELITO DE SOBORNO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. JURISDICCIÓN Y TERRITORIALIDAD EN LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL.....	5
1.1. <i>Principios de Jurisdicción y Territorialidad. Marco general.....</i>	6
1.2. <i>Cooperación Penal Internacional en materia de Soborno Transnacional.....</i>	19
CAPITULO 2. INCORPORACIÓN DEL DELITO DE SOBORNO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.....	31
2.1 <i>La Ley N° 29316 sobre implementación del Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América. Antecedentes Legislativos: Principio directriz político – criminal del legislador.....</i>	31
2.2. <i>Ubicación sistemática del artículo 397º-A denominado Cohecho activo transnacional.....</i>	40
2.3. <i>A propósito del Bien Jurídico protegido del artículo 397º-A del Código Penal.....</i>	42
2.4. <i>Sujeto Activo del artículo 397-A del Código Penal Peruano.....</i>	46
CAPITULO 3. EL DELITO DE SOBORNO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y EL CUMPLIMIENTO DEL MANDATO DE LA OECD.....	52
3.1 <i>El artículo 445 del Código Penal y el cumplimiento del mandato de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OECD. Fase Uno.....</i>	52

3.2 El proyecto de Ley y el mandato de la OECD, cumplimiento de la Fase Dos?. Personas Jurídicas.....	57
3.3. El proyecto de Ley y el mandato de la OECD, cumplimiento de la Fase Dos?. Personas Naturales.....	64
3.4. Funcionario Público Extranjero en el Convenio de la OECD y en Naciones Unidas.....	68
CAPITULO 4. CASO HIPOTETICO.....	73
CONSIDERACION FINAL.....	81
BIBLIOGRAFIA.....	85
ANEXOS.....	92

ABREVIATURAS EMPLEADAS

Convención de Naciones Unidas	: <i>Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción</i>
Convención de la OEA	: <i>Convención de Interamericana contra la Corrupción.</i>
Convención de la OECD	: <i>Convención para combatir el cohecho Servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales nacionales.</i>
FCPA	: <i>Foreign Corrupt Practices Act.</i>
Glosary Standard	: <i>Corruption: A Glosary of International Standards in Criminal Law.</i>
Legislative Guide	: <i>Legislative Guide for the implementation of the United Nations Convention</i>
LOPJ	: <i>Ley Orgánica del Poder Judicial Español</i>
OEA	: <i>Organización de Estados Americanos</i>
OECD	: <i>Organization for Economic Co-Operation and Development</i>
Working Group	: <i>Working Group on Bribery in International Business Transactions.</i>

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación no pretende ser uno de carácter dogmático, no soy una dogmática del derecho penal, podría decirse más bien que soy una “práctica” del derecho; y, desde esa perspectiva, de la persona que tiene que visualizar el campo para determinar los puntos más importantes a analizar, es que he desarrollado el presente trabajo.

Considero que, a raíz del 11S la evolución de la sociedad globalizada en el marco de una “sociedad del riesgo” y de “cultura del control” se han materializado fehacientemente con la finalidad de combatir a nuevos fenómenos de criminalidad tales como las relacionadas al tráfico de drogas, tráfico de personas, tráfico de armas, delitos cibernéticos y corrupción.

Y el presente trabajo analítico es sobre corrupción organizada, exacto, ese tema que para muchos tratadistas es un quebradero de cabeza ¿Cómo llamar delitos económicos a conductas que antes no eran consideradas ilícitas sino “normales” ¿Cómo denominar al soborno transnacional delito? ¿Qué parámetros la subyacen? Es decir, plasmar parámetros en un trabajo pequeño es utópico, los parámetros requieren de un estudio analítico de la filosofía que subyace a la sociedad post moderna, sin embargo, lo que si puedo afirmar, es que se estamos viviendo bajo un Nuevo Contrato Social, *Art Deco sobre Rousseau* o aplicación de los principios básicos de toda sociedad que respete el Estado de Derecho: garantizar los Derechos Fundamentales; y, en ese marco, la nueva lectura sobre la defensa de los intereses económicos consagrados constitucionalmente, que hasta el devenir de estos tiempos transnacionales no habían sido tomados en cuenta.

En palabra de Niklas Luhman no se había articulado los paradigmas de la sociedad moderna hasta que ésta se materializó, que aunado con lo señalado por David Garland en el marco de una sociedad del Riesgo y cultura del Control. ¿Entonces que sucede? ¿En ese marco de globalización y cultura de control? Pues tenemos, en mi opinión, respecto a la corrupción las palabras de Maquiavelo o las de Immanuel Kant, en el marco de Heidegger que desarrolla el postulado básico de Descart. Exacto, los clásicos, siempre retornar a los clásicos, es decir, *el fin justifica los medios para el corruptor versus el hombre es el fin de todo, hombre que no sólo piensa para si sino que vive en relación con el ambiente que le rodea*, por tanto, rechazando la corrupción. Será ésta la lógica del protestantismo que la *Nueva Roma* ha implantado, es la *Ética del Protestantismo* de Marx Weber, la verdad no lo sé, prefiero las palabras de Sócrates a la de Rousseau y su *Contrato Social*: Sólo se que nada se.

Y bajo esta máxima, pretendo brindar una aproximación de los pilares fundamentales, de ese campo que hay que visualizar en palabras de David

Garland, que se encuentran relacionados al delito de soborno transnacional, que por su naturaleza transnacional, no descansa si los dogmáticos lo quisieran en la exclusiva naturaleza de la acción y del bien jurídico protegido, está fundamentada, en la cooperación penal judicial internacional. Exacto!!!! en aquella rama del derecho que muy pocos consideraban relevante; y, en los clásicos conceptos de Sujeto activo y Bien Jurídico protegido, aunque, en estos tiempos, desde una perspectiva transnacional.

En mi opinión, debemos de expresarnos ya no en terminos supranacionales, sino en transnacionales; no por arrogancia, sino por el establecimiento de nuevos parámetros en el marco de la globalización, en palabras de Ulrich Beck, sociedad del riesgo bajo el cual se establece un nuevo marco punitivo (administrativo como penal) de aquellas conducta ilícitas que podrían ser consideradas bajo el imperativo categórico de Kant como *conductas desplegadas para utilizar al hombre como medio en la consecución de fines*. Obviamente, dejo de lado, la positivización del derecho que propugnaba este tratadista con la finalidad que su defensa sea materialmente posible.

Caso contrario, yo recojo el Imperativo categórico y lo articulo, en palabras de Luhman, a la conceptualización de la sociedad que Rosseau realiza en su *Contrato Social* con la finalidad de redefinir el *Nuevo Contrato social de los tiempos postmodernos o de los tardomodernos*, en palabras de David Garland.

En razón a lo cual, realizo una aproximación analítica de los Aspectos procesales, adecuación de las normas a la legislación interna, de las tendencias de política criminal que la enmarcan, sobre todo al Bien Jurídico en las transacciones comerciales internacionales: el comercio y la inversión internacional, los sujetos no sólo las personas naturales pertenezcan o no a una persona jurídica sino a un organismo internacional o agencia internacional. Estableciendo que ésta la realizo bajo parámetros de metodología deductiva, la interpretación de los documentos internacionales y su plasmación en la legislación interna. Puesto que la investigación y sanción de este delito por su especial naturaleza recae no sólo sobre el eje dogmático sino que descansa en los principios del derecho procesal aplicado a nivel internacional.

¿Mundo de tecnologías- de sociedades de riesgos- de la revalorización de bienes que adquieren la categoría de ser susceptibles de ser protegidos por el ordenamiento jurídico? Respuesta a ser brindada desde la óptica de la sociedad del riesgo y cultura del control. Donde la paradoja se origina al haber visualizado que, en mi opinión, ésta podrá ser materializada en torno al bien jurídico que se quiera proteger en dicha sociedad, en el presente caso desde la óptica de la economía globalizada, bajo una nueva *lex mercatoria*: defensa y protección del comercio y las inversiones internacionales.

Y en este marco, ¿La corrupción, como la conceptualizamos? En mi modesta opinión por las consecuencias, porque, a mi entender, una conceptualización como tal no existe. Si las naciones organizadas en el ámbito de las Naciones Unidas, no pudieron definir dicho concepto, es que no existe sino sólo bajo sus efectos no *per se* por la definición que la palabra engloba.

Corrupción y soborno transnacional, mercado económico globalizado y corrupción ¿articular en torno a las obligaciones supranacionales? o ¿articular bajo parámetros transnacionales? En mi opinión, bajo parámetros transnacionales, la supranacionalidad estará desestructurando el Estado tal como lo conocemos, sin embargo la transnacionalidad de las conductas ilícitas está generando respuestas transnacionales desde el derecho penal internacional con la finalidad que sean adecuadas, incorporadas o asimiladas, dependiendo del ordenamiento jurídico, a las normas internas de los Estados partes que conforman la comunidad internacional, en todos sus sectores y ámbitos.

Y en ese ámbito es que desarrollo el presenta análisis del delito de soborno transnacional y su adecuación a las normas internas de cada país: Perú y España, en el marco de los tratados que la subyacen: la Convención Interamericana contra la Corrupción en el caso peruano, la Convención para combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros de la OCDE en el caso español; y, para ambos Estados, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Al respecto debo señalar que dejo varios temas aun por investigar que están relacionados con el soborno transnacional.

Para un trabajo posterior, realizaré sobre la base de lo señalado en la presente la aplicación de los Indices de Fuentes de Soborno y de aquellas escalas que nos permitirán visualizar el real impacto que sobre el desarrollo sostenible, que un estado emergente debe tener. Sólo presentaré los casos relevante que han sido recogidos por Transparencia Internacional respecto a los casos sobre soborno transnacional.

CAPITULO 1

CONSIDERACIONES COMUNES SUPRANACIONALES SOBRE EL DELITO DE SOBORNO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. JURISDICCIÓN Y TERRITORIALIDAD EN LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL.

La evolución del sistema penal supranacional o sistema penal internacional desde sus inicios ha estado claramente marcada por el respeto al Principio de Soberanía, consagrada en la Carta de las Naciones Unidas¹ entendida en el marco de la igualdad de todos los Estados miembros proscribiéndose la intervención de un tercer Estado en materias que son de exclusiva competencia de su jurisdicción interna así como en el respeto a su independencia con la finalidad de resolver sus problemas internacionales económicos, sociales y humanitarios².

El Principio de Soberanía debe de ser ejercida con responsabilidad, por consiguiente subordinada a los Principios de Jurisdicción y Territorialidad que han enmarcado su evolución y ejecución tanto a nivel internacional, en las relaciones establecidas entre los Estados de la comunidad internacional, como a nivel interno al momento de la aplicación de las normas internacionales a los que los Estados se han sujetado en virtud a los instrumentos internacionales de los cuales son parte, en el respeto a su normas constitucionales, en razón a lo cual las convenciones materia del presente análisis³ establecen cláusula de salvaguarda con la finalidad que dichos ordenamientos no sean trasgredidos.

¹ KITTICHAISAREE, Kriangsak. *International Criminal Law*. Oxford University Press, New York, 2001, 482p.

"Article 2 (1) provides that the United Nations (UN) "is based on the principle of sovereign equality of all its members". The rationale behind this is to pre-empt assertion of hegemony by one State over another, as Germany and Japan during WWII. Furthermore, Article 2(7) of the Charter proscribes intervention "in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any State". The Charter does not provide for compulsory settlement of disputes. Only in the extreme case of threats to the peace, breaches of the peace, and acts of aggression could the UN Security Council resort to enforcement measures pursuant to Chapter VII of the Charter to compel compliance by deviant States.", 6p. *Mayor información ver: GARCIA, Luis y otros. Los derechos humanos en el proceso penal*. Abado de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2002, 20-22p.

² UNITED NATIONS. *Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/49/186 on 6 march 1995 Alternative approaches and ways and means within the United Nations system for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms*.

"(...)respect for the independence, sovereignty and territorial integrity of each State, including the right of every people to choose freely its own socio-economic and political system, with a view to solving international economic, social and humanitarian problems", 3p.

³ 1) Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos, en adelante Convención de la OEA; 2) Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en adelante Convención de Naciones Unidas; y, 3) Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, en adelante Convención de la OECD.

1.1. Principios de Jurisdicción y Territorialidad. Marco general.

Los *Principios de Jurisdicción y Territorialidad* como pilares del respeto al Principio de Soberanía⁴ enmarcan el desarrollo de los instrumentos de la Comunidad Internacional; y, sobre todo del sistema penal internacional, tanto a nivel de la tipificación de las conductas que deben ser consideradas ilícitas por los ordenamientos jurídicos de cada Estado parte, sobre la base de los instrumentos internacionales sobre la materia a los cuales se ha obligado, como a nivel procesal en la aplicación de mecanismos de orden adjetivo que posibilitan todo un conjunto de medidas tendientes a la consecución del procesamiento y juzgamiento de los sujetos imputados, que sólo son posibles y efectivas si éstas se desarrollan en el marco del respeto a los Principios de los Derechos Humanos que la subyacen⁵ y que se encuentran reconocidas, a su vez, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶.

Dichos pilares han sido fundamentales,⁷ en el desarrollo de los instrumentos internacionales relativos, entre otros, a la lucha contra la corrupción; y, específicamente en lo relativo al delito de soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

En esta materia, en el sistema americano de naciones, la lucha contra el soborno transnacional ha sido plasmada como uno de los items – que en la actualidad cobra mayor notoriedad –, en la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, bajo el auspicio de la Organización de Estados Americanos; por su parte, en el sistema europeo ésta se ha visto específicamente materializada en la “Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales” al amparo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OECD, ambas con carácter regional; y, a nivel mundial en la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” en el seno de las Naciones Unidas.

⁴ CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS
“Artículo 2

Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

1. La Organización esta basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros. (...)”

⁵ ZARAGOZA AGUADO, Javier. “La cooperación judicial y el blanqueo de capitales”. En: MINISTERIO FISCAL: *Estudios Jurídicos*. Vol.IV. Año 2002. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia – Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, 629-681p.

“(…) Sólo desde la coincidencia de contextos sociojurídicos y desde el respeto a los derechos y libertades fundamentales en el marco del Estado democrático es posible configurar espacios jurídicos comunes y profundizar en su construcción.” 632p.

⁶ NACIONES UNIDAS. *Resolución adoptada por la Asamblea General 217/A (III) de fecha 10 de diciembre de 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos.* www.un.org/es/documents/udhr/

⁷ SACERDOTI, Giorgio. “¿Sobornar o no Sobornar?”. En: CARTIER BRESSON, Jean (ed): *Las Reglas del Juego Cambiarion: La lucha contra el soborno y la corrupción*. OECD, París, 2000, 35-61p.

“(…) los criterios para determinar la *jurisdicción* (...) se debatió ampliamente a lo largo de la negociación, en busca de un equilibrio entre las obligaciones de los diferentes Estados signatarios y un cumplimiento de la legislación balanceado y efectivo. En países del (*civil law*) se considera que la nacionalidad del acusado es un criterio para determinar la jurisdicción (...) en los países del (*common law*) se ejerce la jurisdicción en asuntos penales con base en consideraciones puramente territoriales”.46p. *Lo señalado entre paréntesis en una precisión que realizo, puesto que la traducción del texto, al referirse a sistemas jurídicos es inadecuada.*

Dichas normas internacionales requieren de su incorporación en la legislación interna de cada Estado parte para su ejecución, al no tener carácter de “*self-executing*”, en razón a lo cual las Partes adoptarán las medidas necesarias en su ordenamiento para su implementación⁸, es decir, por intermedio de una obligación de resultado⁹ en sede Legislativa. Tratados que por su especial naturaleza no podrán ser aplicados directamente por los tribunales, respecto a las obligaciones ahí contenidas, pero de la cual si podrá extraerse Principios que puedan fundamentar una decisión judicial¹⁰.

Señalado así, el *Principio de Jurisdicción* – del latín “*iurisdiction* – recogido por los citados convenios internacionales señalados precedentemente, constituye una de las bases¹¹ a partir del cual el sistema penal internacional se articula en materia de tema de lucha contra la corrupción, puesto que su desarrollo a nivel interno es atributo de la soberanía y potestad constitucional de cada Estado parte.

En razón a lo cual, la “Convención Interamericana contra la Corrupción” como la “Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción”, en sus artículos V y 42, respectivamente, plasman el principio de Jurisdicción al señalar “*Each State Party shall adopt such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offenses(...)*”, destacando que el verbo rector bajo el cual gira el respeto a la jurisdicción interna de cada Estado miembro es “*shall*

⁸ REUTER, Paul. *Introducción al Derecho de los Tratados*. Fondo de Cultura Económica, México, 1999, 340p.

“(…) la aplicación de las normas establecidas por un tratado requiere a menudo la implantación previa de medidas reguladoras, administrativas o financieras, sin las cuales resulta materialmente imposible la ejecución de un acuerdo.” 35p. *En ese mismo sentido*, ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Corruption: A Glossary of International Standards in Criminal Law*. ISBN.978-92-64-02740-4. París, 2008, 98p. “(…) the conventions require states to have appropriate legislation and measures in place to implement the conventions. The conventions establish minimum standards that implementing legislation must meet.”.14p. *Asimismo*, ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. AG/RES.2410 (XXXVIII-O/08) adoptada el 3 de Junio de 2008. *Seguimiento de la Convención Interamericana Contra la Corrupción y del Programa Interamericano de Cooperación en la lucha contra la corrupción de la OEA*. “3. To urge the states parties to the Inter-American Convention against Corruption to take any measures they deem necessary, within their own institutional systems, to adapt their domestic law in order to comply with the commitments they undertook upon ratification of or accession to the Convention.”, 2p.

⁹ESCOBAR HERNANDEZ, Concepción. “La aplicación de los Tratados Internacionales en España”. *En*: MANGAS MARTIN, Araceli (ed): *Cuestiones Prácticas de Derecho Internacional Público y Cooperación Jurídica Internacional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, 41-90p.

“Al igual que el resto de los tratados internacionales, el tratado *non self – executing* obliga al Estado, pero lo hace a través de la imposición de una *obligación de resultado*, lo que equivale al reconocimiento de un margen de discrecionalidad para decidir la manera en que se dará aplicación al mismo en el ordenamiento interno. Así pues, dicha norma se configura como un acto de “aplicación” del tratado, no en sede judicial sino en sede legislativa.”, 71p.

¹⁰ ESCOBAR HERNANDEZ, Concepción. *Op cit*.

“(…) la imposible aplicación de los tratados *non- self executing* tan sólo impide a un juez nacional aplicar de modo directo sus disposiciones y fundamentar una decisión en sede judicial sobre la base exclusiva de los mismos, pero no le impide (...) extraer del tratado principios que le sirvan para interpretar otras normas directamente aplicables en nuestro ordenamiento.”, 72p.

¹¹ Las otras bases del sistema penal internacional, serían la aplicación del principio de doble incriminación, ne bis in idem, legalidad, prescripción, reciprocidad.

*adopt*¹²”, parámetro bajo el cual aplicará la convención en el ámbito interno, como una norma de carácter de *hard law*, es decir de obligatorio cumplimiento.

En el mismo sentido, la “Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales” de la OECD en su artículo 4 señala que “*Each Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the bribery of a foreign public official when the offence is committed in whole or in part in its territory.*”, considerando que el verbo rector de respeto a la jurisdicción interna del Estado es “*shall take*”, así, concordando con lo señalado por Mark PIETH¹³, inicialmente en sus labores la OECD aplicó las normas de *soft law* técnicas que se aplicaban como método de supervisión de las normas de derechos humanos, luego también utilizadas por los Grupos de Acción contra el Crimen Organizado, combinándolos con métodos aplicados a procedimientos de acceso a organizaciones internacionales. La evolución de las normas en materia de soborno transnacional de *soft law* a *hard law* se concretizaron con la adopción de la citada Convención.

Considerando además que el Principio de Jurisdicción se despliega como potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, determinando el derecho aplicable por el ordenamiento jurídico interno a determinada relación o situación en conflicto¹⁴; en ese sentido, las tres convenciones en cuestión señalan que bajo su jurisdicción cada estado parte adoptará las medidas necesarias para establecer jurisdicción sobre los delitos cometidos en todo o parte de su territorio.

Mientras la Convención Interamericana y la Convención de Naciones Unidas señalan genéricamente que su aplicación se efectuará cuando el delito se haya cometido en su territorio, redactado de manera distinta pero con el mismo sentido como “*(...)when the offense in question is committed in its territory.*”; y,

¹² UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime. Division for Treaty Affairs. *Legislative Guide for the implementation of the United Nation Convention against Corruption*. ISBN-10: 92-1-133755-0, ISBN-13: 978-921-133755-6, New York, 2006, 284p.

“12. Whenever the phrase “each State Party shall adopt” is used, the reference is to a mandatory provision. Otherwise, the language used in the guide is “shall consider adopting” or “shall endeavour to”, which means that States are urged to consider adopting a certain measure and to make a genuine effort to see whether it would be compatible with their legal system. For entirely optional provisions, the guide employs the term “may adopt”.”, 4p.

¹³ PIETH, Mark. “Del Ideal a la Realidad: Cómo Lograr la Permanencia de las Nuevas Normas Globales”. En: CARTIER BRESSON, Jean (ed): *Op.cit.*, 63-80p.

“(…) el proceso de la OCDE (...) se ha convertido en una técnica modelo para garantizar la apropiada puesta en marcha de las normas. De manera potencial, la iniciativa podría ofrecer un ejemplo en un sentido mucho más fundamental, pues ha sido impulsada, en gran medida, por la urgencia de abrir y liberalizar los mercados del mundo. El combate contra la corrupción y el reforzamiento de ideas de justicia o de un terreno nivelado en términos de comercio internacional, contribuyen al establecimiento de normas a nivel mundial.”, 65-66p.

¹⁴ PEREZ-CRUZ MARTIN, Agustín-Jesús y otros. *Derecho Procesal Penal*. Thomson – Reuters, Cizur Menor, 2009, 991p.

“La jurisdicción (del latín “iurisdiction”) se configura como la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, declarando el derecho aplicable a determinada relación o situación regulada por el ordenamiento jurídico. Dicha potestad jurisdiccional como potestad constitucional y atributo de la soberanía del Estado, emana del pueblo (...) es encomendada con carácter exclusivo y excluyente a Jueces y Magistrados, integrantes del Poder Judicial, independientes, imparciales y sometidos exclusivamente a la Ley.”, 67p.

“(…)*The offence is committed in the territory of that State Party;(…)*”, respectivamente. La Convención de la OECD particulariza su redacción al señalar que su aplicación estará sujeta a los delitos que sean cometidos en todo o parte de su territorio “(…)*when the offence is committed in whole or in part in its territory*”. En ambos supuestos, en irrestricto respecto al Principio de Territorialidad como manifestación de la soberanía del Estado parte, con la finalidad de exigir el cumplimiento de las normas internas, que analizaremos posteriormente.

Así, el Principio de jurisdicción se aplicará tanto a nivel sustantivo como adjetivo, al momento de determinar si un específico tipo penal consagrado en los citados instrumentos internacionales es pasible de aplicación por parte de los jueces y magistrados al interior de su ordenamiento jurídico¹⁵.

A nivel sustantivo, la aplicación del principio de jurisdicción están en estrecha conexión con el principio de legalidad bajo el aforismo *nulla poena sine lege* puesto que los magistrados al interior de su ordenamiento jurídico no podrán exceder el marco legal bajo el cual operan ni juzgar hechos que no son delictivos, en el sistema continental, tal como el caso peruano¹⁶ y español¹⁷, al ser sistemas penales cerrados¹⁸, no se admite bajo supuestos de lagunas legales la integración como parte de la labor interpretativa de jueces¹⁹.

¹⁵ UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime. Division for Treaty Affairs. *Legislative Guide for the implementation of the United Nation Convention against Corruption. Op.Cit.*

“493. The jurisdiction to prosecute and punish such crimes is addressed in article 42 of the Convention against Corruption. Chapter IV (International Cooperation) of the Convention provides a framework for cooperation among States parties that have already exercised such jurisdiction. It is anticipated that there will be cases in which many States parties will be called upon to cooperate in the investigation, but only a few of them will be in a position to prosecute the offenders.” 155p.

¹⁶ CODIGO PENAL PERUANO.

“Título Preliminar. Principios Generales.

Artículo II.- Principio de Legalidad

“Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.”

¹⁷ CODIGO PENAL ESPAÑOL LEY ORGANICA 10/1995

“Artículo 2.

1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad.

2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.”

¹⁸ CODIGO PENAL PERUANO DECRETO LEGISLATIVO N°635

“Título Preliminar. Principios Generales.

Artículo III. Inaplicabilidad de la analogía

No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.”

¹⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín. “De las garantías penales y de la aplicación de la Ley Penal”. En: QUINTERO OLIVARES y otros (ed): *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Thomson – Aranzandi, Cizur Menor, 2005, 49-80.

“La regla contenida en el núm.2 del artículo 4 (...) plasmación del viejo aforismo “nulla poena sine lege”, y en buena lógica podría tenerse por regla redundante al estar implícita en los artículos 1.1º y 2.1º C.P. (...), como decía ANTON ONECA, que el nuestro (era) es un sistema penal cerrado *que no admite en ningún*

Es así que, las tres convenciones señalan que los delitos descritos en sus textos deberán ser incorporados previamente a la legislación de cada Estado parte con la finalidad que este sea aplicable, para cuyos efectos deberán establecer el tipo penal al interior de su ordenamiento jurídico²⁰, base sobre la cual se aplicará el Principio de Jurisdicción.

En relación a la incorporación de los tipos penales establecidos en los Tratados en cuestión, estos se encuentran estipulados en el artículo VII del Coonvenio de la OEA “Los Estados Partes (...) adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción (...)”, la Convención de Naciones Unidas en su artículo 3 dispone “La presente Convención se aplicará, de conformidad con sus disposiciones (...) delitos tipificados con arreglo a la presente (...)”; y, la Convención de la OECD en su artículo 1 plasma “Cada Parte tomará las medidas necesarias para establecer que es un delito punible bajo su ley (...)”.

A nivel adjetivo, la relación entre proceso y jurisdicción es de suma importancia puesto que, cuando requiramos resolver conflictos de jurisdicción, considerando su aplicación al delito de soborno transnacional, como bien su denominación indica, además del bien jurídico que lo subyace tema que se desarrollará en acápite aparte, debemos considerar que los sujetos involucrados pertenecen a jurisdicciones distintas: diferentes Estados o Estado y organización pública internacional, en la que articular los mecanismos de cooperación penal internacional es de suma importancia con la finalidad de conseguir una eficaz investigación y proceso de los actores involucrados; razón por la cual ésta se materializará en razón a límites objetivos, subjetivos y de territorio.

Los límites en razón a territorio lo desarrollaré posteriormente en base al Principio de Territorialidad sin entrar a consideraciones sobre su aplicación Extraterritorial.

El límite objetivo es entendido como la limitación de la jurisdicción penal a las causas y juicios criminales para cuyos efectos la norma de remisión será la normatividad penal sustantiva, con la finalidad de determinar que conductas deben ser tipificadas²¹, el numeral 2 del artículo V del Convenio de la OEA señala “Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas que sean necesarias

caso que pueda haber lagunas susceptibles de ser integradas por la labor interpretativa de los jueces.”, 62p.

²⁰ UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime. Division for Treaty Affairs. *Legislative Guide for the implementation of the United Nation Convention against Corruption*. Op.cit.

“492. The international community wishes to ensure that no serious crime goes unpunished and that all parts of the crime are punished wherever they took place. Jurisdictional gaps that enable fugitives to find safe havens need to be reduced or eliminated. Another concern is to ensure that in cases where a criminal group is active in several States which may have jurisdiction over the conduct of the group, there is a mechanism available for those States to facilitate coordination of their efforts.”, 155p.

²¹ PEREZ CRUZ, PEREZ CRUZ, Agustín-Jesús y otros. *Derecho Procesal Penal*. Op.cit. 67-72p. En ese mismo sentido, ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2007, 62-66p.

para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona que tenga residencia habitual en su territorio.”, el numeral 2 del artículo 42 de la Convención de Naciones Unidas estipula que la jurisdicción se podrá establecer para conocer los delitos establecidos en dicho instrumento internacional cuando sea cometido por uno de sus nacionales o por persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio, o para la investigación y procesamiento por delitos de blanqueo de capitales en sus modalidades de conversión o transferencia y de actos de ocultamiento o disimulación, cuando el delito sea cometido contra los intereses del Estado.

Asimismo, el numeral 2 del artículo 4 del Convenio de la OECD dispone que “Cada Parte que tenga jurisdicción para perseguir a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción con respecto al cohecho de servidores públicos extranjeros, de acuerdo con los mismos principios”, que se aplica conjuntamente con el artículo 7 sobre Operaciones con Recursos de Procedencia ilícita de dicho cuerpo legal, específicamente, para el blanqueo de capitales con la finalidad de determinar jurisdicción objetiva, bajo el supuesto que si el Estado parte ha tipificado en su legislación interna que el delito de cohecho de servidores es un delito conexo para la aplicación de la legislación relativa a las operaciones con recursos de procedencia ilícita, entonces, ésta también será de aplicación para el cohecho de servidores públicos extranjeros²², considerándose además que, la investigación y persecución del cohecho transnacional estará sujeta a las reglas y principios de cada parte sin consideraciones de interés económico.²³

Aquí, tengo presente lo señalado por la OECD en el *Glossary Standard* en relación al delito de blanqueo de capitales, que la globalización y el avance tecnológico han permitido que los criminales fácilmente transfieran, oculten y laven los productos de la corrupción. Por tanto, se hace necesario un efectivo marco legal de lucha contra la corrupción, donde dichas normas abarquen realmente lo estipulado por las convenciones en la materia.

²² ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Corruption: A Glossary of International Standards in Criminal Law. Op.cit.*

Chapter 10. Other corruption-related offences (...) The offence of money laundering.

“(...)As noted earlier, globalisation and technological advancement have allowed criminals to easily transfer, hide and launder the proceeds and instrumentalities of corruption. Hence, an effective legislative framework to fight corruption must also prohibit such activities. (...) The international conventions all address the issue of laundering the proceeds of corruption. Although they do this in different ways, the essential message is that the corruption offences covered by those conventions shall be predicate offences for the purpose of the offence of money laundering.”, 86p.

²³ OECD - *Convención para combatir el cohecho de servidores publicos extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.*

“Artículo 5

Aplicación

La investigación y persecución del cohecho a un servidor público extranjero estarán sujetas a las reglas y principios de cada Parte. No estarán influidas por consideraciones de interés económico nacional, por el efecto potencial sobre sus relaciones con otro Estado ni por la identidad de las personas físicas o morales involucradas.”

Los límites subjetivos de la jurisdicción penal se concretizan en el carácter de la conducta y bajo el supuesto de que su enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. Debe señalarse que, este límite en los tratados internacionales se articula de manera coherente tanto con el denominado límite objetivo como con el territorial.

En palabras del maestro Agustín-Jesús PEREZ CRUZ²⁴, los límites territoriales se fijan en atención a la atribución de Juzgados y tribunales internos sobre los delitos y faltas cometidos en el territorio del Estado o cometidos a bordo de aeronaves o buques bajo su jurisdicción, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados en los que los Estados sean parte.

Un intento primigenio, en materia de corrupción, fue establecido en la Convención de la OEA en su párrafo 3 del artículo V que señala *“Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite a otro país por motivo de la nacionalidad del presunto delincuente.”*, mientras que la Convención de la OECD establece que en caso de conflicto de jurisdicción las partes deben consultarse entre sí, mecanismo de consulta, para establecer la jurisdicción al señalar *“Cuando más de una Parte tenga jurisdicción sobre un presunto acto delictuoso comprendido en esta Convención, las Partes involucradas deberán, a petición de una de ellas, consultar entre sí para determinar cual será la jurisdicción más apropiada para perseguir el delito.”*

A nivel más evolucionado, sobre aplicación del principio de jurisdicción, se encuentra la Convención de Naciones Unidas que desarrolla varios hipotéticos supuestos para resolver conflictos en esta materia, en el caso que los delitos se hayan cometido en su territorio, a bordo de aeronave o buque sometido a sus leyes; y, cuando no pueda extraditarse al sujeto investigado o procesado por el sólo hecho de ser nacional del Estado.

Coincidiendo sobre el particular, con la crítica expuesta por Beatriz GARCÍA SANCHEZ respecto a la cual el fundamento de la no entrega de nacionales no se encuentra en un Principio de Derecho internacional, sino en la pugna con los postulados de una íntegra cooperación y solidaridad entre las autoridades penales de los Estados integrantes de la comunidad internacional; además de la tendencia de algunos Estados a conservar las facultades propias de la soberanía en el mayor número posible de casos; y, en otros por la desconfianza más o menos justificada en la justicia penal de otros países²⁵.

Bajo ambos supuestos, señalados precedentemente, deberá aplicarse el Principio de *Aut dedere aut judicare*²⁶ – o entregas o juzgas – para que la

²⁴ Mayor información ver: PEREZ CRUZ, Agustín-Jesús y otros. *Op.cit.* 67-72p

²⁵ Mayor información ver: GARCIA SANCHEZ, Beatriz. *La extradición en el ordenamiento español, internacional y comunitario*. Comares, Granada, 2005, 263p.ss.

²⁶ Mayor información ver: ZDZISLAW, Galicki. *La obligación de extraditar o juzgar (“Aut dedere aut judicare”) en Derecho Internacional*. www.untreaty.un.org/ilc/reports/2004/spanish/annex.pdf

conducta delictiva desplegada no quede impune²⁷, así como también la aplicación de mecanismos de consulta cuando un Estado parte tome conocimiento que en otro Estado se están realizando investigaciones o procesos similares con la finalidad de evitar superposición de jurisdicciones.²⁸

Para lo cual los fiscales y magistrados procederán a la determinación si el acusado está sometido o no a los órganos jurisdiccionales internos o internacionales o de un tercer estado, incluyéndose el análisis de la aplicación del Principio de Inmunidad o de su exclusión, si así correspondiese, de conformidad con la norma interna sobre la materia²⁹ y de los respectivos instrumentos bilaterales o multilaterales internacionales.³⁰

En ese sentido el maestro PEREZ CRUZ señala que los límites subjetivos se ven concretados el carácter penal de la conducta y bajo el supuesto que su enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción interna ordinaria, procede por tanto, la determinación de si el acusado está sometido o no a los órganos jurisdiccionales nacionales, lo que se adecuará a lo dispuesto en su jurisdicción y en los tratados internacionales. Conforme a lo cual, es necesario aludir a un conjunto de excepciones subjetivas, conocidas como inmunidades³¹.

Así, una vez delimitada la Jurisdicción, se plantea el problema que debe entender el magistrado o el fiscal al momento de delimitar su actuación al solicitar cooperación penal internacional³², frente a otros Estados. En aplicación

²⁷ UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime. Division for Treaty Affairs. *Legislative Guide for the implementation of the United Nation Convention against Corruption. Op.cit.*

“494. The Convention requires that States parties establish jurisdiction when the offences are committed in their territory or on board aircraft and vessels registered under their laws.101 States are also required to establish jurisdiction in cases where they cannot extradite a person on grounds of nationality. In these cases, the general principle aut dedere aut judicare (extradite or prosecute) would apply (see arts. 42, para. 3, and 44, para.11).”, 155p.

²⁸ UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime. Division for Treaty Affairs. *Legislative Guide for the implementation of the United Nation Convention against Corruption. Op.cit.*

“495. In addition, States parties are invited to consider the establishment of jurisdiction in cases where their nationals are victimized, where the offence is committed by a national or stateless person residing in their territory, where the offence is linked to money-laundering planned to be committed in their territory, or the offence is committed against the State (art. 42, para. 2). Finally, States are required to consult with other interested States in appropriate circumstances in order to avoid, as much as possible, the risk of improper overlapping of exercised jurisdictions (art. 42, para. 5). States Parties may also wish to consider the option of establishing their jurisdiction over offences established in accordance with the Convention against Corruption when extradition is refused for reasons other than nationality (art. 42, para. 4).”, 156p.

²⁹ *Ver anexo:* CODIGO PENAL PERUANO.DECRETO LEGISLATIVO N°635. Artículos 1,2,10. LEY ORGANICA 6/1985 DEL PODER JUDICIAL Artículos 21 y 23.

³⁰ ARMENTA DEU, Teresa. *Op.cit.* 64-65p.

³¹ *Mayor información ver:* PEREZ CRUZ, Agustín-Jesús y otros. *Op.cit.* 67-72 p. *Asimismo, información sobre privilegios e inmunidades diplomáticas en:* “Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de fecha 18 de abril de 1961, vigente desde el 24 de abril de 1964; “Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de fecha 24 de abril de 1963, vigente desde el 19 de marzo de 1967”.

³² BUJOSA VADELL, Lorenzo. *Derecho Procesal Penal.* Ciencias de la Seguridad- CISE, Salamanca, 2007, 508p.

“(…) También les corresponde conocer de las causas por delitos, aun cuando el hecho se haya cometido en el extranjero, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hayan adquirido la nacionalidad española después de los hecho, si se producen las siguientes circunstancias: que le hecho sea punible en el lugar de la comisión, salvo excepciones; que el agraviado o el Ministerio

del artículo 23 Ley Organica del Poder Judicial Español corresponderá a los organos jurisdiccionales españoles el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidas en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas, sin perjuicio de que algún tratado disponga otra cosa. En el mismo sentido, el Artículo 1 sobre Principio de Territorialidad y el artículo 2 sobre Excepciones a la aplicación del principio de territorialidad del Código Penal peruano, contemplan los supuestos previstos en la normatividad española.

Sobre el particular, tengo presente la estrecha relación existente entre Jurisdicción y Cooperación Penal Internacional que se plasma a nivel interno, puesto que el desarrollo y aplicación de la segunda implica un claro respeto a la primera, la investigación y procesamiento – la administración de justicia – sólo puede efectivizarse en el marco del territorio del Estado, en aplicación del respeto al Principio de Soberanía.

En ese sentido, Christian HERRERA señala que la asistencia internacional se brinda con la finalidad de facilitar el correcto desarrollo de la función jurisdiccional del Estado requirente, contribuyéndose con ello a una adecuada tutela de carácter declarativa en el procedimiento. Puesto que la función soberana del Estado al ejercitarse al interior del mismo, no puede desplegarse fuera del territorio de su circunscripción, por tanto, una eficaz resolución de conflictos con componentes internacionales requerirá la colaboración interestatal³³.

Por ello considero que, una disposición común a las tres convenciones es la no exclusión de cualquier otra regla que haya sido consagrada al interior de la legislación interna de cada Estado parte, como aquella que señala que el magistrado del Estado parte debe avocarse a una causa en su jurisdicción.

En palabras de Teresa ARMENTA DEU³⁴ al referirse a la jurisdicción como presupuesto penal, pretende brindar respuesta a cuestionamientos tales como, cuándo corresponde a los organos del Estado nacional conocer o no de las causas y juicios criminales que se llevan a cabo en Estado extranjero; o que sucede una vez determinado que el responsable es el Tribunal del Estado nacional del que es nacional el imputado o existe alguno de los factores de conexión que recaen sobre él para que se asuma jurisdicción.

Po tanto, el conocimiento de las materias que recaen bajo el ámbito de competencia del Estado serán conocidas si existen elementos de conexión entre el proceso y el ordenamiento jurídico interno, con lo cual se autolimita el ejercicio de su función jurisdiccional³⁵, así como la aplicación del Principio de

Fiscal hayan denunciado o se hayan querellado ante los órganos jurisdiccionales españoles, y que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero y que, en este último caso, no haya cumplido la pena." 27p.

³³ HERRERA PETRUS, Christian. *La obtención internacional de pruebas asistencia jurisdiccional en Europa*. Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 2005, 392p. 29-30p.

³⁴ ARMENTA DEU, Teresa. *Op.cit.* 62p.

³⁵ PEREZ CRUZ, Agustín-Jesús y otros. *Op.cit.*

extraterritorialidad o jurisdicción universal³⁶, a tenor de lo cual, el numeral 4 del artículo V de la Convención de la OEA dispone claramente “*La presente Convención no excluye la aplicación de cualquier otra regla de jurisdicción penal establecida por una Parte en virtud de su legislación nacional*”, la Convención de Naciones Unidas también señala en el numeral 6) del artículo 42 “*Sin perjuicio de las normas del derecho internacional general, la presente Convención no excluirá el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno*”, mientras que el convenio de la OECD insta a desarrollar el Principio de Jurisdicción al interior de los Estados partes considerándose que éste no sea obstáculo para la eficacia en la lucha contra el soborno transnacional³⁷.

Razón por la cual, considero que el Principio de Jurisdicción se encuentra estrechamente vinculado al *Principio de Territorialidad* como manifestación de soberanía en la cual encuentra su fundamento³⁸ y que es respetada por las convenciones antes señaladas³⁹, por intermedio de “cláusulas de salvaguarda” y al amparo de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”⁴⁰ al señalar que todo instrumento internacional será de aplicación en lo que

“(…) los órganos jurisdiccionales españoles, desde el punto de vista territorial, no pueden conocer de todos y cada uno de los procesos que puedan suscitarse ante ellos, sino exclusivamente cuando se aprecia la existencia de algún elemento de conexión entre el proceso y el ordenamiento jurídico español, provocándose, en definitiva una suerte de automilitación del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional.” 69p.

³⁶ PUEYO LOSA, Jorge. “Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional”. En: GONZALES ALVAREZ y otros (ed): *Cooperación jurídica internacional*. Colección Escuela Diplomática N°5, Madrid, 2001, 242p.

“(…) capacidad que se abre para todos los Estados – para cualquier Estado –de reprimir la comisión de estos crímenes, con independencia de la nacionalidad de su autor y del lugar donde se hallan cometido, por medio del reconocimiento del principio de universalidad, expresa un alto grado de cooperación jurídica internacional destinadas a evitar la existencia de espacios de impunidad en el mundo; sobre todo cuando se constata que el Estado que normalmente tiene jurisdicción sobre estos actos delictivos es bastante improbable que los persiga eficazmente, en la medida en que el propio aparato del Estado estará estrechamente vinculado a la perpetración de los mismos, amparando y alentando, así el fenómeno de la impunidad.” 142p.

³⁷ OECD – *Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales*.

“Artículo 4

Jurisdicción

(…) 4. Cada Parte revisará si el fundamento actual para su jurisdicción es eficaz para la lucha contra el cohecho de servidores públicos extranjeros y, si no lo es, tomará las medidas apropiadas.”

³⁸ EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS. *Extraterritorial criminal jurisdiction*. Council of Europe, Strasbourg, 1990, 42p.

“*The principle of territoriality. The authority of a state to establish jurisdiction over acts that take place in its own territory is uncontested. This legal principle, which is accepted everywhere as the most substantial basis for claiming criminal jurisdiction, derives from the sovereign powers exercised by a state within its own territory.*”

³⁹ Artículo V de la *Convención Interamericana contra la Corrupción*; artículo 5 de la *Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales*; artículos 3 y 4 de la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*.

⁴⁰ *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969)

(…)

“29. Ambito territorial de los tratados. Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo.”

respecta a las Partes en la totalidad de su territorio a menos que exista distinta intención y que conste en dicho instrumento o que se desprenda de su interpretación, lo que presupone la incorporación de la normatividad sancionada en los convenios internacionales a la legislación interna⁴¹.

No obstante a mi parecer, este principio es de aquellos que ha debilitado el concepto de soberanía⁴², considerando las palabras de KOFI ANNAN quien señala al respecto que el mundo ha cambiado profundamente desde el final de la guerra fría, no sólo por las fuerzas de la globalización y la cooperación internacional, no obstante, nuestro concepto de interés nacional no ha podido seguir ese ejemplo, por tanto urge una nueva definición más amplia del interés nacional que induce a los Estados a encontrar una mayor unidad en la búsqueda de objetivos comunes y valores.

Así, los Estados aún quieren mantener el monopolio del "ius puniendi", con la finalidad de exigir el cumplimiento de sus normas respecto a los sujetos que se encuentra bajo su ámbito de competencia con lo cual se garantiza el Principio de igualdad y de legalidad, en palabras de Enrique BACIGALUPO⁴³ ésta última determina las *condiciones de legitimidad constitucional* de la pena, así como la objetividad de su contenido. Por tanto, la ley y la prohibición de la analogía garantizan que sólo el Parlamento pueden limitar el derechos a la libertad de las personas mediante la amenaza de pena así como la aplicación retroactiva de la ley, la Constitución peruana y española señalan que ésta se aplica si sólo es favorable al reo.

En consecuencia, señalo que el principio de legalidad, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, exigen la *lex previa*, es decir que una conducta ilícita haya sido tipificada previamente en la norma a efectos de su persecución, procesamiento y sanción, puesto que la no aplicación retroactiva de la ley se sustenta en ella. Siguiendo a lo señalado por Carlos TOZZINI, éste principio da origen a cuatro prohibiciones fundamentales, la *lex previa* sobre aplicación retroactiva de la ley penal, la *lex scripta* referida a la aplicación de normas que no sean escritas, la *lex stricta* respecto a la extensión del derecho escrito a

⁴¹ UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crime. División for Treaty Affairs. *Legislative Guide for the Implementation of the United Nation Convention against Corruption. Op.cit.*

"170. States parties must establish a number of offences as crimes in their domestic law, if these do not already exist. States with relevant legislation already in place must ensure that the existing provisions conform to the Convention requirements and amend their laws, if necessary." 75p.

⁴² KOFI ANNAN. "Two concepts of sovereignty". En: The Economist. 18 september 1999.
<http://www.un.org/News/press/docs/1999/990909kofoan.htm>

⁴³ BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, 303p.49p.ss. *En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional en las sentencias 62/82/, 53/85, 89/83, 75/84 y 159/86 citados por el autor, sostuvo que (...) "el principio de legalidad penal es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de derecho en el ámbito del derecho estatal sancionador. En ese sentido – agrega la sentencia – se vincula, ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la intervención del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los tribunales, que garantizan los arts. 26.2 y 117.1 de la CE, especialmente cuando se declara que los jueces y magistrados están sometidos únicamente al imperio de la ley". 56p.*

situaciones análogas y la *lex certa* para aplicación de cláusulas legales indeterminadas⁴⁴.

En consecuencia, puedo señalar que, la concretización del Principio de Territorialidad se fundamenta sobre todo en el de lugar de comisión del delito que a raíz de la internacionalización de las “modernas” actividades delictivas en éste ámbito, siguiendo la definición dada por Juan de Miguel ZARAGOZA⁴⁵ la internacionalidad del delito implica la obligación que tienen los Estados de tipificarlo en su derecho interno, la obligación de los Estados de extraditar o juzgar y la obligación de éstos de realizar actos de cooperación judicial internacional.

Razón por la cual se han sancionado los Convenios Internacionales en cuestión puesto que sujetos de la más variada índole hacen uso de las modernas tecnologías para desplegar conductas ilícitas a nivel global y de manera sofisticada, considerando, además, lo señalado por el numeral 491 del *Legislative Guide* que en el contexto de globalización, los criminales frecuentemente tratan de evadir la circunscripción territorial movilizándose entre Estados o comprometiendo con sus conductas a más de un Estado; supuesto que se da, especialmente, en serios casos de corrupción, donde éste tipo de delincuentes pueden ser muy poderosos, sofisticados y con alto grado de movilidad.

Lo que fundamenta, en mi opinión, los tratados en materia de lucha contra la corrupción, puesto que tienen como finalidad realizar acciones conjuntas para prevenirla y sancionarla; así, el delincuente o las organizaciones delictivas pueden sobre la base de una misma conducta ilícita, desplegar una serie de resultados en variadas latitudes de manera simultánea, aún cuando usualmente la acción y el resultado producto de las mismas sean concretizadas en un solo lugar, coincidiendo con lo señalado por Juan José GONZALEZ RUS⁴⁶ “las actuales circunstancias de internacionalización de actividades hacen cada vez más frecuentes (...) hechos en los que una misma conducta puede producir consecuencias en varios Estados y supuestos en los que los elementos del delito se realizan simultáneamente en territorios distintos, presentándose interesantes problemas en los llamados *delitos a distancia*, en los que la acción u omisión se produce en un país y el resultado en otro, en los *delitos de varios actos* y, en general, en los delitos complejos, permanentes, habituales y continuados.”

Ante dicho supuesto, el lugar de la comisión del delito, que subyace al Principio de Territorialidad ha tratado de ser explicado por la doctrina bajo tres teorías:

⁴⁴ TOZZINI, Carlos A. “El principio de Legalidad”. En: GUZMAN DALBORA, José Luis (coord): *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y criminología. Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje*. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 257-271p.

⁴⁵ ZARAGOZA, Juan de Miguel. “Las competencias internacionales penales de los Estados: desarrollo del artículo 31, apartado d) del Tratado de Amsterdam”. En: MANZANARES SAMANIEGO, Jose Luis (ed): *Actualidad Penal Nº 6*. La Ley – Actualidad, Madrid, 1999, 119-132p.

⁴⁶ GONZALEZ RUS, Juan José. “Cooperación internacional en la persecución y represión del delito”. En: En: GUZMAN DALBORA, José Luis (coord): *Op.cit.* 647-675p.

de la acción, del resultado y de la ubicuidad. La teoría de la acción establece que el lugar de la comisión del delito es aquel en el que se lleva a cabo la acción u omisión delictiva independientemente del lugar donde se produzca el resultado. Mientras que, la teoría del resultado establece que el lugar de comisión del resultado es en el que se produce la consecuencia de la acción u omisión de la conducta ilícita del sujeto.

La teoría de la ubicuidad, siguiendo lo señalado por la EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS⁴⁷, expone que en muchos Estados miembros, aunque no en todos, el propósito de permitir el ejercicio de la jurisdicción en concordancia con el principio de territorialidad, es para considerar que el lugar de la comisión está determinado en virtud a lo que conocemos sobre la teoría de la ubicuidad que es una combinación de la teoría de la acción y del resultado, considera que las conductas que integran la acción típica se cometen en todos los lugares en los que realizan dichos actos o donde se produce el resultado, la que ha sido aceptada en varios estados miembros que forman parte de los Convenios Internacionales con la finalidad de determinar el ejercicio de la jurisdicción fundamentándose en el principio de territorialidad.

Los cuestionamientos que se realizan a esta teoría es que bajo su aplicación se pueden generar conflictos de competencia, ante lo cual debe precisarse que la Convención de Naciones Unidas⁴⁸ al desarrollar el artículo referido a la Jurisdicción contempla los supuestos de conflicto de la misma, entre otros, en razón a territorio, ante lo cual dispone que cuando cualquiera de las Partes ha tomado conocimiento que en otro lugar se está realizando investigación o proceso las autoridades competentes deberán coordinar para adoptar las medidas que sean necesarias para evitar la superposición de jurisdicciones.

La principal ventaja de ésta solución es que se evita la impunidad ante la imposibilidad de plasmación en estricto de las teorías de la acción y del resultado para los delitos internacionales, considerando lo señalado por GONZALEZ RUS⁴⁹ por cuanto la aplicación de ésta teoría evita las

⁴⁷ EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS. *Extraterritorial criminal jurisdiction. Op.cit.*

“(…) According to one form of the basis or the ubiquity, an offence may be considered to have been committed in the place where the consequences or effects of the offence become manifest. This doctrine of effects is accepted in several member states; not all of them require that the offender must have intended the effects of his acts to occur in the territory of the state claiming jurisdiction.”,8-9 p

⁴⁸ NACIONES UNIDAS. *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*

“Artículo 42

Jurisdicción

(…)

5. Si un Estado Parte que ejerce su jurisdicción con arreglo a los párrafos 1 ó 2 del presente artículo ha recibido notificación, o tomado conocimiento por otro conducto, de que otros Estados Parte están realizando una investigación, un proceso o una actuación judicial respecto de los mismos hechos, las autoridades competentes de esos Estados Parte se consultarán, según proceda, a fin de coordinar sus medidas.”

⁴⁹ GONZALES RUS, Juan José. *Op.cit.*

“La principal ventaja que se aprecia (teoría de la ubicuidad) es que evita las posibilidades de impunidad que aparecen como insalvables en las otras teorías cuando son contradictorios los criterios que rigen en los países que pueden verse afectados. Como contrapartida ofrece el inconveniente de multiplicar el número de conflictos positivos de jurisdicción que pueden plantearse, en la medida en que incrementa

posibilidades de impunidad que no pueden solucionarse con las otras teorías cuando estamos ante dos países que tienen criterios de aplicación diferentes. Sin embargo, considero que la principal desventaja es que se pueden plantear innumerables conflictos positivos de jurisdicción al incrementarse exponencialmente las posibilidades que los Estados puedan aplicar sus normas. Ante lo cual, la Convención de Naciones Unidas, como ya señale, plantea la comunicación entre los Estados cuando estos supuestos de hechos se materializan.

1.2. Cooperación Penal Internacional en materia de Soborno Transnacional

Otra cuestión común a los tres convenios, en términos generales, e íntimamente vinculada a lo antes señalado es la plasmación de los mecanismos de *Cooperación Penal Internacional* concordando con lo señalado por María Teresa GALVEZ DIEZ⁵⁰, en que su fundamento se encuentra en los límites que le impone la “limitación territorial al ámbito de competencia de las jurisdicciones estatales”, en tanto, imposibilidad que tiene el Estado requirente de materializar la práctica de pruebas, comiso, embargo, bloqueo de cuentas fuera de su jurisdicción a la que pertenece, lo que exige la colaboración del Estado requerido para la consecución de una eficaz administración de justicia.

Y que a efectos del presente está referido al delito de soborno transnacional, donde los mecanismos de cooperación penal internacional, plasmados en los convenios internacionales, ha sido paulatino; un esfuerzo inicial en materia de lucha contra la corrupción fue la contemplada en la Convención de OEA, luego en la Convención de OECD⁵¹ y finalmente en la Convención de Naciones Unidas. Previniendo, investigando, persiguiendo, sancionando, recuperando y retornando los activos ilícitamente obtenidos productos de la corrupción, para cuyos efectos se han reforzado los mecanismos tradicionales como la extradición, asistencia legal mutua, transferencia de personas condenadas e incluyéndose otras novedosas como investigaciones conjuntas, técnicas especiales de investigación y el comiso, que anteriormente ya habían sido incluidos en otros Tratados Internacionales.

Así, considero que, la aplicación de la cooperación penal internacional está sujeta a los principios que la subyacen y que posibilitan el desenvolvimiento de todos los mecanismos establecidos, ello con la finalidad de hacer más eficaz la lucha contra la criminalidad organizada, en el caso en cuestión, contra la corrupción que se ha incrementado en estos últimos años en proporciones

muy sustancialmente las posibilidades de que los Estados puedan aplicar sus respectivas legislaciones.”, 656p.

⁵⁰ GALVEZ DIEZ, María Teresa. “Intervención del Ministerio Fiscal en Materia de Cooperación Judicial Penal”. En: MINISTERIO FISCAL: *Op.cit.* 401 p.ss.

⁵¹ DELARE, Tom. “La Transformación de los Esfuerzos Contra la Corrupción”. En: CARTIER BRESSON, Jean (ed): *Las Reglas del Juego Cambiaron. La lucha contra el soborno y la corrupción*. OCDE, París, 2000, 117-127p.

“ (...)La Convención de 1997 contra el cohecho (...) tiene un alcance relativamente limitado y ni siquiera cuenta con antigüedad entre las diversas convenciones. Dicho honor debe otorgarse a la Convención interamericana contra el cohecho, el instrumento de la organización de Estados Americanos (OEA), que se firmó en marzo de 1996.”, 120p.

geométricas, a raíz del fenómeno de la globalización, por tanto afectando a todos los países miembros de la Comunidad de Naciones, configurándose una problemática común, ante la cual se ha tenido que brindar soluciones conjuntas, con la finalidad de combatir dicha lacra mundial; para cuyos efectos, las tres Convenciones materia de la presente coadyuvan a ese propósito, siendo la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción el instrumento internacional más avanzado para esta finalidad⁵².

Concordando con las palabras de Jesús TIRADO ESTRADA⁵³ “El tremendo impacto y las dimensiones que alcanzan el fenómeno es de tal calibre (donde toda la delincuencia organizada es transnacional) que los Estados, preocupados por la afeción de sus intereses como tales y de las necesidades de libertad, seguridad y justicia de sus ciudadanos, parecen haber captado al fin la idea de la necesaria concertación para la acción, postergando sus reticencias al establecimiento de marcos más estrechos de colaboración”.

En atención a lo precedente, a pesar que muchas veces dichas soluciones conjuntas hayan podido afectar al clásico concepto de soberanía, la cooperación penal internacional de carácter supranacional es más efectiva en la actualidad, con la finalidad de hacer frente a fenómenos criminológicos sumamente graves entre ellos la corrupción, con el objetivo de reprimir sus estructuras económicas⁵⁴, único mecanismo para hacer más efectiva su investigación y sanción.

Los principales principios en los que descansa la cooperación penal internacional son el Principio de Reciprocidad, Doble incriminación, Ne bis in idem, Tutela judicial efectiva, en ese sentido, adhiriéndome a lo señalado por María Teresa GALVEZ DIEZ⁵⁵ “ (...) para justificar la cooperación internacional se invocan tanto argumentos de Derecho público soberanía del Estado, cortesía internacional, reciprocidad – o de Derecho privado - tutela judicial de los derechos e intereses de las partes”.

⁵² TIRADO ESTRADA, Jesús J. “Mecanismos prácticos de organización y coordinación de la cooperación judicial en la Unión Europea. Especial referencia al Eurojust”. En: MINISTERIO FISCAL, *Op.cit.*, 547-627p.

“La globalización en particular parcela de la criminalidad ha llevado a una situación en la que prácticamente toda la delincuencia organizada es transnacional. La lucha contra ésta no puede ya ni siquiera intentarse en base a reacciones nacionales de carácter individual. Ante ello, la única opción con visos de éxito razonable consiste en dar soluciones comunes a los problemas comunes.”, 553p.

⁵³ TIRADO ESTRADA, Jesús J. *Op.cit.* 554-557p.

⁵⁴ ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. “La cooperación judicial y el blanqueo de capitales”. En: MINISTERIO FISCAL. *Op.cit.* 629-681p.

“(…) tanto en formas como en contenido la cooperación supranacional ha experimentado una notable mejoría: es mucho más eficaz, más completa y más intensa que en otras épocas. (...) Las mismas circunstancias y convicciones han permitido que en los últimos años el planteamiento sea el mismo para otros fenómenos criminales igualmente graves y peligrosos (terrorismo, tráfico de armas, corrupción, tráfico de seres humanos, etc.). Sólo así es posible combatirla eficazmente y reducir sus niveles de impunidad. Y en esta constante lucha ha adquirido un papel preponderante y extraordinariamente relevante en los últimos tiempos la investigación y represión de estructuras económicas de estas organizaciones criminales.”, 632p.

⁵⁵ GALVEZ DIEZ, María Teresa. “Intervención del Ministerio Fiscal en Materia de Cooperación Judicial Penal”. *Op.cit.* 401p.

El Principio de Reciprocidad, que usualmente había sido aplicado sólo a la institución de la extradición, en estos últimos años se ha visto puesta en práctica en materia de lucha contra la corrupción en asuntos de asistencia legal mutua, recuperación de activos y confiscación de bienes, que son de suma importancia para la investigación y sanción del delito de soborno transnacional por la internacionalidad del mismo tales como la obligación de tipificarlo en el derecho interno, obligación de extraditar o juzgar y obligación de realizar actos de cooperación penal internacional.

En razón a lo cual, dicho principio es invocado a nivel internacional por parte del Estado requirente al Estado requerido a falta de disposición interna sobre la materia, para cuyos efectos tanto la legislación española en el numeral 3 del artículo 13 de su Constitución dispone “la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad”, que a su vez se desarrolla en el artículo 277 de la Ley Orgánica del Poder Judicial “Los juzgados y tribunales españoles prestarán a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, en razón de reciprocidad según lo previsto en el artículo siguiente”, el artículo 278 desarrolla los supuestos de acreditación de existencia de reciprocidad entre los Estados o si ésta se ofrece a autoridad judicial extranjera⁵⁶.

En el sistema peruano, el Principio de Reciprocidad está plasmado en el artículo 37 de la Constitución Política que señala “La extradición sólo se concede por el Poder Ejecutivo previo informe de la Corte Suprema, en cumplimiento de la ley y de los tratados, y según el principio de reciprocidad (...)”, así como en el Libro Séptimo sobre Cooperación Judicial Internacional del Código Procesal Penal, vigente según lo dispuesto por la Ley N° 28671 desde 1 de febrero de 2006, que dispone que las relaciones de las autoridades peruanas con las extranjeras en materia de cooperación penal internacional se rigen por los Tratados que haya celebrado y a falta ellos, de conformidad con lo estipulado por el Principio de Reciprocidad en el marco del respeto a los derechos humanos⁵⁷.

Considero además que, el principio de reciprocidad, al momento de ser invocado, si el supuesto se brinda, debe ser apoyado conjuntamente en un Convenio de carácter multilateral, que ambas partes pudieran haber firmado aunque no ratificado, es decir, frente al cual se hubiesen comprometido aun cuando no haya entrado en vigencia, no detenta aún el carácter de *Pacta sunt servanda*, en concordancia con lo estipulado en la “Convención de Viena sobre

⁵⁶ Mayor información ver: Artículo 1 de la Ley de Extradición pasiva, artículo 177 y numeral 3) del artículo 827 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 278 de la Ley Organica del Poder Judicial ; así como RODRIGUEZ SOL, Luis. “Fuentes de la Cooperación Judicial Internacional.” En: Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. Vol.IV. Año 2002. Madrid: NIPO. 2002. 681p.

⁵⁷ Artículo 508º del Libro VII del *Código Procesal Peruano*.

el derecho de los Tratados” de respeto al citado documento internacional⁵⁸, puesto que los Estados están obligados a no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor.

En dicha zona gris, se materializa el hecho que las disposiciones contenidas en el citado instrumento internacional aún no han sido incorporadas a la legislación interna del Estado parte, por tanto, considero oportuno señalar que, bajo este supuesto, la conducta del Estado que no haya podido aún concluir con la implementación de dicho instrumento internacional, no puede contravenir el espíritu del mismo.⁵⁹

Por ello, la aplicación del Principio de Reciprocidad en materia de cooperación judicial internacional ha sido cuestionada por un sector de la doctrina, los que argumentan que la invocación debe ser realizada en el marco del Principio a la Tutela Judicial Efectiva, por razones estrictamente jurídicas y de respeto a los derechos humanos.

Aun cuando un sector de la doctrina cuestiona la aplicación del Principio de Reciprocidad en materia de cooperación internacional al señalar que lo que se debe invocar es el Principio a la Tutela Judicial Efectiva, por razones estrictamente jurídicas y de respeto a los derechos humanos, dejando de lado la reciprocidad al ser sólo una cuestión de “cortesía internacional”, argumentando que la cooperación judicial internacional debe plasmarse como un derecho para los particulares y un deber para el Estado puesto que contribuye a que los primeros obtengan tutela judicial efectiva y que sus derechos e intereses se desarrolle en el marco del proceso extranjero con las debidas garantías.

Sobre el particular, señala Christian HERRERA PETRUS⁶⁰, posición a la que me adhiero, que la “cortesía internacional” es un concepto de difícil limitación, aun cuando está basada en la consideración que merecen los sujetos del Derecho Internacional, puesto que implica una actitud discrecional de deferencia hacia otros Estados en las relaciones internacionales así como en las actividades públicas internas con proyección internacional. Siendo que en virtud a dicha “cortesía” es que las Partes se brindarán asistencia y cooperación internacional al ser conscientes de la enorme importancia que implica la misma a nivel de la jurisdicción interna del país requirente y con la finalidad de no obstruir la acción de la justicia.

Posición contraria es la adoptada por Francisco GARCIMARTIN ALFEREZ⁶¹ para quien el fundamento de la cooperación judicial internacional está en el

⁵⁸ Ver *anexo. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*. N.Doc A/CONF.39/27 (1969) Numeral: “18. Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor.”

⁵⁹ Ver *anexo. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*. N.Doc A/CONF.39/27 (1969) Numeral: “27 El derecho interno y la observancia de los Tratados”; Numeral 31 “Regla general de interpretación.”

⁶⁰ HERRERA PETRUS, Christian. *Op.cit.* 48p.

⁶¹ GARCIMARTIN ALFEREZ, Francisco. “Sobre el Fundamento de la Cooperación Jurídica Internacional”. En: GONZALES ALVAREZ y otros (ed): *Op.cit.* 61-68p.

“derecho a la tutela judicial efectiva y sin indefensión de los particulares” puesto que lo que está en juego son intereses privados y no públicos, puesto que como “Estado requirente hay un derecho de las partes en un proceso abierto en España para que las autoridades españolas soliciten y hagan lo legalmente posible para que dicho auxilio sea efectivo. Y como Estado requerido hay un derecho de los particulares, cuando el proceso está abierto en el extranjero, a que se ejecuten las peticiones extranjeras en el exterior”.

Afirmación, que en mi opinión contradice la misma esencia de la cooperación judicial internacional, al ser un acto jurisdiccional entre Estados donde se aplican las normas de cada uno de ellos, en base a un Convenio sea éste de carácter bilateral o multilateral o en aplicación del Principio de Reciprocidad, cuyas bases, a su vez, descansan en el respeto al Principio de Soberanía, a la Jurisdicción interna y al Principio de Territorialidad, por tanto, no se puede argumentar que la extensión de la tutela jurisdiccional efectiva de un particular pueda ser extendida más allá del Estado donde ha sido planteada la litis o se lleva el proceso de investigación.

Por tanto, considero que la invocación del Principio de Reciprocidad se realiza ante la inexistencia de un Tratado entre los Estados, ante la falta de su vigencia por que sólo uno de ellos a ratificado o no se hayan cumplido los requisitos establecidos en el mismo para su vigor; consideraciones que están en un plano distinto al Principio de Tutela efectiva, que se aplica a nivel del orden jurídico interno, con la finalidad de tener un proceso a nivel interno con todas las garantías, en el marco del cual el juez o fiscal solicitará cooperación internacional.

Lo que no debe confundirse, con la aplicación que en jurisdicción interna se haga del Principio de Tutela efectiva, que es invocado a instancia de parte o de oficio al activar los mecanismos de cooperación judicial internacional, justamente ahí, donde las partes tienen interés en que los conflictos sean resueltos, considerando además que las conductas ilícitas desplegadas por los sujetos no sólo se dan en el ámbito nacional sino internacional, como en el delito de soborno transnacional, que compromete la investigación a dos o más Estados, pero cuya jurisdicción interna para dichos efectos se respeta, razón por la cual se requerirá de la cooperación penal internacional para que el asunto sea resuelto con eficacia.

Debo señalar que a nivel de la Convención de Naciones Unidas el Principio de Doble Incriminación se ha flexibilizado al ser inexigible para actos que comporten asistencia judicial en tanto no involucren medidas coercitivas; y, para extradición, recuperación de activos y confiscación de bienes en tanto las normas internas de los Estados partes lo permitan con la finalidad de lograr los objetivos plasmados en dicho instrumento internacional, aun más, en materia de soborno transnacional insta a las Partes a brindar cooperación ante la inexistencia de “dual criminality” en su legislación interna al no haber sido

“Por eso el fundamento ha de buscarse en la Constitución y, en concreto, en su artículo 24. (...) el deber de cooperación judicial internacional es parte de este deber prestacional del Estado; i.e., es parte del deber del Estado de proveer tutela judicial efectiva (...)”, 64p.

incorporado el delito de conformidad con lo establecido en el Tratado. Sobre el particular, la *Legislative Guide*⁶² dispone que en ausencia de doble incriminación se podrá solicitar asistencia judicial internacional, para lograr los fines establecidos en la Convención incluyendo la recuperación de activos. Y lo más novedoso, es que los Estados partes son instados a asistencia judicial si éstas no impliquen medidas de carácter coercitivo, en especial en materia de soborno transnacional como ya lo había señalado el “*Report of the Ad Hoc Committee for the Negotiation of a Convention against Corruption on work of its first to seventh sessions*” A/58/422/Add1 aun en ausencia de doble incriminación los Estados parte, en la medida que sus leyes lo permitieran, deberán prestar asistencia y cooperación respecto a la investigación y enjuiciamiento del citado delito.

En igual parecer, la Organización para el Desarrollo Económico recoge en el documento denominado *Corruption: A Glossary of International Standards in Criminal Law* que en la línea señalada por la Convención de Naciones Unidas se podrá solicitar asistencia legal mutua en ausencia de doble incriminación, en tanto no se refiera, como ya señalé, a medidas coercitivas, puesto que de existir el Estado requerido podría solicitar la garantía de la *dual criminality*, aún más, señala que ésta queda a discreción de los Estados, entiendo, en tanto sus normas constitucionales lo permiten, la extradición se otorgará en ausencia de dicho principio⁶³.

Por otro lado, en atención a mi línea trazada, se entiende el *Principio del ne bis in idem* como aquel que exige al Estado respecto a sus ciudadanos con la finalidad que éstos no deban ser juzgados ni condenados dos veces por la misma conducta delictiva, aun cuando hayan sido condenados o absueltos; y, que marca la pauta en el ámbito de la cooperación judicial internacional por incidir sobre todo a los requerimientos de extradición, considerándose una de las causas de su denegación puesto que se estaría vulnerando el principio de legalidad penal que está basado en razones humanitarias y en la defensa del individuo de evitar su doble persecución penal.

⁶² UNITED NATIONS. *Legislative guide for the implementation of the United Nation Convention against Corruption*. *Op.cit.*

“527. Further, article 46, paragraph 9, allows for the extension of mutual legal assistance in the absence of dual criminality, in pursuit of the goals of the Convention, including asset recovery (see also art. 43, para. 2, on international cooperation and dual criminality, art. 31 on confiscation matters and chap. V of the present guide).

528. An important novelty is that States parties are required to render assistance if non-coercive measures are involved, even when dual criminality is absent, where consistent with the basic concepts of their legal system (art. 46, para. 9 (b)). An example of such a measure even in the absence of dual criminality is the exchange of information regarding the offence of bribery of foreign officials or officials of international organizations, when such cooperation is essential to bring corrupt officials to justice (see the interpretative note contained in document A/58/422/Add.1, para. 26, relating to art. 16, para. 2, of the Convention).”, 177p.

⁶³ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Corruption: A Glossary of International Standards in Criminal Law*. *Op.cit.*

“(…) the OECD Convention deems dual criminality to exist if the offence for which assistance is sought is within the scope of the Convention. Under the UN Convention, States Parties shall render MLA (mutual legal assistant) of a non-coercive nature even in the absence of dual criminality. For coercive measures, the requested state may waive dual criminality. States Parties also have discretion to extradite in the absence of dual criminality (...), 77p.

Asimismo, la aplicación de este Principio es con la finalidad de evitar yuxtaposición de competencias jurisdiccionales – conflictos positivos⁶⁴ – que se pueden dar, en especial en el ámbito procedimental, sobre todo considerando que los delitos internacionales tienen una dimensión transfronteriza, en el presente caso, el de corrupción o de aquellos vinculados con este tipo penal. En palabras de Beatriz GARCIA SANCHEZ⁶⁵, con quien concuerdo, se “(...) garantiza que una persona no será castigada dos veces por el mismo delito (relacionada con el principio de) eficacia de cosa juzgada, que impide que un individuo pueda ser juzgado dos veces por igual delito (ya sea condenado o absuelto en virtud de sentencia firme). Se conectan ambos principios, estableciendo que uno es consecuencia del otro, y su plasmación en los Convenios de extradición y en las leyes internas de extradición es consecuencia de la trascendencia internacional del principio del *ne bis in idem*, en virtud del cual puede denegarse la extradición solicitada”

En el marco del contexto al estar enfrentándonos a delitos modernos, en aras de garantizar los derechos humanos de los inculcados, puesto que el Principio del *Ne bis in idem* es aplicado a la institución de la extradición, es que la Convención de OEA en su artículo XIII numeral 5 dispone “(...) *La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación del Estado Parte requerido o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que se puede denegar la extradición.*”; el Tratado de la OECD señala en su numeral 4 del artículo 10 “(...) La extradición por cohecho de un servidor público extranjero queda sujeta a las condiciones establecidas en la legislación nacional, los tratados aplicables y los convenios entre cada Parte (...)”; en tanto las Naciones Unidas en la Convención contra la Corrupción sanciona en su numeral 8 del artículo 44 “*La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado Parte requerido o en los tratados de extradición aplicables (...)*”

Ante lo cual, considero que, la precitada legislación al ser de carácter internacional y de remisión a la legislación interna deberá de ser interpretada conjuntamente con las referidas a las cuestiones de competencia en materia jurisdiccional que anteriormente señalé y que también se plasman en las Convenciones en cuestión.

Señalado así, he desarrollado precedentemente los principios más importantes en torno a los cuales giran los Convenios de la OEA, OECD y Naciones Unidas relativos a la corrupción y que se encuentran íntimamente vinculados con la

⁶⁴ CAMPANELLA, Susi. “Il *Ne bis in idem* nella giustizia internazionale penale: riflessioni su un principio *In itinere*”. En: CASSESE, Antonio y otros (ed): *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*. G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, 253 -273p.

“Nei sistemi c.d. di civil law questa esigenza si esprime nel riconoscimento, del principio del *ne bis in idem* che è alla base della disciplina dei conflitti positivi di competenza e della preclusione al rinnovamento del giudizio. (...) Diversa, infatti, è la soluzione adottata dagli ordinamenti processuali di tradizioni angloamericana dove la preclusione, indicata come divieto di *double jeopardy* (...), è realizzata limitando la facoltà di impugnazione da parte dell'accusa, a prescindere dalla definizione del procedimento. Così, nel corso dello stesso iter processuale il prosecutor non può compiere più di un tentativo diretto ad ottenere una sentenza di condanna (*conviction*) e, nel casi di acquittal (*assoluzione*), in base al *double jeopardy*, non può proporre impugnazione.” 253-254p.

⁶⁵ GARCIA SANCHEZ, Beatriz. *Op.cit.* 286p.

cooperación penal internacional, específicamente para la investigación y juzgamiento por delitos de soborno transnacional.

Por ello, a mi parecer, en relación al soborno transnacional todos los mecanismos que se desarrollan a lo largo de los textos de los citados instrumentos internacionales coadyuvan en su investigación, procesamiento y sanción, los que inicialmente se plasmaron formalmente en la Convención de la OEA⁶⁶ y que posteriormente fueron desarrollados en los instrumentos de OECD y Naciones Unidas.

Merece la pena destacar el inicial esfuerzo que realizó la OECD al respecto puesto que en el documento denominado *Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions C(94) FINAL* adoptada el 27 de mayo de 1994, se hizo referencia a la Cooperación Internacional aunque de manera general e invocando que los Estados parte lo realizaran de conformidad con su su jurisdicción y principios fundamental.⁶⁷

Dichas medidas se adoptaron con la finalidad de tomar “medidas efectivas a fin de determinar, prevenir y combatir el soborno de funcionarios publicos extranjeros”⁶⁸, años antes de la firma de la Convención de la OECD, que ya instaban que en materia de cooperación a los Estados partes en el deber de

⁶⁶ CONFERENCE ON INTEGRITY ORGANIZED BY THE UNITED STATES CUSTOMS SERVICE. *The Organization of American States (OAS) and the fight against corruption*. Miami, 1999. http://www.oas.org/legal/english/osla/us_customs_miami_1999.doc

“(…) International cooperation. One of the purposes of the Convention, as noted earlier, is “to promote, facilitate, and regulate cooperation among the States Parties to ensure the effectiveness of measures and actions to prevent, detect, punish, and eradicate corruption(…)” It is no wonder that the States Parties have adopted broad measures in the area of extradition assistance and cooperation, property, and bank secrecy. (...) Assistance and cooperation. With respect to “obtaining” evidence and taking other necessary action to facilitate legal proceedings and measures regarding the investigation and prosecution of acts of corruption”. Also, the States undertake to provide each other “with the widest measure of mutual technical cooperation on the most effective ways and means of preventing, detecting, investigating, and punishing acts of corruption”. 7p.

⁶⁷ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. C(94)75/FINAL. *Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions (adopted by the Council at its 829th Session on 27 May 1994)*. 015191.

“International Co-operation

IV. RECOMMENDS that Member countries in order to combat bribery in international business transactions, in conformity with their jurisdictional and other basic legal principles, take the following actions:

i) consult and otherwise co-operate with appropriate authorities in other countries in investigations and other legal proceedings concerning specific cases of such bribery through such means as sharing of information (spontaneous or “upon request”), provision of evidence, and extradition;

ii) make full use of existing agreements and arrangements for mutual international legal assistance and where necessary, enter into new agreements or arrangements for this purpose;

iii) ensure that their national laws afford an adequate basis for this co-operation.”

⁶⁸ PIETH, Mark. “International Cooperation to Combat Corruption”. En: ELLIOT, Kimberly Ann (ed): *Corruption and the Global Economy*. Institute for International Economics, Washington D.C., 1997, 119-131p.

“US officials at the OECD launched a new initiative to combat bribery of foreign officials in commercial transactions in 1989. Finally, in the spring of 1994, the OECD ministers agreed on a formal recommendation calling on member states to take “effective measures to deter, prevent, and combat the bribery of foreign public officials”. (...) this is the first text in which the industrialized nations vowed to take concrete steps against corruption and agreed to follow up by discussing specific measures in greater detail and by mutually evaluating the progress made on a national basis. (...) listed specific items for domestic or international cooperative action.”, 123p.

intercambiar información a fin de coadyuvar en las investigaciones, aunando esfuerzos para la entrega en extradición de las personas procesadas; por tanto, compartir información de manera espontánea o bajo requerimiento – por primera vez se señaló que, en materia de corrupción los Estados podía requerir colaboración sin mediar solicitud previa –, incluyéndose en ésta la relativa a las evidencias que pueden apoyar una investigación o proceso, lo que en mi opinión traza la línea inicial de dichos esfuerzos y de ahí su importancia.

En tal sentido, considero que, los Estados parte – Convenciones de OEA, OECD, Naciones Unidas – están facultados, si así lo estima convenienten, en requerir información de su pares o de Organismo/Agencia Pública Internacional basándose en Acuerdos bilaterales o multilaterales ya existentes en materia de asistencia legal mutua, cuando sea necesario, con la finalidad de lograr los fines previstos en dichos Tratados Internacionales, que les permitan la consecución de investigaciones y procesamientos eficaces, incorporando de manera coherente y armónica en su legislación interna el delito de soborno transnacional con la finalidad que dicha inacción legislativa no sea pretexto para no prestar cooperación internacional cuando así se requiera.

La cooperación penal internacional, especialmente la asistencia legal mutua, como ya señalé es de suma importancia para la consecución de una eficaz investigación por la dificultad en la labor que implica, al requerirse de un profundo y complejo análisis financiero a nivel transnacional⁶⁹, que significa en la mayoría de los casos el requerimiento de información y material probatorio para la investigación procedente de países que no son miembros de la OECD.

Dificultad a ser superada, verbigracia, en el marco de la gran mayoría de países de América y de Europa, si invocamos con prolijidad, a nivel de América la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción; y, en la relación entre un Estado parte de Europa, miembro de OECD, con un país de América que no sea miembro deberá aplicarse la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción así como los criterios establecidos en la citada Resolución de la Asamblea A/58/422/Add.1 y en la *Legislative Guide*, que instan a la cooperación penal internacional, a nivel del soborno transnacional a pesar de la no existencia de doble incriminación, entre otras razones, cuando el tipo penal no ha sido incorporado a la legislación interna. Obviamente, como ya señalé, sin dejar de lado los Tratados Bilaterales que pueden haberse suscrito sobre la materia.

A nivel de la Convención de Naciones Unidas, en materia de cooperación internacional para delitos de soborno transnacional, la recomendación fundamental radica no sólo a tenor de lo dispuesto en el citado instrumento internacional, que debe ser aplicado en conjunto para la investigación y persecución de este tipo de delito, dada su especial naturaleza, sino también en virtud a lo dispuesto en la A/58/422/Add.1 que señala que la asistencia y

⁶⁹ SACERDOTI, Giorgio. “¿Sobornar o no Sobornar?” *En*: CARTIER BRESSON, Jean (ed): *Op.cit.* 35-58p.

“La *asistencia mutua* efectiva es fundamental, dado el empleo frecuente de los canales financieros internacionales para efectuar y ocultar el cohecho transnacional.”49p.

cooperación relacionadas con una investigación o proceso debe realizarse a pesar de la existencia de dificultades técnicas – jurídicas tales como la ausencia de doble incriminación, ello con la finalidad que se cumplan los objetivos del documento internacional⁷⁰.

En ese marco, considero, será más fructífera para las investigaciones y procesos, si los Estados partes han incorporado a su legislación interna el delito de soborno transnacional, puesto que evitará cuestionamientos al momento de aplicar la normatividad internacional, sobre todo en lo relativo al respeto de los derechos del inculgado.

En atención a lo que he señalado, la Convención de la Organización de Estados Americanos señalaba en el último párrafo del artículo VIII que uno de los objetivos de dicho instrumento internacional, en materia de cooperación internacional, es que las Partes que aún no habían tipificado el citado delito deberían brindar asistencia y cooperación en la consecución del objetivo acordado, ante lo cual no cabe invocar la cláusula de salvaguarda, puesto que se ha obligado a prestar asistencia y cooperación con el otro Estado parte “(...) *Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.*”, precepto que a su vez ha sido recogido en los documentos preparatorios para la suscripción de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en especial el A/58/422/Add.1, así como en la *The Legislative Guide for the implementation of the United Nation Convention against corruption* en las que se invoca a los Estados Partes a brindar asistencia y cooperación a pesar de la inexistencia de doble incriminación, en especial, para casos de soborno transnacional la que por su especial naturaleza requiere de una investigación y procesamiento de carácter complejo⁷¹.

En ese mismo sentido, la OECD ha señalado en sus últimos informes que la cooperación penal internacional, en especial la asistencia judicial mutua, es de suma importancia para la consecución de investigaciones eficaces y que éstas

⁷⁰ UNITED NATIONS. *Resolution adopted by the General Assembly A/58/422/Add.1 on 7 October 2003. Report of the Ad hoc Committee for the Negotiation of a Convention against corruption on the works of its first to seventh session. Addendum Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against corruption.*

“26. The travaux préparatoires will indicate that negotiating delegations considered it quite important that any State Party that had not established this offence should, insofar as its laws permitted, provide assistance and cooperation with respect to the investigation and prosecution of this offence by a State Party that had established it in accordance with the Convention and avoid, if at all possible, allowing technical obstacles such as lack of dual criminality to prevent the exchange of information needed to bring corrupt officials to justice.”, 5p.

⁷¹ UNITED NATIONS. *Legislative Guide for the implementation of the United Nations Convention against corruption. Op.cit.*

“528. An important novelty is that States parties are required to render assistance if non-coercive measures are involved, even when dual criminality is absent, where consistent with the basic concepts of their legal system (art. 46, para. 9 (b)). An example of such a measure even in the absence of dual criminality is the exchange of information regarding the offence of bribery of foreign officials or officials of international organizations, when such cooperation is essential to bring corrupt officials to justice (...)”, 177p.

no sean cerradas por falta de colaboración entre los Estados miembros y no miembros.

En virtud a lo cual, en consonancia a lo explicado por el profesor Carlos MANFRONI⁷², en materia de soborno transnacional, aplicable también para otro tipo de delitos “(...) la asistencia y cooperación abarca la obligación de informar, la imposibilidad de invocar el secreto bancario, la imposibilidad de esquivar el cumplimiento a causa, únicamente, de la supuesta politicidad del acto corrupto, el compromiso de remitir pruebas y adoptar medidas cautelares sobre bienes, a requerimiento de otro Estado, etc. (...) si el Estado parte al que pertenece el funcionario sobornado por una empresa extranjera no hubiera legislado sobre soborno transnacional en su derecho interno, deberá dar la asistencia y cooperación que le requiera el Estado al que pertenece la empresa que otorgó el soborno, si este Estado hubiera adoptado esta legislación.”

Por tanto, debo señalar, a pesar de que el tema merece un mayor tratamiento por ser herramienta principal en la investigación y procesamiento de los delitos transnacionales, que la aplicación de los Principios de Jurisdicción y de Territorialidad son claves al momento de solicitar Cooperación penal internacional, sobre todo, en la consecución de logros eficaces⁷³ que inciden en aquellas conductas ilícitas desplegadas tanto por personas naturales como por personas jurídicas, en tanto lo permita el ordenamiento jurídico interno.

Considero además que, el delito de soborno transnacional es pasible de persecución penal en la medida en que los países han llegado a un consenso sobre la materia – equivalencia funcional –, aunque en su gran mayoría sólo como normas que no son de obligatorio cumplimiento pero que, en el marco del contexto global, en materia de comercio internacional, los usos de las modernas tecnologías han hecho que se configure un nuevo panorama mundial, en el que las empresas incluso se han organizado alrededor de iniciativas globales o en el marco de organismos internacionales, con la finalidad de articular acciones conjuntas que les permitan enfrentar el problema de la corrupción desde diversas aristas, considerando que, en algunos ordenamientos jurídicos corren el riesgo de ser sancionadas con el cierre de las mismas.

Y aquí, merece la pena destacar, que el sector empresarial se ha reunido en torno al grupo denominado *United Nations Global Compact*⁷⁴ quienes con fecha 24 de junio de 2004 incluyeron como uno de los 10 principios de su tarea el de *Businesses should work against corruption in all its forms, including extortion and bribery*; en la última Ecomunicación remitida al Secretario General de

⁷² MANFRONI, Carlos. *El soborno transnacional*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998. 205p. 103-104p.

⁷³ PIETH, Mark. “Del Ideal a la Realidad: Cómo Lograr la Permanencia de las Nuevas Normas Globales”. En: CARTIER BRESSON, Jean (ed). *Op.cit.* 63-80p.

“Los actos de corrupción a menudo tienen lugar en el extranjero y la evidencia de estos puede ser difícil de reunir, especialmente en lugares donde el gobierno de la persona sobornada no apoya la investigación, (aun si sólo se trata de quien paga el soborno) de transacciones que podrían hacer ver mal al gobierno o la parte principal involucrada.”, 74p.

⁷⁴ www.unglobalcompact.org/Issues/transparency_anticorruption/

Naciones Unidas, el Jefe Ejecutivo de las compañías líderes invoca a los estados a ser más efectivos y fortaleces la implementación de la Convención, cuyo mecanismo será revisado en la siguiente Conferencia de Estados Partes ha llevarse a cabo en Doha en el mes de noviembre de 2009.

En razón a lo cual, considero pertinente lo señalado por Thomas PLETSCHER y April TASH⁷⁵ que en materia de soborno transnacional “ a menudo se cuenta con pruebas insuficientes para entablar un proceso judicial formal. Las acciones gubernamentales deben aún ser posibles y la cooperación con negocios honestos puede contribuir a desarrollar la evidencia. Asimismo, las compañías de diversos países compiten entre ellas, a menudo se enfrentan a solicitudes similares de soborno. La adecuada coordinación internacional entre los gobiernos puede contribuir inmensamente a fomentar que cada vez más negocios identifiquen la corrupción y a resolver dichas situaciones sin discriminación contra un competidor en particular.”

⁷⁵ PLETSCHER, Thomas y TASH, April. “Más allá de la Convención de 1997 contra el Cohecho: Los trabajos sobre la corrupción realizados por el Comité Asesor de Empresas e Industria”. En: CARTIER BRESSON, Jeaan (ed). *Op.cit.* 223-230p.

CAPITULO 2

INCORPORACIÓN DEL DELITO DE SOBORNO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.

2.1 La Ley N° 29316 sobre implementación del Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América. Antecedentes Legislativos: Principio directriz político – criminal del legislador.

El delito de soborno transnacional fue incorporado a la Legislación peruana, de conformidad con lo estipulado en la Ley N° 29316 denominada “Ley que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el acuerdo de promoción comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América” con fecha 13 de enero de 2009, cuyo artículo 1 incorpora el artículo 397-A al Código Penal bajo la denominación “Cohecho activo transnacional” que dispone:

“El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de un organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo público, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años.”

Asimismo, el artículo 16° de la citada Ley sustituye el texto de la primera disposición complementaria de la Ley N° 29263, Ley que Modifica Diversos Artículos del Código Penal y de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, por el siguiente texto: *“PRIMERA.- De las sanciones a las personas jurídicas. En el caso que una persona actuando en nombre de una persona jurídica participe en las actividades descritas en el Libro II, Título XVIII del Capítulo II, Sección IV (Corrupción de Funcionarios) del Código Penal con el propósito de beneficiarla, la autoridad administrativa impondrá a dicha persona jurídica, previo procedimiento administrativo e independientemente de las sanciones penales previstas en los supuestos señalados, una multa que podrá ascender hasta el doble de los beneficios obtenidos con la actividad imputada, sin perjuicio de las demás sanciones administrativas a las que hubiere lugar.”*

Al respecto, debo señalar que el precedente legislativo de la expedición de la Ley N° 29316 es el Acuerdo de Libre comercio suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América.

La norma estadounidense que subyace a este Tratado comercial, en el capítulo 19.9 b) sobre medidas anticorrupción en el comercio internacional es la *Foreign Corrupt Practices Act de 1977- FCPA*, específicamente en el USCODE: *Tittle. 15. Chapter 2B Security Exchanges. 78 dd-1, 78 dd-2, 78 ff, 78m*, que prohíbe a las compañías de ese país realizar pagos corruptos a funcionarios extranjeros con el propósito de obtener o mantener sus negocios, estipulando las responsabilidades de carácter penal de las personas naturales y jurídicas. Las que incluyen prohibiciones de soborno transnacional en el marco del comercio internacional; y, aquellas que se realizan a los partidos políticos, políticos o candidatos con el propósito de obtener o conserva un negocio⁷⁶.

Considero que, la FCPA⁷⁷ establece como pasible de sanción dos tipos de conducta, la primera sobre la prohibición de realizar el soborno directamente; y, la segunda, es una prohibición que abarca la responsabilidad de un acto de soborno realizado bajo su ordenamiento jurídico interno por sus funcionarios públicos al realizar pagos a intermediarios. Supuestos recogidos, en mi opinión, en primer lugar en el Acuerdo Comercial y luego en la Ley N°29316 que tipificó bajo el artículo 387-A el delito de soborno transnacional bajo la denominación de “cohecho activo transnacional” en la legislación peruana.

Las acciones que se promueven en los Estados Unidos para la prevención y sanción de este tipo de conductas ilícitas en el ámbito del soborno transnacional a nivel del comercio internacional, son de carácter conjunto entre el *Department of Justice* y la *Securities and Exchange Commission (SEC)*. El primero de ellos es el responsable de llevar a cabo todas las acciones de carácter judicial tanto a nivel como civil con la finalidad de aplicar a nivel interno las normas relativas al soborno transnacional⁷⁸. La segunda de ellas, es

⁷⁶ Ver: US CODE. *Tittle 15. Commerce and Trade. Chapter 2B. Securities Exchanges. 78dd-1 [Section 30A of the Securities & Exchange Act of 1934]. Prohibited foreign trade practices by issuers.*

⁷⁷ DELARE, Tom. “La Transformación de los Esfuerzos Contra la Corrupción” En: CARTIER BRESSON, Jean (ed): *Op.cit.* 117-127p.

“La Ley sobre las Prácticas Corruptas entre Estados Unidos y el extranjero (LCPE) entró en vigor durante el gobierno del presidente Carter (...) en 1977 (...) establece sanciones sustanciales y disuasivas a personas y empresas que realizaran pagos a funcionarios públicos extranjeros, partidos políticos y aspirantes o candidatos con el objeto de retener u obtener negocios comerciales. Por lo menos desde 1988, actuando originalmente de acuerdo con lo establecido en la Ley General de Comercio de ese año, Estados Unidos ha esforzado con energía para internacionalizar su trabajo contra la corrupción.”, 118p.

⁷⁸ DEPARTMENT OF STATE. UNITED STATES. *Fighting Global Corruption: Business Risk Management Information for Global Business & Organizations on Navigating the International Anticorruption Environment (2001-2003)*, Department of State Publication 10731, Washington D.C., 45p.

“The Department of Justice is responsible for all criminal enforcement and for civil enforcement of the antibribery provisions with respect to domestic concerns and foreign companies and nationals. The SEC is responsible for civil enforcement of the antibribery provisions with respect to issuers.”, 24p.

responsable también de realizar acciones civiles pero tan sólo a nivel de los “issuers”, comprendiéndose bajo ése término a todo tipo de sociedades comerciales y bursátiles coticen o no en la bolsa de valores.

En ese mismo sentido, la ICC- *International Chamber of Commerce* a raíz del trabajo realizado por su Comisión Anti-Corrupción elaboró el reporte denominado “*Combating Extortion and Bribery: ICC Rules of Conduct and Recommendations*”⁷⁹ que la establece bajo tres directrices: la primera, relativa a las reglas fundamentales y procedimientos de implementación voluntaria por las empresas; la segunda, sobre establecimiento de actividades – mecanismos de seguimiento por parte de la Comisión Anticorrupción para la promoción de reglas de conducta; y, la tercera: ampliar el trabajo de la Cámara Internacional de Comercio – Comisión Anticorrupción con las organizaciones internacionales y los gobiernos para fortalecer el marco legal y administrativo en la lucha contra el soborno y la extorsión.

En dicho acuerdo comercial, en el marco de lo que denominaría una tendencia hacia la implantación a nivel global de políticas criminales preventivas de carácter general positivo⁸⁰, concordando con Claus ROXIN “ (...) ésta constituye una importante finalidad de la pena. Y es que al Estado le debe interesar no solamente impedir que se produzcan condenados por nuevos delitos sino impedir, desde el principio e influyendo en la totalidad de los ciudadanos, que se cometan delitos (...) en palabras (del Tribunal Constitucional Alemán), la pena tiene la tarea de demostrar frente a la comunidad jurídica la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico y, de esa manera, reforzar la fidelidad jurídica de la población”.

Ello, en mi opinión, como consecuencia de la aparición de nuevos bienes jurídicos a proteger con características socio-económicas, que en el orden globalizado, por medio de los organismos internacionales, los Estados están manifestando voluntad de resguardar⁸¹; y, por tanto, entiendo que están adquiriendo características de orden supranacional, a saber, el comercio y la inversión internacional.

⁷⁹ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Commission on Anti-Corruption. *Combating Extortion and Bribery: ICC Rules of Conduct and Recommendations*. ICC, París, 2005, 13p. www.iccwbo.org

⁸⁰ ROXIN, Claus. *La Teoría del delito en la discusión actual*. Grijley, Lima, 2007, 562p.

“Al principio se entendía por prevención general, tal como también era la idea de FEUERBACH, solamente la intimidación de personas que corrían peligro de caer en la criminalidad. Se seguía la divisa: “crime does not pay”. En la actualidad, en la ciencia alemana esta prevención general “negativa” ha sido ampliamente desplazada por la prevención general “positiva.” 78p.

⁸¹ ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. Aranzandi, Cizur Menor, 2000, 265p.

“(…) Ante ese vacío de canales de participación y de discusión social, los conflictos llegan “prima ratio” al Derecho Penal, al cual se le demanda una solución ejemplificadora, de Pedagogía social (...) se le demanda al sistema penal que cumpla funciones de estabilización social de los valores culturales constantemente en crisis, ante la falta de mecanismos y de sujetos sociales que lleven a cabo esta labor.”, 59p.

Coincidiendo con Laura ZUÑIGA⁸², que sobre el particular, señala “se le reclaman (al Derecho Penal) respuestas contundentes a los conflictos sociales que sirvan de muestra de un supuesto consenso social sobre los temas a debate (vg. los delitos que detentan características internacionales tal como el soborno transnacional); en suma, se le exige que cumpla *finis de prevención general positiva*: de estabilización de las normas, de demostración general de fiabilidad de los sistemas representativos (de los Poderes del Estado), de consenso en el respeto de determinados bienes jurídicos.”

Por cuanto estos bienes jurídicos, que han adquirido prevalencia en la era de economía globalizada, están todos inmersos en una “sociedad de riesgo⁸³” y de “cultura del control⁸⁴”, por haberse desestructurado ya el *Welfare State*⁸⁵ para dar paso a la *Realpolitik cosmopolita*⁸⁶.

No pretendo en la presente, realizar un análisis sobre las críticas que recaen sobre la “sociedad del riesgo” y de la “cultura del control”; basta con señalar

⁸² ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Op.cit.* 59 p.ss.

⁸³ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. Paidós, Barcelona, 2008, 333p.

“Teoría de la sociedad del riesgo mundial

La lógica cosmopolita, comunicativa, se despliega a través de contradicciones y conflictos: los riesgos globales tienen la capacidad de, por así decirlo, reclutar forzosamente una ilimitada cantidad de actores que no quieren tener nada que ver los unos con los otros, que persiguen diferentes objetivos políticos que quizás hasta viven en mundos inconmensurables (“teoría de la reflexibilidad y del cosmopolitismo de los riesgos globales como realidad”). Esta lógica comunicativa del conflicto tiene que diferenciar entre riesgos ecológicos, económicos y terroristas.”, 260-261p.

⁸⁴ GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la Sociedad Contemporánea*. Gedisa, Barcelona, 2005. 462p.

“(…) Las teorías del control parten de una visión mucho más pesimista de la condición humana. Suponen que los individuos se ven fuertemente atraídos hacia conductas egoístas, antisociales y delictivas a menos que se vean inhibidos por controles sólidos y efectivos(…) Mientras la antigua criminología exigía mayores esfuerzos en las partidas presupuestarias a la ayuda y el bienestar social, la nueva insiste en ajustar los controles y reforzar la disciplina (….) que no requiere de ninguna motivación o disposición especial, de ninguna patología o anormalidad y que está inscrito en las rutinas de la vida social y económica contemporánea (….) Un rasgo importante de este enfoque es que impulsa que la acción pública desplace su focalización en el delito y el individuo delincuente hacia el evento delictivo.”, 53p.

⁸⁵ BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”. En: FARALDO CABANA, Patricia y otros (ed): *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, 15- 63p.

“En una época de privatización de las labores desarrolladas por el Estado durante la etapa del *Welfare State*, el control del delito no podía ser una excepción, aunque este proceso “*externalizador*”, incidiendo sobre una de las labores nucleares de la institución estatal (….) La emergencia de la sensación social de inseguridad derivada de una multiplicidad de factores objetivos de riesgo, con independencia de que lo relevante es este punto no es tanto la existencia de esos factores objetivos, sino la percepción subjetiva de los mismos, que no guarda proporcionalidad con su entidad efectiva.” 32-38p.

⁸⁶ BECK, Ulrich. *Op.cit.*

“(…) Aplicada políticamente, la lógica de los riesgos globales podrían contribuir al nacimiento de una *Realpolitik cosmopolita*. Con la combinación de cosmopolitismo normativo y cosmopolitismo descriptivo la reflexividad del riesgo permite convertir las múltiples voces críticas y los numerosos conflictos que se articulan en el seno de una sociedad en el fundamento de una crítica sociológica de la misma (“teoría de la sociedad del riesgo mundial como una teoría crítica de la autocrítica social”). 261p.

que, desde mi particular óptica, que en el marco de dicho debate no debe perderse de vista que es lo que subyace realmente a que un bien sea susceptible de protección, es decir que adquiriera la categoría de “bien jurídicamente protegido”. Por ello en palabras de David GARLAND debemos de descubrir en el campo las estrategias, racionalidades y culturas que le dan su organización característica. Y en mi particular punto de vista, uno de los ejes es el bien jurídico protegido en el delito de soborno transnacional.

Ahora bien, coincidiendo con GARLAND en tanto el *Welfarestate* (Estado de Bienestar) específicamente el *Penal Welfarestate*, estaba vigente el control del delito era responsabilidad del Estado, las políticas se implementaban en función al interés público; sin embargo, en la actualidad “Los intereses comerciales han comenzado a cumplir un papel en el desarrollo y la implementación de la política penal que hubiese sido impensable hace veinte años. Lo que estamos observando es la redefinición de las fronteras preestablecidas entre las esferas pública y privada, entre la justicia penal estatal y los controles de la sociedad civil.”⁸⁷

Sobre el particular, tal como bien señala Ulrich BECK la característica de la *conditio humana* a comienzos del siglo XXI son los riesgos impronosticables e inseguridades fabricadas fruto de la victoria de la modernidad, tal como las transacciones comerciales a nivel internacional, que si bien no es una actividad nueva, si lo es la forma como se ha desarrollado en estos últimos años, considerando además a la tecnología para su desenvolvimiento.

Por tanto, implica organizarse y confrontarse con los riesgos, aquellos que en caso del comercio internacional son las nuevas formas de su materialización en el marco de una economía global de mercado, lo cual nos lleva a una autoconfrontación con los dispositivos institucionales de los que nacen los peligros “teoría de las contradicciones institucionales”, que se plasma en las contradicciones que se generan en torno a proteger el bien jurídico que subyace al comercio internacional o como investigar este delito cuando involucra a dos o más Estado u Organismo/agencia pública internacional.

Delitos internacionales con una particular lógica de los conflictos que generan, sobre todo en sectores de riesgo como la ecología, el terrorismo y la economía, en la que se enmarca el de soborno transnacional, donde aquellos que disfrutaban de las ventajas de los riesgos no son los mismos que tienen que cargar con sus inconvenientes, sino véase los casos de soborno transnacional en materia de adquisiciones en sectores de estratégicos y esenciales como es el sector salud.

⁸⁷ GARLAND, David. *Op.cit.* 57p.

En ese marco, dicho Acuerdo comercial desarrolla en el Capítulo 19 y en dos secciones: A-Transparencia y B- Anticorrupción, las medidas de carácter preventivo⁸⁸ y punitivo a implementar o reforzar en la legislación interna de ambos países.

La Sección A como bien señala su denominación, establece los mecanismos de Transparencia⁸⁹ que deben ser implementados, en el marco de los Asuntos Institucionales, en los Estados miembros del Tratado de Libre Comercio, tales como designación de Puntos de Enlace; Publicación de normas referentes a cualquier asunto comprendido en el citado Acuerdo; Notificación y Suministro de Información relativas a intereses relacionados con la materia o que puedan afectar materialmente su funcionamiento; Procedimientos administrativos; Revisión e Impugnación; y, las Definiciones de dicha sección.

La Sección B denominada Anti-Corrupción, es en estricto la que desarrolla los mecanismos a adoptarse por los Estados parte, con la finalidad de proteger el comercio y las inversiones internacionales, considero que son, los mecanismos de carácter preventivo como represivo -sancionador, así como el fortalecimiento de la cooperación internacional en la prevención, investigación y procesamiento con la finalidad de fortalecer la lucha contra la corrupción.

Al respecto el MESISIC⁹⁰, establece que en relación a la implementación y cumplimiento de las Medidas Preventivas considerada en el párrafo 10 del Artículo III de la Convención de la OEA se debe tener cuidado, opinión que comparto, aquellas “destinadas a crear, mantener y fortalecer” normas y/u otras medidas para impedir o disuadir el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, examinándose el universo de sociedades mercantiles y otras asociaciones que estén obligadas a llevar registros contables de sus operaciones, cómo se llevan y los mecanismos para hacerlas efectivas; así como el establecimiento de sanciones de tipo penal, pecuniario o de cualquier otro

⁸⁸ BERTOK, Janós. “La Ética en el Sector Público: Su infraestructura”. En: CARTIER BRESSON, Jean (ed): *Op.cit.* 143-159p.

“La política de integridad (como parte de las medidas preventivas) no debe ser considerada como una actividad distinta y aparte, sino como parte integral de todo sistema administrativo. (...) La conservación de la integridad continúa siendo una condición fundamental, para que los gobiernos brinden un marco de referencia confiable y eficaz para la vida económica y social de los ciudadanos.” 156p.

⁸⁹ HERZOG, Felix. “Sociedad del Riesgo, Derecho Penal del Riesgo, Regulación del Riesgo – Perspectivas más allá del Derecho Penal”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis y otros (ed): *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de Siglo: Análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2003. 249-258p.

“El fundamento de todos los controles sociales sobre los mecanismos del mercado es la libertad de información y la transparencia.” 257p.

⁹⁰ Ver *anexo*: ORGANIZACION DE ESTADOS AMERICANOS. Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción. *SG/MESISIC/doc.228.08 de 18 noviembre de 2008 Propuesta Metodológica para el Análisis de la implementación de las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción seleccionadas en la Tercera Ronda y para el Seguimiento de las Recomendaciones formuladas en las Rondas anteriores*. Washington, 2008.

género para sus infractores; que implicará un análisis de las acciones que se hayan desarrollado sobre el particular.

Por ello, considero que el citado Acuerdo internacional reconoce la importancia de realizar un trabajo conjunto entre los Estados parte, apoyándose mutuamente a nivel internacional – regional y multilateral –, con la finalidad de prevenir y combatir la corrupción, sobretodo la relativa al soborno en el comercio y la inversión internacional. En tal sentido, el precitado Tratado de carácter bilateral insta a laborar conjuntamente a los Estados con la finalidad de implementar consistentemente las medidas adoptadas en los instrumentos internacionales sobre la materia, vigente para ambas partes, tales como la Convención Interamericana contra la Corrupción; y, sobre todo lo dispuesto en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

En ese sentido, el literal b) del artículo 19.9 relativo a las Medidas Anti-corrupción establece la obligación para las Partes de adoptar o mantener las medidas legislativas existentes al interior de sus ordenamientos jurídicos de aquellas de carácter represivas, considerándo que éstas deben realizarse dentro del marco de una política – criminal de prevención general positiva⁹¹, cuyo objetivo es que el Estado motive a la población respecto a que sus conductas no sean desplegadas al margen de la ley, para tales efectos describe conductas ilícitas que ya estaban configuradas en el ordenamiento jurídico peruano como de cohecho pasivo propio y del cohecho activo genérico, mientras que el cohecho activo transnacional no se encontraba legislado.

Asimismo, de la lectura que realizo del literal (c) del artículo 19.9⁹² puedo señalar que éste desarrolla la conducta ilícita a ser desplegada por el sujeto activo del tipo penal de soborno transnacional, la adopción de penas y procedimientos para su cumplimiento, las sanciones penales o la aplicación de consecuencias accesorias por responsabilidad de las personas jurídicas, así como la adopción o el mantenimiento de mecanismos y medidas para la

⁹¹ ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*. PPU, Barcelona, 1992, 143p.

“Pero en aras de la libertad ciudadana, el principio de culpabilidad constituye el límite absoluto de todos los objetivos preventivo generales y especiales. Aún cuando fuese muy deseado preventivamente, no se ha de imponer pena, cuando el autor no tiene culpabilidad respecto de la realización típica concreta, y tampoco en el caso de un autor culpable, la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad, esto es, la pena tiene que estar en una correcta relación con la culpabilidad del autor. (...) En tal concepción prevención y culpabilidad están en una relación recíproca de delimitación. Los fines preventivos del derecho penal sólo pueden ser perseguidos en el marco de lo adecuado a la culpabilidad: pero también la culpabilidad del autor sólo justifica un castigo en cuanto sea preventivamente necesario.” 48p.

⁹² Ver Anexo: MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO. *Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América*. Capítulo Diecinueve. *Transparencia. Sección B: Anti-Corrupción. 19.9: Medidas Anticorrupción, 1 c)*. www.tlcperu-eeuu.gob.pe

protección de denunciantes y testigos de las conductas ilícitas antes mencionadas.

Por tanto, considero que con ello se establece, la Criminalización primaria de las conductas ilícitas descritas en el numeral 1 del artículo 19.9 puesto que, insta a los Estados Partes al establecimiento o mantenimiento de las penas y procedimientos adecuados para hacer cumplirlas; entendiéndolo por tanto que, de conformidad con lo estipulado en el artículo 102º de la Constitución Política del Perú, el Poder Legislativo es quien tiene facultad exclusiva para legislar en esta materia al determinar que conductas delictivas son consideradas de desviación social, por tanto, sancionará las conductas consideradas ilícitas o socialmente reprochables⁹³.

Considero, en este sentido, que el Acuerdo de Libre Comercio también insta a las Partes a que se vele con sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias las acciones realizadas por las Personas Jurídicas, las que se aplicarán aún bajo el supuesto que, el ordenamiento jurídico interno no permita la sanción penal de las mismas.

Sobre el particular, debo señalar que, en el sistema legal peruano – Código Penal - respecto a las Personas Jurídicas se establece las Consecuencias Accesorias las mismas que se encuentran descritas en el artículo 104º sobre Privación de beneficios de personas jurídicas y en el artículo 105º sobre Medidas aplicables a las personas jurídicas. Considerando además que con ello, la Comisión que elaboró el Código Penal de 1991 se adhirió a la clásica postura del derecho penal que señala que la responsabilidad es personal, lo que implica que sólo las personas naturales pueden cometer delitos.

Sin embargo, adhiriéndome a la línea trazada por la doctora Laura ZUÑIGA,⁹⁴ señalo conjuntamente que, la clásica postura del derecho penal sobre responsabilidad de las personas jurídicas plantea serios problemas de aplicabilidad en los fenómenos socio-penales-económicos actuales, los que giran alrededor de los problemas de la criminalidad económica al interior de los países industrializados.

⁹³ ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Colex, Madrid, 2001, 295p.

“Es importante reconocer que esta capacidad es fundamental para la prevención del fenómeno criminal, pues la decisión de que la conducta es criminal y los sujetos criminalizables es la que determinará la selección de los instrumentos para hacerle frente, pues supondrá que los sujetos que la cometan son susceptibles de ingresar en el sistema penal. (...) tendrá efectos directos en la conducta catalogada criminal, pues puede suponer que la propia actividad aumente sus beneficios económicos., como sucede (...) en general con las actividades ilícitas de la criminalidad organizada (...)” 144p.

⁹⁴ Mayor información ver: ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. Op.cit.

Estos fenómenos se manifiestan en la incidencia social y económica, nacional e internacional, los que plantean la cuestión si los ilícitos cometidos al interior de una empresa o sociedad es pasible de sanción o no, por la calidad de sujeto que detentan en tanto si son capaces de asumir o no responsabilidad de carácter penal por los actos que realiza.

Considero que, a la discusión subyacente sobre la atribución de capacidad y de responsabilidad de la persona jurídica en tanto si es imputable o no respecto a la conducta que despliega, se debe visualizar en tanto si esa carencia de responsabilidad penal puede ser un factor criminógeno que impida una eficaz lucha contra la prevención de estos ilícitos.

Así, los modernos estudios criminológicos han puesto en evidencia que los fenómenos de vulneración de bienes jurídicos colectivos: salud pública, erario público, medio ambiente, etc., generalmente se realizan no por personas naturales sino por entes colectivos; considerando que los entes colectivos tienen complejas divisiones de trabajo y jerarquía.⁹⁵

Posición que es recogida fundamentalmente, en los ordenamientos anglosajones⁹⁶ y en las Convenciones internacionales de lucha contra la corrupción, aun cuando bajo la plasmación de la “cláusula de salvaguarda”, estos no son de incorporación a la legislación interna si su ordenamiento no se lo permite, al contravenir normas constitucionales. Sobre el particular, la *Legislative Guide for the implementation of the United Nation Convention against Corruption* dispone que el tema de la responsabilidad de la persona jurídica es tratada por separada porque tal responsabilidad puede ser sancionada por la norma penal, civil o administrativa⁹⁷ de conformidad con lo que el ordenamiento de cada país disponga, no obstante estas deben ser eficaces, tal como se encuentra contemplada en el artículo 26º de la Convención de Naciones Unidas.

Por otro lado, la incorporación del artículo 387º-A, como inicialmente, señalé ésta modificación legislativa fue plasmada a raíz de una iniciativa legislativa propuesta por el Poder Ejecutivo al amparo de lo dispuesto en el artículo 107º

⁹⁵ ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Op.cit.*

“En el ámbito del Derecho Penal, se observa que las demandas de eficacia y prevención de esta nueva macrocriminalidad, han dado lugar a soluciones “flexibles” en el campo de la imputación objetiva, la omisión y la responsabilidad individual para poder establecer la responsabilidad penal de los que intervinieron en casos como Lederspray o Colza.”, 99p.

⁹⁶ La *Foreign Corrupt Practices Act* sanciona la responsabilidad de las personas jurídicas, la misma que es recogida en el US CODE. *Title 15. Commerce and Trade. Chapter 2B. Securities Exchanges.* 78dd-1[Section 30A of the Securities & Exchange Act of 1934]. Prohibited foreign trade practices by issuers ; 78dd-2 Prohibited foreign trade practices by domestic concern; 78dd-3 Prohibited foreign trade practices by persons other than issuers or domestic concern.

⁹⁷ NACIONES UNIDAS. *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* “Artículo 26 Responsabilidad de las personas jurídicas.”.

de la Constitución Política peruana⁹⁸, y con carácter de urgente según lo establecido en el artículo 105⁹⁹ del citado texto constitucional.

La exposición de motivos del citado Proyecto de Ley signado con el número 2959/2008 PE de fecha 7 de enero de 2009, invoca como marco de la incorporación del delito de soborno transnacional, además de lo estipulado en el “Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre Perú y los Estados Unidos de América”, a la Convención Interamericana contra la Corrupción y a la Convención de Naciones Unidas, por lo tanto, el compromiso internacional pendiente que tenía el Estado peruano con respecto a los precitados documentos internacionales.

No obstante, considero que el Poder Ejecutivo al momento de implementar dicho Acuerdo comercial internacional en el rubro correspondiente a la adopción de las medidas preventivas con carácter sancionador, incurre en dos inexactitudes al tiempo de fundamentar su Proyecto de Ley signado con el N° 2959/2008 PE de fecha 7 de enero de 2009, que a continuación señalo, las que están en relación al tipo penal que incorpora: la primera, adicionar en el título relativo a Delitos contra la administración pública y junto al artículo 397° del Código Penal, el referido a soborno transnacional; y, segundo, señalar en el rubro análisis costo-beneficio que, “las medidas anticorrupción lejos de generar costo, tendrá un efecto positivo en el desarrollo de las funciones de los funcionarios, desincentivando conductas negativas por parte de funcionarios públicos extranjeros”.

2.2.Ubicación sistemática del artículo 397°-A denominado Cohecho activo transnacional.

Precedentemente, he señalado que el Proyecto de Ley N°2959/2008 incurre en dos inexactitudes materializadas en la Ley N° 29316 una de las cuales es incorporar el tipo penal denominado cohecho activo transnacional –soborno transnacional – considerando como tipo penal base el artículo 317 del Código Penal peruano, denominado cohecho activo; y, por tanto adicionando el artículo 397°-A.

⁹⁸ CONSTITUCION POLITICA PERUANA. Capítulo III. De la formación y promulgación de las leyes
“Artículo 107.- El Presidente de la República y los congresistas tienen derecho de iniciativa en la formación de las leyes. (...)”

⁹⁹ CONSTITUCION POLITICA PERUANA. Capítulo II. De la función Legislativa
“Artículo 105.- Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso. Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia.”

Así, la incorporación del artículo 397^o-A sobre cohecho activo transnacional sancionada por la Ley N° 29316 “Ley que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el acuerdo de promoción comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América” ha sido realizado, a mi parecer, sin mediar atención al marco dentro del cual ha sido tipificado, el de incentivo al comercio y realización de actividades económicas (inversiones) a nivel internacional.

De la lectura que realizó de la Ley N° 29316 verifico indubitablemente que, el citado artículo 397^o-A sistemáticamente ha sido ubicado en la Sección IV Corrupción de funcionarios, Capítulo II Delitos cometidos por funcionarios públicos, Título XVIII Delitos contra la administración pública, Libro Segundo Parte Especial – Delitos del Código Penal peruano que fue expedido al amparo del Decreto Legislativo N° 635 de fecha 3 de abril de 1991.

Sobre el particular, debo señalar que, la ubicación sistemática que realiza el legislador de los tipos penales en el ordenamiento jurídico correspondiente, se efectúa en virtud a la protección del Bien jurídico a proteger.

Por tanto, considero que, al haber el legislador sancionado el precitado artículo 397^o-A dentro del marco del Acuerdo de Promoción comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América, es de suma importancia destacar las razones que subyacen a su incorporación al ordenamiento jurídico interno peruano en el marco de dicho convenio bilateral, máxime si ésta conducta ilícita – soborno transnacional – ha merecido especial atención en el literal c) del artículo 19.9 sobre Medidas Anti-Corrupción.

Para dichos efectos, con la finalidad de comprender su importancia, he realizado una interpretación sistemática de la Sección B, artículo 19, de dicho Acuerdo comercial en torno al bien jurídico protegido y al sujeto activo del artículo 397-A, puesto que, en mi opinión, la naturaleza del delito de soborno transnacional al ser uno de carácter internacional, implica que la tipificación del mismo conlleva también la adopción de medidas de carácter procesal internacional, las que actúan en conjunto y armónicamente con la finalidad de materializar una efectiva persecución del delito y su consecuente sanción¹⁰⁰.

Considero además que, dada la especial naturaleza del tipo penal sancionado y por las características que subyacen al bien jurídico que en realidad es

¹⁰⁰ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. “Especialidades de las sentencias en los delitos económicos”. En: MAGRO SERVET, Vicente. *Delincuencia Económica. Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, 55-115p.

“(…) la forma de encarar esas nuevas realidades conduce, en nuestra opinión, a relativizar las concepciones dogmáticas, que al margen de su autonomía científica, acaban dependiendo del modo en que cristalizan normativamente y de la eficacia del instrumental procesal.” 58p.

protegido por este tipo penal – comercio y realización de actividades económicas internacionales –, éste debió ser ubicado sistemáticamente adicionando un Capítulo VI, en el Título IX sobre Delitos contra el orden económico, Libro II Parte Especial – Delitos del Código Penal peruano.

2.3. A propósito del Bien Jurídico protegido del artículo 397º-A del Código Penal.

Si el Acuerdo bilateral y el artículo 397º-A está comprometiéndose a prevenir, combatir y sancionar la corrupción, incluyendo el soborno transnacional en el marco del comercio y la inversión internacional, implica que estamos ante un bien jurídico de especial naturaleza distinto al que subyace a los delitos contra la administración pública.

Los delitos contra la administración pública, específicamente el tipo penal realtivo al soborno – cohecho viene siendo tratado desde hace mucho en el ámbito penal interno estatal, entendida como el desvío ilícito de las potestades públicas en beneficio de intereses particulares, provengan estos del extranjero o del interior de dicho Estado.

Por tanto, lo que singulariza la especial naturaleza del soborno transnacional, es que visto desde el Estado que tipifica el delito, hace que este no sea uno de naturaleza de corrupción de funcionarios en terminos latos, es decir, no es un delito de cohecho en sentido estricto, sino uno de naturaleza económica; donde la aplicación de las normas relativas al cohecho en estricto se materializarán bajo jurisdicción del país al que pertenece el sujeto – funcionario público que recibe la dádiva directa o indirectamente¹⁰¹.

Esto significa que, estamos ante un delito de carácter económico, donde el bien jurídico a proteger es el comercio y la inversión internacional que, por el devenir de la economía globalizada en la que los mercados están inmersos ha adquirido tal relevancia, por cuanto el objeto de su tutela es prioritaria en estos tiempos, al nivel que su resguardo es consagrada no sólo en el ámbito interno sino también en el internacional.

¹⁰¹ MANFRONI, Carlos. *Op cit.*

“(…) A simple vista, el soborno transnacional aparece como un acto de corrupción similar al soborno o cohecho que todos conocemos. (...) Se entrega o se promete algo a un funcionario público a fin de conseguir una acción o una omisión que favorezca a un particular o a una empresa en un negocio. (...) La figura del soborno transnacional no es el delito que legisla el Estado del agente sobornado. Ese delito es el cohecho y existe desde tiempos inmemoriales en las legislaciones penales. El delito de soborno transnacional es, por naturaleza, el que legisla el Estado al que pertenece el particular o la empresa que otorgó el soborno, cuando ese Estado es otro que el del funcionario.”, 37-38p.

Sobre el particular, tengo presente, las palabras de Claus ROXIN quien señala que la dogmática penal – aún cuando éste no es un trabajo de esa naturaleza -, tiene que desarrollar en materia jurídica las pautas valorativas rectoras que deban extraerse de la ley y de la Constitución, que en el presente si se despliegan, aunque de manera general, con la finalidad de tratar de aproximarme a la valoración del bien jurídico protegido en el delito del soborno transnacional desde una perspectiva de los nuevos valores que subyacen a una sociedad globalizada –, luego de lo cual recién saldrán los resultados concretos al haber estos pasado por el tamiz jurídico¹⁰².

Considero además que, “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”, y que como bien señala el precitado tratadista, contiene en ella todos los estados previamente encontrados por el derecho como los deberes de cumplimiento de las normas creados; en consecuencia dicho bien jurídico le viene previamente dado al legislador penal sin llegar a ser previo a la Constitución. Así, la definición de “atender a circunstancias dadas y finalidades en vez de intereses de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo”¹⁰³.

Por ello, bajo el amparo de este postulado, además de las razones que subyacen a los valores que han adquirido mayor preponderancia con el fenómeno de la globalización – sólo adquieren sentido en ella en la medida que le sirven de fundamento¹⁰⁴–, por tanto, puedo señalar que el sistema

¹⁰² ROXIN, Claus. “La teoría del delito en la discusión actual”. *Op.cit.*

“Otro de los puntos de discusión en el moderno Derecho Penal, al cual SILVA SANCHEZ, con toda justicia, dedica su atención (...) radica en la importancia que correspondería al empirismo en la dogmática penal. Yo siempre he defendido la opinión de que la dogmática penal tendría que desarrollar en la materia jurídica las pautas valorativas rectoras que deban extraerse de la ley y la constitución, y que los resultados concretos recién saldrían a la luz al pasar por la materia jurídica, la cual, a su vez, les daría forma diferenciada y adecuada al sustrato. (...)”, 57p.

¹⁰³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas, Madrid, 2006, 1071p.

“(...) un concepto de bien jurídico vinculante polítocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado.” 56p.

¹⁰⁴ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La Corrupción de agente público extranjero e internacional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 180p.

“(...) En el marco de la progresiva globalización, las condiciones esenciales que rigen la convivencia social adquieren una dimensión supranacional, no ya porque los distintos Estados compartan iguales valores – cosa relativamente simple cuando se trata del núcleo esencial de las prerrogativas fundamentales: vida, salud, dignidad, etc. –, sino porque esos valores sólo adquieren sentido en la medida en que se manifiesten en ese marco universal; porque son valores cuya existencia sirve de fundamento a esa comunidad global.”, 47p.

constitucional peruano ha consagrado tanto a nivel individual como colectivo, la defensa de bienes jurídicos como el comercio y la inversión.

Así, la Constitución política peruana consagra como derecho fundamental de la persona su participación individual o asociada en la vida económica; y, como principios generales del Régimen Económico del Estado el garantizar la libertad de comercio, sin que su ejercicio sea lesivo para la sociedad ni para la seguridad pública, reconoce el pluralismo económico y vigila la libre competencia, la inversión nacional y extranjera con la finalidad que se realice en el marco de reglas claras, comunes de juego o de *levelling of the playing field*¹⁰⁵. Con lo cual, al ser el bien jurídico de naturaleza no estática dentro del marco de las finalidades constitucionales y abiertas al cambio social – tecnológico¹⁰⁶, se establece el marco constitucional para la determinación del bien jurídico a proteger: el comercio y la inversión internacional.

En razón a lo cual, puedo afirmar que, el delito materia de la presente es uno de carácter económico transnacional, al haber el proceso de globalización incrementado los riesgos en el comercio internacional, sobre todo por el uso de las nuevas tecnologías de carácter informático, que hacen que el contexto en el que se despliega este tipo de conducta éste inmerso en una multiplicidad de sujetos visiblemente conocidos, invisiblemente conocidos, desconocidos visibles y desconocidos invisibles, que potencializan exponencialmente el riesgo a la realización de las malas practicas ahí donde existen y crean otras nuevas, por tanto el despligue de nuevas conductas ilícitas, que son de difícil manejo por el aparato estatal, a pesar del incremento de los sujetos vigilantes de la sociedad¹⁰⁷, por las herramientas que estos utilizan en la consecución de sus actos considerando el espacio temporal en el que lo materializan.

Considero, de ahí el marco normativo a aplicar por el legislador y las políticas criminales respectivas, si estamos frente al marco del comercio internacional

¹⁰⁵ FABIAN CAPARROS, Eduardo. *Op cit.*

(...) resulta absolutamente necesario contar con unas reglas comunes del juego (*levelling of the playing field*) que, en beneficio de todos cuantos deseen participar, permitan a las empresas el acceso igualitario a los mercados, con independencia de cual sea su procedencia geográfica. 48p.

¹⁰⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Op.cit.*

“V. La mutabilidad del concepto de bien jurídico. La concepción del bien jurídico (...) es ciertamente de tipo normativo; pero no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico.” 58p.

¹⁰⁷ GIL VILLA, Fernando. “La cultura de la corrupción”. Madrid: Maia. 2008. 124p.

“(…) aumentado el comercio *on-line* de forma pararela (...) supone, paradójicamente, un aumento de la confianza en las transacciones,(...) exigen si no un mayor riesgo, sí una mayor dosis de confianza (...) el balance se inclina a favor de la confianza en las relaciones mercantiles, no afectadas por áquel cambio [en ese contexto] los vigilantes están menos presentes que nunca debido a que, aunque su número se haya multiplicado de forma aritmética, el espacio ha crecido exponencialmente (...) hay que considerar (...)el espacio virtual. Podría hablarse de un proceso de duplicación del mundo que hace más facil que nunca la evasión en caso de ruptura de normas (...)”, 91-92p.

donde la globalización de la economía y la liberalización del mercado se hacen presentes, por el avance de las tecnologías de la información, la comercialización de productos, etc., posibilita que el incremento de riesgo¹⁰⁸ sobre el despliegue de conductas ilícitas recaiga no sobre el incumplimiento de la posición de garante por parte del funcionario público respecto a los bienes que administra, sino sobre bienes jurídicos en los que descansa el comercio internacional y las inversiones internacionales, los mismos que pueden ser violentados por cualquier persona.

En ese sentido, siguiendo las palabras de Jesús-María SILVA SANCHEZ “la sociedad postindustrial es, además de la sociedad del riesgo tecnológico, una sociedad con otros caracteres individualizadores, que convergen en su caracterización como una sociedad de objetiva inseguridad.”

Donde la corrupción impone barreras al mercado, específicamente al comercio e inversión internacional, como consecuencia de los pagos, de promesa o entrega de cualquier tipo de dádivas que se realizan con el afán de agilizar las transacciones económicas internacionales. Sobre todo en sectores estratégicos: medio ambiente, recursos naturales, seguridad, construcción, finanzas, comercio e inversión internacional.

Por tanto, comercio e inversión internacional como bien jurídico tutelado en el marco de una sociedad del riesgo, característica primordial, como bien señala Ulrich BECK, de una sociedad post industrializada, en el marco de una economía mundial que es fuente de “*riesgo en mayúscula en la sociedad del riesgo mundial*”, por los usos de la tecnología que agilizan las transacciones financieras y comerciales mundiales, así como el movimiento de divisas provenientes de la corrupción de un ámbito geográfico a otro.

Y la demanda internacional – supranacional – de ese bien jurídico a ser tutelado, se invoca, también, a raíz de la amenaza de la desestructuración de la ley de la globalización del libre mercado¹⁰⁹, redescubriéndose el

¹⁰⁸ SILVA SANCHEZ, Jesús – María. *La Expansión del Derecho Penal*. Ibdef, Buenos Aires. 269p.

“(…) la sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bienestar individual. Como también las tiene la dinamicidad de los fenómenos económicos.” 13-15p.

¹⁰⁹ BECK, Ulrich. *Op cit.*

“Y lo que hace pocos años hubiera sido impensable se revela ahora como una posibilidad real: la férrea ley de la globalización del libre mercado amenaza con descomponerse y colapsar la ideología correspondiente (...) Por todo el mundo, (...) los políticos dan pasos en contra de la globalización: se redescubre el proteccionismo, algunos llaman a nuevas instituciones transnacionales que controlen los flujos financieros globales mientras otros abogan por sistemas de seguridad transnacionales o por una renovación de las instituciones y regímenes normativos internacionales. La consecuencia es que la ideología del libre mercado es un recuerdo que se marchita a la sombra de su polo contrario: la *polítización* de la economía de mercado global.”, 271p.

proteccionismo; sin embargo, al no existir una organización transnacional que pueda controlarla se tiende a que, cada ordenamiento jurídico – en el marco de acuerdos multilaterales tanto regionales como mundiales – establezcan medidas preventivas y sancionadoras, en este caso, del soborno transnacional.

Razón por la cual considero que, la dificultad que tienen algunos funcionarios legislativos, al momento de aprehender el bien jurídico que subyace al denominado delito de “soborno transnacional” es que no tienen claro que el objeto de tutela que subyacen a los bienes jurídicos son los valores que la sociedad exige sean protegidos, bajo este supuesto, en el contexto de una sociedad globalizada.

Por tanto, si el legislador hubiese identificado la existencia de la “real causalidad lesiva”: atentar contra el tráfico económico en el comercio y la inversión internacional, excluyéndose, a su vez las contravenciones¹¹⁰ al haber establecido que la tutela de este bien jurídico denominado comercio e inversión internacional está previamente dado, así como la relevancia de su protección; entonces, tendría la capacidad legislativa de ubicar el tipo penal en el capítulo correspondiente a los Delitos Económicos; puesto que, como bien señala Eduardo FABIÁN CAPARRÓS, en su obra “La corrupción del agente extranjero e internacional”, éste sólo podrá ser invocado cuando el particular corrompa al agente público extranjero con el fin de lograr una ventaja en el orden económico y en un contexto definido: el comercio y las inversiones internacionales.

Por tanto, en atención a lo precedentemente señalado, en virtud a la naturaleza económica del bien jurídico protegido: el comercio y la inversión internacional, la ubicación sistemática del tipo penal debió efectuarse adicionando un Capítulo VI, en el Título IX Delitos contra el orden económico Libro II Parte Especial – Delitos.

2.4. Sujeto Activo del artículo 397-A del Código Penal Peruano.

Otro de los problemas que plantea la ubicación sistemática del tipo penal de “soborno transnacional” en el Título relativo a delitos contra la administración pública son las inexactitudes que se generan, al momento de determinar

¹¹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Op cit.*

“(…) debe excluirse las contravenciones, puesto que el derecho penal tiene que proteger bienes jurídicos previamente dados (es decir, principalmente el clásico canon de los derechos individuales independientes del Estado), mientras que las infracciones reglamentarias estatales, que no protegen bienes ya existentes, sino que se dictan solamente al servicio de las misiones públicas de orden y bienestar, en cuanto desobediencias éticamente incoloras, o sean en cuanto contravenciones, deben castigarse con sanciones no criminales.”, 53 p.

quienes son los sujetos activos y quienes los pasivos sobre los que recaen las consecuencias del despliegue de dicha conducta ilícita.

En primer lugar, el sujeto activo de los delitos contemplados en el Título relativo a los delitos contra la administración pública, específicamente en el capítulo correspondiente a delitos cometidos por funcionarios públicos, es el *Funcionario o Servidor Público*; sin embargo, el artículo 397º-A del Código Penal estipula que puede ser cualquier sujeto al señalar “*el que*” despliegue la conducta ilícita.

Considero que, dicha inexactitud en la ubicación sistemática también conlleva a otra interpretación errónea, puesto que ese “*el que*” no es un funcionario público, es un sujeto particular. No estamos ante un funcionario público de un orden jurídico interno que soborna a un funcionario extranjero, para esos supuestos, tenemos que el sistema penal peruano tipifica dicha conducta como cohecho activo, bajo el clásico concepto, consagrado en el artículo 397 del citado cuerpo normativo.

Puesto que, el sujeto activo del artículo 397º del Código Penal es el funcionario o servidor público que trasgrede su posición de garante – quebrantamiento de roles – en su relación legal con la administración pública, al detentar el deber de cumplir diligentemente sus funciones con la finalidad de evitar resultados lesivos para la administración pública; todo lo contrario a lo establecido en el artículo 397º-A que determina que el sujeto activo del tipo penal de soborno transnacional puede ser cualquier persona.

Al respecto, considero que, a fin de comprender en su real dimensión la calidad del sujeto activo que despliega la conducta ilícita contemplada en el artículo 397º-A preciso exponer sintéticamente que, el antecedente legislativo de este tipo penal está en la legislación anglosajona, específicamente para el caso peruano en la *Foreign Corrupt Practices Act* sobre la cual realizo una somera aproximación respecto al sujeto activo *who* es decir del *any person* en el soborno transnacional, plasmado en dicho cuerpo legal.

Así, la *Foreign Corrupt Practices Act* ¹¹¹ establece que el sujeto activo – *any person* – es áquel que despliega la conducta del tipo penal denominado “soborno transnacional” considerándose a cualquier empresa (*individual firm*), funcionario (*officer*), director, empleado (*employee*), agente de empresa (*agent*

¹¹¹ La *Foreign Corrupt Practices Act* sanciona la responsabilidad de las personas jurídicas, la misma que es recogida en el US CODE. *Title 15. Commerce and Trade. Chapter 2B. Securities Exchanges.* 78dd-1[Section 30A of the Securities & Exchange Act of 1934]. Prohibited foreign trade practices by issuers ; 78dd-2 Prohibited foreign trade practices by domestic concern; 78dd-3 Prohibited foreign trade practices by persons other than issuers or domestic concern.

of the firm) o cualquier accionista (*stockholder acting*) que formen parte de una compañía.

La citada norma estipula además que, cualquier sujeto o empresa también puede ser penalizada si ordena, autoriza, asiste a cualquier sujeto en violación de las normas antisoborno o si ellos conspiran (entiéndase como agruparse para delinquir, en nuestro ordenamiento es la asociación ilícita, para ellos es el *conspiracy*). Señala también que son pasibles de sanción, cualquier sujeto – persona natural (*individual employed*) – que contravenga las normas anticorrupción y que forme parte de una compañía nacional cuya subsidiaria se encuentre en el extranjero, al estar dichas personas bajo jurisdicción de la norma interna (*domestic concern*).

Así, de la lectura que realicé al documento denominado “Legislación Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional de la Organización de Estados Americanos”¹¹² se aprecia que, respecto a la calificación que se realiza a los sujetos materiales que despliegan la acción típica del delito de soborno transnacional la “Convención Interamericana contra la Corrupción” sólo “(...) se limita a exigir el castigo de nacionales, residentes habituales y empresas domiciliadas en el país”, sin incluir a otros sujetos tales como extranjeros que no sean residentes habituales o empresas no domiciliadas en su territorio, lo que difiere de las disposiciones penales usuales, que se aplican a todos los sujetos que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado que legisla.

Considero, además, que la limitación establecida en la Convención Interamericana se debe al carácter transnacional del delito, donde el sujeto activo es cualquier persona, natural o jurídica, así como su exigencia sobre la materialización de la existencia de un vínculo claro entre el autor del delito y el Estado que legisla.

Implicando en mi opinión que, la orientación jurídica plasmada en el documento internacional es evitar extensiones exageradas o ilícitas de la jurisdicción penal nacional del Estado parte que tipifica la conducta denominada soborno transnacional, con la finalidad de evitar posibles injerencias en la jurisdicción interna del país al que pertenece el *agente público extranjero*, que recibe el soborno bajo cualquiera de las modalidades previstas en el citado documento internacional, al ser sujeto pasible de sanción quien ofrece u otorga tales dadas, favores, promesas o ventajas en los términos estipulados en el artículo VIII de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

¹¹² ORGANIZACION DE ESTADOS AMERICANOS. Comité Jurídico Interamericano. OEA/Ser.Q.CJI/doc.70/98 rev2. *Legislación Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional*.

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción desarrolla la calidad de sujeto activo del delito de soborno transnacional, sólo en el párrafo primero del artículo 16, en el segundo se desarrolla el soborno pasivo del funcionario extranjero, aunque este supuesto, como bien lo señala la *Legislative Guide*¹¹³, en principio, está comprendido en el artículo 15. Cuya incorporación a la legislación interna de los Estados Parte que suscribieron la Convención de Mérida resulta inoficiosa por cuanto dicho presupuesto, es legislada en varios ordenamientos jurídicos como cohecho pasivo.

El ordenamiento jurídico peruano lo incorpora en el artículo 393º y 394º del Código Penal, cohecho pasivo propio y cohecho pasivo impropio, respectivamente, donde el sujeto activo que despliega la conducta ilícita es *el funcionario o servidor público*. Dicha calidad está, en primera instancia, estipulada en el artículo 425º del Código Penal que señala quienes son considerados funcionarios o servidores públicos, específicamente el numeral 6) de dicha norma dispone que además pueden tener tal calidad “*Los demás indicados por la Constitución Política y la Ley*” que debe ser leído sistemáticamente con el artículo 10º del citado cuerpo legal que estipula que “*Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas, habrán de estar taxativamente previstas en las leyes o tratados internacionales*”.

A dichos efectos, el artículo 55º de la Constitución Política¹¹⁴ dispone que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional; en ese sentido, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción puede ser considerada como parte de la legislación interna peruana, al tiempo de determinar la calidad de funcionario público tanto nacional, extranjero o de organismo internacional, al haber sido ésta aprobada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa Nº 28357 de fecha 5 de octubre de 2004 según lo dispuesto en el artículo 56 inciso 2 que sanciona que los Tratados que versen sobre temas de Soberanía, Dominio e Integridad Nacional son aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República.

Así, el artículo 2º de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, por primera vez, define quienes son considerados funcionarios públicos bajo un concepto amplio y en ese sentido, incluye en dicha categoría a *los funcionarios públicos extranjeros* hayan sido estos designados o elegidos, bajo las normas

¹¹³ UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime. Division for Treaty Affairs. *Legislative Guide for the implementation of the United Nation Convention against Corruption*. *Op.cit.*

“206. (...)Article 16 does not require that bribery of foreign public officials constitute an offence under the domestic law of the concerned foreign country (...)” 85p.

¹¹⁴ CONSTITUCION POLITICA DEL PERU. Capitulo II .De los Tratados.

“Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”

de un país extranjero, para un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial incluyéndose en ésta definición a toda persona que ejerzca función pública en un país extranjero, organismo público o empresa pública.

Definiendo, a su vez, al *funcionario de organización internacional* como áquel empleado público internacional y a toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre. Aquí debemos tener presente que el *país extranjero* no es áquel de donde es nacional el *funcionario extranjero*, todo lo contrario, es áquel de donde es el sujeto – el que o *any person* – que intencionalmente despliega la conducta contemplada en el artículo 16 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción o en el artículo VIII de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Aún más, el citado artículo 16º de la Convención de Naciones Unidas no exige que el soborno de un funcionario público extranjero constituya un delito bajo la ley interna del país del que este es nacional¹¹⁵, entre otros, primero porque lo que se busca es proteger el comercio y las transacciones comerciales internacionales; segundo por el hecho que un Estado parte no puede activar mecanismos de persecución penal que impliquen violación de soberanía interna de un tercer Estado; tercero al ser pasible de sanción el funcionario público que recibe el soborno, en cualquiera de sus modalidades, bajo la legislación interna del país al que pertenece bajo el tipo penal de cohecho pasivo – propio o impropio.

Considerando lo señalado, entiendo que el *funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público* al que hace referencia el artículo 397-A del Código Penal, debe ser comprendido según lo dispuesto por la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en virtud a lo indicado precedentemente.

Sobre el particular, la norma interna peruana no define explícitamente que sujetos están considerados en la categoría de *funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público* a efectos del delito de soborno transnacional.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 2959/2008-PE no desarrolla la calidad de éstos funcionarios extranjeros, más aún, incurren en falacia jurídica al señalar que tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción

¹¹⁵ UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime. Division for Treaty Affairs. *Legislative Guide for the implementation of the United Nation Convention against Corruption*. Op.cit.

“206. The “foreign country” can be any other country, that is, it does not have to be a State party. State parties’ domestic legislation must cover the definition of “foreign public official” given in article 2, subparagraph (b) of the Convention, as it would not be adequate to consider that foreign public officials are public officials as defined under the legislation of the foreign country concerned.”, 85p.

y la Convención de Naciones Unidas “establecen los actos de corrupción internacional cometidos contra funcionarios públicos extranjeros o funcionarios de organismos internacionales públicos.”

Explícitamente en el documento denominado “Legislación Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional”¹¹⁶ y en la *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, se establece que el sujeto activo, el autor del delito ha de ser sancionado bajo las normas internas relativas al soborno transnacional en el marco de los dispuesto para dichos efectos sobre la aplicación de los Principios de Territorialidad, Jurisdicción y Nacionalidad – Capítulo I Aplicación Espacial del Código Penal peruano–; y, que el funcionario público extranjero sea juzgado bajo las normas internas del país al que pertenece.

Mención aparte merecerá la calidad del funcionario de organización/agencia pública internacional, en relación al soborno transnacional, la misma desarrollare en el acápite final del siguiente capítulo.

¹¹⁶ ORGANIZACION DE ESTADOS AMERICANOS. Comité Jurídico Interamericano. *Legislación Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional*. *Op.cit.*

“La Convención se limita a exigir el castigo de "nacionales, residentes habituales y empresas domiciliadas en el país", sin incluir a otros sujetos tales como extranjeros que no sean residentes habituales o empresas no domiciliadas en su territorio.(...) La limitación se debe posiblemente al hecho del carácter transnacional del delito y a un deseo de que exista un vínculo claro entre el autor del delito y el Estado que legisla a fin de evitar extensiones exageradas o ilícitas de la jurisdicción nacional penal. En este sentido, debe tenerse presente que el artículo IV, "Ámbito", de la Convención dispone que "La presente Convención es aplicable siempre que el presunto acto de corrupción se haya cometido o produzca sus efectos en un Estado Parte"

CAPITULO 3

EL DELITO DE SOBORNO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y EL CUMPLIMIENTO DEL MANDATO DE LA OECD

3.1 El artículo 445 del Código Penal y el cumplimiento del mandato de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OECD. Fase Uno.

En el marco de la implementación de su legislación interna, España incorporó a su legislación interna el delito de soborno transnacional, al haber ratificado con fecha 14 de enero de 2000 la Convención para combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales que fue firmada con fecha 17 de diciembre de 1997.

En primera instancia, España modificó su Código Penal-Ley 10/1995 de fecha 23 de noviembre- mediante la expedición de la Ley Orgánica 3/2000 de fecha 11 de enero de 2000, incorporando el delito de soborno transnacional, en el marco de su compromiso de lucha contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

Para tales efectos, dicha norma adicionó el Título XIX bis al libro II del Código Penal, bajo la denominación “Delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales” y un nuevo artículo el 445º bis, completando el tradicional cohecho establecido en el artículo 423º del Código Penal.

La misma que se realizó en virtud a lo dispuesto en la Convención de la OECD de 1997 que tiene su antecedente en el documento denominado *Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions* C(94)75/FINAL de fecha 11 de julio de 1994.

El citado documento C (94)75/FINAL, norma de carácter de *soft law*¹¹⁷, recomendó en su numeral tercero – *Domestic Action* – que los Estados miembros de la OECD examinaran de conformidad con su jurisdicción y sus

¹¹⁷ PIETH, Mark. “Del Ideal a la Realidad: Cómo Lograr la Permanencia de las Nuevas Normas Globales”. En: CARTIER BRESSON, Jean (ed): *Op.cit.* ,63-79p.

“(…) La Recomendación de 1994 tenía todas las ventajas y desventajas de una auténtica “ley suave”. Contenía declaraciones vigorosas, sin que hubiera obligación jurídica inmediata de actuar. Además, la Recomendación de 1994 presentaba una larga lista de temas para su análisis posterior. De hecho, el valor verdadero del documento fue el de emprender un proceso dinámico, de tres años de duración, en el que se examinaron estos puntos en detalle (sobre todo, la legislación penal, el régimen fiscal, las disposiciones de contabilidad y las reglas para compras gubernamentales).”, 67p.

principios legales aquellas áreas importantes, tales como normas penales y su aplicación respecto al delito de soborno transnacional, normas de carácter civil, comercial o administrativo así como de regulación que determinara que el soborno podría ser ilegal, entre otras; ello con la finalidad de realizar acciones concretas en la consecución de una efectiva prevención y lucha al soborno de funcionarios públicos internacionales cuando estuviesen relacionadas con las transacciones comerciales internacionales.

La Convención de la OECD, obliga a los Estados Partes que la adecuación de sus normas internas se realice en virtud a lo dispuesto por dicho Acuerdo en virtud al Principio de Equivalencia Funcional¹¹⁸, en base a lo cual España sancionó la Ley 3/2000, el que no obliga que la adecuación se realice de manera uniforme sino en virtud a lo que los Principios Fundamentales del Estado miembro obliga.

La “equivalencia funcional”¹¹⁹ presta atención al funcionamiento global de los sistemas no a las instituciones, por ello, considero en el misma línea de Mark PIETH¹²⁰ que el eje comparativo entre dos sistemas jurídicos está en los efectos generales que producen dichos sistemas no en las normas individuales. Así, este principio es de suma importancia cuando los Estados partes, en el marco de una negociación, determinan el límite de su “incumplimiento del deber” ello con la finalidad de evitar discusiones tediosas sobre reglas mínimas y encontrar acuerdos sobre cuestiones fundamentales.

¹¹⁸ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. *Mid-term study of phase 2 Reports application of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions. Adopted by Working Group on Bribery on 22 May 2006.* 164p.

“4. The objective of this study is three-fold: First, it seeks to further enhance the equal application of standards to all examined Parties, keeping in mind that pursuant to the principle of “functional equivalence” in the Convention, equality does not require uniformity or changes in fundamental principles of a Party’s legal system. The second goal of the study is to identify patterns of compliance and deficiencies in Parties’ implementation of the Convention, as well as notable approaches that might not at this stage represent trends. Thirdly, the study is intended to provide a basis for the Working Group to determine which issues require further analysis and to decide on the direction of future monitoring tasks regarding the Convention.”, 6p.

¹¹⁹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Working Group on Bribery in International Business Transactions. Consultation Paper Review of the OECD Instruments on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions Ten Years after Adoption. January 2008.* 41p.

“These recommendations do not seek a uniform approach by the Parties to implementing the Convention, but instead recognise that different legal systems may achieve the same results through different means (the concept known as “functional equivalence”. 5p.

¹²⁰ PIETH, Mark. “Del Ideal a la Realidad: Cómo Lograr la Permanencia de las Nuevas Normas Globales”. En: CARTIER BRESSON, Jean (ed). *Op.cit.* 63-79p.

“La Convención emplea y desarrolla un principio formulado en el derecho comparativo. Siguiendo el enfoque constitucional de comparación, se presta atención al funcionamiento global de los sistemas y no a las instituciones individuales. Se supone que cada sistema jurídico obedece a su propia lógica y que no está determinando necesariamente sólo por sus textos legales. (...) el eje de comparación, en términos de equivalencia funcional, estriba en los efectos generales que produce el sistema jurídico de un país a diferencia de las normas individuales.” 70p.

Y lo importante aquí, al tiempo de la adecuación de la normatividad interna a la internacional bajo los parámetros de los Principios Fundamentales, es que el “cohecho transnacional” (soborno transnacional) sea calificado como delito grave al mismo nivel que el cohecho nacional. Imperativo que ha sido cumplido por el Estado español, en principio, en mi opinión, respecto a la tipificación del tipo penal, puesto que las reglas para la lucha contra la corrupción en éste ámbito no sólo es a nivel penal, hay que considerar todo un conjunto de medidas de carácter preventivo a nivel administrativo, financiero, contable, bancario, leyes de regulación, entre otras¹²¹.

En principio, considero que, España, con las limitaciones que su ordenamiento jurídico en materia penal le imponía, al tiempo de la adecuación del delito de soborno transnacional, cumplió con limitaciones la Fase Uno¹²² estipulada por el *Working Group on Bribery* como Mecanismo de Seguimiento para la implementación de la Convención de la OECD en los Estados que signaron dicho documento internacional; tal como lo señala dicho documento éstas giraron en torno a tres temas: definición del delito, responsabilidad de las personas jurídicas y las penas.

Respecto a la definición del delito, el problema inicial, que en mi opinión aún continúa, como luego veremos, está relacionado en primer término, a lo que la legislación española entiende respecto a la conducta que despliega el funcionario público extranjero como la actuación u omisión que realiza. Esto, por la profusa legislación al respecto y la remisión continua a diversas normas para calificar la conducta del funcionario público extranjero como un acto de cohecho (acción u omisión) dependiendo de la particularidad con que se despliega la misma. Así, el *Working Group* critica la falta de coherencia para la aplicación de la norma y muestra su preocupación, sobre todo, al tiempo en que ésta sea necesaria aplicarla al caso en concreto, recomendando que la aplicación de las varias categorías penales, que el ordenamiento jurídico español contempla sean monitoreadas en la Fase 2 con la finalidad de verificar si efectivamente España está cumpliendo con castigar a los funcionario públicos extranjeros que despliegan conductas en sus modalidades de acción u omisión.

¹²¹ Para ver las medidas que los Estados miembros de la OECD deben implementar en su legislación interna ver la ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions C(94)75/FINAL (Adopted by the Council at its 829th Session on 27 May 1994)*.015191. Asimismo, ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. Working Group on Bribery in International Business Transactions. *Compilation of Recommendations made in Phase 2 Reports. Last update. February 2009*.DAF.Anticorruption Division.

¹²² ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Spain, Review of implementation of the Convention and 1997 Recommendation*. 25p.

En el mismo sentido del *Working Group*¹²³, al tiempo de su informe sobre la Fase Una relativa a España, consideró que el problema de la definición sobre el funcionario público extranjero aún no ha sido resuelto, *Article 445 bis does not provide a definition of “foreign public official” and it does not expressly refer to a definition elsewhere in the law. However, the Spanish authorities state that the courts will be required to apply the definition in the Convention. They state that the Spanish Constitution recognises the superiority of treaties and conventions ratified by Spain over internal legislation, therefore no legal authority providing for the application of definitions in treaties and conventions to internal legislation is needed. Moreover, according to Spain there are precedents for this direct application of definitions contained in international conventions.*

Las Sentencias del Tribunal Constitucional a la que se refiere el *Working Group* son la N° 11/1985 de fecha 30 de enero de 1985 y la N° 28/1991 de fecha 14 de febrero de 1991¹²⁴ que ha reconocido el “rango superior de los tratados internacionales sobre la ley interna” en concordancia con lo dispuesto por el artículo 96 párrafo 1 de la Constitución Española que dispone “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.”

Precisión que realizó siguiendo los *Commentaries on the OECD Convention on Combating Bribery*¹²⁵, por cuanto la Convención de la OCDE en su primer artículo define al servidor o funcionario público extranjero como toda persona que:

¹²³ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Spain, Review of implementation of the Convention and 1997 Recommendation*. 25p.

“(…) the Working Group is uncertain whether Spain can cover all the acts or omissions contemplated by the Convention. In particular, the Working Group is concerned that the Spanish legislation would not cover an exercise of discretion that neither constitutes a crime nor an unjust act under the law of the foreign public official's country but that is nevertheless covered by the Convention. (...) In conclusion, the Working Group recommends that the application of the various categories of penalties be monitored in Phase 2 to verify that Spain is able to punish persons in relation to all the acts or omissions of a foreign public official contemplated by the Convention, although the foreign bribery offence defined in article 445 bis of the Penal Code largely reflects the wording in the Convention.”, 24p.

¹²⁴ *Ver anexos*, Sentencia N° 11/1985 del 30 de enero de 1985 publicada en el BOE N° 55; Sentencia N° 28/1991 del 14 de febrero de 1991 publicada en el BOE N° 64.

¹²⁵ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Commentaries on the OECD Convention on combating bribery send print commentaries on the Convention on combating bribery of officials in international business transactions. Adopted by Negotiating Conference on 21 Nvember 1997*. En el mismo sentido: *1997 Revised Recommendation of the Council on Combating Bribery in International Transactions*.

- Ocupe una posición legislativa, administrativa o judicial en un país extranjero, lo que en algunos casos pueden ser miembros de un partido político de ese Estado y que actúen sin estar nombrados, por cuanto tales personas de *facto* se desenvuelven como funcionarios públicos; en ese sentido, algunos países como Estados Unidos contempla en la FCPA dicho supuesto.
- Ejercza una función pública en un país extranjero, incluyendo toda actividad de interés público, delegada por ese país extranjero, en donde la representación que realice dicho funcionario guarde relación con una contratación pública, vg. los Encargados de Negocios de las Misiones diplomáticas.
- Ejercza una función pública en un país extranjero incluyendo una agencia pública, entendida como una entidad constituida bajo las normas públicas que implica una tarea específica en aras del interés publico, vg. los funcionarios de Enlace.
- Ejercza una función pública en un país extranjero incluyendo una empresa pública, en los términos de persona jurídica al menos formalmente establecida, sobre la que un gobierno o gobernantes pueden, directa o indirectamente ejercer influencia.
Considerando bajo este supuesto cuando el gobierno o los gobernantes tienen parte del capital social de la empresa, o detentan el control de la mayoría del capital social, o tienen mayoría en los organos de decisión sea a nivel administrativo, gerencial o de supervisión.
- Cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional, aquí se incluye a toda organización conformada por Estados, Gobiernos u otras organizaciones públicas internacionales, en cualquiera de sus formas y ámbitos de competencia, vg. los funcionarios de la OMS, FAO, entre otras.

Otro punto relevante, que fuera observada por la OECD en el documento denominado Fase Uno, es que el sistema jurídico español no establece la responsabilidad de las personas jurídicas aun cuando su ordenamiento administrativo prescribe algunas sanciones a estas empresas dejando la sanción de carácter punitivo exclusivamente para el administrador o representante de la precitada; por tanto, incumpliendo con lo dispuesto en el artículo de la Convención, puesto que no se le aplican sanciones eficaces a estos entes morales.

3.2 *El proyecto de Ley y el mandato de la OECD, cumplimiento de la Fase Dos?. Personas Jurídicas.*

El Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en Consejo de Ministros de fecha 14 de noviembre de 2008, que entre otros modifica el artículo 445, en el sentido de subsanar todas aquellas observaciones que han emanado del documento denominado *Report on the application of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions – Phase 2 Spain*.

El *Working Group* encuentra que España ha realizado un esfuerzo significativo para implementar la Convención de la OECD, incluyendo el mantenimiento de una fiscalía anticorrupción especializada y con experiencia. Sin embargo, España aun no ha adoptado la responsabilidad y las sanciones que la Convención requiere se apliquen a las personas jurídicas en temas relativos a soborno transnacional. Coincidiendo con el citado equipo de trabajo que, las medidas preventivas son también necesarias direccionándolas a la falta de conciencia de la convención y del delito de soborno transnacional tanto a nivel público como privado.

El Reporte – Fase Dos – del Grupo de Trabajo encontró que, a pesar de ciertas mejoras en el año 2003, que las normas españolas relativas a la responsabilidad de las personas jurídicas y su sanción para casos de soborno transnacional es inconsistente bajo lo dispuesto en los artículos 2º y 3º de la Convención de la OCDE porque aparte de la ausencia de responsabilidad directa de la persona jurídica para estos casos no existe ninguna sanción pecuniaria contra las mismas. Este reporte señala que España ha comenzado a elaborar una norma relacionada con las personas jurídicas y urge su aprobación tan pronto sea posible. El *Working Group* evaluará el régimen de las responsabilidades y sanciones de las personas jurídicas por soborno extranjero tan pronto esta sea adoptada y una vez que haya sido puesta en práctica.

El Reporte también recomienda que el incremento de las sanciones se hacen necesarias en orden a asegurar una efectiva asistencia legal mutua y extradición para potenciales casos de soborno transnacional. Encuentra también que España debería tomar medidas explícitas a la prohibición relativa a la deducibilidad de impuestos por soborno extranjero en orden a mejorar la conciencia de los inspectores de hacienda (fiscales) y compañías sobre el delito y su tratamiento tributario.

España se comprometió frente a la OCDE, específicamente ante el *Working Group* de realizar una reforma substancial del Código Penal con la finalidad de adaptar la definición de funcionario extranjero en el marco de lo establecido en el Convenio, así como las sanciones y la regulación aplicable a las personas jurídicas entre otras materias. Que, el Anteproyecto de Ley recoge en el artículo 445 aun cuando a la fecha no ha sido aprobado.

De lo cual infiero, que es posible que, tal falta de voluntad legislativa se deba, entre otras razones, a la discusión existente en torno a si la persona jurídica es pasible de sanción a la clásica fórmula *societas delinquere non potest*, la que gira en torno al artículo 129 del Código Penal y del artículo 445 en el Anteproyecto de Ley.

Aun cuando éste no es un trabajo sobre dogmática penal, considero que vale la pena destacar que, respecto a la cuestión de la persona jurídica, José María ZUGALDIA ESPINAR¹²⁶ condensa dicha discusión señalando "(...) hay autores que llevan a cabo un profundo estudio del artículo 129 CP. sin entrar en absoluto en el tema de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias previstas en el mismo (MANZANARES SAMANIEGO/CREMADES); otros se afanan en demostrar que las consecuencias accesorias del artículo 129CP. no son ni penas ni medidas de seguridad y, supuestamente demostrado esto, no ofrecen la más mínima pista sobre "que son" en realidad (MUÑOZ CONDE y GUINARTE CABAD), no faltan quienes consideran a las consecuencias accesorias como una tercera modalidad de sanciones penales "peculiares" (LANDROVE DIEZ), híbridas o inclasificables (LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARÁN). También se ha defendido la óptica procesal para calificar a las consecuencias accesorias de "circunstancias accesorias de la sentencia condenatoria" (VASQUEZ IRUZUBIETA) (...)", entre otros entre los que se encuentran Mir Puig, Gracia Martín, Cerezo Mir.

Cuando, coincidiendo con el precitado autor, que las sanciones a las personas jurídicas se deben plasmar por "razones de evidente necesidad vinculada al Derecho Penal Económico (...) entendido en su versión integradora de sus aspectos jurídicos y criminológicos". Cuya pauta es marcada, en mi opinión, por las transacciones que se realizan en el ámbito de la economía de mercado globalizada, que se organiza a nivel mundial en dicho ámbito para contrarrestar los efectos de la criminalidad internacional económica, razón por la cual entre otras es que al ser España miembro de la OECD se le exige, como ya lo señaló el *Working Group* que España no cumpliera con los estándares establecidos en

¹²⁶ ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. "La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: un pilar básico del moderno derecho penal económico". En: MIR PUIG, Santiago y otros (ed) *Estudios de Derecho Penal Económico*. Livrosca, Caracas, 2002. 123p-182p.

la Convención, en relación a la responsabilidad y sanción a las personas jurídicas por soborno transnacional.

Así, la Ley 15/2003 añadió el capítulo X al título XIX del Libro II bajo la denominación “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, que dispone en su segundo numeral la imposición de las Consecuencias accesorias establecidas en el artículo 129º del Código Penal ¹²⁷ cuando se determinara que el sujeto culpable de cohecho activo en las transacciones comerciales internacionales perteneciera a una persona jurídica, sea esta una sociedad, organización o asociación, aun cuando la actividad que realizara tuviera carácter transitorio.

El numeral 2) del artículo 445ºbis dispone que, cuando el culpable por delito de soborno transnacional perteneciera a una persona jurídica, sea esta sociedad, organización, asociación, incluyéndose aquellas de carácter transitorio, se les impondrá las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129º del Código Penal. Aquí considero tener presente que, se requiere que la persona natural en primer lugar pertezca a una persona jurídica; segundo que se dedique a la realización de dichas actividades, aquí sin embargo se plantea la interrogante sobre aquellos sobornos realizados por un tercero que no tiene relación de pertenencia con la persona jurídica; tercero sea declarada culpable como presupuesto previo a la aplicación de sanción a la persona jurídica.

La Ley 15/2003 incorporó el numeral 2 al artículo 31º del Código Penal que dispone que la persona jurídica será responsable en la medida en que se determine la culpabilidad de la persona natural; señalando además que, sólo si a ésta última se le impone por sentencia el pago de una multa bajo esa exigencia la primera se hará cargo de manera directa y solidaria, puesto que los actos lo realizó como directivo del ente moral en cuyo nombre y representación actuó, configurándose una responsabilidad vicaria para dichos fines. Es decir, la responsabilidad de la persona jurídica se manifiesta automáticamente en tanto el representante es condenado y sentenciado a pagar una multa.

Sin embargo, considero que el artículo 31º del Código Penal, tal como la jurisprudencia lo entiende se aplica a los considerados “delitos especiales propios”, es decir, aquellos en los que no toda persona puede ser autor, lo cual

¹²⁷ ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. Aranzandi, Cizur Menor, 2000, 265p.

“(…) como se considera mayoritariamente la vigencia del principio “societas delinquere non potest” en la doctrina española, entonces no se les puede sancionar a las sociedades con pena, ni tampoco con medidas de seguridad, porque no pueden cometer delitos no podrían ser sujetos del juicio de peligrosidad criminal, a no ser que sean medidas predictuales, cuestiones que choca con los principios fundamentales. Pero como existe una demanda político – criminal de responder con algún tipo de medida atajando directamente su actividad, el nuevo CP ha dispuesto contemplarlas bajo la rúbrica de consecuencias accesorias.”, 208p.

contradice lo estipulado en el artículo 445^obis donde se establece que cualquiera puede ser el autor, por tanto la autoría de la norma está limitada a determinados sujetos que reúnan ciertas características y condiciones.

Así, el numeral 1) del artículo 31^o sobre responsabilidad en la administración de la persona jurídica de la que se deriva la responsabilidad de ésta última contemplada en el numeral 2) del mismo artículo no se refiere a ningún tipo de responsabilidad en la administración por acciones en la administración. Y en sentido, el *Working Group* ha señalado que los Tribunales Españoles han encontrado que la norma no crea automática u objetivamente responsabilidad de los administradores de las compañías que cometen delitos. Pero esto no es claro, puesto que, otros Tribunales han señalado que los administradores debieron haber tenido una *real participation in the events at issue as well as guilt with regard to the same*, o que el administrador debió haber *carried out the crime*.

Así, el Tribunal Constitucional en su STC 253/1993 de fecha 20 de julio de 1993 señaló respecto a la aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas en relación al delito cometido por un representante de la misma, que sobre las mismas deberían de recaer las condiciones especiales de autoría – ser directivo o gerente, es decir aquel que actúe como administrador de la persona jurídica a nombre de quien actúa – y en ese sentido argumentó que, “lo que el mismo persigue, por el contrario, es obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes”.

Que interpretado conjuntamente con el artículo 129^o del Código Penal, tal como está redactado, no provee ningún tipo de multa o sanción monetaria contra la persona jurídica, sin contar que establece que las consecuencias accesorias son de carácter condicional – no imperativa – por tanto, su aplicación dependerá del criterio del juez. Lo cual aunado a lo estipulado en el literal c) del citado cuerpo legal que dispone “Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma” las que no garantiza ningún efecto disuasorio en el futuro, al no ser éstas medidas eficaces.

Menos aún, si consideramos, como señale precedentemente que, el numeral 2) del artículo 31^o del Código Penal que guarda relación en su aplicación con el numeral 1) del mismo dispositivo legal, no considera que la sanción a aplicarse a la persona natural, que haya actuado en representación de la persona

jurídica, sea por una conducta ilícita relacionada con el delito de soborno transnacional estipulado en el artículo 445^obis del Código Penal.

Teniéndose en cuenta, además que, el límite máximo a imponerse a la persona natural como multa es tres veces más de lo recibido por concepto del ilícito, pero de un delito especial propio, que no es el tipificado en el artículo 445^obis del Código Penal. Y aún, en el supuesto improbable que se aplicare, tal como está redactada la norma, el monto de la sanción económica dista de lejos de las ganancias esperadas por la persona jurídica a la que representó.

El anteproyecto de Ley Orgánica del 14 de noviembre de 2008, en este sentido, en mi opinión, introduce modificaciones sustanciales en virtud a lo antes señalado, incorpora el artículo 31 bis relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas; en el sentido de la Recomendación de la OECD, es decir, que dicha responsabilidad es imputable a la persona jurídica¹²⁸ no sólo por los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas que realicen las personas que detenten poder de dirección al interior de la misma – delitos especiales propios –, sino también por toda persona que estando sometido a dirección de la administración de la persona jurídica ha desplegado la conducta ilícita al no haberse ejercido efectivo control sobre ellas

Puesto que las personas jurídicas deben de realizar dicho control al interior de la misma con la finalidad que los actos de soborno no se materialicen, para lo cual se requiere la implantación por escrito de técnicas administrativas que garanticen el efectivo cumplimiento de las leyes así como de normas de conducta y desempeño laboral, en lo que se denominan los “Códigos de Conducta Corporativa”¹²⁹ que se elabora para que la empresa objetivamente pueda detectar y controlar la actividad de sus empleados al interior de la misma, que redundará en su beneficio, como mejorar su reputación o minimizar el riesgo de sanciones civiles o penales.

Que, estando la modificación en estos términos, considero que podrá ser aplicada conjuntamente con el numeral 2) del artículo 445^obis, al haberse especificado que cuando el delito en tanto fuere cometido por cualquier sujeto como parte de las actividades que despliega al interior de la persona jurídica, y

¹²⁸ Para ver temas de responsabilidad de las personas jurídicas vease : ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op.cit.*

¹²⁹ GORDON Kathryn y MIYAKE, Maiko. “La Creación de una Cultura Corporativa contra el Soborno”. En: CARTIER BRESSON, Jean (ed): *Op.cit.* 237-256p.

“Los procedimientos indicados en los códigos sobre cohecho se concentran notablemente alrededor de mecanismos relacionados con el mantenimiento de registros e información así como de mecanismos internos, tales como la obtención de firmas por parte de funcionarios ejecutivos, la creación de comités de cumplimiento, la auditoría interna y las facilidades para denunciar actos indebidos.”, 239p.

al no haber ésta ejercido los controles internos correspondientes¹³⁰, será en consecuencia pasible de imputación por soborno transnacional.

Con lo cual, el Anteproyecto de Ley decanta por la denominada responsabilidad vicaria, que ha sido recogida a su vez, por otros miembros de la OECD tal como se desprende de la lectura del Capítulo 7 denominado Responsabilidad de las Personas Jurídicas en *Corruption: A Glossary of International Standards in Criminal Law*.

Así, en dicho documento se precisa que, algunos Estados parte han adoptado en su legislación la responsabilidad vicaria como parte de su ordenamiento jurídico al momento de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque de manera eficaz, entre los que se encuentra los Estados Unidos.

En el citado documento de la OECD, se señala que en los Estados Unidos, una persona jurídica es responsable por los actos ilícitos de sus oficiales, empleados y agentes cuando la persona natural en cuestión actúa, primero, en el ámbito de sus deberes; y, segundo, para beneficio de la corporación. Por tanto, la responsabilidad puede ser provocada por conductas desplegadas por todo empleado de la persona jurídica, independientemente de su nivel en la jerarquía corporativa. Asimismo, los tribunales podrán reducir la sanción si al tiempo de la comisión del delito, la persona jurídica tenía implementado un “efectivo” programa de cumplimiento.

Asimismo, el numeral 2) del artículo 445^obis del Código Penal Español estipula las penas e inhabilitaciones a que son pasibles de sanción las personas jurídicas; y, en cuanto corresponda las respectivas multas a ser aplicadas con un margen entre el doble y decuple del beneficio obtenido por éstas por la comisión del ilícito; la inhabilitación a aplicar oscila en un periodo entre los diez a quince años, así como la imposibilidad que éstas tendrán al momento de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública.

Considero cuestionable la redacción antes precitada, en lo que respecta a la inhabilitación que se aplica a la persona jurídica en tanto su imposibilidad a intervenir sólo en las transacciones comerciales de trascendencia pública, puesto que, al no existir precedentes jurisprudenciales¹³¹ sobre la materia

¹³⁰ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Corruption: A Glossary of International Standards in Criminal Law*. Op.cit.

“States may also wish to consider (...) the requirement to establish an effective internal compliance programme and the direct regulation of corporate structures. (...)”, 66p.

¹³¹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. *Spain: phase 2. Report on the application of the Convention on Combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 Recommendation on Combating bribery in international business transactions*.

resulta inadecuado, por decir lo menos, precisar dicha modificación legislativa con la frase *de trascendencia pública*.

Aquí, debo señalar que en último reporte de Transparencia Internacional 2008 denominado *Progress Report 2008 Enforcement of the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transaction*¹³², se ha señalado que hay dos casos que en material de soborno transnacional aún no han sido investigados, menos procesado en España, el primero acaecido en 2004 que involucra a la empresa “Instalaciones Inbensa” (Grupo Abengoa) por presuntamente haber sobornado al entonces Presidente de Costa Rica Miguel Angel Rodriguez para obtener el Contrato de Suministro de la Ciudad de San José por la suma de US\$55 millones de dólares; el segundo caso, data del año 2002 por presuntos delitos de soborno, fraude y lavado de dinero contra el principal banco Español “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA)” en relación a sus actividades realizada en Perú y Puerto Rico.

En ese sentido, el tipo de transacciones por las que deba ser inhabilitada la persona jurídica no debe ser determinada por lo que deba considerarse de *trascendencia pública*, en mi opinión, es un concepto subjetivo que se presta a múltiples interpretaciones, que además conllevaría a que el fiscal o magistrado al tiempo de investigar o sancionar, respectivamente, tenga que aplicar su sana crítica y discrecionalidad, para determinar si esa transacción comercial rebasó los límites de lo usual. Sin descartar que, utilizar una frase como la que está en cuestión, conlleva una connotación subrepticia – por decir lo menos – de aquellas que, a veces, se utiliza para cubrir con un ligero velo la imposibilidad de aplicar de manera eficaz la reforma que sobre una norma se realiza y que trae aparejada intereses económicos.

El artículo 2º del Convenio de la OECD no estipula que la responsabilidad a aplicarse a las personas jurídicas sea cuando ésta recaiga por actos relativos a transacciones comerciales de trascendencia pública. El espíritu de la citada norma está direccionada a que la persona moral sea sancionada en todos los casos en que sea declarada responsable por haber infringido las reglas de *levelling of the playing field*¹³³ en las transacciones comerciales internacionales;

“(…) no such cases have been supplied to the evaluating team.” 39p.

¹³² TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Progress Report 2008 Enforcement of the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. Ed. HEINEMAN, Fritz and DELL, Gillian. ISSN. 1999-8579. 55p.

¹³³ DEPARTMENT OF STATE. UNITED STATES. *Fighting Global Corruption: Business Risk Management Information for Global Business & Organizations on Navigating the International Anticorruption Environment (2001-2003)*. Department of State Publication 10731, Washington D.C., 45p.

“(…)Bribery and corruption tilt the playing field and create unfair advantages for those willing to engage in unethical or illegal behavior. Corrupt practices penalize companies that play fair and seek to win contracts through the quality and price of their products and services.”,11p.

y, por tanto la sanción, sea multa y/o inhabilitación, debe ir orientada a ella sin hacer discriminación alguna, a diferencia de lo realizado por el legislador en el segundo párrafo que adiciona al artículo 445^obis del citado Proyecto de Ley.

En virtud a lo señalado, en el mismo sentido del *Glossary Standard*, la OCDE no realiza distinciones al tiempo de aplicar las sanciones a las personas jurídicas, no estipula que las inhabilitaciones a imponerse deban realizarse sólo en los casos de *trascendencia pública*, es más, señala que los Estados deben establecer sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas; y, que en virtud a lo dispuesto por la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción podrán ser de carácter penal, civil o administrativo, conforme a lo que cada ordenamiento jurídico lo permita.

En consecuencia, desde mi particular óptica, si el Proyecto de Ley se decanta por aplicar sanciones penales y administrativas a las personas jurídicas, lo lógico es que siga la línea trazada por las Convenciones que España está obligada a cumplir. Y en ese sentido, considerar que las inhabilitaciones se aplican sólo para casos de *trascendencia pública* implica ir contra el espíritu de las Convenciones contra la Corrupción, tal como lo señalé precedentemente, además de considerar que, en el *Glosary Standard* se hace hincapié en que los Estados deben establecer sanciones eficaces sean éstas de carácter temporal o permanente, tales como la exclusión de las empresas para contratar con el Estado, en materia de servicios y obras públicas, contratación de subvenciones, créditos a la exportación y financiación; entre otras señaladas en dicho documento.

3.3. El proyecto de Ley y el mandato de la OECD, cumplimiento de la Fase Dos?. Personas Naturales

Considero que, respecto al cumplimiento de la Fase Dos relativa al delito de soborno transnacional y la aplicación de la correspondiente sanción a las personas naturales que delinquen; y, a su vez siguiendo los cánones establecidos por el *Working Group*, se plantea el problema respecto a la determinación de la sanción a imponerse a las personas naturales al guardar estrecha relación con la formula de remisión que aplica el artículo 445^obis “Los que con dádivas, presentes, ofrecimiento o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta (...) serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos.”

El artículo 423^o estipula que la sanción ha aplicar a los sujetos del soborno activos serán los mismos que los del soborno pasivo. El soborno pasivo (cohecho pasivo) está establecido en los artículos 419^o a 421^o y del 425^o a 426^o. La aplicación de los mismos difieren principalmente en cuanto a la

naturaleza de la acción u omisión en la conducta que despliega el funcionario extranjero. Pero debe tenerse presente que a éste último no se le aplica las reglas de la legislación interna, sino se le aplica su propia norma.¹³⁴

Las normas a la que nos remite el 423º son para determinar la conducta delictiva que despliega el sujeto activo del tipo penal del soborno transnacional¹³⁵, no para delimitar la conducta que despliega el funcionario público extranjero.

Considero que, lo más destacable al tiempo en que el juzgador aplicará la norma sobre soborno transnacional, no es determinar si el funcionario público extranjero cometió cohecho pasivo o no, puesto que esto le corresponde determinar a la jurisdicción extranjera, considero inoficioso la determinación que de ella pueda realizar la jurisdicción del país que no va a juzgar al funcionario extranjero a pesar que como señala el profesor Eduardo FABIÁN CAPARRÓS esto “nos permitirá fijar el límite de lo prohibido”¹³⁶ del delito puesto que esto lo determina la legislación extranjera que detenta la jurisdicción para juzgar al funcionario público.

Por tanto, en mi opinión, debe tenerse presente que el objetivo de la tipificación de la conducta que despliega cualquier sujeto es la protección del bien jurídico “iguales reglas en las transacciones comerciales internacionales”, el objeto no es el juzgamiento del funcionario extranjero.

Y ahí si, considero que es de suma importancia el concepto que de funcionario público extranjero la legislación interna pueda realizar¹³⁷, siguiendo los cánones

¹³⁴ Para mayor información respecto a la aplicación del artículo 423 del Código Penal respecto al delito de soborno transnacional, Ver: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *Op.cit.*

¹³⁵ BACIGALUPO, Enrique. “Organos judiciales especializados en criminalidad económica en Europa”. *En: MIR PUIG, Santiago y otros. Op.cit.*, 183-196p.

“El derecho penal económico sufrió en los años 90 una transformación importante como consecuencia de la percepción del fenómeno de la *corrupción*, que puso de manifiesto prácticas ilegales entre empresarios y funcionarios estatales y dentro de las mismas empresas. Los delitos que se realcionan con estas prácticas (cohecho, prevaricación, espionaje industrial, maniobras para desvirtuar la competencia) también forman parte, en una u otra forma, de los delitos de difícil percepción sensorial.” 186p.

¹³⁶ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *Op.cit.*

“(…) el art. 445 bis establece un extravagante sistema según según el cual los tipos de cohecho pasivo previstos en los art. 419 y ss del CP, aun no siendo aplicables a los funcionarios extranjeros o internacionales, ayudan a delimitar el ámbito de lo prohibido, estableciendo la base a partir de la cual se determina el castigo aplicable a los responsables de actos de corrupción activa transnacional.”

¹³⁷ NAVARRO DOLMESTCH, Roberto. “Reconfiguración del sistema de fuentes del Derecho penal y “amenaza de crisis” del principio de legalidad: La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización” *En: FARALDO CABANA, Patricia y otros (ed): Op.cit.* 123-178p.

“Desde la perspectiva jurídica, en los escenarios de la globalización las decisiones en el proceso legislativo (en sentido amplio), aunque se toman dentro de las fronteras (parlamentos nacionales y órganos administrativos), ellas no son reflejo de las aspiraciones de los actores locales; es lo que Santos denomina la “transnacionalización de la regulación jurídica del Estado – Nación”, es decir, un orden de cosas en el que “los cambios en el derecho estatal de un país dado han sido influidos decisivamente por

internacionales establecidos, puesto que en realidad este es el eje, además del bien jurídico protegido, sobre el cual girará una clara tipificación del delito de soborno transnacional, por cuanto le permitirá al magistrado o fiscal delimitar su marco de actuación en su jurisdicción, así como adecuar coherentemente la conducta ilícita al tipo penal en cuestión. Puesto que, una vez definido que debemos entender por funcionario público extranjero, la cuestión de la aplicación sobre el mismo de los artículos relativos al cohecho pasivo no será necesario.

En la línea trazada por el *Working Group* considero que lo primordial es reconocer que la Convención de la OECD no requiere que un inespecífico número de delitos al tiempo de aplicar el tipo penal tipificado como soborno transnacional, sino que la totalidad del artículo 1º esté incorporado en la legislación interna española. Una de las cuestiones más importantes, en este sentido, es establecer la conducta descrita en el artículo 445ºbis como un delito autónomo, donde la norma interna no deba calificar la conducta desplegada por el funcionario público extranjero, puesto que éste será juzgado por el país del que es nacional¹³⁸.

Sobre el particular, al interior del Estado español hay posiciones discrepantes, la primera que señala que para calificar la conducta desplegada por el funcionario extranjero se requiere considerar la legislación interna para dichos efectos; la segunda, a la que me adhiero y considerando el tipo penal en cuestión, que a su vez es defendida por la Fiscalía Anticorrupción¹³⁹, en virtud a la singularidad del tipo penal en cuestión, considera que podría aplicarse a las características que subyacen a la conducta desplegada por el funcionario extranjero las que guarden relación para estas en la ley extranjera.

Tal como está redactado el artículo 445ºbis del Código Penal éste no cumple en estricto con lo estipulado en los Informes de seguimiento de la OECD –Fase 2, una de las críticas que se le realiza al Estado Español respecto a la

presiones internacionales, formales o informales, de otros estados, agencias internacionales u otros actores transnacionales.”, 157p.

¹³⁸ UNITED NATIONS. *Resolution adopted by the General Assembly A/58/422/Add.1 on 7 October 2003. Report of the Ad Hoc Committee for the Negotiation of a Convention against Corruption on the work of its first to seventh sessions Addendum Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Corruption.*

“28. (...)the core conduct addressed by paragraph 2 is already covered by article 15, which requires that States Parties criminalize the solicitation and acceptance of bribes by their own officials. (...)”, 5p.

¹³⁹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Spain: phase 2. Report on the application of the Convention on Combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 Recommendation on Combating bribery in international business transactions.*

“(...) while a majority of panellists considered that the offence is not autonomous. ACPO prosecutors considered that Spanish law would apply to the characterization of the foreign official’s expected acts regardless of the characterization of the act under foreign law.”, 36p.

implementación del Convenio de la OECD está relacionada con las normas de remisión que determinan la sanción aplicable al sujeto que despliega la conducta tipificada como cohecho activo; sin embargo, debo destacar que en este sentido el Anteproyecto de Ley realiza dos acertadas precisiones, la primera sobre las sanciones a aplicar al sujeto activo, la segunda relativa a la definición del funcionario público extranjero. Con lo cual, queda zanjada la discusión generada respecto a la aplicación del 423º, tanto para el sujeto activo como para el funcionario público extranjero.

Y en ese sentido, si se aprobara la modificación del artículo 445ºbis contenida en el Anteproyecto de Ley, considero que, se estaría cumpliendo lo estipulado en la *Corruption: A Glossary of International Standards in Criminal Law* cuando dispone que al momento que un Estado adecua su legislación a lo preceptuado al Convenio de la OECD debe establecer una definición para “funcionario público extranjero” en el marco de la tipificación del delito de soborno transnacional con carácter autónomo: *One issue that arises uniquely in the definition of “foreign public official” is whether a complete autonomous definition is contained in the implementing legislation.*¹⁴⁰.

Lo cual es necesario, considerando que el sujeto que recibe el soborno es un funcionario publico extranjero; y, por tanto determinar su calidad es imprescindible, caso contrario ésta se sujetará a la interpretación de lo que se entiende por “funcionario extranjero” bajo las leyes internas del país donde es procesado o investigado el particular.¹⁴¹

Considero, en el mismo sentido de lo señalado en la *Glossary Standards*¹⁴² y el *Legislative Guide*¹⁴³, que esta falta de definición de la calidad de “funcionario

¹⁴⁰ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Corruption: A Glossary Standards in Criminal Law. Op.cit. p.34.*;

125. ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Spain: phase 2. Report on the application of the Convention on Combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 Recommendation on Combating bribery in international business transactions.*

“The Commentary to the Convention underlines that Art.1 of the Convention requires the establishment of an autonomous offence. In other words, the foreign bribery offence must not require proof of the law of a particular foreign official’s country.”, 35p.

¹⁴¹ FABIAN CAPARROS, Eduardo. *Op.cit.*

“(…) con independencia del lugar en el que el funcionario actúe o admita el soborno: en la medida en que actúe en el ejercicio de su cargo, su decisión repercutirá finalmente sobre el territorio del Estado al que pertenezca, siéndole por ello aplicable (...) la normatividad interna sobre cohecho.”, 89p.

¹⁴² ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Corruption: A Glossary of International Standards in Criminal Law.34p.*

¹⁴³ UNITED NATIONS. *Legislative Guide for the implementation of the United Nations Convention against corruption.Op.cit.*

“State parties’ domestic legislation must cover the definition of “foreign public official” given in article 2, subparagraph (b) of the Convention, as it would not be adequate to consider that foreign public officials are public officials as defined under the legislation of the foreign country concerned. Article 16 does not

público extranjero” puede ser un obstáculo para la investigación o proceso puesto que, usualmente, es difícil establecer bajo una norma interna, lo que debemos entender por “funcionario público” cuando éste sujeto pertenece a otra jurisdicción, por razones como las señaladas en la actual legislación española contempladas en los artículos 419º-421º y 425º-426º, que define el cohecho pasivo; por ello, para evitar este tipo de problemas, es preferible adoptar una definición autónoma para el “funcionario público extranjero”.

3.4. Funcionario Público Extranjero en el Convenio de la OECD y en Naciones Unidas.

Lineas arriba, he señalado, entre otras razones, que para la aplicación eficaz del tipo penal de soborno transnacional por parte de los operadores jurídicos sean magistrados o fiscales, es necesario que además de configurarse este delito como uno de carácter autónomo se requiere la definición clara por parte de la norma interna de lo que debe entenderse por “funcionario público extranjero”.

El Proyecto de Ley incorpora el numeral 3 en la modificación que plantea del artículo 445ºbis del Código penal español con lo cual, en principio quedaría zanjado el problema respecto a la interpretación de los sujetos a quienes se les atribuye la calidad de funcionarios públicos extranjeros. Sobre el particular, algunos consideran que el artículo 24º del Código Penal, que señala a que sujetos se le imputa en el orden interno, valga la redundancia, la calidad de funcionarios públicos, norma de remisión del 423º y que puede ser extrapolado y aplicado directamente a los funcionarios extranjeros. Otros, consideran que la aplicación directa de la definición de “funcionario público extranjero” como una disposición de *self executing* podría vulnerar los derechos de los acusados.

El numeral 3) del Anteproyecto de la Reforma del Código Penal define a efectos del cohecho activo transnacional prescrito en el artículo 445ºbis, que debemos entender por “funcionario público extranjero” y en este sentido, plasma:

Primero, el funcionario público extranjero en razón a las prerrogativas que detenta tales como ostentar cargo legislativo, administrativo o judicial, que les son conferidas tanto por elección como por nombramiento. Concepto que en estricto, considero, es recogido del literal a) del artículo 4º de la Convención de la OECD que guarda relación directa con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 2º de la Convención de Naciones Unidas, supuesto que se aplican a todas aquellas personas que detentan la calidad de funcionario público, es

require that bribery of foreign public officials constitute an offence under the domestic law of the concerned foreign country.”, 85p.

decir, que guarden una relación jurídica entre el sujeto y la organización estatal por tanto que imputan su actividad al Estado. Es decir, la participación en el ejercicio de funciones públicas así como la existencia de una relación jurídica entre el sujeto y la estructura administrativa, la concurrencia de un título que recae sobre el sujeto y lo habilita para el ejercicio de la función pública¹⁴⁴.

El *Glossary Standard* señala que al amparo de lo estipulado en las Convenciones Internacionales, el ámbito de definición del “funcionario público extranjero” es comparable a de los “funcionarios públicos nacionales”¹⁴⁵; y, en ese sentido, siguiendo lo dicho por Inma VALEIJE¹⁴⁶ son funcionarios públicos no sólo aquellos que sirven en los organismos de la administración pública, sino también todos aquellos que prestan algún tipo de servicio a entes públicos confiándoseles el ejercicio de alguna función pública a través de la que se manifiesta la voluntad del Estado.

Así, el funcionario público extranjero, considero debe ser entendido como todo sujeto, de cualquier nivel jerárquico, que ejerzca una función pública, que labore fuera del país al que pertenece, como en una misión diplomática, o en un organismo público o en una empresa pública; y, bajo este presupuesto se puede aplicar la definición de “funcionario público nacional” establecida en el artículo 2º de la Convención de Naciones Unidas, al margen de lo precedentemente señalado.

En la definición sobre “funcionario público nacional” del aludido artículo segundo, no ingresan categorías relativas al carácter permanente o temporal, remunerado o no, e independiente del nivel jerárquico¹⁴⁷, con lo cual se amplía las características que definen al “funcionario público extranjero” en atención al concepto que del mismo se ha plasmado en el citado Tratado internacional multilateral, no obstante que, en el caso español se circunscribe a lo

¹⁴⁴ VALEIJE ALVAREZ, Inma. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. EDERSA D.L., Madrid, 1995, 280p. “ (...) la existencia previa de una relación orgánica entre el sujeto y la Administración, ya sea ésta de Derecho público (Administración –funcionarios políticos), de Derecho administrativo (Administración – funcionamiento administrativo) o de Derecho laboral (personal laboral al servicio de un ente público o al servicio de otra Administración Pública local autonómica), es lo que define el *status* jurídico de funcionario en el ámbito penal (...)”.
En el mismo sentido ver, RODRIGUEZ PUERTA. *El Delito de Cohecho: Problemática Jurídico –Penal del Soborno de Funcionarios*. Pamplona, Aranzandi, 1999, 330p, 162-166p.

¹⁴⁵ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Corruption: A Glossary of International Standards in Criminal Law. Op.cit.*
“(...) in determining whether a person who takes a bribe is a foreign public official, it may be necessary to refer to the definition of a public official under the law of the foreign public official's country.”, 34p.

¹⁴⁶ VALEIJE ALVAREZ, Inma. *Op.cit.*, 72p.

¹⁴⁷ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO- OPERATION AND DEVELOPMENT. *Corruption: A Glossary of International Standards in Criminal Law. Op.cit.*
“(...) in determining whether a person is a national public official, it is irrelevant whether that person is: appointed or elected, permanent or temporary; or paid or unpaid, irrespective of that person's seniority.”.32p.

preceptuado en el artículo 24º del Código Penal, que no abarca todos los supuestos que exige la norma internacional.

En ese sentido, como bien señala el Profesor Eduardo FABIÁN CAPARRÓS¹⁴⁸ “(...)las autoridades españolas rechazaron modificar el citado artículo para extender las definiciones en él contempladas a las autoridades y funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales a los que se refiere el actual artículo 445ºbis(...)”, considerándose entonces aplicar directamente la definición plasmada en el artículo 1.4 del Convenio de la OCDE.

Segundo, el funcionario o agente que pertenezca a una organización internacional pública, refiriéndose a todo sujeto que labore o tenga algún vínculo con las precitadas, definición que no fue plasmada en la Convención de la OCDE aunque los documentos interpretativos sobre la materia de dicha organización señalan que ésta categoría de funcionarios debe ser entendida como parte de la estipulada para los “funcionarios públicos extranjeros”; a la que sus prerrogativas sobre privilegios e inmunidades de la institución en la que labora no le alcanza, puesto que esta sólo la protegen para el ejercicio de sus funciones¹⁴⁹.

En el mismo sentido, la Convención de Naciones Unidas incorporó dicha definición con la finalidad de combatir los casos de soborno en los que, sus funcionarios pudieran estar implicados, sobre todo en los relacionados con la ayuda que se brinda a los países en desarrollo a sectores prioritarios, específicamente en materia de adquisiciones vinculadas al sector salud¹⁵⁰, así como su impacto sobre el desarrollo en los mismos.

Al respecto, considero que debe tenerse presente lo señalado por las organizaciones internacionales con ocasión del “Examen de la cuestión del soborno de funcionarios de organizaciones internacionales públicas” (Nusa Dua 28 enero al 1 febrero de 2008)¹⁵¹, para quienes la cooperación entre las

¹⁴⁸ Ver. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *Op.cit.* 100p.

¹⁴⁹ NACIONES UNIDAS. Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. *CAC/COSP/2008/15 de fecha 27 de febrero de 2008. Informe de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre su segundo periodo de sesiones, celebrado en Nusa Dua (Indonesia) 28 de enero al 1º de febrero de 2008.* “(...) Se señaló que la cuestión de la penalización de delitos en el derecho interno difería de las de las prerrogativas e inmunidades. (...) Se requerían dos medidas para enjuiciar a los funcionarios de organizaciones internacionales públicas corruptos: en primer lugar, cada Estado parte debía penalizar los delitos; y, en segundo lugar, se debían establecer procedimientos para levantar las prerrogativas e inmunidades.”, 41p.

¹⁵⁰ Mayor información ver. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Informe de la Oficina de Servicios de Supervisión Interna.* EBOBAC 3/3 de fecha 12 diciembre 2005.

¹⁵¹ NACIONES UNIDAS. Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. *CAC/COSP/2008/7 de fecha 12 de diciembre de 2007. Examen de la cuestión del*

investigaciones que realizan al interior de las mismas con los Estados parte deben reforzarse, aún cuando dicho supuesto no está contemplado en la Convención, así como el sistema de prevención que están implementando con la finalidad de abordar los casos de presunta mala conducta, incluidas las iniciativas sobre integridad y lucha contra la corrupción: oficinas de ética, aprobación de códigos de conducta, publicación sobre actividades externas y el empleo de familiares, actividades de capacitación en materia de ética y conciencia, así como la publicidad de los casos de detección de fraude.

En ese sentido, las organizaciones internacionales públicas, pertenecientes al sistema de Naciones Unidas, facilitan anualmente a la *United Nation Office of Internal Oversight Services*¹⁵² información sobre los casos de presunta mala conducta, señalándose que anualmente se denuncian un promedio de 350 casos de presunta mala conducta a la Oficina de los cuales el 30% es sobre corrupción.¹⁵³

Sobre el particular, en el último informe sobre acciones de seguimiento realizado por la citada Oficina de Servicios de Supervisión Interna se ha señalado que la transparencia es importante para mejorar la Organización y establecer la cultura de la responsabilidad y los mecanismos de fiscalización la misma que ha sido prevista por el Secretario General y la Asamblea General¹⁵⁴, lo cual es destacable considerando las dificultades que tienen los países cuando se configura un delito de soborno transnacional, donde el sujeto pasivo sea un funcionario o agente de una organización internacional¹⁵⁵.

Lo cual guarda consonancia con la incorporación en el Proyecto de Ley del párrafo tercero al artículo 445^obis, como figura agravante de soborno transnacional, cuando el objeto del negocio verse sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

soborno de funcionarios de organizaciones internacionales públicas. Aplicación de la resolución 1/7 de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.

¹⁵² Mayor información: www.un.org/depts/oios

¹⁵³ NACIONES UNIDAS. Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. CAC/COSP/2008/7. *Op.cit.* 7p.

¹⁵⁴ UNITED NATIONS. Office of Internal Oversight Services. A/63/302 (Part II) Resolution adopted by General Assembly on 23 february 2009, *Peacekeeping Operations. Report of the Office of Internal Oversight Services.*

¹⁵⁵ NACIONES UNIDAS. Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. CAC/COSP/2008/7. *Op.cit.*
"El representante de la Comisión Europea informó de que la Comisión había investigado alrededor de 200 denuncias en 2006, a raíz de las cuales se habían abierto 43 casos de corrupción; cinco de esos casos se habían remitido a las autoridades nacionales para su enjuiciamiento penal, con una indicación de que debía solicitarse una renuncia de inmunidad." 7p.

A continuación, el Reporte elaborado por Transparencia Internacional sobre la base de información que les fue proporcionada por los expertos de cada país, en cuyo trabajo se auxiliaron por las evaluaciones contenidas en la Fase 1 y Fase 2 preparada por la OECD *Working Group on Bribery in International Business Transactions* en el curso de la revisión que se realizó a los Estados parte sobre la implementación de la Convención sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

FOREIGN BRIBERY CASES AND INVESTIGATIONS

	Country	Enforcement				Share of World Exports % for 2007
		Cases		Investigations		
		2008	2007	2008	2007	
1.	Argentina	1	0	0	0	0,36
2.	Australia	1(1)	U	s(s)	4(1)	1,06
3.	Austria	0	0	2	0	1,25
4.	Belgium	4	4	S	S	2,90
5.	Brazil	u	0	s(s)	1	1,06
6.	Bulgaria	3	3	0	0	0,14
7.	Canada	1	1	S	S	3,14
8.	Chile	0	0	0	0	0,45
9.	Czech Rep.	0	0	1	0	0,73
10.	Denmark	17(17)	1	0	21(21)	0,97
11.	Estonia	0	0	0	0	0,09
12.	Finland	1	0	3	1	0,64
13.	France	19	9	16	U	4,11
14.	Germany	43+	+4	>88	>83 (63)	8,80
15.	Greece	0	U	1 or 0	U	0,38
16.	Hungary	23	18	1	27	0,58
17.	Ireland	0	U	3(3)	3(3)	1,23
18.	Italy	2	2	3	1	3,44
19.	Japan	1	1	U	U	5,15
20.	Korea (South)	5	5	1	2	2,20
21.	Mexico	0	0	0	0	1,80
22.	Netherlands	7(7)	0	3	8 (7)	3,69
23.	New Zealand	0	0	s(s)	2(2)	0,20
24.	Norway	4	2	U	U	1,04
25.	Poland	0	0	0	0	0,88
26.	Portugal	u	0	U	2	0,41
27.	Slovak Rep.	0	0	0	0	0,32
28.	Slovenia	0	0	0	0	0,17
29.	Spain	2	2	0	1	2,11
30.	Sweden	1	1	15(12)	14(12)	1,34
31.	Switzerland	16(14)	1	36	23(17)	1,31
32.	Turkey	0	0	1	0	0,72
33.	United Kingdom	0	0	20	15	4,56
34.	United States	103	67	69	60	9,84

() = Oil for Food cases; some not for bribery / u = unknown / s = some

Note: Cases include prosecutions, judicial investigations and civil actions and are recorded on cumulative basis through end 2007 even if discontinued. Investigations (excluding judicial investigations) are on current basis for 2007. Numbers do not include cases and investigations carried out by OECD countries regarding foreign bribes paid to their own officials. Numbers in brackets refer to cases arising out of the UN's Oil-for-Food Programme in Iraq (1996-2003), some of them not for bribery.

FUENTE: TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Progress Report 2008 Enforcement of the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. Ed. HEINEMAN, Fritz and DELL, Gillian. ISSN. 1999-8579. 55p.

Como podrá apreciarse en dicho cuadro la interrogante sobre la existencia de una doble moral, en materia de comercio internacional está vigente. Empresas que pertenecen a países “desarrollados” sobornando a aquellos que “están en vías de desarrollo”.

CAPITULO 4

CASO HIPOTETICO: “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA)” Doble incriminación, a propósito de la Asistencia Judicial en Materia Penal para el delito de Soborno Transnacional.

Las soluciones supranacionales planteadas, en general, al problema de la corrupción es muy diversa y variada desde el ámbito bilateral, regional y mundial. Específicamente, en materia de soborno transnacional, las soluciones se han decantado más en el ámbito regional y mundial.

Si bien las soluciones supranacionales en materia de soborno transnacional no se han plasmado en instrumentos internacionales bilaterales, sin embargo, en materia de cooperación penal internacional: asistencia judicial internacional y extradiciones, los tratados firmados han coadyuvado en la lucha contra la corrupción pues en su gran mayoría, dicho auxilio judicial se presta bajo un amplio margen de actuación, en tanto no contravengan las disposiciones internas del Estado requerido. Y en ese sentido, considero que, uno de los principios del derecho penal además de los de legalidad, *ne bis in idem*, jurisdicción, territorialidad que se aplican a la cooperación penal internacional, específicamente a las solicitudes de asistencia judicial internacional, es el de Doble Incriminación.

Debiéndose entender por doble incriminación o “*dual criminality*”, como bien lo señala la *Legislative Guide for the implementation on the United Nation Convention against Corruption*, que los actos punibles deben ser entendidos por los Estados partes no en virtud a estar definidos en los mismos términos sino en que las conductas ilícitas desplegadas tengan una tipificación equivalente bajo la ley interna del Estado al que se le solicita en extradición a un sujeto u otra forma de asistencia legal.

Sobre el particular, debo señalar que a nivel de la Convención de Naciones Unidas el principio de Doble incriminación se ha flexibilizado al ser inexigible para actos que comporten asistencia judicial en tanto no involucren medidas coercitivas; y, para extradición, recuperación de activos y confiscación de

bienes en tanto las normas internas de los Estados partes lo permitan con la finalidad de lograr los objetivos plasmados en dicho instrumento internacional.

Aún más, el citado instrumento internacional, en materia de soborno transnacional insta a las Partes a brindar cooperación ante la inexistencia de “*dual criminality*” en su legislación interna al no haber sido incorporado el delito de conformidad con lo establecido en el Tratado¹⁵⁶, la misma que ha sido recogida por la Organización para el Desarrollo Económico en su texto relativo a estándares criminales internacionales sobre corrupción; y, que bajo el amparo de la Convención de Naciones Unidas se podrá solicitar asistencia legal mutua en ausencia de dicho principio, en tanto no se refiera, como ya señalé, a medidas coercitivas¹⁵⁷.

No obstante que algunos países, como señala Peter ROOKE¹⁵⁸ en el camino del fortalecimiento de la cooperación interancional en materia de extradición y asistencia legal mutua para temas de corrupción y blanqueo de capitales, podríamos encontrar algo de desilución en el rol que han cumplido algunas instituciones y leyes del hemisferio occidental resguardando sumas de dinero por billones de dólares presuntamente saqueados por Abacha, Marcos y Mobutu. Así, muchos países desarrollados insisten en la doble incriminación para que tal asistencia sea viable – significando que ambos País requerido y requirente deben tener un tipo penal comparable en sus legislaciones internas. han insistido sobre la doble incriminación.

Desde esta postura y por otras evidencias, coincidiendo con ROOKE que varios países desarrollados prefieren continuar usar sus tratados bilaterales o

¹⁵⁶ LEGISLATIVE GUIDE

527. (...) article 46, paragraph 9, allows for the extension of mutual legal assistance in the absence of dual criminality, in pursuit of the goals of the Convention, including asset recovery (see also art. 43, para. 2, on international cooperation and dual criminality, art. 31 on confiscation matters and chap. V of the present guide).

528. An important novelty is that States parties are required to render assistance if non-coercive measures are involved, even when dual criminality is absent, where consistent with the basic concepts of their legal system (art. 46, para. 9 (b)). An example of such a measure even in the absence of dual criminality is the exchange of information regarding the offence of bribery of foreign officials or officials of international organizations, when such cooperation is essential to bring corrupt officials to justice (see the interpretative note contained in document A/58/422/Add.1, para. 26, relating to art. 16, para. 2, of the Convention).

¹⁵⁷ OECD GLOSSARY

(...) the OECD Convention deems dual criminality to exist if the offence for which assistance is sought is within the scope of the Convention. Under the UN Convention, States Parties shall render MLA (mutual legal assistant) of a non-coercive nature even in the absence of dual criminality. For coercive measures, the requested state may waive dual criminality. States Parties also have discretion to extradite in the absence of dual criminality (...) 77p.

¹⁵⁸ Peter Rooke, es miembro director de Transparencia Internacional y Director de Proyectos de Transparencia Internacional Australia. Comentario realizado a partir del documento denominado “Global and Regional Report: International Cooperation in Criminal Matters”.

www.uneca.org/itca/governance/Documents/09_global_and_regional_reports.org

multilaterales en materia de extradición y asistencia legal mutua, más que depender de las previsiones contenidas en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, lo que se aplica para los Estados Unidos que tiene alrededor de 110 de tales acuerdos. Lo que está en desacuerdo con el espíritu de la Convención, que es *“promover, facilitar y brindar cooperación internacional (...) en la (...) lucha contra la corrupción, incluyendo la recuperación de activos”*.

Por una parte, los países en desarrollo están preocupados que los países desarrollados no realicen su mayor esfuerzo para facilitar la extradición y asistencia legal mutua hacia los países en desarrollo. De otro lado, algunos países desarrollados tienen dudas respecto al sistema legal y de derechos humanos en algunos otros países en desarrollo que podrían no ser adecuados para asegurar un juzgamiento justo.

Y en ese marco, planteo los siguientes supuestos sobre la aplicación temporal del mecanismo de derecho procesal internacional denominado asistencia judicial mutua en el marco de la Convención Interamericana contra la Corrupción para casos de soborno transnacional, tipo penal de reciente implementación a nivel internacional, a nivel de España y Perú; considerando además que, los ordenamientos jurídicos de ambos países pertenecen a la misma familia y un Tratado Bilateral sobre asistencia judicial mutua en materia penal suscrito por los precitados Estados. En concreto para el caso del “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BVVA)” con las limitaciones implícitas de no contar con las pruebas o indicios.

1. Aplicación de los mecanismos de cooperación penal internacional, específicamente, asistencia judicial internacional, cuando sólo una de las partes ha tipificado la conducta ilícita de soborno transnacional y sólo un Tratado bilateral los vincula.

En el ámbito de la cooperación penal internacional, el Tratado de Asistencia judicial en materia penal suscrito entre el Perú y España de fecha 8 de noviembre de 2000, vigente para ambas partes desde el 12 de diciembre de 2001, dispone en su capítulo II sobre Derecho aplicable que “Las peticiones de asistencia deberán ejecutarse oportunamente de conformidad con la ley del Estado requerido y, en tanto no esté prohibido por dicha ley, en la manera especificada por el Estado requirente.”

Señalo lo precedente, a fin de plasmar de manera general, bajo un hipotético caso de soborno transnacional que se hubiese estado investigando o juzgando en España, entre los años 2001 y 2005, antes de la entrada en vigencia de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (14 de diciembre de 2005) en el que se requiriese la asistencia judicial en materia penal a Perú.

Así, si España como país requirente hubiese solicitado auxilio judicial para investigar o juzgar el delito de soborno transnacional al Estado peruano, en sobre el caso “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA)”, en mi opinión, ésta hubiera sido la mejor época para investigarla – a partir del 2002 – planteándose lo siguiente:

1. En España el delito de soborno transnacional fue incorporado a su legislación interna en aplicación de la Ley Orgánica 2/2000 de fecha 11 de enero de 2000 por mandato de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OECD.
2. Para el país requirente, en este caso España, el único instrumento internacional ha invocar respecto al país requerido, con la finalidad de solicitar asistencia judicial internacional en materia de cooperación penal internacional hubiese sido el Tratado Bilateral suscrito entre ambos países.
3. Si bien es cierto que a esa fecha, el Perú no había incorporado a su legislación interna el delito de soborno transnacional, a pesar que suscribió la Convención Interamericana contra la Corrupción con fecha 29 de marzo de 1996, aprobada mediante Resolución Legislativa N° 26757 de fecha 5 de marzo de 1997, vigente a partir del 4 de julio de 1997, conforme a lo establecido en el artículo XXV del citado instrumento internacional.
4. El mencionado acuerdo regional describe la aludida conducta ilícita y estipula que los mecanismos de cooperación penal internacional establecidos en dicho documento se aplican a todos los tipos penales contemplados.
5. Es pertinente señalar que, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 ordena a las Partes que entre el lapso de tiempo en el que un Estado parte suscribe un determinado instrumento internacional y su entrada en vigencia o el cumplimiento de los estipulado en el tratado en cuestión, la conducta del Estado que no haya podido aún concluir con la implementación de dicho instrumento internacional, no puede contravenir el espíritu del mismo¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Ver Anexo: Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. UN.Doc.A/CONF.39/27 (1969) “Artículo 31. Regla general de interpretación; Art.26 “Pacta sunt servanda”; Art.27 El derecho interno y la observancia de los tratados”.

6. Razón por la cual, bajo el supuesto planteado, España bien podría haber solicitado asistencia judicial internacional para la investigación o juzgamiento, sólo en el marco del Tratado Bilateral de Asistencia Judicial en materia penal suscrito y además, invocando, aún cuando no con carácter obligatorio, el cumplimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción en atención a lo precedentemente señalado.
7. Puesto que, la Convención Interamericana contra la Corrupción señala en el último párrafo del artículo VIII que “(...) *Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.*”, argumento recogido en el documento elaborado por el Departamento de Cooperación Jurídica - Secretaría de Asuntos Jurídicos – Secretaría General de la Organización de Estados Americanos a raíz de la Décimocuarta Reunión del Comité de Expertos celebrada del 8 al 12 de diciembre de 2008 en la ciudad de Washington D.C.¹⁶⁰.
8. Considerando además que, el ordenamiento jurídico peruano específicamente el Libro Séptimo sobre Cooperación Judicial Internacional del Código Procesal Penal, vigente según lo dispuesto por la Ley N° 28671 desde 1 de febrero de 2006, dispone que las relaciones de las autoridades peruanas con las extranjeras en materia de cooperación penal internacional se rigen por los Tratados que haya celebrado y a falta ellos, de conformidad con lo estipulado por el Principio de Reciprocidad¹⁶¹.
9. Aunándose a ello, un pequeño inconveniente, el artículo 425°bis al momento de calificar conductas, contiene un artículo de remisión al 423° en virtud a lo cual se tipificarán las conductas desplegadas por los presuntos culpables, lo que dependiendo de la ilícita conducta desplegada nos remitirá a lo preceptuado en los artículos 419°, 420°, 421°, 425°, 426° donde incluso las penas son inferiores a los seis meses, con lo cual tenemos un serio problema de prescripción.
10. Sin contar que, aún si se hubiese prestado asistencia judicial para que España investigara este caso, las consecuencias accesorias no le

¹⁶⁰ ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS. OEA/Ser.L. SG/MESICIC/doc.228/08. *Décimocuarta Reunión del Comité de Expertos. 8 al 12 de diciembre 2008. Washington D.C. Propuesta Metodológica para el análisis de la Implementación de las Disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción seleccionadas en la Tercera Ronda y para el seguimiento de las Recomendaciones formuladas en las Rondas anteriores.* 6p.

¹⁶¹ CODIGO PROCESAL PERUANO Artículo 508.- *Normatividad aplicable*

1. Las relaciones de las autoridades peruanas con las extranjeras y con la Corte Penal Internacional en materia de cooperación judicial internacional se rigen por los Tratados Internacionales celebrados por el Perú y, en su defecto, por el principio de reciprocidad en un marco de respeto de los derechos humanos.
2. Si existiere tratado, sus normas regirán el trámite de cooperación judicial internacional. Sin perjuicio de ello, las normas de derecho interno, y en especial este Código, servirán para interpretarlas y se aplicarán en todo lo que no disponga en especial el Tratado.

hubiesen alcanzado al “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BVVA)” puesto que la modificación que se realiza al artículo 445bis respecto a éste supuesto recién se da con la expedición de la Ley 15/2003.

2. Cómo se hubiese aplicado la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, bajo la mismo tipo penal e igual mecanismo de cooperación penal internacional a requerir, a la entrada de su vigencia?

Un segundo supuesto, se plasma en virtud a un hipotético caso de soborno transnacional que podría haberse estado investigando o juzgando en España y se hubiese requerido activar los mecanismos procesales de la cooperación judicial internacional respecto a Perú – asistencia judicial –, entre el periodo comprendido entre el 15 de diciembre de 2005 y el 13 de enero de 2009.

En ese contexto, muy probablemente se podría haber afirmado lo siguiente:

1. La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, a esa fecha, sólo respecto a Perú se encontraba vigente dicho instrumento internacional, que lo ratificó con fecha 16 de noviembre de 2004, habiéndolo sido aprobado a nivel de su ordenamiento interno mediante Resolución Legislativa Nº 28357 de fecha 30 de setiembre de 2004.
2. Por su parte, el Reino de España suscribió la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción el 16 de setiembre de 2005, a pesar que ésta fuera adoptada el 31 de octubre de 2003, país que la ratificó con fecha 19 de junio de 2006, tiempo después que éste Acuerdo entrara en vigor.
3. Así, a las autoridades judiciales españolas, nuevamente, como Estado requirente de una solicitud de asistencia judicial internacional en materia penal sólo les correspondería invocar respecto a su homólogo peruano, el Acuerdo Bilateral en dicha materia si es que el requerimiento lo realizara hasta antes del 19 de junio de 2006.
4. A pesar que al 19 de junio de 2006 para el Estado peruano ya se encontraba vigente la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, la implementación del citado texto internacional en su ordenamiento jurídico era incompleta, situación que se plasma, entre otros, por la falta de incorporación a la legislación peruana del delito de soborno transnacional contemplado en el artículo 16º del aludido Tratado multilateral.
5. Por tanto, las autoridades judiciales españolas a partir del 19 de junio de 2006, en el marco de las investigaciones o juzgamientos que pudiesen haber realizado, tendrían presente en la solicitud de asistencia judicial internacional que realizaran a Perú, por el delito de soborno transnacional, con la finalidad que se le prestará cooperación, lo siguiente:

- a. En materia de cooperación penal internacional, salvo la extradición, el ordenamiento jurídico peruano no exige el cumplimiento del Principio de Doble Incriminación.
 - b. El ordenamiento jurídico peruano exige, bajo lo señalado en el literal precedente que, la pena ha imponerse por el delito investigado o juzgado sea no menor a un año; o que se trate de un delito de exclusiva jurisdicción militar.
6. A partir del 19 de junio de 2006, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción estará vigente para ambos países y de aplicación en materia de cooperación penal internacional; así, a pesar que a esa fecha no había sido incorporado el tipo penal en el ordenamiento jurídico peruano, el requerimiento de solicitud de asistencia judicial internacional era posible por las siguientes razones:
 - a. Por que el Libro VII del Código Procesal peruano lo permite, tal como lo señale en el precedente numeral 5).
 - b. Por que el tratamiento de los casos transnacionales – a nivel de investigación y juzgamiento – en la consecución de una eficaz solución deben realizarse conjuntamente con la activación de los mecanismos de cooperación judicial internacional, en razón a lo cual debe identificarse los estándares internacionales a ser aplicados: la solución de un problema con características transnacionales no recae sólo bajo el ámbito de investigación de una sólo jurisdicción, sino que se requiere del auxilio – cooperación de otras jurisdicciones, para lo cual es necesario al momento de solicitar cooperación judicial internacional – asistencia judicial o extradición – del conocimiento de los requerimientos y requisitos previos que en el otro país se exija para que se pueda realizar su ejecución¹⁶².
7. El tipo penal de soborno transnacional, se incorpora a la legislación peruana con fecha 12 de enero de 2009, mediante la expedición de la Ley N° 29316 que incorpora el artículo 397^o-A sobre soborno transnacional, la citada norma lo denomina “cohecho activo transnacional” y está basada en el marco del Acuerdo de promoción comercial entre el Perú y los Estados Unidos de América a la que le subyace la Foreign Corrupt Practices Act – FCPA. Por tanto, a partir de esa fecha, no existe excusa posible para que el Perú deniegue a España

¹⁶² UNITED NATIONS Office on Drugs and Crime. *United Nations Guide on Anticorruption Policies*.. November 2003, 150p.

“(…) To deal with transactional cases, additional legal provisions and administrative structures must be in place to generate mutual legal assistance and extradition request, and to be in a position to respond to similar requests from other countries. In this area, it is important that international standards be considered: a significant problem identified in major transnational corruption cases is that supporting information furnished by requesting countries does not meet the legal standards required by the request country before it can provide the assistance requested.” 90p.

el requerimiento de asistencia judicial en materia penal, que bajo el presente supuesto, se solicite.

8. No obstante, el problema que se plantea con el caso del Banco Español “Banco Bilbao Vizcaya SA (BBVA)” en relación a sus actividades en el Perú, el plazo de prescripción a aplicar, puesto que el artículo 425^obis del Código Penal español, contiene una formula de remisión estipulada en dicha norma que a efectos de aplicar la pena a los sujetos activos involucrados, éstos se remiten al artículo 423^o del Código Penal, de la que se deriva que la investigación y procesamiento de los involucrados dependerá en buena cuenta de las conductas ilícitas que hayan desplegado, razón por la cual dependiendo de como se configura el tipo, finalmente sería la que establecería si aún ésta es pasible o no de ser investigada y juzgada.
9. Esta es una de las cuestiones que el *Working Group on Bribery in International Business Transaction* cuestiona al Estado español, respecto a la manera como tiene legislado el delito de soborno en las transacciones comerciales internacionales, puesto que por la fecha en la que acaecieron los hechos 2002, es muy probable que dichas conductas esten *ad portas* de prescribir; señalo ésto de manera hipotética y con la limitación de no tener a la vista las pruebas que me permitan realizar un adecuado análisis sobre el particular.
10. Asimismo, debemos tener presente que, a pesar que el ordenamiento jurídico peruano pueda prestar cooperación penal internacional en todas sus formas, incluyendo sobre levantamiento de secreto bancario y blanqueo de capitales, debe tenerse presente que al ser estos procesos largos y tediosos, una vez que se plantee el caso ante los Tribunales españoles, dependería sobremanera la consecución del éxito de la agilidad con que se preste el auxilio judicial .
11. Considerando además que, la responsabilidad de la persona jurídica, aún cuando se le apliquen sólo las consecuencias accesorias, será de difícil materialización por cuanto ésta guarda relación directa con la responsabilidad que puedan tener los directivos del Banco.

Ante dichos supuestos, sobre aplicación del mecanismo de solicitud de asistencia judicial – cooperación judicial internacional – bien cabría la pena preguntarse si, al contemplar la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción estos mecanismos, resulta aún necesario que los Estados Parte al momento de requerir sus pedidos en el marco de una investigación o proceso, se sigan invocando los Acuerdos Bilaterales que sobre Asistencia Judicial en materia penal se puedan haber suscrito.

En mi opinión, resulta irrelevante la invocación de dichos documentos internacionales de carácter bilateral en materia de corrupción, al haber la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción desarrollado de manera

prolija todos los supuestos de carácter procesal a ser aplicados en materia de cooperación judicial internacional.

Por tanto, dichos instrumentos internacionales bilaterales deberían ser aplicados únicamente en defecto de que algún supuesto no haya sido contemplados en los Tratados internacionales de carácter regional o multilateral.

Aunándose a ello, la falta de “conciencia” y de cultura en la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, sobretodo cuando en este tipo de delito se encuentran involucradas grandes empresas, cuya conducta de sus directivos y funcionarios (por que en España aun no se acepta que las empresas delinquen) son de difícil investigación, por la naturaleza misma del delito, es uno de carácter transnacional, que involucra como mínimo a dos Estados.

CONSIDERACION FINAL.

Finalmente, después de toda ésta disquisición aun sigo con mis interrogantes iniciales ¿Cómo incorporar coherentemente las normas internacionales, que en mi opinión, forman parte de lo que denominamos, ya no el derecho penal internacional, sino el derecho penal transnacional, a la legislación interna, sin vulnerar derechos fundamentales al estar inmersos en una “sociedad de riesgo” y de “cultura de control”? ¿Aunándose a ello, la economía de mercado y la protección de bienes jurídicos como el comercio y la inversión internacional, que demandan protección, que requieren respuestas globales a riesgos globales? ¿Será que ya estamos desarrollándonos en un orden jurídico transnacional que demanda la precisión de los pilares básicos que dieron origen al Contrato Social, pero ahora bajo el paradigma de un *Nuevo Contrato Social Universal*, donde la corrupción en sus diferentes facetas no es tolerada bajo ningún aspecto, la renovada concepción del imperativo categórico kantiano *El fin no justifica los medios, el hombre es el fin y no el medio?* o ¿Es la pauta de la *Nueva Roma*? ¿Cómo enfrentar esa doble moral, aún vigente en las transacciones comerciales internacionales que vulneran el *levelling of the playing field*? A pesar de haber brindado a grandes rasgos, en esta monografía, algunas pinceladas sobre la incorporación de la norma internacional a la legislación interna, tomando como eje el Perú y España, bajo dos directrices cooperación penal internacional y adecuación de normas internacionales. Me quedo con la frase de Sócrates *Sólo se que nada se*, por el inicio de una investigación sobre un campo actual, que para su real entendimiento se requiere del auxilio de otras ciencias.

CONCLUSIONES

1. Considero que mi monografía, es una aproximación, aún por desarrollar más, sobre el soborno transnacional, tipo penal que gira en relación a dos ejes: la cooperación penal internacional y su implementación en las legislaciones internas, tanto a nivel de políticas preventivas como sancionadoras, incidiendo en la “equivalencia funcional”, respetando el ordenamiento jurídico de cada país, sobre la base de una clara distinción entre comercio internacional y administración pública.
2. Así, considero que el delito de soborno transnacional sólo podrá efectivamente ser perseguible, es decir, investigado y juzgado, si se activan adecuadamente los mecanismos procesales internacionales, es decir, aquellos referidos a la cooperación penal internacional, al ser éste uno de carácter transnacional.
3. El Tratado de Libre Comercio suscrito entre el Perú y los Estados Unidos, a diferencia de otros acuerdo comerciales suscritos con anterioridad, contienen, en el marco de lo que denominamos los nuevos parámetros de la economía globalizada, uno relativo a Asuntos Institucionales que obligan a los Estados Partes a implementar en sus legislaciones internas medidas de Transparencia y Anticorrupción, con la finalidad de prevenir y combatir el fenómeno de la corrupción, posibilitar la aplicación de sanciones efectivas a las personas jurídicas (sean éstas de carácter penal o no en tanto el ordenamiento interno de cada país lo permita), tipificar el delito de soborno transnacional y obligarse a cooperar en dicha materia.
4. Como consecuencia, los Estados Partes están obligados a Cooperar en Foros Internacionales, para cuyos efectos renoceran las iniciativas regionales y multilaterales, reafirmando su compromiso y obligación que tienen en la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción y de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Con lo cual asientan las bases, en el marco de un acuerdo comercial, de la institucionalización de lucha contra la corrupción en materia de comercio e inversión internacional.
5. La Ley 29316 que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implentar el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América incorpora inadecuadamente el artículo 397^o-A denominado cohecho activo transnacional (soborno transnacional) en el Capítulo correspondiente a los Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, cuando de manera correcta debió de ser ubicado

en el correspondiente a los Delitos Económicos, al ser el Bien Jurídico protegido el Comercio y las Inversiones Internacionales. Con lo cual, a mi parecer, se deja entrever la falta de conocimiento de lo que en realidad subyace a la vulneración de la *levelling playing on the field*. que es la transparencia y reglas claras en la contratación, comercio e inversión internacional.

6. La *Foreign Corrupt Practices Act*, así como fue el precedente de las Convenciones Internacionales en materia de lucha contra el soborno transnacional, tanto de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo – OECD, de la Organización de Estados Americanos y de Naciones Unidas, es la que subyace al Acuerdo Comercial suscrito entre Perú y Estados Unidos en el rubro correspondiente a Asuntos Institucionales. A pesar que ambas partes han invocado los dos Tratados Internacionales sobre la materia que los vincula: la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.
7. El Bien Jurídico protegido del delito de soborno transnacional es el Comercio y las Inversiones Internacionales en el marco de la Globalización y de una sociedad de riesgos, donde las modernas tecnologías son utilizadas para hacer que el delito de soborno transnacional sea de difícil persecución.
8. La efectiva materialización de la lucha contra la corrupción, específicamente, en materia de soborno transnacional, entonces girará a razón de lo dispuesto en la implementación a nivel interno e internacional de las conclusiones a las que arriban los Mecanismos de Seguimiento para el adecuado desarrollo de estos Tratados: la Convención Interamericana contra la Corrupción – Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción - MESISIC; la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la OECD – *Working Group on Bribery in International Business Transactions* ; y, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción – Conferencia de los Estados Parte.
9. España no es ajena a dichos Mecanismos de Seguimiento, por ello la aproximación analítica que realizo a la incorporación del delito de soborno transnacional, lo despliego en virtud a las Recomendaciones que ha realizado el *Working Group on Bribery in International Business Transactions* desde la firma de la Convención para combatir el soborno de los funcionarios públicos extranjeros” en 1997, que es la base del artículo 445^obis del Código penal, que fuera incorporada mediante la Ley

3/2000; y, que al parecer será materia de pronunciamiento legislativo en virtud al Anteproyecto de Ley que lo adecua a las Recomendaciones del citado Grupo de Trabajo contenidas en el documento denominado *Spain: phase 2. Report on the application of the Convention on Combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 Recommendation on Combating bribery in international business transactions.*

10. En materia de soborno transnacional, así como en otras áreas sensibles para el mundo globalizado como medio ambiente, terrorismo, tráfico de personas, tráfico de drogas, estamos ante la implementación de políticas criminales que, en mi opinión, se podrían denominar de carácter transnacional, al involucrar estas a varios Estados, que aplicando las reglas de la “equivalencia funcional” están legislando en dichas materias de manera semejante, considerando la esencia que la subyace y el peligro común que los amenaza.
11. Finalmente, dejo para un próximo trabajo de investigación temas que no han podido ser tratados aquí, por el límite de tiempo, tales como el marco filosófico que subyace a la corrupción y en especial a la transnacional, inmunidades de jurisdicción, prescripción, calidad de cosa juzgada, ne bis in idem, entre otras. Así, como un mayor desarrollo del bien jurídico que subyace al tipo penal de soborno transnacional; y, sobre todo la calidad del sujeto pasivo del soborno transnacional el “funcionario público extranjero y del agente público de organización internacional”, sobre quienes los Estados están exigiendo responsabilidad y sanciones efectivas así como disuasorias por las conductas ilícitas que puedan estar desplegando.

BIBLIOGRAFIA

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Marcial Pons, Madrid, 2007, 389p.

BUJOSA VADELL. *Derecho Procesal Penal*. Ciencias de la Seguridad- CISE, Salamanca, 2007, 508p.

BACIGALUPO, Enrique. "Organos judiciales especializados en criminalidad económica en Europa". En: MIR PUIG, Santiago y otros (ed): *Estudios de Derecho Penal Económico*. Livrosca, Caracas, 2002, 183-196p.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, 303p.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. Paidós, Barcelona, 2008, 333p.

BERTOK, Janós. "La Ética en el Sector Público: Su infraestructura". En: CARTIER BRESSON, Jean (ed): *Las Reglas del Juego Cambiaron: La lucha contra el soborno y la corrupción*. OCDE, París, 2000. 143-159p.

BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. "Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas". En: FARALDO CABANA, Patricia y otros (ed): *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, 15- 63p.

CAMPANELLA, Susi. "Il *Ne bis in idem* nella giustizia internazionale penale: riflessioni su un principio *In itinere*". En: CASSESE, Antonio y otros (ed) *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*. G.Giappichelli Editore, Torino, 2005, 253 -273p.

CONFERENCE ON INTEGRITY ORGANIZED BY THE UNITED STATES CUSTOMS SERVICE. *The Organization of American States (OAS) and the fight against corruption*. Miami, 1999.
http://www.oas.org/legal/english/osla/us_customs_miami_1999.doc

DELARE, Tom. "La Transformación de los Esfuerzos Contra la Corrupción" En: CARTIER BRESSON, Jean (ed): *Las Reglas del Juego Cambiaron: La lucha contra el soborno y la corrupción*. OCDE, París, 2000, 117-127p.

DEPARTMENT OF STATE. UNITED STATES. *Fighting Global Corruption: Business Risk Management Information for Global Business & Organizations on Navigating the International Anticorruption Environment (2001-2003)*, Department of State Publication 10731, Washington D.C., 45p.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. "Especialidades de las sentencias en los delitos económicos". En: MAGRO SERVET, Vicente. *Delincuencia Económica. Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, 55-115p.

ESCOBAR HERNANDEZ, Concepción. "La aplicación de los Tratados Internacionales en España". En: MANGAS MARTIN, Araceli (ed): *Cuestiones Prácticas de Derecho Internacional Público y Cooperación Jurídica Internacional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, 41-90p.

EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS. *Extraterritorial criminal jurisdiction*. Council of Europe, Strasbourg, 1990, 42p.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La Corrupción de agente público extranjero e internacional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 180p.

GALVEZ DIEZ, María Teresa. "Intervención del Ministerio Fiscal en Materia de Cooperación Judicial Penal". En: MINISTERIO FISCAL: *Estudios Jurídicos*. Vol.IV. Año 2002. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia – Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, 399-431p.

GARCIMARTIN ALFEREZ, Francisco. "Sobre el Fundamento de la Cooperación Jurídica Internacional". En: GONZALES ALVAREZ y otros (ed): *Cooperación jurídica internacional*. Colección Escuela Diplomática N°5, Madrid, 2001, 61-68p.

GARCIA SANCHEZ, Beatriz. *La extradición en el ordenamiento español, internacional y comunitario*. Comares, Granada, 2005, 510p.

GARCIA, Luis y otros. *Los derechos humanos en el proceso penal*. Abado de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2002, 316p.

GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la Sociedad Contemporánea*. Gedisa: Barcelona, 2005, 462p.

GIL VILLA, Fernando. *La cultura de la corrupción*. Maia, Madrid, 2008, 124p.

GONZALEZ RUS, Juan José. "Cooperación internacional en la persecución y represión del delito". En: En: GUZMAN DALBORA, José Luis (coord): *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y criminología. Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje..* Buenos Aires: Hammurabi. 2004. 647-675p.

GORDON Kathryn y MIYAKE, Maiko. "La Creación de una Cultura Corporativa contra el Soborno". En: CARTIER BRESSON, Jean (ed): *Las Reglas del Juego Cambiaron: La lucha contra el soborno y la corrupción*. OCDE, París, 2000, 237-256p.

HERRERA PETRUS, Christian. *La obtención internacional de pruebas asistencia jurisdiccional en Europa*. Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 2005, 392p.

HERZOG, Felix. "Sociedad del Riesgo, Derecho Penal del Riesgo, Regulación del Riesgo – Perspectivas más allá del Derecho Penal". En: ARROYO ZAPATERO, Luis y otros (ed): *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de Siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2003. 249-258p.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Commission on Anti-Corruption. *Combating Extortion and Bribery: ICC Rules of Conduct and Recommendations*. ICC, París, 2005, 13p. www.iccwbo.org

KITTICHAISAREE, Kriangsak. *International Criminal Law*. Oxford University Press, New York, 2001, 482p.

KOFI ANNAN, "Two concepts of sovereignty". En: *The Economist*. 18 september 1999.
<http://www.un.org/News/press/docs/1999/19990919.kofiannan.htm>

MANFRONI , Carlos. *El soborno transnacional*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, 205p.

MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO. *Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América*". Capítulo Diecinueve. *Transparencia. Sección B: Anti-Corrupción. 19.9: Medidas Anticorrupción, 1 c)*. www.tlcperu-eeuu.gob.pe

NACIONES UNIDAS, *Resolución adoptada por la Asamblea General 217/A (III) de fecha 10 de diciembre de 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos*. www.un.org/es/documents/udhr/

NACIONES UNIDAS, *Resolution adopted by The General Assembly A/RES/49/186 (6 marzo 1995) 1994*.

NACIONES UNIDAS. Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: *CAC/COSP/2008/7 de fecha 12 de diciembre de 2007. Examen de la cuestión del soborno de funcionarios de organizaciones internacionales públicas. Aplicación de la resolución 1/7 de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*.

NACIONES UNIDAS. Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. *CAC/COSP/2008/15 de fecha 27 de febrero de 2008. Informe de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre su segundo periodo de sesiones, celebrado en Nusa Dua (Indonesia) 28 de enero al 1º de febrero de 2008*.

NAVARRO DOLMESTCH, Roberto. "Reconfiguración del sistema de fuentes del Derecho penal y "amenaza de crisis" del principio de legalidad: La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización" *En*: FARALDO CABANA, Patricia y otros (ed): *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, 123-178p.

ORGANIZACION DE ESTADOS AMERICANOS. Comité Jurídico Interamericano. OEA/Ser.Q.CJI/doc.70/98 rev2. Legislación Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. AG/RES.2410 (XXXVIII-O/08) *adoptada el 3 de Junio de 2008. Seguimiento de la Convención Interamericana Contra la Corrupción y del Programa Interamericano de Cooperación en la lucha contra la corrupción de la OEA.*

ORGANIZACION DE ESTADOS AMERICANOS. Mecanismo de seguimiento de la implementación de la convención Interamericana contra la Corrupción. OEA/Ser.L. SG/MESISIC/doc.228.08 de 18 noviembre de 2008 *Propuesta Metodológica para el Análisis de la implementación de las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción seleccionadas en la Tercera Ronda y para el Seguimiento de las Recomendaciones formuladas en las Rondas anteriores.* Washington, 2008.

ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS. OEA/Ser.L. SG/MESICIC/doc.228/08. *Décimocuarta Reunión del Comité de Expertos. 8 al 12 de diciembre 2008. Washington D.C. Propuesta Metodológica para el análisis de la Implementación de las Disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción seleccionadas en la Tercera Ronda y para el seguimiento de las Recomendaciones formuladas en las Rondas anteriores.*

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Informe de la Oficina de Servicios de Supervisión Interna.* EBOBAC 3/3 de fecha 12 diciembre 2005.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT –, C(94)75 FINAL. *Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions (adopted by the Council at its 829th Session on 27 May 1994).* 015191.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs *Mid-term study of phase 2 Reports application of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions. Adopted by Working Group on Bribery on 22 May 2006.* 164p.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT –, OECD. *Working Group on Bribery in International Business Transactions. Consultation Paper Review of the OECD Instruments on Combating Bribery of*

Foreign Public Officials in International Business Transactions Ten Years after Adoption. January 2008. 41p.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT –, OECD. *Spain, Review of implementation of the Convention and 1997 Recommendation. 25p.*

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD, *1997 Revised Recommendation of the Council on Combating Bribery in International Transactions.*

http://www.oecd.org/document/32/0,3343,en_2649_34859_2048160_1_1_1_1_00.html

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD, *Corruption: A Glossary of International Standards in Criminal Law*. ISBN. 978-92-64-02740-4. París, 2008. 98p.

PEREZ-CRUZ MARTIN, Agustín-Jesús y otros. *Derecho Procesal Penal*. Thomson– Reuters, Cizur Menor, 2009. 991p.

PIETH, Mark. “Del Ideal a la Realidad: Cómo Lograr la Permanencia de las Nuevas Normas Globales”. En: CARTIER BRESSON, Jean (ed): *Las Reglas del Juego Cambiaron: Las reglas contra el soborno y la corrupción*. OCDE, París, 2000, 63-80p.

PIETH, Mark. “International Cooperation to Combat Corruption”. En: ELLIOT, Kimberly Ann (ed): *Corruption and the Global Economy*. Institute for International Economics. Washington D.C., 1997, 119-131p.

PLETSCHER, Thomas y TASH, April. “Más allá de la Convención de 1997 contra el Cohecho: Los trabajos sobre la corrupción realizados por el Comité Asesor de Empresas e Industria”. En: CARTIER BRESSON, Jean (ed): *Las Reglas del Juego Cambiaron: La lucha contra el soborno y la corrupción*. OCDE, París, 2000, 223-230p.

PUEYO LOSA, Jorge. “Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional”. En: GONZALES ALVAREZ y otros (ed): *Cooperación jurídica internacional*. Colección Escuela Diplomática N°5, Madrid, 2001, 141-203p.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín. “De las garantías penales y de la aplicación de la Ley Penal”. En: QUINTEROS OLIVARES y otros (ed) *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Thomson – Aranzandi, Cizur Menor, 2005, 49-80p.

REUTER, Paul. *Introducción al Derecho de los Tratados*. Fondo de Cultura Económica, México, 1999, 340p.

RODRIGUEZ PUERTA. *El Delito de Cohecho: Problemática Jurídico –Penal del Soborno de Funcionarios*. Pamplona, Aranzandi, 1999, 330p.

RODRIGUEZ SOL, Luis. "Fuentes de la Cooperación Judicial Internacional." En: MINISTERIO FISCAL: *Estudios Jurídicos*. Vol.IV. Año 2002. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia – Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, 433-465p.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas, Madrid, 2006, 1071p.

ROXIN, Claus. *La Teoría del delito en la discusión actual*. Grijley, Lima, 2007, 562p.

ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*. PPU, Barcelona, 1992, 143p.

ROXIN, Claus. *Fundamentos de Política Criminal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, 479p.

SACERDOTI, Giorgio. "¿Sobornar o no Sobornar?". En: CARTIER BRESSON, Jean (ed): *Las Reglas del Juego Cambiarion: La lucha contra el soborno y la corrupción*. OECD, París, 2000, 35-61p.

SILVA SANCHEZ, Jesús – María. *La Expansión del Derecho Penal*. Ibddef: Buenos Aires. 269p.

TIRADO ESTRADA, Jesús J. "Mecanismos prácticos de organización y coordinación de la cooperación judicial en la Unión Europea. Especial referencia al Eurojust". En: MINISTERIO FISCAL: *Estudios Jurídicos*. Vol.IV. Año 2002. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia – Ministerio de Justicia, 2002, 547-627p.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Progress Report 2008 Enforcement of the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. Ed. HEINEMAN, Fritz and DELL, Gillian. ISSN. 1999-8579, 55p.

TOZZINI, Carlos A. "El principio de Legalidad". En: GUZMAN DALBORA, José Luis (coord): *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y criminología. Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje*. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 257-271p.

UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime. Division for Treaty Affairs. *Legislative Guide for the implementation of the United Nation Convention against Corruption*. ISBN-10: 92-1-133755-0, ISBN-13: 978-921-133755-6, New York, 2006, 284p.

UNITED NATIONS. *Resolution adopted by the General Assembly. A/58/422/Add.1 de fecha 7 octubre 2003. Report or the Ad hoc Committee for the Negotiation of a Convention against corruption on the works of its first to seventh session. Addendum Interpretative notes for the official records (travaux*

préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against corruption.

UNITED NATIONS Office on Drugs and Crime. *United Nations Guide on Anticorruption Policies*. November 2003, 150p.

UNITED NATIONS. Office of Internal Oversight Services, *A/63/302 (Part II) Resolution adopted by General Assembly on 23 february 2009, Peacekeeping Operations. Report of the Office of Internal Oversight Services*.

US CODE. *Title 15. Commerce and Trade. Chapter 2B. Securities Exchanges*.

VALEIJE ALVAREZ, Inma. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. EDERSA D.L., Madrid, 1996, 280p.

ZARAGOZA, Juan de Miguel. "Las competencias internacionales penales de los Estados: desarrollo del artículo 31, apartado d) del Tratado de Amsterdam". En: MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (ed): *Actualidad Penal* Nº 6. La Ley – Actualidad, Madrid, 1999, 119-132p.

ZARAGOZA AGUADO, Javier. "La cooperación judicial y el blanqueo de capitales". En: MINISTERIO FISCAL: *Estudios Jurídicos*. Vol.IV. Año 2002. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia – Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, 629-681p.

ZDZISLAW, Galicki. *La obligación de extraditar o juzgar ("Aut dedere aut judicare") en Derecho Internacional*.
www.untreaty.un.org/ilc/reports/2004/spanish/annex.pdf (7 junio 2009).

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. "La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: un pilar básico del moderno derecho penal económico". En: MIR PUIG, Santiago y otros (ed): *Estudios de Derecho Penal Económico*. Livrosca, Caracas, 2002, 123p-182p.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. Aranzandi, Cizur Menor, 2000, 265p.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Madrid: Colex. 2001. 295p.

TRATADOS:

Carta de las Naciones Unidas (1948)

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961)

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963)

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969).

Convención Interamericana contra la Corrupción (1996)

Convencion para combatir el cohecho de servidores publicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. (1997)

Convencion de las Naciones Unidas contra la Corrupcion (2003)

LEYES:

Constitución Política de la República del Perú

Código Penal Peruano

Código Procesal Peruano.

Constitución Política de España

Ley de Enjuiciamiento Criminal Español

Ley Orgánica del Poder Judicial España

THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT

Current through Pub. L. 105-366 (November 10, 1998)

UNITED STATES CODE

TITLE 15. COMMERCE AND TRADE

CHAPTER 2B--SECURITIES EXCHANGES

§ 78m. Periodical and other reports

(a) Reports by issuer of security; contents

Every issuer of a security registered pursuant to section 78l of this title shall file with the Commission, in accordance with such rules and regulations as the Commission may prescribe as necessary or appropriate for the proper protection of investors and to insure fair dealing in the security--

(1) such information and documents (and such copies thereof) as the Commission shall require to keep reasonably current the information and documents required to be included in or filed with an application or registration statement filed pursuant to section 78l of this title, except that the Commission may not require the filing of any material contract wholly executed before July 1, 1962.

(2) such annual reports (and such copies thereof), certified if required by the rules and regulations of the Commission by independent public accountants, and such quarterly reports (and such copies thereof), as the Commission may prescribe.

Every issuer of a security registered on a national securities exchange shall also file a duplicate original of such information, documents, and reports with the exchange.

(b) Form of report; books, records, and internal accounting; directives

* * *

(2) Every issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78l of this title and every issuer which is required to file reports pursuant to section 78o(d) of this title shall--

(A) make and keep books, records, and accounts, which, in reasonable detail, accurately and fairly reflect the transactions and dispositions of the assets of the issuer; and

(B) devise and maintain a system of internal accounting controls sufficient to provide reasonable assurances that--

(i) transactions are executed in accordance with management's general or specific authorization;

(ii) transactions are recorded as necessary (I) to permit preparation of financial statements in conformity with generally accepted accounting principles or any other criteria applicable to such statements, and (II) to maintain accountability for assets;

(iii) access to assets is permitted only in accordance with management's general or specific authorization; and

(iv) the recorded accountability for assets is compared with the existing assets at reasonable intervals and appropriate action is taken with respect to any differences.

(3) (A) With respect to matters concerning the national security of the United States, no duty or liability under paragraph (2) of this subsection shall be imposed upon any person acting in cooperation with the head of any Federal department or agency responsible for such matters

if such act in cooperation with such head of a department or agency was done upon the specific, written directive of the head of such department or agency pursuant to Presidential authority to issue such directives. Each directive issued under this paragraph shall set forth the specific facts and circumstances with respect to which the provisions of this paragraph are to be invoked. Each such directive shall, unless renewed in writing, expire one year after the date of issuance.

(B) Each head of a Federal department or agency of the United States who issues such a directive pursuant to this paragraph shall maintain a complete file of all such directives and shall, on October 1 of each year, transmit a summary of matters covered by such directives in force at any time during the previous year to the Permanent Select Committee on Intelligence of the House of Representatives and the Select Committee on Intelligence of the Senate.

(4) No criminal liability shall be imposed for failing to comply with the requirements of paragraph (2) of this subsection except as provided in paragraph (5) of this subsection.

(5) No person shall knowingly circumvent or knowingly fail to implement a system of internal accounting controls or knowingly falsify any book, record, or account described in paragraph (2).

(6) Where an issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78I of this title or an issuer which is required to file reports pursuant to section 78o(d) of this title holds 50 per centum or less of the voting power with respect to a domestic or foreign firm, the provisions of paragraph (2) require only that the issuer proceed in good faith to use its influence, to the extent reasonable under the issuer's circumstances, to cause such domestic or foreign firm to devise and maintain a system of internal accounting controls consistent with paragraph (2). Such circumstances include the relative degree of the issuer's ownership of the domestic or foreign firm and the laws and practices governing the business operations of the country in which such firm is located. An issuer which demonstrates good faith efforts to use such influence shall be conclusively presumed to have complied with the requirements of paragraph (2).

(7) For the purpose of paragraph (2) of this subsection, the terms "reasonable assurances" and "reasonable detail" mean such level of detail and degree of assurance as would satisfy prudent officials in the conduct of their own affairs.

-top-

* * *

§ 78dd-1 [Section 30A of the Securities & Exchange Act of 1934].

Prohibited foreign trade practices by issuers

(a) Prohibition

It shall be unlawful for any issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78I of this title or which is required to file reports under section 78o(d) of this title, or for any officer, director, employee, or agent of such issuer or any stockholder thereof acting on behalf of such issuer, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to--

(1) any foreign official for purposes of--

(A) (i) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, (ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,

in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;

(2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office for purposes of--

(A) (i) influencing any act or decision of such party, official, or candidate in its or his official capacity, (ii) inducing such party, official, or candidate to do or omit to do an act in violation of the lawful duty of such party, official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such party, official, or candidate to use its or his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality.

in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person; or

(3) any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official, to any foreign political party or official thereof, or to any candidate for foreign political office, for purposes of--

(A) (i) influencing any act or decision of such foreign official, political party, party official, or candidate in his or its official capacity, (ii) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such foreign official, political party, party official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to use his or its influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,

in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.

(b) Exception for routine governmental action

Subsections (a) and (g) of this section shall not apply to any facilitating or expediting payment to a foreign official, political party, or party official the purpose of which is to expedite or to secure the performance of a routine governmental action by a foreign official, political party, or party official.

(c) Affirmative defenses

It shall be an affirmative defense to actions under subsection (a) or (g) of this section that--

(1) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was lawful under the written laws and regulations of the foreign official's, political party's, party official's, or candidate's country; or

(2) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was a reasonable and bona fide expenditure, such as travel and lodging expenses, incurred by or on behalf of a foreign official, party, party official, or candidate and was directly related to--

(A) the promotion, demonstration, or explanation of products or services; or

(B) the execution or performance of a contract with a foreign government or agency thereof.

(d) Guidelines by Attorney General

Not later than one year after August 23, 1988, the Attorney General, after consultation with the Commission, the Secretary of Commerce, the United States Trade Representative, the Secretary of State, and the Secretary of the Treasury, and after obtaining the views of all interested persons through public notice and comment procedures, shall determine to what extent compliance with this section would be enhanced and the business community would be assisted by further clarification of the preceding provisions of this section and may, based on such determination and to the extent necessary and appropriate, issue--

(1) guidelines describing specific types of conduct, associated with common types of export sales arrangements and business contracts, which for purposes of the Department of Justice's present enforcement policy, the Attorney General determines would be in conformance with the preceding provisions of this section; and

(2) general precautionary procedures which issuers may use on a voluntary basis to conform their conduct to the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section.

The Attorney General shall issue the guidelines and procedures referred to in the preceding sentence in accordance with the provisions of subchapter II of chapter 5 of Title 5 and those guidelines and procedures shall be subject to the provisions of chapter 7 of that title.

-top-

(e) Opinions of Attorney General

(1) The Attorney General, after consultation with appropriate departments and agencies of the United States and after obtaining the views of all interested persons through public notice and comment procedures, shall establish a procedure to provide responses to specific inquiries by issuers concerning conformance of their conduct with the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section. The Attorney General shall, within 30 days after receiving such a request, issue an opinion in response to that request. The opinion shall state whether or not certain specified prospective conduct would, for purposes of the Department of Justice's present enforcement policy, violate the preceding provisions of this section. Additional requests for opinions may be filed with the Attorney General regarding other specified prospective conduct that is beyond the scope of conduct specified in previous requests. In any action brought under the applicable provisions of this section, there shall be a rebuttable presumption that conduct, which is specified in a request by an issuer and for which the Attorney General has issued an opinion that such conduct is in conformity with the Department of Justice's present enforcement policy, is in compliance with the preceding provisions of this section. Such a presumption may be rebutted by a preponderance of the evidence. In considering the presumption for purposes of this paragraph, a court shall weight all relevant factors, including but not limited to whether the information submitted to the Attorney General was accurate and complete and whether it was within the scope of the conduct specified in any request received by the Attorney General. The Attorney General shall establish the procedure required by this paragraph in accordance with the provisions of subchapter II of chapter 5 of Title 5 and that procedure shall be subject to the provisions of chapter 7 of that title.

(2) Any document or other material which is provided to, received by, or prepared in the Department of Justice or any other department or agency of the United States in connection with a request by an issuer under the procedure established under paragraph (1), shall be exempt from disclosure under section 552 of Title 5 and shall not, except with the consent of the issuer, be made publicly available, regardless of whether the Attorney General responds to such a request or the issuer withdraws such request before receiving a response.

(3) Any issuer who has made a request to the Attorney General under paragraph (1) may withdraw such request prior to the time the Attorney General issues an opinion in response to such request. Any request so withdrawn shall have no force or effect.

(4) The Attorney General shall, to the maximum extent practicable, provide timely guidance concerning the Department of Justice's present enforcement policy with respect to the preceding provisions of this section to potential exporters and small businesses that are unable to obtain specialized counsel on issues pertaining to such provisions. Such guidance shall be limited to responses to requests under paragraph (1) concerning conformity of specified prospective conduct with the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section and general explanations of compliance responsibilities and of potential liabilities under the preceding provisions of this section.

(f) Definitions

For purposes of this section:

(1) A) The term "foreign official" means any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof, or of a public international organization, or any person acting in an official capacity for or on behalf of any such government or department, agency, or instrumentality, or for or on behalf of any such public international organization.

(B) For purposes of subparagraph (A), the term "public international organization" means--

(i) an organization that is designated by Executive Order pursuant to section 1 of the International Organizations Immunities Act (22 U.S.C. § 288); or

(ii) any other international organization that is designated by the President by Executive order for the purposes of this section, effective as of the date of publication of such order in the Federal Register.

(2) (A) A person's state of mind is "knowing" with respect to conduct, a circumstance, or a result if--

(i) such person is aware that such person is engaging in such conduct, that such circumstance exists, or that such result is substantially certain to occur; or

(ii) such person has a firm belief that such circumstance exists or that such result is substantially certain to occur.

(B) When knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist.

(3) (A) The term "routine governmental action" means only an action which is ordinarily and commonly performed by a foreign official in--

(i) obtaining permits, licenses, or other official documents to qualify a person to do business in a foreign country;

(ii) processing governmental papers, such as visas and work orders;

(iii) providing police protection, mail pick-up and delivery, or scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country;

(iv) providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products or commodities from deterioration; or

(v) actions of a similar nature.

(B) The term "routine governmental action" does not include any decision by a foreign official whether, or on what terms, to award new business to or to continue business with a particular party, or any action taken by a foreign official involved in the decision-making process to encourage a decision to award new business to or continue business with a particular party.

-top-

(g) Alternative Jurisdiction

(1) It shall also be unlawful for any issuer organized under the laws of the United States, or a State, territory, possession, or commonwealth of the United States or a political subdivision

thereof and which has a class of securities registered pursuant to section 12 of this title or which is required to file reports under section 15(d) of this title, or for any United States person that is an officer, director, employee, or agent of such issuer or a stockholder thereof acting on behalf of such issuer, to corruptly do any act outside the United States in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to any of the persons or entities set forth in paragraphs (1), (2), and (3) of this subsection (a) of this section for the purposes set forth therein, irrespective of whether such issuer or such officer, director, employee, agent, or stockholder makes use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce in furtherance of such offer, gift, payment, promise, or authorization.

(2) As used in this subsection, the term "United States person" means a national of the United States (as defined in section 101 of the Immigration and Nationality Act (8 U.S.C. § 1101)) or any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship organized under the laws of the United States or any State, territory, possession, or commonwealth of the United States, or any political subdivision thereof.

§ 78dd-2. Prohibited foreign trade practices by domestic concerns

(a) Prohibition

It shall be unlawful for any domestic concern, other than an issuer which is subject to section 78dd-1 of this title, or for any officer, director, employee, or agent of such domestic concern or any stockholder thereof acting on behalf of such domestic concern, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to--

(1) any foreign official for purposes of--

(A) (i) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, (ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,

in order to assist such domestic concern in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;

(2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office for purposes of--

(A) (i) influencing any act or decision of such party, official, or candidate in its or his official capacity, (ii) inducing such party, official, or candidate to do or omit to do an act in violation of the lawful duty of such party, official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such party, official, or candidate to use its or his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,

in order to assist such domestic concern in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;

(3) any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official, to any foreign political party or official thereof, or to any candidate for foreign political office, for purposes of--

(A) (i) influencing any act or decision of such foreign official, political party, party official, or candidate in his or its official capacity, (ii) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such foreign official, political party, party official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to use his or its influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,

in order to assist such domestic concern in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.

(b) Exception for routine governmental action

Subsections (a) and (i) of this section shall not apply to any facilitating or expediting payment to a foreign official, political party, or party official the purpose of which is to expedite or to secure the performance of a routine governmental action by a foreign official, political party, or party official.

(c) Affirmative defenses

It shall be an affirmative defense to actions under subsection (a) or (i) of this section that--

(1) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was lawful under the written laws and regulations of the foreign official's, political party's, party official's, or candidate's country; or

(2) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was a reasonable and bona fide expenditure, such as travel and lodging expenses, incurred by or on behalf of a foreign official, party, party official, or candidate and was directly related to--

(A) the promotion, demonstration, or explanation of products or services; or

(B) the execution or performance of a contract with a foreign government or agency thereof.

-top-

(d) Injunctive relief

(1) When it appears to the Attorney General that any domestic concern to which this section applies, or officer, director, employee, agent, or stockholder thereof, is engaged, or about to engage, in any act or practice constituting a violation of subsection (a) or (i) of this section, the Attorney General may, in his discretion, bring a civil action in an appropriate district court of the United States to enjoin such act or practice, and upon a proper showing, a permanent injunction or a temporary restraining order shall be granted without bond.

(2) For the purpose of any civil investigation which, in the opinion of the Attorney General, is necessary and proper to enforce this section, the Attorney General or his designee are empowered to administer oaths and affirmations, subpoena witnesses, take evidence, and require the production of any books, papers, or other documents which the Attorney General deems relevant or material to such investigation. The attendance of witnesses and the production of documentary evidence may be required from any place in the United States, or any territory, possession, or commonwealth of the United States, at any designated place of hearing.

(3) In case of contumacy by, or refusal to obey a subpoena issued to, any person, the Attorney General may invoke the aid of any court of the United States within the jurisdiction of which such investigation or proceeding is carried on, or where such person resides or carries on business, in requiring the attendance and testimony of witnesses and the production of books, papers, or other documents. Any such court may issue an order requiring such person to

appear before the Attorney General or his designee, there to produce records, if so ordered, or to give testimony touching the matter under investigation. Any failure to obey such order of the court may be punished by such court as a contempt thereof.

All process in any such case may be served in the judicial district in which such person resides or may be found. The Attorney General may make such rules relating to civil investigations as may be necessary or appropriate to implement the provisions of this subsection.

(e) Guidelines by Attorney General

Not later than 6 months after August 23, 1988, the Attorney General, after consultation with the Securities and Exchange Commission, the Secretary of Commerce, the United States Trade Representative, the Secretary of State, and the Secretary of the Treasury, and after obtaining the views of all interested persons through public notice and comment procedures, shall determine to what extent compliance with this section would be enhanced and the business community would be assisted by further clarification of the preceding provisions of this section and may, based on such determination and to the extent necessary and appropriate, issue--

(1) guidelines describing specific types of conduct, associated with common types of export sales arrangements and business contracts, which for purposes of the Department of Justice's present enforcement policy, the Attorney General determines would be in conformance with the preceding provisions of this section; and

(2) general precautionary procedures which domestic concerns may use on a voluntary basis to conform their conduct to the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section.

The Attorney General shall issue the guidelines and procedures referred to in the preceding sentence in accordance with the provisions of subchapter II of chapter 5 of Title 5 and those guidelines and procedures shall be subject to the provisions of chapter 7 of that title.

(f) Opinions of Attorney General

(1) The Attorney General, after consultation with appropriate departments and agencies of the United States and after obtaining the views of all interested persons through public notice and comment procedures, shall establish a procedure to provide responses to specific inquiries by domestic concerns concerning conformance of their conduct with the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section. The Attorney General shall, within 30 days after receiving such a request, issue an opinion in response to that request. The opinion shall state whether or not certain specified prospective conduct would, for purposes of the Department of Justice's present enforcement policy, violate the preceding provisions of this section. Additional requests for opinions may be filed with the Attorney General regarding other specified prospective conduct that is beyond the scope of conduct specified in previous requests. In any action brought under the applicable provisions of this section, there shall be a rebuttable presumption that conduct, which is specified in a request by a domestic concern and for which the Attorney General has issued an opinion that such conduct is in conformity with the Department of Justice's present enforcement policy, is in compliance with the preceding provisions of this section. Such a presumption may be rebutted by a preponderance of the evidence. In considering the presumption for purposes of this paragraph, a court shall weigh all relevant factors, including but not limited to whether the information submitted to the Attorney General was accurate and complete and whether it was within the scope of the conduct specified in any request received by the Attorney General. The Attorney General shall establish the procedure required by this paragraph in accordance with the provisions of subchapter II of chapter 5 of Title 5 and that procedure shall be subject to the provisions of chapter 7 of that title.

(2) Any document or other material which is provided to, received by, or prepared in the Department of Justice or any other department or agency of the United States in connection with a request by a domestic concern under the procedure established under paragraph (1), shall be exempt from disclosure under section 552 of Title 5 and shall not, except with the

consent of the domestic concern, by made publicly available, regardless of whether the Attorney General response to such a request or the domestic concern withdraws such request before receiving a response.

(3) Any domestic concern who has made a request to the Attorney General under paragraph (1) may withdraw such request prior to the time the Attorney General issues an opinion in response to such request. Any request so withdrawn shall have no force or effect.

(4) The Attorney General shall, to the maximum extent practicable, provide timely guidance concerning the Department of Justice's present enforcement policy with respect to the preceding provisions of this section to potential exporters and small businesses that are unable to obtain specialized counsel on issues pertaining to such provisions. Such guidance shall be limited to responses to requests under paragraph (1) concerning conformity of specified prospective conduct with the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section and general explanations of compliance responsibilities and of potential liabilities under the preceding provisions of this section.

-top-

(g) Penalties

(1)

(A) Any domestic concern that is not a natural person and that violates subsection (a) or (i) of this section shall be fined not more than \$2,000,000.

(B) Any domestic concern that is not a natural person and that violates subsection (a) or (i) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Attorney General.

(2)

(A) Any natural person that is an officer, director, employee, or agent of a domestic concern, or stockholder acting on behalf of such domestic concern, who willfully violates subsection (a) or (i) of this section shall be fined not more than \$100,000 or imprisoned not more than 5 years, or both.

(B) Any natural person that is an officer, director, employee, or agent of a domestic concern, or stockholder acting on behalf of such domestic concern, who violates subsection (a) or (i) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Attorney General.

(3) Whenever a fine is imposed under paragraph (2) upon any officer, director, employee, agent, or stockholder of a domestic concern, such fine may not be paid, directly or indirectly, by such domestic concern.

(h) Definitions

For purposes of this section:

(1) The term "domestic concern" means--

(A) any individual who is a citizen, national, or resident of the United States; and

(B) any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship which has its principal place of business in the United States, or which is organized under the laws of a State of the United States or a territory, possession, or commonwealth of the United States.

(2)

(A) The term "foreign official" means any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof, or of a public international organization, or any person acting in an official capacity for or on behalf of any such government or department, agency, or instrumentality, or for or on behalf of any such public international organization.

(B) For purposes of subparagraph (A), the term "public international organization" means --

(i) an organization that has been designated by Executive order pursuant to Section 1 of the International Organizations Immunities Act (22 U.S.C. § 288); or

(ii) any other international organization that is designated by the President by Executive order for the purposes of this section, effective as of the date of publication of such order in the Federal Register.

(3) (A) A person's state of mind is "knowing" with respect to conduct, a circumstance, or a result if--

(i) such person is aware that such person is engaging in such conduct, that such circumstance exists, or that such result is substantially certain to occur; or

(ii) such person has a firm belief that such circumstance exists or that such result is substantially certain to occur.

(B) When knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist.

(4) (A) The term "routine governmental action" means only an action which is ordinarily and commonly performed by a foreign official in--

(i) obtaining permits, licenses, or other official documents to qualify a person to do business in a foreign country;

(ii) processing governmental papers, such as visas and work orders;

(iii) providing police protection, mail pick-up and delivery, or scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country;

(iv) providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products or commodities from deterioration; or

(v) actions of a similar nature.

(B) The term "routine governmental action" does not include any decision by a foreign official whether, or on what terms, to award new business to or to continue business with a particular party, or any action taken by a foreign official involved in the decision-making process to encourage a decision to award new business to or continue business with a particular party.

(5) The term "interstate commerce" means trade, commerce, transportation, or communication among the several States, or between any foreign country and any State or between any State and any place or ship outside thereof, and such term includes the intrastate use of--

(A) a telephone or other interstate means of communication, or

(B) any other interstate instrumentality.

(i) Alternative Jurisdiction

(1) It shall also be unlawful for any United States person to corruptly do any act outside the United States in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to any of the persons or entities set forth in paragraphs (1), (2), and (3) of subsection (a), for the purposes set forth therein, irrespective of whether such United States person makes use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce in furtherance of such offer, gift, payment, promise, or authorization.

(2) As used in this subsection, a "United States person" means a national of the United States (as defined in section 101 of the Immigration and Nationality Act (8 U.S.C. § 1101)) or

any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship organized under the laws of the United States or any State, territory, possession, or commonwealth of the United States, or any political subdivision thereof.

-top-

§ 78dd-3. Prohibited foreign trade practices by persons other than issuers or domestic concerns

(a) Prohibition

It shall be unlawful for any person other than an issuer that is subject to section 30A of the Securities Exchange Act of 1934 or a domestic concern, as defined in section 104 of this Act), or for any officer, director, employee, or agent of such person or any stockholder thereof acting on behalf of such person, while in the territory of the United States, corruptly to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce or to do any other act in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to--

(1) any foreign official for purposes of--

(A) (i) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, (ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,

in order to assist such person in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;

(2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office for purposes of--

(A) (i) influencing any act or decision of such party, official, or candidate in its or his official capacity, (ii) inducing such party, official, or candidate to do or omit to do an act in violation of the lawful duty of such party, official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such party, official, or candidate to use its or his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality.

in order to assist such person in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person; or

(3) any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official, to any foreign political party or official thereof, or to any candidate for foreign political office, for purposes of--

(A) (i) influencing any act or decision of such foreign official, political party, party official, or candidate in his or its official capacity, (ii) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such foreign official, political party, party official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to use his or its influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,

in order to assist such person in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.

(b) Exception for routine governmental action

Subsection (a) of this section shall not apply to any facilitating or expediting payment to a foreign official, political party, or party official the purpose of which is to expedite or to secure the performance of a routine governmental action by a foreign official, political party, or party official.

(c) Affirmative defenses

It shall be an affirmative defense to actions under subsection (a) of this section that--

(1) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was lawful under the written laws and regulations of the foreign official's, political party's, party official's, or candidate's country; or

(2) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was a reasonable and bona fide expenditure, such as travel and lodging expenses, incurred by or on behalf of a foreign official, party, party official, or candidate and was directly related to--

(A) the promotion, demonstration, or explanation of products or services; or

(B) the execution or performance of a contract with a foreign government or agency thereof.

(d) Injunctive relief

(1) When it appears to the Attorney General that any person to which this section applies, or officer, director, employee, agent, or stockholder thereof, is engaged, or about to engage, in any act or practice constituting a violation of subsection (a) of this section, the Attorney General may, in his discretion, bring a civil action in an appropriate district court of the United States to enjoin such act or practice, and upon a proper showing, a permanent injunction or a temporary restraining order shall be granted without bond.

(2) For the purpose of any civil investigation which, in the opinion of the Attorney General, is necessary and proper to enforce this section, the Attorney General or his designee are empowered to administer oaths and affirmations, subpoena witnesses, take evidence, and require the production of any books, papers, or other documents which the Attorney General deems relevant or material to such investigation. The attendance of witnesses and the production of documentary evidence may be required from any place in the United States, or any territory, possession, or commonwealth of the United States, at any designated place of hearing.

(3) In case of contumacy by, or refusal to obey a subpoena issued to, any person, the Attorney General may invoke the aid of any court of the United States within the jurisdiction of which such investigation or proceeding is carried on, or where such person resides or carries on business, in requiring the attendance and testimony of witnesses and the production of books, papers, or other documents. Any such court may issue an order requiring such person to appear before the Attorney General or his designee, there to produce records, if so ordered, or to give testimony touching the matter under investigation. Any failure to obey such order of the court may be punished by such court as a contempt thereof.

(4) All process in any such case may be served in the judicial district in which such person resides or may be found. The Attorney General may make such rules relating to civil investigations as may be necessary or appropriate to implement the provisions of this subsection.

(e) Penalties

(1)

(A) Any juridical person that violates subsection (a) of this section shall be fined not more than \$2,000,000.

(B) Any juridical person that violates subsection (a) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Attorney General.

(2)

(A) Any natural person who willfully violates subsection (a) of this section shall be fined not more than \$100,000 or imprisoned not more than 5 years, or both.

(B) Any natural person who violates subsection (a) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Attorney General.

(3) Whenever a fine is imposed under paragraph (2) upon any officer, director, employee, agent, or stockholder of a person, such fine may not be paid, directly or indirectly, by such person.

-top-

(f) Definitions

For purposes of this section:

(1) The term "person," when referring to an offender, means any natural person other than a. national of the United States (as defined in 8 U.S.C. § 1101) or any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship organized under the law of a foreign nation or a political subdivision thereof

(2)

(A) The term "foreign official" means any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof, or of a public international organization, or any person acting in an official capacity for or on behalf of any such government or department, agency, or instrumentality, or for or on behalf of any such public international organization.

For purposes of subparagraph (A), the term "public international organization" means --

(i) an organization that has been designated by Executive Order pursuant to Section 1 of the International Organizations Immunities Act (22 U.S.C. § 288); or

(ii) any other international organization that is designated by the President by Executive order for the purposes of this section, effective as of the date of publication of such order in the Federal Register.

(3) (A) A person's state of mind is "knowing" with respect to conduct, a circumstance, or a result if --

(i) such person is aware that such person is engaging in such conduct, that such circumstance exists, or that such result is substantially certain to occur; or

(ii) such person has a firm belief that such circumstance exists or that such result is substantially certain to occur.

(B) When knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist.

(4) (A) The term "routine governmental action" means only an action which is ordinarily and commonly performed by a foreign official in--

(i) obtaining permits, licenses, or other official documents to qualify a person to do business in a foreign country;

(ii) processing governmental papers, such as visas and work orders;

(iii) providing police protection, mail pick-up and delivery, or scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country;

(iv) providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products or commodities from deterioration; or

(v) actions of a similar nature.

(B) The term "routine governmental action" does not include any decision by a foreign official whether, or on what terms, to award new business to or to continue business with a particular party, or any action taken by a foreign official involved in the decision-making process to encourage a decision to award new business to or continue business with a particular party.

(5) The term "interstate commerce" means trade, commerce, transportation, or communication among the several States, or between any foreign country and any State or between any State and any place or ship outside thereof, and such term includes the intrastate use of —

(A) a telephone or other interstate means of communication, or

(B) any other interstate instrumentality.

§ 78ff. Penalties

(a) Willful violations; false and misleading statements

Any person who willfully violates any provision of this chapter (other than section 78dd-1 of this title), or any rule or regulation thereunder the violation of which is made unlawful or the observance of which is required under the terms of this chapter, or any person who willfully and knowingly makes, or causes to be made, any statement in any application, report, or document required to be filed under this chapter or any rule or regulation thereunder or any undertaking contained in a registration statement as provided in subsection (d) of section 78o of this title, or by any self-regulatory organization in connection with an application for membership or participation therein or to become associated with a member thereof, which statement was false or misleading with respect to any material fact, shall upon conviction be fined not more than \$5,000,000, or imprisoned not more than 20 years, or both, except that when such person is a person other than a natural person, a fine not exceeding \$25,000,000 may be imposed; but no person shall be subject to imprisonment under this section for the violation of any rule or regulation if he proves that he had no knowledge of such rule or regulation.

(b) Failure to file information, documents, or reports

Any issuer which fails to file information, documents, or reports required to be filed under subsection (d) of section 78o of this title or any rule or regulation thereunder shall forfeit to the United States the sum of \$100 for each and every day such failure to file shall continue. Such forfeiture, which shall be in lieu of any criminal penalty for such failure to file which might be deemed to arise under subsection (a) of this section, shall be payable into the Treasury of the United States and shall be recoverable in a civil suit in the name of the United States.

(c) Violations by issuers, officers, directors, stockholders, employees, or agents of issuers

(1)

(A) Any issuer that violates subsection (a) or (g) of section 30A of this title [15 U.S.C. § 78dd-1] shall be fined not more than \$2,000,000.

(B) Any issuer that violates subsection (a) or (g) of section 30A of this title [15 U.S.C. § 78dd-1] shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Commission.

(2)

(A) Any officer, director, employee, or agent of an issuer, or stockholder acting on behalf of such issuer, who willfully violates subsection (a) or (g) of section 30A of this title [15 U.S.C. § 78dd-1] shall be fined not more than \$100,000, or imprisoned not more than 5 years, or both.

(B) Any officer, director, employee, or agent of an issuer, or stockholder acting on behalf of such issuer, who violates subsection (a) or (g) of section 30A of this title [15 U.S.C. § 78dd-1] shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Commission.

(3) Whenever a fine is imposed under paragraph (2) upon any officer, director, employee, agent, or stockholder of an issuer, such fine may not be paid, directly or indirectly, by such issuer.

<http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/docs/statute.html>

MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA
IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN
INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN
Decimocuarta Reunión del Comité de Expertos
Del 8 al 12 de diciembre de 2008
Washington, DC

OEA/Ser.L.
SG/MESICIC/doc.228/08
18 noviembre 2008
Original: español

**PROPUESTA DE METODOLOGÍA
PARA EL ANÁLISIS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE LA
CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN SELECCIONADAS EN
LA TERCERA RONDA Y PARA EL SEGUIMIENTO DE LAS RECOMENDACIONES
FORMULADAS EN LAS RONDAS ANTERIORES***

Documento elaborado por la Secretaría Técnica
(Departamento de Cooperación Jurídica, Secretaría de Asuntos Jurídicos
Secretaría General de la OEA)

INTRODUCCIÓN

El Documento de Buenos Aires y el Reglamento y Normas de Procedimiento del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (que en adelante se denominarán, según sea el caso, el *Documento de Buenos Aires*, el *Reglamento*, el *Comité*, el *Mecanismo* y la *Convención*) disponen que el Comité deberá “adoptar una metodología para el análisis de la implementación de las disposiciones de la Convención escogidas para ser analizadas en cada ronda, la cual será diseñada para asegurar que obtendrá información suficiente y confiable”.

En el marco de su Decimotercera Reunión, realizada durante los días del 23 al 27 de junio de 2008, el Comité decidió que, durante la tercera ronda, analizará la implementación por los Estados Partes de las siguientes disposiciones de la Convención: Artículo III, párrafos 7 y 10; y artículos VIII, IX, X y XIII.

Asimismo, el artículo 29 del Reglamento se refiere al “seguimiento en el marco de rondas posteriores” y, en su tercer párrafo, establece que “durante la segunda y las subsiguientes rondas, el informe por país de cada Estado Parte deberá referirse a los pasos dados para implementar las recomendaciones adoptadas por el Comité en los informes por país anteriores. El informe por país deberá tomar nota de aquellas recomendaciones que han sido consideradas satisfactoriamente y aquellas que necesiten atención adicional por el Estado analizado”.

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente documento contiene la metodología para el análisis de la implementación de las disposiciones de la Convención seleccionadas en el marco de la tercera ronda y para el seguimiento de las recomendaciones formuladas por el Comité en los informes por país adoptados en las rondas anteriores. Para estos efectos se refiere al objeto del análisis en la tercera ronda; al marco y los criterios generales y específicos que orientarán el análisis de las disposiciones seleccionadas en la tercera ronda; las consideraciones en cuanto al alcance de este análisis y del

* La presente propuesta de Metodología ha sido elaborada por la Secretaría Técnica en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9, d) del Reglamento y Normas de Procedimiento.

seguimiento de las recomendaciones formuladas en los informes por país de las rondas anteriores; las fuentes de información; el procedimiento de análisis; las respuestas al cuestionario; los informes por país; y la participación de organizaciones de la sociedad civil.

I. OBJETO DEL ANÁLISIS EN LA TERCERA RONDA

En el marco de los propósitos de la Convención y del Mecanismo, el análisis en la tercera ronda tendrá por objeto hacer el seguimiento de la implementación en cada Estado Parte de las disposiciones de la Convención seleccionadas en la tercera ronda, mediante el análisis de la existencia de un marco jurídico y de otras medidas para la aplicación de cada una de ellas y, en caso de que existan, de su adecuación a los propósitos de la Convención y de un primer análisis de sus resultados y progresos. Asimismo, tendrá por objeto hacer el seguimiento de los avances registrados en la implementación de las recomendaciones formuladas en los informes por país de las rondas anteriores, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 del Reglamento.

II. MARCO PARA EL ANÁLISIS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE LA CONVENCIÓN SELECCIONADAS EN LA TERCERA RONDA

El análisis de la implementación de las disposiciones seleccionadas en la tercera ronda se realizará tanto dentro del marco de las disposiciones de la Convención, como del Documento de Buenos Aires y el Reglamento del Comité.

III. CRITERIOS QUE ORIENTARÁN EL ANÁLISIS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE LA CONVENCIÓN SELECCIONADAS EN LA TERCERA RONDA

En desarrollo de lo dispuesto en el Documento de Buenos Aires y en el Reglamento del Comité, la información sobre la implementación de las disposiciones de la Convención seleccionadas en la tercera ronda, se analizará teniendo en cuenta, principalmente, los criterios generales y específicos que se describen a continuación.

A) CRITERIOS GENERALES

Los siguientes tres criterios orientarán el análisis general e integral de la implementación de las disposiciones de la Convención seleccionadas en la tercera ronda:

1. Tratamiento igualitario

De acuerdo con este criterio, para el análisis de la información sobre la implementación de las medidas seleccionadas de la Convención, el tratamiento será igualitario y consistente para todos los Estados Parte. Con el objeto de asegurar el cumplimiento de este criterio, en particular, se tomarán las siguientes previsiones en desarrollo de lo dispuesto en el Documento de Buenos Aires y en el Reglamento:

- a) Todos los Estados Parte serán analizados en el marco de la ronda y de acuerdo con los mismos criterios y procedimiento;

- b) El cuestionario será el mismo para todos los Estados Parte; y,
- c) Todos los informes por país tendrán la misma estructura.

2. Equivalencia funcional

El Comité analizará las medidas tomadas por un Estado Parte en cuanto a la aplicación de las disposiciones específicas de la Convención para determinar si ellas buscan cumplir con las obligaciones y propósitos de ésta.

Al respecto, el Comité revisará la información dentro del sistema y contexto legal específicos de cada Estado Parte, no examinará si las medidas son uniformes entre los diferentes Estados Parte, sino que apreciará la equivalencia de éstas en la búsqueda del cumplimiento de las finalidades señaladas.

3. Fortalecimiento de la cooperación

De acuerdo con este criterio, la información que se reciba será analizada teniendo siempre en consideración que tanto la Convención como el Mecanismo de Seguimiento tienen como propósitos promover, facilitar y fortalecer la cooperación entre los Estados Parte en la prevención, detección, sanción y erradicación de la corrupción.

B) CRITERIOS ESPECÍFICOS

La implementación por un Estado Parte de cada una de las disposiciones seleccionadas, se analizará con base en los siguientes criterios específicos:

1. Existencia y previsiones de un marco jurídico y/o de otras medidas

Con base en este criterio, se analizará si el Estado Parte cuenta con un marco jurídico y con otras medidas para la aplicación de la respectiva disposición de la Convención.

2. Adecuación del marco jurídico y/o de otras medidas

En caso de que el Estado Parte cuente con un marco jurídico y con otras medidas para la aplicación de la respectiva disposición de la Convención, se analizará si ellos son apropiados para la promoción de los propósitos de la Convención: prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.

3. Resultados del marco jurídico y/o de otras medidas

Teniendo en cuenta este criterio, se buscará avanzar en un primer análisis en cuanto a los resultados objetivos que ha producido la aplicación del marco jurídico y de otras medidas existentes en un Estado Parte, relacionado con la implementación de una determinada disposición de la Convención.*

* En el caso de la disposición contenida en el artículo X de la Convención, como la misma se refiere solamente a un acto de notificación, no procede el análisis de resultados.

Se procurará que el análisis de la información en materia de resultados refleje la situación actual del país analizado, evitando incluir información anterior a la fecha de ratificación de la Convención por el Estado Parte.

Cuando un Estado en su respuesta al cuestionario provea información estadística, procurará que ésta se refiera a los dos años anteriores a la fecha de su respuesta, si se trata de información relacionada con la implementación de las disposiciones establecidas en los párrafos 7 y 10 del artículo III de la Convención, y a los cinco años anteriores a la misma, en el caso de los artículos VIII, IX y XIII de ella.

4. Nivel de avance en la implementación de la Convención

Con base en este criterio, el Comité analizará los progresos realizados y, si las hubiere, identificará las áreas en que se requieran avances en la implementación de la Convención.

Además de lo anterior, para los análisis, en lo que fuere pertinente, el Comité podrá tener en cuenta elementos contenidos en las normas de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que se refieran a las materias previstas en la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuya implementación se analiza.

IV. CONSIDERACIONES EN CUANTO AL ALCANCE DEL ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES SELECCIONADAS EN LA TERCERA RONDA

Para el análisis de las disposiciones seleccionadas de la Convención para ser consideradas en la tercera ronda, se tendrá en cuenta la siguiente división en áreas temáticas, así como las consideraciones que se formulan en relación con algunas de las disposiciones escogidas.

1. ELIMINACIÓN O NEGACIÓN DE BENEFICIOS TRIBUTARIOS POR ASIGNACIONES O PAGOS QUE SE EFECTÚEN EN VIOLACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CONTRA LA CORRUPCIÓN (ARTÍCULO III, PÁRRAFO 7 DE LA CONVENCIÓN)

La primera disposición seleccionada por el Comité para el análisis de su implementación por los Estados Parte establece lo siguiente:

“Artículo III.- Medidas Preventivas.- A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

[...]

“7. Leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción de los Estados Partes”.

En relación con la disposición anterior, se analizará si las medidas consideradas por los Estados Parte al respecto están “destinadas a crear, mantener y fortalecer” leyes que expresamente eliminen o nieguen beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad por los pagos o asignaciones que efectúe en violación de la legislación contra la corrupción u otras normas y/o medidas que eviten que se puedan obtener tales beneficios con base en dichos pagos o asignaciones, para lo cual se examinarán aspectos tales como violaciones a la legislación contra la corrupción, como pagos por soborno, frente a

las que operan dichas leyes o normas y/u otras medidas; mecanismos para hacerlas efectivas, tales como sanciones de tipo penal, pecuniario o de cualquier otro género para sus infractores; y órganos o instancias encargadas de prevenir y/o investigar su violación y de aplicar las sanciones a que haya lugar.

Asimismo, se analizarán los resultados objetivos que se han obtenido, tales como acciones que se hayan desarrollado para prevenir o investigar el acceso a beneficios tributarios con base en las aludidas asignaciones o pagos y las sanciones impuestas al respecto, incluyendo los datos estadísticos disponibles.

2. PREVENCIÓN DEL SOBORNO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS NACIONALES Y EXTRANJEROS (ARTÍCULO III, PÁRRAFO 10 DE LA CONVENCIÓN)

La segunda disposición seleccionada por el Comité para el análisis de su implementación por los Estados Parte establece lo siguiente:

“Artículo III.- Medidas Preventivas.- A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

[...]

“10. 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.”

En relación con la disposición anterior, se analizará si las medidas consideradas por los Estados Parte al respecto están “destinadas a crear, mantener y fortalecer” normas y/u otras medidas para impedir o disuadir el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como los mecanismos a los que en ella se alude, para lo cual se examinarán aspectos tales como el universo de sociedades mercantiles y otras asociaciones que estén obligadas a llevar registros contables de sus operaciones; las exigencias relativas a la manera en la que deben llevarse dichos registros; y los mecanismos para hacerlas efectivas, tales como la prohibición de ciertos actos atentatorios contra la exactitud, veracidad, autenticidad y preservación de dichos registros; el establecimiento de sanciones de tipo penal, pecuniario o de cualquier otro género para sus infractores; y los órganos o instancias encargadas de prevenir y/o investigar su violación y de aplicar las sanciones a que haya lugar.

Asimismo, se analizarán los resultados objetivos que se han obtenido, tales como acciones que se hayan desarrollado para prevenir o investigar el incumplimiento de las normas y/u otras medidas aludidas y las sanciones impuestas al respecto, incluyendo los datos estadísticos disponibles.

3. SOBORNO TRANSNACIONAL (ARTÍCULO VIII DE LA CONVENCIÓN)

La tercera disposición seleccionada por el Comité para el análisis de su implementación por los Estados Parte establece lo siguiente:

“Artículo VIII.- Soborno transnacional

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

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.”

Para el análisis de la implementación del artículo VIII de la Convención, se examinará, en primer lugar, si el país analizado tipifica como delito, con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, la conducta descrita en dicho artículo; en segundo lugar, si en caso de que lo tipifique el mismo se considera como un acto de corrupción para los propósitos de la Convención; y en tercer lugar, si en caso de que no lo tipifique brinda la asistencia y cooperación previstas en la Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes se lo permiten.

Asimismo, se analizarán los resultados objetivos que se han obtenido en caso de que tipifique dicha conducta como delito, relativos a aspectos tales como los procesos judiciales en curso y sus resultados y solicitudes de asistencia recíproca formuladas a otros Estados Parte para la investigación o juzgamiento de este delito y trámites realizados para atender las solicitudes que con el mismo propósito le han formulado esos Estados, indicando los resultados de dichos trámites. En caso de que no tipifique dicha conducta como delito, y en la medida en que las leyes del Estado analizado le permitan brindar la asistencia y cooperación previstas en la Convención, el análisis de resultados versará sobre aspectos tales como trámites realizados para atender las solicitudes de asistencia recíproca que le han sido formuladas por otros Estados Parte para la investigación o juzgamiento de actos de soborno transnacional y resultados de dichos trámites.

4. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (ARTÍCULO IX DE LA CONVENCION)

La cuarta disposición seleccionada por el Comité para el análisis de su implementación por los Estados Parte establece lo siguiente:

“Artículo IX.- Enriquecimiento ilícito

“Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, 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.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.”

Para el análisis de la implementación del artículo IX de la Convención, se examinará, en primer lugar, si el país analizado tipifica como delito, con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, la conducta descrita en dicho artículo; en segundo lugar, si en caso de que lo tipifique el mismo se considera como un acto de corrupción para los propósitos de la Convención; y en tercer lugar, si en caso de que no lo tipifique brinda la asistencia y cooperación previstas en la Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes se lo permiten.

Asimismo, se analizarán los resultados objetivos que se han obtenido en caso de que tipifique dicha conducta como delito, relativos a aspectos tales como los procesos judiciales en curso y sus resultados y solicitudes de asistencia recíproca formuladas a otros Estados Parte para la investigación o juzgamiento de este delito y trámites realizados para atender las solicitudes que con el mismo propósito le han formulado esos Estados, indicando los resultados de dichos trámites. En caso de que no tipifique dicha conducta como delito, y en la medida en que las leyes del Estado analizado le permitan brindar la asistencia y cooperación previstas en la Convención, el análisis de resultados versará sobre aspectos tales como trámites realizados para atender las solicitudes de asistencia recíproca que le han sido formuladas por otros Estados Parte para la investigación o juzgamiento de actos de enriquecimiento ilícito y resultados de dichos trámites.

5. NOTIFICACIÓN DE LA TIPIFICACIÓN DEL SOBORNO TRANSNACIONAL Y DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (ARTÍCULO X DE LA CONVENCION)

La quinta disposición seleccionada por el Comité para el análisis de su implementación por los Estados Parte establece lo siguiente:

“Artículo X.- Notificación

“Cuando un Estado Parte adopte la legislación a la que se refieren los párrafos 1 de los artículos VIII y IX, lo notificará al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, quien lo notificará a su vez a los demás Estados Partes. Los delitos de soborno transnacional y de enriquecimiento ilícito serán considerados para ese Estado Parte acto de corrupción para los propósitos de esta Convención, transcurridos treinta días contados a partir de la fecha de esa notificación.”

Para el análisis de la implementación del artículo X de la Convención, se examinará si el país analizado ha efectuado la notificación a la que se refiere este artículo, o si está desarrollando algunas acciones para hacerlo. Por la naturaleza de esta disposición, no procede el análisis de resultados.

6. EXTRADICIÓN (ARTÍCULO XIII DE LA CONVENCION)

La sexta disposición seleccionada por el Comité para el análisis de su implementación por los Estados Parte establece lo siguiente:

“Artículo XIII.- Extradición

“1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados por los Estados Partes de conformidad con esta Convención.

2. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que concierten entre sí.

3. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte, con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

4. Los Estados Partes que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellos.

5. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación del Estado Parte requerido o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que se puede denegar la extradición.

6. Si la extradición solicitada por un delito al que se aplica el presente artículo se deniega en razón únicamente de la nacionalidad de la persona objeto de la solicitud, o porque el Estado Parte requerido se considere competente, éste presentará el caso ante sus autoridades competentes para su enjuiciamiento, a menos que se haya convenido otra cosa con el Estado Parte requirente, e informará oportunamente a éste de su resultado final.

7. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona cuya extradición se solicite y que se encuentre en su territorio o adoptar otras medidas adecuadas para asegurar su comparecencia en los trámites de extradición.”

Para el análisis de la implementación del artículo XIII de la Convención, se examinará, en primer lugar, si el país analizado considera incluidos, como casos de extradición, los delitos que ha tipificado de conformidad con la Convención, como los previstos en sus artículos VI, VIII, IX y XI, en todo tratado de extradición vigente que haya suscrito con otros Estados Parte en la misma con anterioridad a la fecha en la que la ratificó; y si ha incluido tales delitos, como casos de extradición, en los tratados celebrados con posterioridad a ello. En segundo lugar, si en caso de que supedita la extradición a un tratado, considera la Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos antes aludidos cuando recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte con el que no lo vincula ningún tratado de extradición o, si no la supedita a ello, si reconoce como casos de extradición, frente a otros Estados Parte en la Convención, dichos delitos. En tercer lugar, si en caso de que pueda denegar una solicitud de extradición relativa a tales delitos en razón de la nacionalidad de la persona objeto de la solicitud, o porque se considere competente, procede a presentar el caso ante las autoridades competentes para su enjuiciamiento e informa oportunamente al Estado requirente acerca de su resultado final. En cuarto lugar, si procede a detener a la persona que se encuentre en su territorio cuya extradición se solicita por otro Estado Parte en la Convención, o a

adoptar otras medidas adecuadas para asegurar su comparecencia en los trámites de extradición, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición.

Asimismo, se analizarán los resultados objetivos que se han obtenido con la aplicación de las normas, medidas o tratados vigentes en el Estado analizado en materia de extradición, en relación con los delitos antes aludidos, tales como solicitudes de extradición formuladas a otros Estados Parte para la investigación o juzgamiento de esos delitos y trámites realizados por el país analizado para atender las solicitudes que con el mismo propósito le han formulado dichos Estados y sus resultados.

V. CONSIDERACIONES EN CUANTO AL ALCANCE DEL SEGUIMIENTO DE LAS RECOMENDACIONES FORMULADAS EN LOS INFORMES POR PAÍS DE LAS RONDAS ANTERIORES

1. Primera Ronda

En virtud de lo dispuesto por el artículo 29 del Reglamento, el informe por país de cada Estado Parte se referirá a los pasos dados para implementar las recomendaciones que le fueron formuladas al respectivo Estado en la Primera Ronda, sobre las que el mismo no informó en su respuesta a la Sección II del Cuestionario de la Segunda Ronda acerca de avances en su implementación, o sobre las que habiendo informado, el Comité consideró en el apartado IV del correspondiente informe por país de dicha ronda que requerían atención adicional, y tomará nota de aquellas recomendaciones que han sido consideradas satisfactoriamente y aquellas que necesiten atención adicional por el Estado analizado.

2. Segunda Ronda

En virtud de lo dispuesto en el artículo 29 del Reglamento, el informe por país de cada Estado Parte se referirá a los pasos dados para implementar las recomendaciones adoptadas por el Comité en el informe respectivo de la segunda ronda y tomará nota de aquellas recomendaciones que han sido consideradas satisfactoriamente y aquellas que necesiten atención adicional por el Estado analizado.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

El análisis se realizará con base en las respuestas al cuestionario del respectivo Estado Parte, los documentos que presenten organizaciones de la sociedad civil de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento del Comité y cualquier otra información pertinente que recaben la Secretaría y los miembros del Comité.

VII. PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS

Para el análisis se seguirá el procedimiento dispuesto en el Reglamento del Comité, en desarrollo del Documento de Buenos Aires.

VIII. RESPUESTAS AL CUESTIONARIO

Los Estados responderán al cuestionario de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 del Reglamento y dentro de los plazos máximos fijados por el Comité en el calendario adoptado para la Tercera Ronda.

Las respuestas de los Estados Parte al cuestionario se traducirán a los idiomas del Comité.

Para los efectos previstos en el artículo 26 del Reglamento, se recomienda que las respuestas de los Estados Parte al cuestionario no excedan de treinta y cinco (35) páginas, pudiendo cada Estado Parte anexar los documentos que considere necesarios, los cuales se pondrán en conocimiento de los miembros del Comité en el idioma original. Para este fin, el Estado Parte también podrá adjuntar las traducciones de dichos anexos a los otros idiomas del Comité.

Una vez la Secretaría Técnica reciba las respuestas de los Estados Parte al cuestionario, las publicará a través de la página en “Internet” del Mecanismo.

IX. INFORME POR PAÍS

Los proyectos de informe se traducirán a los idiomas del Comité. Para los efectos previstos en el artículo 26 del Reglamento, se recomienda que ellos no excedan de treinta y cinco (35) páginas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25, g) del Reglamento, una vez aprobado el informe por país por el Comité, la Secretaría Técnica lo publicará en la página del Mecanismo en “Internet”.

X. PARTICIPACIÓN DE ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 34, b) del Reglamento, las organizaciones de la sociedad civil podrán presentar, a través de la Secretaría Técnica, documentos con información específica y directamente relacionada con las preguntas a que se refiere el cuestionario en relación con la implementación por un determinado Estado Parte de las disposiciones seleccionadas en la tercera ronda. También podrán presentar documentos con información relacionada con la implementación de las recomendaciones que le haya formulado el Comité al Estado Parte en las rondas anteriores.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 36, segundo párrafo, del Reglamento, el Comité invitará a las organizaciones de la sociedad civil para presentar verbalmente, en reuniones informales, los documentos que hubieren hecho llegar de acuerdo con lo previsto en el párrafo anterior y en el artículo 34, b) del Reglamento.

Los documentos que hagan llegar las organizaciones de la sociedad civil de conformidad con lo establecido en esta sección se publicarán en la página en “Internet” del Mecanismo.

Para los efectos previstos en esta sección, las organizaciones de la sociedad civil deberán presentar los documentos, con su correspondiente copia electrónica, dentro del mismo plazo establecido para que los respectivos Estados Parte presenten sus respuestas al cuestionario.



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA



Agencia Estatal BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Jurisprudencia Constitucional

Número de referencia: 11/1985 (SENTENCIA)

Referencia número: 11/1985

Tipo: SENTENCIA

Fecha de Aprobación: 30/1/1985

Publicación BOE: 19850305 [«BOE» núm. 55]

Sala: Sala Primera: Excmos. Sres. García-Pelayo, Latorre, Díez de Velasco, Begué, Gómez-Ferrer y Escudero.

Ponente: don Angel Latorre Segura

Número registro: 596/1983

Recurso tipo: Recurso de amparo.

TEXTO DE LA RESOLUCIÓN

Extracto:

1. En nuestro Derecho, el procedimiento de extradición pasiva se divide sustancialmente, y para lo que aquí interesa, en dos fases: una, que se suele denominar gubernativa, aunque como veremos inmediatamente requiere una intervención judicial, que tiene por objeto el aseguramiento del reclamado y la decisión del Gobierno español sobre si ha lugar o no a continuar el procedimiento. La segunda fase de carácter judicial se sustancia, salvo asentimiento de la persona reclamada a la extradición, en un juicio contradictorio con la presencia del Fiscal, del interesado y de su defensor, debiendo resolver el Tribunal competente mediante Auto motivado. La intervención judicial es necesaria en la primera fase para decretar la prisión del reclamado y para mantenerlo en esa situación cuando proceda legalmente. El Juez ejercita en este caso un control sobre la privación de libertad del reclamado que viene hoy impuesta por el art. 17 de la C. E. Pero no le compete conocer de la procedencia de ésta, conocimiento que está atribuido al Tribunal que ha de decidir en la segunda fase del procedimiento.

2. El derecho a la tutela judicial efectiva supone básicamente, según reiteradísimas resoluciones de este Tribunal Constitucional, el acceso a la jurisdicción y la obtención de una resolución jurídicamente fundada, siempre que se hayan seguido los cauces procesales legalmente establecidos, con independencia de que la resolución sea o no conforme a las pretensiones deducidas.

3. La Ley española de extradición tiene un carácter supletorio respecto a los tratados internacionales que el Estado español haya suscrito y ratificado o a los que se haya adherido sobre la materia. Con independencia, incluso, de lo dispuesto en el art. 96.1 de la C. E., según el cual «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento interno», la citada Ley proclama la primacía de la norma convencional sobre la norma interna, de forma que ésta tiene carácter solamente supletorio.

4. El art. 16.4 del Convenio Europeo de Extradición es una norma expresa sobre la duración de la prisión del reclamado, norma que, conviene recordarlo una vez más, viene establecida no sólo en garantía de la libertad del reclamado, sino también en utilidad de los Estados contratantes y, en particular, del Estado

requerente, a quien se le asegura un espacio de tiempo para formalizar la solicitud de extradición. A la Ley del Estado requerido quedan confiados otros extremos importantes del procedimiento relativo a la prisión preventiva, como es la existencia y, en su caso, las modalidades del control judicial de la misma, extremos que el Convenio no regula y para los que hay que remitirse en este caso a la Ley española, como supletoria.

5. En aras de lo dispuesto en el art. 528 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, resulta que todas las Autoridades que intervengan en un proceso criminal estarán obligadas a dilatar lo menos posible la detención y la prisión provisional de los inculcados o procesados, para establecer un plazo máximo a favor del preso, hoy recurrente, con el objeto de evitar una dilación excesiva en la tramitación gubernativa de la extradición. Desde el punto de vista del derecho constitucional a la libertad, único que aquí interesa, no puede decirse que la fijación de un plazo máximo de prisión, cuando la Ley no lo fija, suponga un ataque a aquel derecho. Más bien es todo lo contrario: una medida dirigida a su protección.

Preámbulo:

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel García-Pelayo y Alonso, Presidente, y don Angel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco Vallejo, doña Gloria Begué Cantón, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Angel Escudero del Corral, Magistrados, ha pronunciado
EN NOMBRE DEL REY
la siguiente
SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 596/1983, promovido por don Maurizio Falessi, representado por el Procurador de los Tribunales don Juan M. Sánchez Masa, y bajo la dirección del Letrado don Joan E. Garcés, contra el Auto de fecha 14 de julio de 1983 del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, dictado en procedimiento de extradición pasiva núm. 31/1983, y contra todo lo actuado administrativa y judicialmente en dicho procedimiento, en especial el Auto de 27 de junio, y las providencias de 27 de julio y 9 de agosto del mismo año. Ha comparecido el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad y ha sido Ponente el Magistrado don Angel Latorre Segura, quien expresa el parecer de la Sala.

Antecedentes:

I. Antecedentes

1. El 10 de agosto de 1983, el Procurador de los Tribunales don Juan M. Sánchez Masa, en nombre y representación de don Maurizio Falessi, presentó escrito en este Tribunal Constitucional, por el que interponía recurso de amparo contra el Auto de fecha 14 de julio del mismo año, dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 y contra otras resoluciones judiciales del mismo Juzgado, relativas al procedimiento de extradición pasiva núm. 31/1983. De la demanda y documentos que se acompañan resulta, en substancia, lo siguiente:

A) El recurrente, de nacionalidad italiana, fue detenido el 25 de junio de 1983 en el aeropuerto de Barajas a requerimiento directo de las autoridades italianas cursado por medio de la Interpol, por estar acusado de varios delitos que, según afirma el mismo recurrente, son de carácter político.

B) Por Auto de 27 de junio de 1983, el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 inició el correspondiente procedimiento de extradición, elevó a prisión la detención efectuada, y considerando de aplicación preferente el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, ratificado por España, sobre la normativa establecida por la Ley española de 26 de diciembre de 1958, fijó el plazo máximo de cuarenta días para que el Estado reclamante formulase la solicitud definitiva de extradición y documentación precisa. Transcurrido dicho plazo sin que se hayan cumplido esos trámites, procederá declarar la libertad

del reclamado. El mismo Auto fija otro plazo también de cuarenta días, a contar desde la presentación de la petición formal de extradición, dentro del cual el Ministerio de Justicia deberá comunicar al Juzgado si el Gobierno ha acordado continuar o no el procedimiento de extradición. A falta de tal comunicación, el reclamado será puesto en libertad pasado el citado plazo. La concesión de este segundo plazo de cuarenta días se basa, en el Auto referido, en el art. 528 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el cual todas las autoridades que intervengan en un proceso estarán obligadas a dilatar lo menos posible la detención y la prisión provisional de los inculcados o procesados.

Conjugando esta prevención con los plazos establecidos en el art. 12 de la Ley de 26 de diciembre de 1958, más los que prudencialmente deben otorgarse para la práctica racional de las diligencias establecidas en dicho art. 12, el Juzgado se consideró obligado a fijar este segundo plazo. Contra este Auto de 27 de junio de 1983 el solicitante del amparo interpuso recurso de reforma, alegando fundamentalmente que eran de aplicación los plazos establecidos en la Ley española, que son de diez días para que el Estado interesado haga saber que se propone pedir la extradición y de quince para la presentación de la solicitud definitiva para los países europeos (arts. 13 y 14 de la Ley citada). El recurso fue desestimado por Auto de 14 de julio de 1983. El recurrente solicitó de nuevo la libertad el 26 de julio, siendo rechazada su petición por providencia de fecha 27 del mismo mes.

C) El recurrente, entendiendo que había pasado incluso el plazo de cuarenta días fijado en el Auto de 27 de junio, y en el art. 16-4 del Convenio Europeo de Extradición sin haberse recibido la solicitud definitiva de extradición en los términos fijados por dicho artículo del Convenio en relación con el 12 del mismo y los 10 y 11 de la Ley española, solicitó de nuevo la libertad. El Juzgado rechazó la petición por providencia de 9 de agosto.

D) El solicitante del amparo entiende que las actuaciones judiciales indicadas infringen los arts. 17.1 y 2 y 24.1 y 2 de la Constitución. El art. 17.1 y 2 había sido infringido en cuanto se le ha privado de la libertad en los casos y forma prevista en la Ley de 26 de diciembre de 1956, cuyos plazos serían de aplicación, invocándose a favor de esta tesis la consulta de la Fiscalía General del Estado de 19 de noviembre de 1982, núm. 2/1982. Tampoco se habría cumplido lo dispuesto en el Convenio Europeo de Extradición por las razones antes citadas. El 24.1 quedaría vulnerado en cuanto el solicitante del amparo no está obteniendo la tutela judicial efectiva, y el 24.2 en cuanto no se ha observado, en su caso, el derecho al debido proceso, ya que los plazos establecidos por el Auto de 27 de junio de 1983 no son conforme a lo dispuesto en la citada Ley de 26 de diciembre de 1956, e incluso se inventa un procedimiento no previsto en la legislación vigente.

E) El recurrente concluye solicitando de este Tribunal Constitucional que dicte Sentencia anulando el Auto de 14 de julio de 1983, que denegó el recurso de reforma interpuesto contra el del 27 de junio del mismo año, ordenando que se siga el debido proceso y que se respete el derecho a la libertad, a no ser privado de la misma sino en los casos y en la forma previstos en la Ley, y a que la detención preventiva no pueda durar más del tiempo estrictamente necesario, todo ello de acuerdo con los arts. 17.1 y 2 de la Constitución, y ordenando su inmediata puesta en libertad.

2. Por providencia de 12 de agosto de 1983, la Sección de Vacaciones del Tribunal Constitucional acordó abrir un trámite de inadmisión y, a este fin, poner de manifiesto al recurrente y al Ministerio Fiscal por un plazo común de diez días la posible existencia de las siguientes causas de inadmisión: a), no haber presentado copia, traslado o certificado de la providencia del Juzgado Central núm. 2 de 9 de agosto de 1983; b), falta de precisión en el amparo que se solicita y en su fundamentación.

3. En el plazo otorgado el Ministerio Fiscal dijo que concurrían las causas de inadmisión señaladas en la providencia antes citada y solicitó que se dictase Auto acordando la inadmisión de la demanda, de acuerdo con el art. 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), aunque sin perjuicio de lo que pueda resultar de la posterior actuación del recurrente. También en el mismo

plazo el solicitante del amparo formuló alegaciones diciendo que acompañaba copia de la providencia solicitada, como efectivamente hizo. Insistió en que las resoluciones recurridas infringían la Ley de 26 de diciembre de 1958, así como los arts. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, referente al carácter excepcional de la prisión preventiva, y el 6.2 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, relativa a la presunción de inocencia. Advierte que no procede su extradición porque se ha extinguido la eventual responsabilidad criminal de hechos cubiertos por la Ley española de Amnistía de 15 de octubre de 1977, y en tal supuesto no procede la extradición en virtud de lo dispuesto en el art. 10 del Convenio Europeo de Extradición y en el art. 6.6 de la Ley de 26 de diciembre de 1950, en relación con el art. 112.3 del Código Penal, y porque, además, los delitos que se le imputan son de carácter político-ideológico (art. 13.3 de la Constitución Española, 10 y 26 de la Constitución Italiana, 3.1 y 2 y 10 del citado convenio, art. 6.1 de la Ley española también citada y 2.2, 23.3 y 16. 2 del Convenio Judicial Europeo en materia penal). Señala también que ha sido condenado en rebeldía, lo que también impide la extradición. En síntesis, afirma el recurrente que no se han observado las garantías del procedimiento de extradición pasiva, como son las secuencias temporales, las exigencias documentales y los requisitos político-administrativos establecidos en la Ley. Concluye solicitando la admisión a trámite del recurso y que el Tribunal Constitucional acceda a lo solicitado. La providencia cuya copia se acompañaba a este escrito deniega la petición de libertad por haber entrado con fecha 2 de agosto de 1983 en el Ministerio de Asuntos Exteriores español la documentación relativa a la extradición solicitada.

4. Por Auto de 8 de noviembre de 1983, la Sección Primera de este Tribunal Constitucional entendió que el recurrente había subsanado los defectos señalados en la providencia de 12 de agosto y acordó la admisión a trámite del recurso, sin perjuicio de lo que resulte de los antecedentes. Requirió el envío de testimonio de las actuaciones del Juzgado de Instrucción núm. 2 y el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento para que pudiesen comparecer en el proceso constitucional, otorgando para ello el plazo de diez días. En este plazo se recibió el testimonio de las actuaciones sin que se personase parte alguna. Por providencia de la Sección Primera del Tribunal Constitucional de fecha 21 de diciembre de 1983 se acordó conceder al Ministerio Fiscal y al recurrente un plazo común de veinte días para que presentasen las alegaciones que estimasen procedentes.

5. En el plazo concedido el Ministerio Fiscal alegó en síntesis lo siguiente:

A) Las cuestiones planteadas en el recurso de amparo deben limitarse a las suscitadas en la llamada fase gubernativa de la extradición, que no ha dejado de tener ese carácter porque de acuerdo con la Constitución haya de ser necesaria la intervención judicial para conceder la detención preventiva prevista en la Ley española de 26 de diciembre de 1958 y en el Convenio Europeo de Extradición. Ello impide entrar en consideraciones sobre los presupuestos substanciales de la extradición, sobre los que se decidirá en todo en la fase judicial del procedimiento de extradición.

B) De los derechos fundamentales que se pretende vulnerados es el derecho a la libertad (art. 17 de la Constitución) el que merece especial examen. Prescindiendo del apartado segundo de dicho art. 17 que en lo que se refiere al plazo máximo de detención ha sido evidentemente cumplido y en lo que respecta a que su duración no podrá exceder del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos no es aplicable al procedimiento de extradición, pues en él no hay que averiguar hecho alguno, hay que centrarse en lo dispuesto en el apartado primero, es decir, al que garantiza que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma prevista en la Ley.

C) Entiende el Ministerio Fiscal que no ha existido vulneración de ese precepto, pues la Ley española de 26 de diciembre de 1958 limita su vigencia a lo no previsto en los tratados internacionales, por lo que ha de darse preferencia como lo hacen las resoluciones judiciales impugnadas a lo previsto en el

Convenio Europeo de Extradición, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 10.2 y 96.1 de la Constitución no puede tacharse de ilegal en manera alguna la decisión judicial de la concesión del plazo de cuarenta días para que se presentara la solicitud de extradición y los documentos correspondientes. Dentro de ese plazo, la Embajada de Italia cursó la solicitud mediante nota verbal y presentó los documentos exigidos por el Convenio de Asistencia Judicial y Extradición vigentes entre España e Italia, por lo que la detención del recurrente seguía ajustándose a lo establecido por la Ley.

D) En cuanto al segundo plazo de cuarenta días fijado por el Auto de 27 de junio para que le fuese comunicado al Juzgado el acuerdo del Gobierno sobre la continuación del procedimiento de extradición, dice el Ministerio Fiscal que si bien es cierto que la fijación del nuevo plazo supone una dosis de creatividad por parte del Juzgado, por él lo que se hace es limitar la duración de la fase gubernativa de la extradición que en la legislación vigente no está sometida a término alguno, por lo que no sólo no se produce una ampliación ilegal del período de prisión, sino que, al contrario, se reduce el margen temporal de que dispone el Gobierno.

E) Rechaza a continuación el Ministerio Fiscal que se hayan vulnerado los apartados primero y segundo del art. 24 de la Constitución. Respecto al apartado primero, el derecho a la tutela judicial efectiva no se ha visto desconocido ni en abstracto, porque el demandante haya dejado de hacer valer sus pretensiones o no hayan recibido sus demandas respuestas razonadas en derecho, ni en concreto, porque el derecho para el que interesa la tutela judicial -el de libertad- haya sufrido restricción que la Ley no autorice. Y respecto a lo que denomina el demandante derecho al «debido proceso», ni le son imputables al Juez dilaciones indebidas, ni la invocación que supuso la concesión por el Juez de un segundo plazo redujo las garantías procesales del demandante.

F) Concluye el Ministerio Fiscal solicitando que se deniegue el amparo solicitado.

6. También en el plazo otorgado por la providencia de 21 de diciembre de 1983 el recurrente formuló sus alegaciones. Se ratifica en lo expuesto en sus escritos anteriores y amplía los antecedentes con la aportación a los autos del testimonio del Tribunal de Apelación de Roma, de fecha 13 de octubre de 1983, como prueba documental de que el recurrente ha sido juzgado y condenado estando ausente del proceso, por los mismos hechos que son objeto de la demanda de extradición. Mas concretamente el recurrente dijo, en síntesis, lo siguiente:

A) Se ha violado la garantía constitucional proclamada en el art. 17.1 de la Constitución. Dispone este precepto que la privación de libertad no puede producirse más que en los casos y en la forma establecidos en la Ley. El recurrente insiste en que la Ley aplicable al caso es la española de 26 de diciembre de 1958, ya que el Convenio Europeo de 1975 remite el procedimiento de extradición y el de detención preventiva a la Ley de la parte requerida, salvo disposición expresa del mismo Convenio (art. 22). Pero este no dispone nada en contra de la Ley española, ya que en su art. 16 prevé que será posible en cualquier momento la puesta en libertad provisional y que en un plazo de dieciocho días la detención preventiva podrá concluir si la parte requerida no hubiese interesado la solicitud de extradición. De estos preceptos deduce el recurrente que es de aplicación el art. 14 de la Ley española, que fija un plazo de quince días para países europeos al cabo de los cuales el reclamado debe ser puesto en libertad incondicional, y aun antes puede serlo en cualquier momento con medidas cautelares. No hay oposición, según el recurrente, entre el Convenio y la Ley española porque el Convenio en su art. 16.4 establece una disposición abierta y flexible, mientras que el art. 14 de la Ley española tiene un carácter imperativo, de forma que aquel precepto absorbe a éste.

B) Se han violado asimismo las garantías constitucionales establecidas en el art. 24.1 y 2 de la Constitución. Aparte de las razones expuestas en escritos anteriores, hay que señalar que tanto la legislación española como la italiana sobre extradición pasiva contemplan un procedimiento judicial contradictorio, siendo de aplicación, en lo que a España se refiere, las garantías establecidas en el art. 24. Entiende el recurrente que en el caso objeto del recurso los dos

párrafos del art. 24 han sido vulnerados, contemplados e interpretados en su conjunto y de modo integrados e interpenetrados en la dimensión del «debido proceso». Estas garantías son las secuencias temporales, las exigencias documentales y los requisitos político-administrativos.

C) La legislación sobre extradición pasiva atribuye al Juez que instruye el proceso, primero, y a la Audiencia Nacional el control de la demanda de extradición en sus diversos aspectos, como son las condiciones de fondo exigidas por el Estado requirente, las relativas a la personalidad del individuo reclamado, la calificación de los hechos y la gravedad de la pena y su conformidad de la demanda con el orden público nacional. Según el recurrente, en este caso no se habría procedido a ese control. El Juez no ha podido verificar si la documentación recibida del Estado requirente reúne las condiciones legales porque sólo dispuso de un telegrama del Ministerio de Justicia antes de expirar el primer plazo en prisión preventiva. Por otra parte y habiendo continuado su curso el procedimiento de extradición, el conocimiento del expediente por el recurrente permite a éste reforzar las razones formuladas en la demanda. Del expediente resulta, siempre según el recurrente, que la demanda de extradición es incompatible con las garantías del art. 24.1 y 2 de la Constitución, ya que no es posible acceder a extradiciones para cumplir sentencias penales dictadas en rebeldía, como fue la que recayó sobre el recurrente. En el proceso celebrado en Italia se produjo indefensión y se desconoció la presunción de inocencia al ser juzgado en ausencia y servir de único medio de prueba declaraciones de «arrepentidos». Señala seguidamente el recurrente que la Constitución y la Ley italianas impiden que el recurrente pueda ser juzgado de nuevo por los mismos hechos. Tras un examen de la legislación procesal penal italiana, el recurrente afirma que, aunque el proceso contra él está en Italia en fase de apelación, la condena en primera instancia, dictada en su ausencia, le causa un perjuicio que no puede ser reparable mediante los recursos de apelación o casación ni tampoco mediante un eventual acuerdo con un Estado extranjero. Alega asimismo el recurrente que los hechos por los que ha sido condenado son de naturaleza política y los delitos de este carácter están excluidos de la extradición por el art. 13.3 de la Constitución, por el Convenio Bilateral de Extradición entre España e Italia de 6 de junio de 1868 vigente al producirse los hechos (art. 111) por la Ley española (art. 6) y por el Convenio Europea (art. 3.1).

Advierte también el recurrente que, de acuerdo con el art. 24.2 en relación con el 13.3 de la Constitución, el reclamado debe ser puesto en libertad porque se ha extinguido la responsabilidad criminal conforme a la legislación española (art. 6.6 de la Ley española en relación con el art. 10 del Convenio Europeo y 112.3 del Código Penal); y ello por razón de la amnistía concedida en España por Ley de 15 de octubre de 1977, núm. 46/1977.

D) Concluye el recurrente solicitando que este Tribunal Constitucional dicte Sentencia reconociéndole los derechos constitucionales que le han sido negados, restableciéndole en la integridad de los mismos.

7. Por providencia de 23 de enero de 1985 se fijó el día 30 de enero del mismo año para deliberación y fallo.

Fundamentos:

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso se plantea con ocasión de un procedimiento de extradición pasiva seguido contra el recurrente, súbdito italiano, a petición del Gobierno de la República de Italia, por diversos delitos supuestamente cometidos en su país de origen. Para delimitar el objeto del recurso y dado que en los escritos del recurrente se encuentran alegaciones de muy diverso carácter, conviene recordar que, en nuestro Derecho, el procedimiento de extradición pasiva se divide sustancialmente y para lo que aquí interesa en dos fases: una, que se suele denominar gubernativa, aunque como veremos inmediatamente requiere una intervención judicial, que tiene por objeto el aseguramiento del reclamado y la decisión del Gobierno español sobre si ha lugar o no a continuar el

procedimiento. La segunda fase de carácter judicial se sustancia, salvo asentimiento de la persona reclamada a la extradición, en un juicio contradictorio con la presencia del Fiscal, del interesado y de su defensor, debiendo resolver el Tribunal competente mediante Auto motivado. La intervención judicial es necesaria en la primera fase para decretar la prisión del reclamado y para mantenerlo en esa situación cuando proceda legalmente. El Juez ejercita en este caso un control sobre la privación de libertad del reclamado que viene hoy impuesta por el art. 17 de la Constitución. Pero no le compete conocer de la procedencia de ésta, conocimiento que está atribuido al Tribunal que ha de decidir en la segunda fase del procedimiento. Ahora bien, el recurrente impugna en el presente recurso de amparo el Auto de 14 de julio del Juzgado Central núm. 2 y otras resoluciones del mismo Juzgado dictadas en la primera fase del procedimiento y relativas a su situación de prisión. Es evidente, por tanto, que caen fuera del presente recurso una serie de alegaciones del recurrente en que se invocan supuestos impedimentos para proceder a su extradición, ya que se trata de cuestiones que sólo se pueden decidir en la fase judicial. Tales son la supuesta naturaleza política de los hechos que le son imputados, el que haya sido juzgado en rebeldía por los Tribunales italianos, que se haya extinguido su responsabilidad criminal con arreglo a la legislación española y otras afirmaciones referidas a los presupuestos sustanciales de la extradición. Por ello, debe prescindirse de todas esas cuestiones que sólo podrían ser objeto del recurso de amparo en su momento y si la decisión firme de los órganos judiciales españoles pudiera quebrantar derechos y libertades susceptibles de dicho recurso, ya que la normativa atinente al instituto de la extradición queda en principio fuera del mismo por incluirse en el art. 13.3 de la Constitución, respecto al cual no cabe el recurso de amparo (STC núm. 11/1983, de 27 de febrero, RA 373/1982).

2. Según el recurrente, las resoluciones judiciales impugnadas habrían vulnerado el art. 17. 1 y 4 y el 24. 1 y 2 de la Constitución. Pero cabe desechar de entrada la supuesta vulneración del art. 24 en sus dos apartados citados. Respecto al primero, en que se invoca la falta de tutela judicial efectiva, basta recordar que el recurrente tuvo acceso a la jurisdicción interponiendo recurso de reforma contra el Auto de 27 de junio de 1983 por el que se decretó su prisión durante el tiempo y las condiciones por él fijadas, que obtuvo una respuesta motivada en el Auto de 14 de julio, y en cuanto a su petición de libertad formulada al expirar el primer plazo fijado por el citado Auto de 27 de junio, obtuvo también una respuesta razonada por resolución de 9 de agosto. Y el derecho a la tutela judicial efectiva supone básicamente, según reiteradísimas resoluciones de este Tribunal Constitucional, el acceso a la jurisdicción y la obtención de una resolución jurídicamente fundada, siempre que se hayan seguido los cauces procesales legalmente establecidos, con independencia de que la resolución sea o no conforme a las pretensiones deducidas. En cuanto al apartado segundo del art. 24 no se aprecia en la actuación del Juzgado la menor vulneración de lo que el recurrente denomina el «debido proceso». Ni ha habido dilaciones indebidas en la tramitación de los recursos interpuestos, ni se ha infringido ninguna de las garantías reconocidas en dicho art. 24.2 ni, en realidad, se ofrece indicio alguno de que lo hayan sido. Y si en las supuestas vulneraciones a las garantías procesales que integran lo que en la terminología anglosajona se suele denominar el *due process of law* han sido o no vulnerados por los Tribunales italianos, es cuestión, como se dijo, ajena al presente recurso.

3. Limitando nuestro examen a la supuesta violación del art. 17.1 y 2 de la Constitución, también procede prescindir sin mayor examen del segundo de los apartados citados. Como bien dice el Fiscal, la detención preventiva en el procedimiento de extradición no tiene por objeto esclarecer hecho alguno, y, por otra parte, la garantía fundamental del 17.2, que es la observancia del plazo máximo de setenta y dos horas para que el detenido sea puesto en libertad a disposición judicial, se cumplió en este caso sin lugar a dudas. En realidad, la cuestión se centra en la invocada vulneración del 17.1 y, en particular, en su segundo inciso: «Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia

de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley.» Y lo que en último término alega el recurrente es que las resoluciones del Juzgado Central núm. 2 relativas a su expediente de extradición pasiva le privaron de su libertad contra lo dispuesto por la Ley.

4. Para resolver la cuestión es necesario tener en cuenta la complejidad de las normas que rigen la extradición. Fundamentalmente la extradición está regulada en España por la Ley de 26 de diciembre de 1958, en cuyo art. 1 se dispone taxativamente:

«Las condiciones, el procedimiento y los efectos de la extradición se regirán:

1. Por lo convenido en los Tratados.

2. Por la presente Ley, cuando no exista Tratado para suplir lo no previsto en

él.»

Es decir, la Ley española de extradición tiene un carácter supletorio respecto a los tratados internacionales que el Estado español haya suscrito y ratificado o a los que se haya adherido sobre la materia. Con independencia, incluso, de lo dispuesto en el art. 96.1 de la Constitución, según el cual «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento interno», la citada Ley proclama la primacía de la norma convencional sobre la norma interna, de forma que ésta tiene carácter solamente supletorio.

En el presente caso, en que se plantea una extradición solicitada por la República de Italia, los tratados a considerar son el Convenio de asistencia judicial penal y de extradición entre España e Italia, firmado el 22 de mayo de 1973, ratificado el 11 de octubre de 1977 y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 24 de noviembre del mismo año, y el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, ratificado por España el 21 de abril de 1982 y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 8 de junio del mismo año, y, entre otros Estados, por la República de Italia el 6 de agosto de 1963, entrando en vigor el 4 de noviembre del mismo año. El Juzgado Central de Instancia entendió de manera expresa en su Auto de 27 de junio de 1983 que era de aplicación preferente el art. 16.4 del referido Convenio Europeo, según el cual:

«La detención preventiva podrá concluir si dentro de los dieciocho días siguientes a la misma la parte requerida no hubiese recibido la solicitud de extradición ni los documentos mencionados en el art. 17. En ningún caso la detención excederá de cuarenta días, contados desde la fecha de la misma. Sin embargo, será posible en cualquier momento la puesta en libertad provisional, pero en tal caso la parte requerida habrá de tomar las medidas necesarias para evitar la fuga de la persona reclamada.»

En consecuencia, en el Auto de 27 de junio, confirmado por el de 14 de julio, ambos de 1983, el Juzgado estableció un plazo máximo de cuarenta días de prisión, prisión equivalente a la detención preventiva de que habla el Convenio, para que el Estado reclamante formulase la solicitud definitiva de extradición y remitiese la documentación precisa, en defecto de lo cual procedería la libertad del reclamado. El recurrente alega, como ya lo hizo ante el Juzgado, que no es aplicable el plazo de cuarenta días, sino los plazos más cortos establecidos en la Ley española, que prevé el de diez días en caso de requerimiento directo (que es el caso actual) para que el Gobierno interesado pueda pedir la extradición, y el de quince entre los países europeos para la presentación de la solicitud de extradición definitiva (arts. 14 y 13 de la Ley española). Pero es claro que el tantas veces recordado carácter subsidiario de la Ley española hace que el Juez, al considerar de aplicación el plazo más amplio previsto en el convenio, no privó de libertad al recurrente por más tiempo del establecido en la ley o, en este caso, de una norma contenida en un tratado publicado en España y que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, sino que se atuvo a la legalidad vigente. Téngase en cuenta, a este respecto, que un tratado internacional atribuye derechos y deberes a los Estados contratantes y, por tanto, el Juez debió de tener en cuenta también el interés del Estado requirente, a quien el plazo máximo fijado en el tratado podría ser necesario para formalizar la extradición. Por esta misma razón, es decir, porque un tratado se contrae para utilidad de todas las partes contratantes, no es atendible el argumento expuesto por el

recurrente, especialmente en su escrito final de alegaciones, según el cual del hecho de que el Convenio Europeo (art. 16.4) diga que la detención podrá concluir dentro de los dieciocho días siguientes a la misma, si la parte requerida no hubiese recibido la solicitud de extradición ni los documentos correspondientes, o de que la libertad provisional «será posible» en cualquier momento, se desprende que deba aplicarse la Ley española. Se trata, en efecto, de posibilidades de la parte requerida, cuyo aprovechamiento queda a su prudente arbitrio, como lo muestra que, si las ejerce, habrá de tomar (con carácter imperativo) las medidas que estime necesarias para evitar la fuga de la persona reclamada y que, como prevé el art. 16.5 del Convenio, la puesta en libertad no será obstáculo para una nueva detención si la solicitud de ésta se presentare nuevamente. Corresponde al Juez decidir si, dadas las circunstancias del caso, es oportuno adelantar la libertad del reclamado sin que esté obligado a hacerlo y sin que, por tanto, el hecho de mantener la prisión el plazo máximo de cuarenta días a la espera de que se reciba la solicitud de extradición constituya un acto ilegal. En cuanto al art. 22 del Convenio, también invocado por el recurrente, se limita a remitir a la ley de la parte requerida, salvo disposición en contrario del presente convenio, el procedimiento de extradición, así como el de la detención preventiva y basta señalar que el Convenio contiene en su tantas veces citado art. 16.4 una norma expresa sobre la duración de la prisión del reclamado, norma que, conviene recordarlo una vez más, viene establecida no sólo en garantía de la libertad del reclamado, sino también en utilidad de los Estados contratantes y, en particular, del Estado requirente, a quien se le asegura un espacio de tiempo para formalizar la solicitud de extradición. A la Ley del Estado requerido quedan confiados otros extremos importantes del procedimiento relativo a la prisión preventiva, como es la existencia y, en su caso, las modalidades del control judicial de la misma, extremos que el Convenio no regula y para los que hay que remitirse en este caso a la Ley española, como supletoria. Por último, tampoco puede dársele en este punto el valor que pretende el recurrente a la consulta de la Fiscalía General del Estado de 19 de noviembre de 1982 (núm. 2/82), pues con toda evidencia esa consulta no puede condicionar la libertad de interpretación del ordenamiento jurídico por parte de los Jueces y Tribunales, que en su función jurisdiccional son soberanos y sólo están sometidos al imperio de la Ley (art. 117.1 de la Constitución).

5. Alega asimismo el recurrente que tampoco se cumplió el plazo de cuarenta días previsto en el Convenio y considerado como aplicable por el Juez, porque ese plazo transcurrió sin que se recibiese petición formal de extradición, pese a lo cual no fue puesto en libertad. Dice el recurrente que lo único que recibió el Juez fue un telegrama del Ministerio de Justicia por el que se le comunicaba haberse recibido la solicitud.

Pero lo cierto es que habiendo recibido el Juez noticia oficial de haberse presentado la petición de extradición y la documentación correspondiente con antelación a que expirase el plazo de cuarenta días, tenía que dar por cumplida la condición impuesta en su Auto de 27 de junio para mantener la prisión del reclamado, pues la verificación de que la documentación presentada sea la legalmente necesaria no corresponde en esta fase al Juez, sino al Ministerio de Justicia, a quien se transmitió del de Exteriores la solicitud de extradición para que la examinase y reclamase, si lo estimaba oportuno, los justificantes o aclaraciones que considerase necesarios (art. 12 de la Ley española); y ello es así porque, como se ha dicho, esta fase del procedimiento de extradición sigue teniendo carácter gubernativo, aunque sea necesario la intervención judicial para mantener privado de libertad al reclamado más de setenta y dos horas, por imperativo del art. 17.2 de la Constitución.

6. El recurrente entiende también que el segundo plazo de cuarenta días establecido por el Juez para que el Ministerio de Justicia le comunique si el Gobierno ha acordado o no continuar el procedimiento carece de base legal. Rige en este punto la Ley española en defecto de normas convencionales. Pues bien, el mencionado art. 12 de la Ley no fija un plazo determinado para el citado acuerdo. En efecto, dicho artículo establece que el Ministerio de Justicia, en un plazo

máximo de ocho días, computados desde el siguiente a la recepción de la solicitud o de los justificantes o aclaraciones por él reclamados, elevará al Gobierno propuesta motivada sobre si ha lugar o no a continuar el procedimiento. El Gobierno deberá adoptar su decisión en el plazo de quince días, transcurrido el cual sin que el Gobierno haya adoptado resolución, el Ministro de Justicia lo hará en su nombre. Hay, pues, un margen de indeterminación en el primer momento, si el Ministro de Justicia decide solicitar justificantes o aclaraciones, pues el plazo de ocho días en que debe elevar su propuesta al Gobierno se cuenta a partir de la recepción de esos datos solicitados por la no siempre rápida vía diplomática. Tampoco existe un plazo taxativo para que el Ministro de Justicia tome la decisión si no lo ha hecho el Gobierno. En esas circunstancias el Juez se consideró facultado, en aras de lo dispuesto en el art. 528 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el cual todas las Autoridades que intervengan en un proceso criminal estarán obligadas a dilatar lo menos posible la detención y la prisión provisional de los inculcados o procesados, para establecer un plazo máximo a favor del preso, hoy recurrente, con el objeto de evitar una dilación excesiva en la tramitación gubernativa de la extradición. Desde el punto de vista del derecho constitucional a la libertad, único que aquí interesa, no puede decirse que la fijación de un plazo máximo de prisión cuando la Ley no lo fija suponga un ataque a aquel derecho. Más bien es todo lo contrario: una medida dirigida a su protección.

7. De todo lo expuesto resulta que no se han vulnerado en las resoluciones judiciales impugnadas los derechos fundamentales invocados por el recurrente, por lo que procede desestimar el amparo solicitado.

Fallo:

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA, Ha decidido

Denegar el amparo solicitado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a treinta de enero de mil novecientos ochenta y cinco.