

**CAHIERS
DE
DEFENSE
SOCIALE**

Pour une Politique Criminelle Humaniste

2011-2012

Table de Matières

Table of Contents

I. HUMANITAS EN EL DERECHO PENAL/ HUMANITAS EN DROIT PÉNAL	
Eugenio RAÚL ZAFFARONI.....	7
II. LA ARMONIZACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO PENAL/ THE INTERNATIONAL HARMONIZATION OF CRIMINAL LAW	
Luis Alberto ARROYO ZAPATERO.....	25
III. LA PRIVATIZACIÓN DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN/ THE PRIVATIZATION OF THE FIGHT AGAINST CORRUPTION	
Adán NIETO MARTÍN.....	59
IV. HACIA LA ABOLICIÓN UNIVERSAL DE LA PENA DE MUERTE: PROGRESOS Y PERSPECTIVAS/ TOWARDS WORLD-WIDE ABOLITION OF THE DEATH PENALTY: PROGRESS AND PROSPECTS	
Roger HOOD.....	83
V. LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE UN APARATO DE PODER COMO INSTRUMENTO PARA LA ELABORACIÓN JURÍDICA DEL PASADO	
Francisco MUÑOZ CONDE	95
VI. BECCARIA Y EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD	
Mario PISANI.....	118
VII. CRIMINALIDAD ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y UNIÓN EUROPEA: PERFILES Y PROBLEMAS	
Vincenzo MILITELLO.....	123
VIII. RECENSIÓN: INGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: «VIEJO Y NUEVO DERECHO PENAL. PRINCIPIOS Y DESAFÍOS DEL DERECHO PENAL DE HOY»	
Eduardo DEMETRIO CRESPO.....	135

IX. RECENSIÓN. REDO, SLAWOMIR MAREK, *BLUE CRIMINOLOGY; THE POWER OF UNITED NATIONS IDEAS TO COUNTER CRIME GLOBALLY* (EUROPEAN INSTITUTE FOR CRIME PREVENTION AND CONTROL, HELSINKI, 2012)

Manuel MAROTO CALATAYUD 138

X. MEMORIA DEL CONGRESO: RETOS Y OBJETIVOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL INTERNACIONAL EN LA ERA DE LA DECLARACIÓN DEL MILENIO/

CONGRESS MEMORANDUM: CHALLENGES AND GOALS OF INTERNATIONAL CRIMINAL POLICY IN THE AGE OF THE MILLENNIUM DECLARATION/

MEMORANDUM DU CONGRÈS : DÉFIS ET OBJECTIFS DE LA POLITIQUE CRIMINELLE INTERNATIONALE À L'HEURE DE LA DÉCLARATION DU MILLÉNAIRE 143



La privatización de la lucha contra la corrupción

Adán NIETO MARTÍN

Instituto de Derecho penal europeo e internacional–UCLM.

I. Los malvados funcionarios y los extorsionados empresarios

Históricamente la corrupción fue siempre un asunto de funcionarios públicos o políticos “improbos” que se aprovechaban de su cargo para vender funciones públicas o que incluso, en el peor de los casos, extorsionaban a los particulares haciéndoles pagar por los servicios públicos que debían prestar. Esta es la “imagen” de la corrupción que se refleja en los Códigos penales europeos del XIX y en cierto modo es aún la “imagen” de la corrupción que pervive entre los ciudadanos. En las noticias de prensa sobre corrupción o financiación ilegal de partidos, más allá del debate jurídico, la responsabilidad social y moral en los casos de corrupción parece ser exclusiva de los políticos o de los funcionarios públicos.

Esta narración de la corrupción se corresponde con el argumento empresarial: “no me queda otro remedio, si quiero hacer negocios en el país A, tengo que pasar por el aro y sobornar como hace todo el mundo”. Esta forma de pensar, a la que los criminólogos consideran una técnica de neutralización¹, es enormemente perjudicial y ha conducido a una multiplicación exponencial de la corrupción. El argumento supone asumir que en determinados

¹ Cfr. Matza, *El proceso de desviación*, Taurus, 1981. Sobre las técnicas de neutralización y su distinta influencia según nos encontremos en el ámbito del sector público o privado, Gopinath, *Recognizing and Justifying Private Corruption*, *Journal of Business Ethics*, Vol. 83, nº 3.



The privatization of the fight against corruption

Adán NIETO MARTÍN

The Institute of European and International Criminal Law–UCLM.

I. The wicked public officials and the extorted businessmen

Historically, corruption was always a matter of “dishonest” public officials who drew advantages from their position in order to sell public functions or, even, in the worst case, extort individuals by making them pay for the public services they provided. This is the “image” of corruption which is reflected in the European criminal Codes of the XIXth century and, somehow, this is still the “image” of corruption that remains between citizens. In the news about corruption or illegal party funding, beyond legal debate, social and moral responsibility seem to be confined to politicians or public officials.

This narrative of corruption corresponds to the business argument: “there is no other alternative, if I want to do business in that country I have to jump through hoops and bribe like everyone does”. This kind of thinking, what criminologists consider a neutralisation technique¹, is hugely damaging and has led to an exponential growth of corruption. The argument implies acceptance of the fact that, in some countries, corruption is a kind of tax or “necessary evil” and is not deserving of reproach.

¹ Cfr. Matza, *El proceso de desviación*, Taurus, 1981. About the neutralization techniques and its different influence depending on whether we are in the public or the private sector, Gopinath, *Recognizing and Justifying Private Corruption*, *Journal of Business Ethics*, Vol. 83, nº 3.

países la corrupción es una especie de impuesto o de mal necesario que no merece ningún reproche.

Desde las filas del análisis económico del derecho ha habido incluso intentos serios de mostrar cómo la corrupción era funcional para los mercados². Igualmente en los sistemas jurídicos nacionales ha sido fácil encontrar ejemplos que se corresponden con esta idea. En España, hasta la reciente reforma penal del 2010, las penas de la corrupción de funcionarios públicos eran mayores que las de particulares. Igualmente el número de conductas sancionadas como corrupción era mayor en el caso de funcionarios públicos, hasta tal punto que se discutía si el particular que compraba votos en el Parlamento o en una asamblea local cometía un comportamiento delictivo³. Pero, sin duda, la mejor expresión de esta concepción “amable” de la corrupción en relación con las empresas era la posibilidad de desgravación fiscal de los sobornos, en algunos países de la UE como Alemania⁴. Lógicamente dentro de esta imagen o narrativa, la corrupción entre privados constituía una excentricidad del legislador.

Sin embargo, desde hace algunos años en el mundo del derecho y de las políticas públicas se observa un cambio de estrategia⁵. La corrupción

From the ranks of the economic analysis of law, serious attempts have been made in order to show how corruption is functional for the markets². Likewise, in the national legal systems it has been easy to find examples of this idea. In Spain, until the recent criminal reform in 2010, criminal sanctions for corruption of public officials were more severe than those of the individuals. In the same way, the number of acts which were punished as corruption was higher in the case of public officials. It has even been discussed if the citizen who buys votes in the Parliament or in a local Assembly is committing an offence³. But, without a doubt, the best expression of that “kind” conception of corruption companies was the possibility of deducting the bribe as tax relief, in some countries in the EU such as Germany⁴. Logically, inside this image or narrative, private corruption was considered an eccentricity of the law maker.

Nevertheless, for some years in the world of law and public policies, a change of strategy has been observed⁵. Corruption is becoming a “two way street”. The most recent criminal policy has also recognized the responsibility of companies in the fight against corruption. The modern public policy

2 Pese a que las teorías funcionalistas han sido objeto de numerosas críticas, la literatura más influyente en materia de corrupción, la proveniente de los economistas neoclásicos, centra su discurso principalmente en los aspectos económicos. Lo que ha contribuido a fomentar un discurso en el que este tipo de argumentos tiene un mayor peso, que aquellos que ven en la corrupción un problema, por ejemplo, de falta de calidad democrática. Al respecto extensamente, Maroto Calatayud, *Corrupción y financiación de partidos. Un análisis político criminal*. Tesis doctoral. Ciudad Real. 2012.

3 Sobre esta cuestión Nieto Martín, *La corrupción en el comercio internacional*, in *Estudios de Derecho penal*, coord. Nieto Martín. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Instituto de derecho penal europeo e internacional. Ciudad Real. 2004.

4 Vid. Joecks, *Steuerliche Behandlung der Bestechung*, en Pieth/Eigen, *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr*, Lucterhand, 1999.

5 Vid. los orígenes de este cambio de rumbo en las contribuciones de Thomas, Heimann y Bierich a Pieth/Eigen, (not. 4), p. 521 ss.

2 Despite the many criticisms which have been received by functionalist theories, the most influential doctrine on corruption –the one coming from the neoclassical economists– focuses mainly on the economic aspects. That has boosted a speech in which this kind of arguments have greater weight than those that consider that corruption is a problem, for example, of lack of democratic quality. With regard to it, widely, see Maroto Calatayud, *Corrupción y financiación de partidos. Un análisis político criminal*. Doctoral thesis. Ciudad Real. 2012.

3 On this issue, see: Nieto Martín, *La corrupción en el comercio internacional*, in *Estudios de Derecho penal*, coord. Nieto Martín. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Instituto de derecho penal europeo e internacional. Ciudad Real. 2004.

4 Vid. Joecks, *Steuerliche Behandlung der Bestechung*, en Pieth/Eigen, *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr*, Lucterhand, 1999.

5 See the origins of this change of direction in the contributions of Thomas, Heimann y Bierich a Pieth/Eigen, (not. 4), p. 521 et seq.

está pasando a ser “cosa de dos”. La política criminal más reciente ha responsabilizado también a las empresas en la lucha contra la corrupción. La moderna política pública de lucha contra la corrupción se caracteriza porque: (a) exigen a las empresas que adopten medidas internas de prevención de la corrupción y que ayuden al Estado – a su policías, jueces y fiscales – en la investigación y esclarecimiento de los casos de corrupción; (b) les prohíben sobornar tanto a funcionarios públicos como a directivos o empleados de otras empresas; (c) en la corrupción internacional sancionan a las empresas y a sus agentes, desinteresándose de la sanción del funcionario público.

Este trabajo tiene como objetivo mostrar esta nueva estrategia de la lucha contra la corrupción, que se caracteriza en lo regulatorio por ser uno de los ejemplos más claros de ejemplo regulador del *global law*⁶: confluencia de organizaciones internacionales, que trabajan en red con actores públicos y privados (empresas multinacionales) y que utiliza para alcanzar sus objetivos herramientas normativas procedentes del *hard law*, del *soft law* y la autorregulación empresarial.

II. Los orígenes: la FCPA

La aparición de esta nueva política anticorrupción tiene sus orígenes más remotos en la *Foreign Corrupt Practices Act (1977)*⁷ y, puede decirse, que su último fruto es la *Bribery Act* del Reino Unido (2011).

Tras la II Guerra Mundial en el mundo aparecen un gran número de nuevos Estados como consecuencia del proceso de descolonización. Muchas de las antiguas colonias tenían grandes riquezas naturales que explotar, se encontraban en la necesidad

on fight against corruption is characterised by: (a) companies are required to take internal preventive measures and help the State –its police body, judges and prosecutors– in the investigation and clarification of the corruption cases; (b) they are forbidden to bribe both public officials and managers or employees from different companies; (c) in international corruption, sanctions are imposed to companies and its agents, with no concern for the punishment of the civil servant.

This work aims to show this new strategy in the fight against corruption which is characterised by being a clear example of the regulatory effect of the *global law*⁶: a confluence of international organizations which network with public and private actors (multinational companies) and use regulatory tools coming from the hard law, the soft law and the business self-regulation.

II. The origins: the FCPA

The appearance of the new anticorruption policy has its more remote origins in the *Foreign Corrupt Practices Act (1977)*⁷ and it can be affirmed that its last product is the *Bribery Act* in the United Kingdom (2011).

After the Second World War, a lot of new States appeared due to the decolonization process. Many of the ancient colonies had great natural wealth yet to exploit, they needed to carry out great public works. They also had armies and police which must be equipped, and it involved purchasing weapons, planes, submarines, etc. Since the business structure, in most of the countries, was very weak and there were no suitable technology for the exploitation of the resources, the creation of infrastructures or

6 Sieber, *Legal Order in a Global World*, en von Bogdandy/Wolfrum, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 14, 2010.

7 En lo que sigue y para más detalles me remito a Nieto Martín, *La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)*. *Revista Penal*. Nº 11. Julio. 2003

6 Sieber, *Legal Order in a Global World*, in von Bogdandy/Wolfrum, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 14, 2010.

7 From now on, and for more details, see: Nieto Martín, *La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)*. *Revista Penal*. Nº 11. July. 2003

de realizar grandes obras públicas. Tenían incluso ejércitos y policías que equipar, lo que significaba adquirir armas, aviones, submarinos etc. Como en la mayoría de estos países existía una estructura empresarial muy débil y no disponían además de tecnología adecuada para la explotación de sus recursos, la creación de infraestructuras o el suministro de bienes, fueron las grandes compañías multinacionales las que se aprovecharon de este nuevo mercado.

En este contexto se produce un cóctel explosivo compuesto por grandes oportunidades de negocios en países con administraciones extraordinariamente débiles, gobernantes autoritarios decididos a expoliar las riquezas nacionales, sistemas jurídicos débiles y empresas mucho más poderosas que los gobiernos que compiten entre sí por el reparto del pastel. El resultado es lo que conocemos como gran corrupción⁸. Por supuesto, que en países desarrollados también existen problemas de corrupción en negocios de considerable importancia, pero la corrupción en los nuevos países era al menos cuantitativamente mayor y las posibilidades de castigarla mucho menores, entre otras razones porque el sistema judicial era muy débil y no existía una prensa lo suficientemente fuerte y libre para denunciar los desmanes.

En EEUU en la década de los 70 y 60 se vive una etapa regeneracionista de la vida económica y política, hija del espíritu de protesta contra la guerra de Vietnam y la lucha por los derechos civiles. En lo que nos afecta, el detonante del proceso de cambio fue el asunto *Watergate* y la constatación de que la mayoría de las grandes empresas norteamericanas tenían que gastar sumas muy considerables de dólares en pagar sobornos. En este contexto es en el que en 1977 nace la *Foreign Corrupt Practices Act* que es el germen de la política criminal moderna contra la corrupción: es decir de la exigencia al sector privado de que se implique y responsabilice

8 Moody-Stuart, La gran corrupción, Siddharta, Madrid, 1994.

the supply of goods, big multinational companies took advantage from this new market.

In this context, it is produced an explosive cocktail composed of great business opportunities in countries which have a really weak public administration, authoritarian politicians which are determined to plunder the national wealth, weak legal systems, and companies –much more powerful than the government– competing with each other in order to cut the cake. The result is what is known as the grand corruption⁸. Of course there are corruption problems related to significant business as well in the developed countries but corruption in new countries was larger –in quantitative terms– and it was less likely to punish it, not least because the judicial system was very weak and the press was not free and strong enough to highlight the outrages.

In the USA, during the sixties and seventies, a regenerationist period of economic and political life took place, as a result of the spirit of protest against the Vietnam War and the fight for civil rights. As far as we are concerned, the process of change was triggered by the *Watergate* affair and the finding of the considerable sums of dollars that most of the big companies in North America had to spend on bribes. It is against this backdrop when, in 1977, the Foreign Corrupt Practices Act was born. This rule constitutes the seed of the modern criminal policy against corruption: that is, the requirement to the private sector to get involved and take responsibility for the fight against corruption. The most well-known feature of this rule is that it is applicable only to the corruption committed by the businessman but not to the public official who took part of the corruption. Although the FCPA is a law that aims the suppression of the international corruption, eventually, its influence has been extended to all types of corruption.

8 Moody-Stuart, La gran corrupción, Siddharta, Madrid, 1994.

en la lucha contra la corrupción. El rasgo más conocido de esta norma es que se aplica únicamente a la corrupción realizada por el empresario, pero no por el funcionario público que ha cometido el delito. Aunque es una ley destinada a la represión de la corrupción internacional, en realidad su influencia se ha extendido a todo tipo de corrupción.

La FCPA contiene los tres rasgos más importantes de la política actual en materia de corrupción:

El primer vector de cambio es entender que los efectos perjudiciales de la corrupción no radican solo en el daño que generan a la administración pública, sino que altera la competencia y daña a los inversores⁹. Altera la competencia, porque cuando una empresa consigue un contrato gracias a un soborno realiza un comportamiento de competencia desleal en relación al resto de los competidores. Una de las razones que motivó la aprobación de la FCPA y después el Convenio de la OCDE es precisamente la distorsión de la competencia que produce la corrupción. Pero la corrupción afecta también a los accionistas. Las empresas que habían hecho pagos extraordinarios en materia de corrupción arriesgaron el dinero de los accionistas, sin comunicárselos y poniendo de manifiesto además que su sistema de controles era manifiestamente débil. La prohibición de los sobornos supone un problema de gobierno corporativo, de administración desleal del patrimonio societario¹⁰. Al proteger la competencia y los intereses de los accionistas mediante una ley con clara vocación de aplicarse extraterritorialmente, la FCPA constituye uno de los primeros ejemplos de la nueva *lex mercatoria* que surge con la globalización.

9 La puesta en conexión de la corrupción con la pobreza, la necesidad de hacer reformas públicas y los derechos humanos procede, sin embargo, de los autores cercanos al Banco Mundial y al FMI, como forma de justificar su actividad sobre un ámbito en principio tan lejano a sus competencias, Maroto Calatayud, (not. 3) op. cit. p, 53 ss.

10 Maroto Calatayud, (not. 3) op. cit. p 43 ss

The FCPA contains the three enablers which determine the modern policy against corruption.

The first enabler of change is to understand that the damaging effects of corruption do not lie in the damage it generates to the public administration. The harmfulness of corruption goes far beyond that: it distorts competition and damages the investors⁹. It distorts competition because when a company gets a contract by means of bribery, it accomplishes an act of unfair competition with regard to other competitors. One of the reason why the FCPA was adopted, and then OECD Convention, is precisely because of the distortion of competition caused by corruption. But corruption affects also shareholders. Companies which have made extraordinary expenditures in terms of corruption risk shareholders' money, without communicating it and bringing to light the glaring weakness of its control system. The ban of bribes is a problem of corporate governance, of improper administration of the company's asset¹⁰. By protecting competition and shareholders' interest through a law with a vocation of extraterritorial application, the FCPA constitutes one of the first examples of the new *lex mercatoria*.

Corruption generates economic inefficiency for two reasons. The first reason has a macroeconomic character. Corruption implies a misallocation of resources that defeat the social function of competition. When the administration decides to grant the construction of a hospital to the company that gave a larger bribe, it is refusing other offers which can be technically better. In the long term, it involves damage to everybody: the investment in corruption is more profitable than investment in technology. The second is microeconomic. Eventually, the

9 The connection between corruption and poverty, the need of making public reforms and human rights come, however, from authors close to the World Bank and the IMF as a way of justifying its activity in a field which is, a priori, so far from its competence, Maroto Calatayud, (not. 3) op. cit. p, 53 et seq.

10 Maroto Calatayud, (not. 3) op. cit. p 43 et seq.

La corrupción genera ineficiencia económica por dos razones. La primera es de carácter macroeconómico. La corrupción supone una mala asignación de recursos que frustra la función social de la competencia. Cuando la administración decide otorgar la construcción de un hospital a la empresa que más ha sobornado, está dejando de lado otras ofertas que pueden ser mejores técnicamente. A largo plazo esto supone un perjuicio para todos: la inversión en corrupción es más rentable que la inversión en tecnología. La segunda razón es de carácter microeconómico o de economía de la empresa. El precio del soborno al final lo paga el sobornado. Es el conocido efecto *kick back*. El soborno que ha pagado la constructora por el hospital lo acaba pagando la administración (el Ministerio de Infraestructuras). La corrupción por tanto supone un perjuicio patrimonial para el ente público para el organismo público a que pertenece el sobornado¹¹.

Después volveremos sobre alguno de estos argumentos, por ahora me interesa solo subrayar lo siguiente. Si estos son los “nuevos” argumentos que legitiman la lucha contra la corrupción, resulta evidente que son aplicables tanto a la corrupción de funcionarios públicos como a la corrupción de los directivos de una empresa. El daño en términos de ineficiencia económica o de perjuicio patrimonial es similar iguales. Cuanto acaba de indicarse valdría *mutatis mutandis*, si en el ejemplo anterior el hospital fuera de capital privado y no público.

El segundo vector de cambio que introduce la FCPA en la política anticorrupción es corresponsabilizar a la empresas en la prevención de la corrupción, estableciendo un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se basa en la idea de que las empresas deben implicarse activamente en la prevención y detección de aquellos

price of the bribe is paid by the bribe-taker. That is the effect known as “kick back”. The bribe which has been paid by the construction company in order to be granted the construction rights of a hospital, finally it is paid by the administration (Ministry of Public Works). Therefore, corruption involves damage to the public entity which the bribe-taker belongs to¹¹.

We will return to some of these arguments, but, for the moment, I am only interested in highlighting the following. If these are the “new” arguments that legitimise the fight against corruption, the truth is that they are applicable to both corruption of public officials and corruption of the managers of a company. Damage, in terms of inefficiency or financial damage, is similar. What we have just mentioned could be applied *mutatis mutandi* if, in the previous example, the hospital was financially supported by private capital, instead of public.

The second enabler of change which is introduced by the FCPA in the anticorruption policy is giving co-responsibility to companies for the prevention of corruption, by establishing a system of criminal liability of legal persons which is based on the idea that companies have to get actively involved in the prevention and detection of those offences whose risk of being committed increases as a result of the activity of the company¹². Some years later, this system based on the compliance programs would be adopted by the “Sentencing Guidelines for Organisational Offenders”¹³ and, from there, it is spreading to the rest of the world. In some EU countries, the most important trend is that the basis of the criminal liability of legal persons is precisely

11 Vid. Nieto/Foffani, Administración desleal y gobierno corporativo. Casos y problemas de derecho comparado, Revista Penal. Vol 17. Enero 2006

11 See Nieto/Foffani, Administración desleal y gobierno corporativo. Casos y problemas de derecho comparado, Revista Penal. Vol 17. January. 2006

12 Cfr. Woof/Craag, The US Foreign Corrupt Practices Act: The Role of Ethics Law and Self-regulation in Global Markets, en Craag (ed), Ethics Codes, Corporations and the Challenge of Globalization, 2005, p. 112 et seq.

13 In great detail: Gómez Jara, La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU, Ramón Areces, 2006, p. 63 et seq.

hechos delictivos cuyo riesgo de aparición se incrementa como consecuencia de la actividad que realiza la empresa¹². Años después este sistema basado en los *compliance programs* sería el acogido por el *Sentencing Guidelines For Organizational Offenders*¹³ y de ahí se está extendiendo paulatimamente la resto del mundo. En los países de la UE, la tendencia predominante es que el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se deriva, precisamente, en no haber adoptado medidas de prevención y detección, con el fin de impedir que sus empleados realicen hechos delictivos. La responsabilidad de la persona jurídica es otro de los pilares de la nueva estrategia anticorrupción: la de exigir una implicación al sector privado en la lucha contra la corrupción y no entender que esta es obra de funcionarios públicos desleales.

La tercera novedad que introduce la FCPA es la extraterritorialidad del derecho penal nacional. Cuando los delitos de corrupción se concebían exclusivamente en términos de perjuicio a la administración pública de un Estado, la competencia de cada Estado se limitaba a la protección de la probidad de su propia administración. La estrategia era que cada uno se ocupaba de sus propios funcionarios. Por esta razón, el empresario español que sobornaba a un funcionario polaco en Madrid no cometía ningún delito, tampoco por supuesto y conforme al derecho español si lo hacía en Polonia. Lo que era delito perseguible en España, conforme al principio de protección de intereses, era la corrupción de un funcionario español en Polonia por un ciudadano polaco o por cualquier otra persona. La FCPA rompe con este esquema y sanciona precisamente la corrupción de funcionarios de otros Estados y organizaciones internacionales realizada

12 Cfr. Woof/Craag, *The US Foreign Corrupt Practices Act: The Role of Ethics Law and Self regulation in Global Markets*, en Craag (ed), *Ethics Codes, Corporations and the Challenge of Globalization*, 2005, p. 112 ss.

13 Más detalles en Gómez Jara, *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, Ramón Areces, 2006, p. 63 ss.

the fact that the company did not take measures of prevention and detection in order to avoid the commission of crimes by its employees. Criminal liability of legal persons is one of the basic pillars of the new anti-corruption strategy: Requiring that the private sector gets involved in the fight against corruption and come to understand that corruption is not just committed by disloyal public officials.

The third innovation which is introduced by the FCPA is the extraterritoriality of national criminal law. When corruption offences were understood only in terms of damage to public administration of one State, the competence of each States were confined to protect the probity of its own administration. The strategy was that each one took charge of its own public officials. That is the reason why the Spanish businessman which bribed a Polish public official in Madrid did not commit any offence, neither did he under Spanish law if he bribed in Poland. What constituted an offence under Spanish law was the corruption of a Spanish public official in Poland committed by a Polish citizen or any other person. The FCPA breaks this pattern and precisely punishes the corruption of public officials from foreign countries and international organization when it is committed by North American companies or committed in US territory.

Each one of these points corresponds to the creation of "more criminal law": more criminal law to punish private corruption, more criminal law to criminally punish legal persons, more criminal law to punish corruption committed outside national borders.

III. Private corruption

The punishment of private corruption in the EU countries is the result of the EU law. It is true that from the beginning of the XX century, in some EU countries, bribery of employees of private companies was punished but these wrongdoings had not much importance in practice. The Joint Action¹⁴ first, and then, the EU Framework Decision¹⁵ have

por empresas norteamericanas o realizada en el territorio de los Estados Unidos.

Cada una de estos puntos se corresponde con la creación de "más derecho penal": más derecho penal para sancionar la corrupción entre privados, más derecho penal para sancionar penalmente a las personas jurídicas, más derecho penal para sancionar la corrupción realizada fuera del territorio.

III. La corrupción entre privados

La sanción de la corrupción entre privados en los países de la UE es consecuencia del derecho de la Unión Europea. Es verdad que desde comienzos del siglo XX en algunos países de la UE se sancionaba el soborno de los empleados de empresas privadas, pero estas infracciones apenas si tenían importancia en la práctica. La Acción Común¹⁴, primero, y la Decisión Marco de la UE¹⁵, después sobre corrupción en el sector privado han servido como revulsivo para llamar la atención sobre este nuevo tipo de corrupción. Igualmente tanto la Convención del Consejo de Europa sobre la Corrupción (art. 7), como la Convención de Naciones Unidas (art. 21), contienen una previsión similar a la de la directiva europea¹⁶.

Debido precisamente a la importancia de la legislación supranacional en esta materia resulta especialmente preocupante que ninguno de estos instrumentos tenga una imagen clara de hasta dónde resulta legítima la intervención del derecho penal en este sector. El caso paradigmático es el de la UE. La DM sobre corrupción entre privados planteaba una curiosa forma de transposición a dos ve-

14 Acción Común de 22 de Diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la UE, sobre corrupción en el sector privado, DOUE L 358, 31-12-1998.

15 Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, DOUE, L 192, 31.7.2003.

16 Para una visión de la corrupción entre privados en las convenciones internacionales Blanco Cordero/De la Cuesta, La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, en Aquorolli/Foffani, La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma, Milano, Giuffrè, 2003.

worked as a revulsive in order to draw attention on this new type of corruption. Likely, both the Council of Europe Convention on corruption (art. 7) and the United Nation Convention (art. 21) have a similar provision to that in the European Directive¹⁶.

Precisely due to the importance of the EU law, it is especially worrying that neither the EU Framework Decision nor the European Commission in its recent report has a clear idea of how far the intervention of criminal law in that sector can be legitimate.

The paradigmatic case is the European Union. The Framework Decision on private corruption posed a curious way of transposition based on a two-speed system. Until 2010, the States could limit the sanction of private corruption by punishing only the cases that "involves or can involve the distortion of competition in relation to the purchase of goods or services"¹⁷. So far, most of States have punished, basically, the cases where several companies competed in offering its good and services to others and, with the aim of being chosen, they gave a bribe to a manager or employee who had a basic role in the contracting process. This conduct is the stereotype of private corruption. The wording of the newly introduced article 286 bis of the Criminal Code is largely due to this restriction¹⁸ which has been greeted in other countries such as Germany,

14 Joint Action of 22 December 1998 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union corruption in the private sector, Official Journal L 358, 31.12.1998.

15 Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector, Official Journal L 192, 31.7.2003.

16 For an overview on private corruption in the international conventions: Blanco Cordero/De la Cuesta, La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, in Aquorolli/Foffani, La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma, Milano, Giuffrè, 2003.

17 See art. 2.3 y 2.4. This last provision is really striking. Art. 2.3 can be understood as a manifestation of the fragmentary character of criminal law, while art. 2.4 indicates that this principle can only be apply transitorily.

18 Cfr. Castro Moreno, Chapter 13: Corrupción entre particulares, in Memento Experto, Reforma Penal, 2010, Ed. Lefeb-

locidades. Hasta 2010 los Estados miembros estos podían limitar la sanción de la corrupción entre privados a aquellos supuestos en los que “impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o servicios comerciales”¹⁷. Hasta ahora muchos Estados, acogiendo esta previsión, sancionaban, básicamente casos en los que varias empresas competían por ofertar sus bienes o servicios a otra y con el fin de ser los elegidos entregaban un soborno a un directivo o empleado que tenía una función básica dentro de este proceso de contratación. Esta conducta es el estereotipo de la corrupción entre privados. El recién introducido art. 286 bis del Código penal debe su tenor literal en buena medida a esta restricción¹⁸, que se acoge en otros países como Alemania, sin duda el país que más ha reflexionado acerca de los límites del derecho penal en relación a este comportamiento¹⁹.

A partir de 2010 y tal como se recoge en el Informe de la Comisión sobre la transposición de la directiva²⁰, a los Estados se le exige dar un paso más y sancionar la corrupción por el solo hecho de ofrecer un soborno a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales para que infrinja sus obligaciones²¹, en la marco de su actividad profesional.

17 Vid. art. 2.3 y 2.4. Esta última previsión es realmente llamativa. El art. 2.3 puede entenderse como una manifestación del principio de fragmentariedad del derecho penal, mientras que el art. 2.4 lo que viene a indicar es que este principio sólo puede aplicarse de manera transitoria.

18 Cfr. Castro Moreno, Capítulo 13: Corrupción entre particulares, en *Memento Experto, Reforma Penal, 2010*, Ed. Lefebvre, 2010; Mendoza Buergo, *El nuevo delitos de corrupción entre particulares* (art. 286 bis del CP), Díaz Maroto y Villarejo (dir.) *Estudios sobre las reformas del Código penal*, Thomson, Madrid, 2010

19 Tiedemann, *Wettbewerb als Rechtsgut des Strafrechts*, Müller-Dietz Festschrift, 2001; el mismo, *Schmiergeldzahlungen in der Wirtschaft*, Lampe-Festschrift, 2003.

20 Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, basado en el artículo 9 de la DM 2003/568/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, Bruselas 6.6.2011 COM (2011) 309 final.

21 Informe de la Comisión (not. 16), p. 2.

the country where further reflections have been undertaken with regard to this behaviour¹⁹.

From 2010 onwards, as indicated in the report of the Commission on the transposition of the Directive²⁰, States are required to go a step further and punish as corruption the mere offer of bribe to a person who carries out management or labour features in order to infringe their obligations²¹ in the framework of its professional activity. This wide version of corruption of employees is the one provided by the UN Convention and the Council of Europe. Such a wide conception of private corruption seems not to be compatible with the two basic principles of criminal law: certainty and proportionality which flows from the European Charter of Human Rights²². Basing the “corrupt agreement” on such a wide concept as the “breach of labour obligations” is not compatible with the principle of certainty. Indeed, any infringement of the employment contract, even those against the good faith, could be an offence²³. This wide wording prevents

vre, 2010; Mendoza Buergo, *El nuevo delitos de corrupción entre particulares* (art. 286 bis del CP), Díaz Maroto y Villarejo (dir.) *Estudios sobre las reformas del Código penal*, Thomson, Madrid, 2010.

19 Tiedemann, *Wettbewerb als Rechtsgut des Strafrechts*, Müller-Dietz Festschrift, 2001; el mismo, *Schmiergeldzahlungen in der Wirtschaft*, Lampe-Festschrift, 2003.

20 Report of the Commission to the Council, of 18 June 2007, based on s. 9 of Framework Decision of the Council 2003/568/JAI of 22 July 2003, relating to the fight against corruption in the private sector, Brussel 6.6.2011 COM (2011) 309 final

21 Report of the Commission (not. 16), p. 2.

22 About the basic político-criminal principles of the European criminal law, *Sobre los principios de política criminal básicos del derecho penal europeo*, which are those coming from the European liberal tradition, see: *Manifiesto para una política criminal europea*, *Revista penal*, nº 27, 2001, p. 83 et seq.

23 The Council of Europe, in the Explanatory Report on the Convention, states: “*L’incrimination de la corruption dans le secteur privé a pour objet de protéger la confiance et la loyauté sans lesquelles des relations privées ne peuvent exister. Les droits et obligations afférents à ces relations sont régis par le droit privé et sont dans une large mesure déterminés par contrat. Le salarié, l’agent commercial, l’avocat est censé s’acquitter de ses fonctions conformément à son contrat, lequel comporte, explicitement ou implicitement, une obligation générale de loyauté à*

Esta versión amplia de la corrupción de empleados es la que se recoge también en el Convenio de Naciones Unidas y en el Consejo de Europa. Es dudoso que esta concepción amplia resulte compatible con los principios básicos del derecho penal, que en el caso de la UE derivan de la Carta Europea de Derechos Fundamentales²². El que el pacto corrupto tenga por objeto algo tan poco delimitado como el “incumplimiento de las obligaciones de naturaleza laboral” no resulta compatible con el principio de determinación, cualquier infracción del contrato de trabajo, incluidas las infracciones a la buena fe, podría ser constitutiva de delito²³. Este amplio tenor literal impide además reconocer cuál es el bien jurídico tutelado por la corrupción de empleados. Si hasta el 2010 la Decisión marco ha permitido a los Estados miembros acoger exclusivamente la competencia desleal como bien jurídico protegido, la nueva redacción nos sitúa en una nebulosa, en la que también puede entenderse protegida el correcto cumplimiento de la relación laboral. Indudablemente este bien jurídico, por sí sólo, no es merecedor de tutela penal. Conforme al principio de *ultima ratio* del derecho penal el derecho del trabajo o el

22 Sobre los principios de política criminal básicos del derecho penal europeo, que no son otros que aquellos que proceden de la tradición liberal europea, vid. Manifiesto para una política criminal europea, Revista penal, nº 27, 2001, p. 83 ss.

23 Así expresamente el Consejo de Europa, en el Rapport Explicative sobre la Convención: “*L’incrimination de la corruption dans le secteur privé a pour objet de protéger la confiance et la loyauté sans lesquelles des relations privées ne peuvent exister. Les droits et obligations afférents à ces relations sont régis par le droit privé et sont dans une large mesure déterminés par contrat. Le salarié, l’agent commercial, l’avocat est censé s’acquitter de ses fonctions conformément à son contrat, lequel comporte, expressément ou implicitement, une obligation générale de loyauté à l’égard de son supérieur hiérarchique ou de son mandant – obligation générale de ne pas agir au détriment de ses intérêts. Une telle obligation peut, par exemple, être incluse dans les codes de conduite que les entreprises privées développent de plus en plus fréquemment. L’expression «en violation de ses devoirs» ne vise pas seulement à assurer le respect d’obligations contractuelles spécifiques, mais plutôt à garantir qu’il n’y aura pas de violation du devoir général de loyauté vis-à-vis des affaires ou intérêts de l’employeur ou mandant*”.

the recognition of the legal interest protected by the corruption of employees. If, until 2010, the States have been allowed by the Framework Decision to protect only the fair competition, the new situation puts us in a nebula where the proper compliance with labour obligations can also be understood as protected. Undoubtedly, this legal interest, on its own, does not deserve penal protection. According to principle of *ultima ratio* of criminal law, labour and civil law have enough elements to ensure the employer the proper performance of the professional relationship²⁴. This new political-criminal guidance of corruption of employees means putting criminal law to work for the compliance of civil obligations, which is incompatible with the fragmentary and *ultima ratio* character of criminal law.

This critique does not imply an end to thinking about the need of extending the private corruption prohibition to other sectors, beyond the existence of a labour relationship²⁵. In some EU countries, co-

l’égard de son supérieur hiérarchique ou de son mandant – obligation générale de ne pas agir au détriment de ses intérêts. Une telle obligation peut, par exemple, être incluse dans les codes de conduite que les entreprises privées développent de plus en plus fréquemment. L’expression «en violation de ses devoirs» ne vise pas seulement à assurer le respect d’obligations contractuelles spécifiques, mais plutôt à garantir qu’il n’y aura pas de violation du devoir général de loyauté vis-à-vis des affaires ou intérêts de l’employeur ou mandant”.

24 About the different models of the offence of private corruption in the EU, see: Nieto Martín, Revista Penal, Revista Penal, 2002. Understanding private corruption as an offence that affects labour good faith is characteristic of the French criminal law, where this infringement is regulated in the labour law. With regard to it, see: Lucas de Leyssac, Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia, en Acquaroli/Foffani (not. 16), p. 101 et seq.

25 Council of Europe Convention on corruption, in order to extend the application of private corruption, for example, to liberal professionals (corruption of a lawyer to harm client’s interest), refers to giving “any undue advantage to any persons who direct or work for private sector entities”. As explained in its Explanatory report: “*Ici encore il s’agit d’une notion très large, qu’il faut interpréter de manière générale; en effet, elle recouvre la relation employeur-employé, mais aussi d’autres types de relations, par exemple relation entre associés, entre l’avocat et son client, et d’autres encore dans lesquelles il n’y a pas de contrat de travail*”.

derecho civil poseen elementos suficientes como para asegurar al empleador el correcto desempeño de la relación laboral²⁴. Esta nueva orientación político criminal de la corrupción de empleados, supone poner el derecho penal al completo servicio del cumplimiento de obligaciones de carácter civil, algo que resulta incompatible con el principio de fragmentariedad y ultima ratio del derecho penal.

Esta crítica no es óbice a que deba reflexionarse acerca de la necesidad de extender la corrupción entre privados a otros sectores, que van más allá de la existencia de una relación laboral²⁵. En algunos países de la UE, se sanciona la corrupción en actividades deportivas. Tradicionalmente se pensó que el derecho disciplinario deportivo era suficiente para la protección del juego limpio dentro del deporte. No obstante, la irrupción de la criminalidad organizada en el mundo de las apuestas deportivas, y las grandes sumas de dinero que mueven estas apuestas en internet, ha decidido por ejemplo al legislador español a su criminalización²⁶.

Otro espacio para la reflexión es el de las profesiones cuya función es la emisión de informes u opiniones, en los que confiamos que han sido rea-

rruption in sporting activities is punished. Traditionally, it was believed that sporting disciplinary law was enough to ensure fair play in sport. Nevertheless, the outbreak of organized criminality in the field of sports betting and the big sums of money that these bets move on the net have made the law maker criminalise it²⁶.

Other space for thinking is the one of occupations that consists on issuing reports or opinions, on whose impartiality we rely²⁷. The prototype of this new kind of corruption would be the accounts auditors. The auditor who has been bribed to show a kind version of the financial situation of the company should be punished. Society has a legitimate expectation in the auditor's impartiality which must be protected²⁸. Something similar happens to rating agencies which qualify public debt or issue reports on the financial products. Without doubt, issuing false reports or information is, in many cases, an offence of market abuse but, as in the case mentioned above, there is an expectation of impartial behaviour.

The case of auditors and rating agencies is useful to show how thin the line that separates public from private activities is. In this respect, in order to understand the offence of private corruption we must also take account that its need is due to another important privatisation process. Over recent decades, in a process that seems not to come to an end, public administration has decided to privatise most of the services that was provided to the citizens. Before 1989, public officials took charge of postal services, telephone, transport, supply of basic energies... From 1989 onwards, these state-owned companies, whose employees were pu-

24 Sobre los distintos modelos del delito de corrupción entre particulares en la UE, vid. Nieto Martín, *Revista Penal*, *Revista Penal*, 2002. La comprensión de la corrupción entre privados como un delito que afecta a la buena fe laboral es característica del derecho penal francés, donde esta infracción se regula en la legislación laboral, al respecto Lucas de Leysac, *Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia*, en Acquaroli/Foffani (not. 16), p. 101 ss.

25 El Convenio sobre la Corrupción del Consejo de Europa con el fin de ampliar el tipo de corrupción entre privados a por ejemplo profesiones liberales (corrupción del abogado para que perjudique los intereses de su cliente) habla por ello de entrega de una "ventaja indebida a toda persona que dirige o trabaja para una entidad del sector privado" Con ello, tal como señala en su *Rapport Explicativ*: "*Ici encore il s'agit d'une notion très large, qu'il faut interpréter de manière générale; en effet, elle recouvre la relation employeur-employé, mais aussi d'autres types de relations, par exemple relation entre associés, entre l'avocat et son client, et d'autres encore dans lesquelles il n'y a pas de contrat de travail*".

26 Cfr. Castro Moreno, (not., 19), p. 301 ss; Mendoza Buergo, (not. 19), p. 446 ss.

26 Cfr. Castro Moreno, (not., 19), p. 301 et seq.; Mendoza Buergo, (not. 19), p. 446 et seq.

27 Cfr. Tiedemann, *Manual de Derecho penal económico*. Parte General y Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 316.

28 About corruption of account auditors, see: Nieto Martín, *El régimen penal de los auditores de cuentas*, Libro Homenaje a Marino Barbero Santos, In Memoriam, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Vol. II, p. 407 et seq.

lizados desde una posición de imparcialidad²⁷. El prototipo de este nuevo tipo de corrupción serían los auditores de cuentas. El auditor de cuentas que ha sido sobornado para que exponga una versión amable de la situación financiera de la entidad debe ser sancionado. La sociedad tiene una expectativa legítima que debe ser protegida en la imparcialidad del auditor²⁸. Algo semejante ocurre con las agencias de *rating* que califican la deuda pública de los Estados o emiten informes acerca de productos financieros. Sin duda, la emisión de un informe o una noticia falsa constituye en muchos casos un delito de abuso de mercado, pero, al igual que en el caso anterior, existe una expectativa a que actúan de manera imparcial.

El caso de los auditores y las agencias de *rating* sirve para mostrar la tenue línea que separa las actividades públicas de las privadas. En este sentido, para entender el delito de corrupción entre privados debe tenerse presente que su necesidad viene dada por otro importante proceso de privatización. En las últimas décadas, en un proceso que parece no tener fin, la administración pública ha decidido privatizar buena parte de los servicios que prestaba a sus ciudadanos. Antes de 1989 eran funcionarios públicos los que se encargaban de los servicios postales, del teléfono, del transporte, de suministrar las energías básicas etc. A partir de 1989 estas empresas estatales, cuyos empleados eran funcionarios públicos a efectos penales se privatizan. La privatización no ha terminado, sino que avanza por terrenos insospechados. En muchos estados se piensa en privatizar las prestaciones básicas del estado como la salud, la enseñanza, en casi todos los países hay cárceles privadas o son compañías de

blic officials for criminal purposes, were privatised. The privatisation has not finished yet, but it moves forward unsuspected grounds. In many States, basic state provisions are going to be privatised, for example health care or education, in almost all States there are private jails and private security companies replace armies in Afghanistan.

The privatisation of public functions is another good reason to punish private corruption, amongst other things, because as a result of this process it is very difficult to define nowadays what a public official is for criminal purposes. By having an offence of private corruption, we must discuss, for example, if a doctor who works in a private entity –that receives patients from a public hospital– is a public official or not, in order to determine the applicability of public or private corruption. But it allows us to find a sanction in the case that a pharmaceutical company had bribed the doctor in order to persuade him to prescribe its medications. Some legal systems have gone a step further. The Bribery Act unifies the offences of corruption of public officials and individuals²⁹, something which has been done by Nordic countries for some time now.

IV. Preventing corruption in the company

The criminal liability of legal persons is actually an example of privatization of public functions. The idea which is hidden behind criminal liability is that the imposition of penalties serves to motivate the managers of the legal person to launch an internal “police” system which avoid the commission of offences such as corruption, and, in case of having been committed, uncovers them³⁰. The difference between the differing models of imple-

27 Cfr. Tiedemann, Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 316.

28 Sobre la corrupción del auditor de cuentas, vid Nieto Martín, El régimen penal de los auditores de cuentas, Libro Homenaje a Marino Barbero Santos, In Memoriam, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Vol. II, p. 407 ss.

29 Bribery Act 2010, Section 3, “Function or activity to which bribes related”.

30 For more details, see: Gómez Jara, La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, in Arroyo Jiménez/Nieto Martín, Autorregulación y Sanciones, Lex Nova, Valladolid, 2008; Nieto Martín, La responsabilidad penal de personas jurídicas, Iustel, Madrid, 2008,

seguridad privadas las que sustituyen a los ejércitos en Afganistán.

La privatización de las funciones públicas es otra buena razón para contar con un delito de corrupción entre privados, entre otras cosas porque como consecuencia de este proceso es muy complejo definir hoy que es un funcionario público a efectos penales. Contar con un tipo de corrupción privada nos obliga a discutir si el médico de una entidad privada a la que la administración deriva pacientes es un empleado público o no lo es, para ver si aplicamos el delito de corrupción pública o privada. Pero nos permite encontrar una sanción en el caso de que una empresa farmacéutica lo haya sobornado para que prescriba sus medicamentos. Algunos ordenamientos han dado un paso más. La *Bribery Act* unifica los delitos de corrupción de funcionarios y de particulares²⁹, algo que desde hace tiempo hacían los países nórdicos.

IV. La prevención de la corrupción en la empresa

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es en realidad un ejemplo de privatización de funciones públicas. La idea que se esconde tras la responsabilidad penal es que la imposición de una pena sirve para motivar a los dirigentes de la persona jurídica a poner en marcha un sistema "policia" interno que impida la comisión de delitos como la corrupción, y que en caso de que se hayan cometido los descubra³⁰. La diferencia entre los distintos sistemas de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que:

En unos ordenamientos una vez que se comete el delito por un administrador o un empleado se sanciona indefectiblemente a la empresa, con

²⁹ *Bribery Act* 2010, Apartado 3, *Function or activity to which bribes related*.

³⁰ Para más detalles Gómez Jara, La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Arroyo Jiménez/Nieto Martín, *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008; Nieto Martín, *La responsabilidad penal de personas jurídicas*, Iustel, Madrid, 2008,

mentation of the criminal liability of legal persons is that:

Some legal systems, once the offence has been committed by a manager or an employee, punish the company unfailingly, without regard to the effort which would have been made to prevent it. This form of liability, which is followed, for example, in France and Germany, is called vicarious liability.

Nevertheless, in other countries –such as Italy, Australia, the USA or the United Kingdom with the *Bribery Act*–, if the company has established a proper compliance system, it will not be punished or the sanction will be reduced. This form of liability is called corporate liability, culpability grounded in an organizational fault since it does not find the basis of liability in the infringing acts of others –managers or employees– but in an act of the company itself.

But, I repeat, without regard to the chosen model, the aim is the same: ask companies to take charge of prevention and detection of offences such as corruption and help the State in this task. This circumstance has been very well understood in the United Kingdom. The *Bribery Act* has created an autonomous offence to for legal persons, called "*failure of commercial organisation to prevent bribery*"³¹. This offence punishes the company, on whose behalf and benefit corruption took place, but it can defend itself by proving that it "*had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with the commercial organization from undertaking such conduct*".

Likewise, and although there are apparently disconnected from criminal liability of legal entities, the OECD Convention on combating bribery of foreign public officials (art. 8) and the United Nations Convention (art. 12) state the obligation of the private sector to adopt measures preventing corruption. UN Convention even requires States to establish "*effective, proportionate and dissuasive ci-*

³¹ Cfr. Monty Raphael, *The Bribery Act 2010*, Oxford University Press, 2010, p. 57 et seq.

independencia de los esfuerzos que haya realizado para su prevención. A esta forma de responsabilidad que se sigue por ejemplo en Francia o Alemania la denominamos responsabilidad vicarial.

Mientras que en otros países, como es el caso de Italia, Austria, Estados Unidos o la *Bribery Act* en el Reino Unido, si la empresa ha establecido un sistema de cumplimiento adecuado, no se la sanciona o se le impondrá una sanción atenuada. A este modelo de responsabilidad le llamamos culpabilidad propia de la empresa, porque busca el fundamento de la responsabilidad en un hecho propio de la empresa y no en la infracción cometida por un dirigente o empleado.

Pero repito, con independencia del modelo que se escoja, la finalidad es la misma: solicitar a las empresas que se encarguen de la prevención y del descubrimiento de delitos como la corrupción y que ayuden en esta tarea al Estado. Esta circunstancia ha sido entendida muy bien en el Reino Unido. La *Bribery Act* ha creado un delito autónomo para la persona jurídica denominado "*failure of comercial organisation to prevent bribery*"³¹. Esta infracción sanciona a la empresa en cuyo nombre y beneficio se práctica la corrupción pero permite a la empresa defenderse si prueba que "*had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with the comercial organization from undertaking such conduct*".

Igualmente y aunque, aparentemente desconectadas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la Convención de la OCDE sobre corrupción de funcionarios públicos extranjeros (art. 8) y la Convención sobre corrupción de Naciones Unidas (art. 12), establecen la obligación de que el sector privado adopte medidas de prevención de la corrupción. La Convención de Naciones Unidas solicita incluso a los estados que prevean "sanciones civiles, administrativas o penales, eficaces, propor-

³¹ Cfr. Monty Raphael, *The Bribery Act 2010*, Oxford University Press, 2010, p. 57 ss.

vil, administrative or criminal penalties for failure to comply with such measures".

The question is which are these "*adequate procedures*" that are going to help the State in the prevention and detection of corruption. In the United Kingdom, the Ministry of Justice has published some guidelines indicating the required internal controls for companies³² and, likewise, there are many guidelines that come from international organizations or NGOs can be very useful for companies to adopt their anti-corruption policy³³.

Although the explanation of these measures in detail exceed this work, they are, in broad terms, the followings:

First, it is necessary to make clear to the managers and employees that there is zero tolerance for corruption. This is the role that must be played by Ethics Code and anti-corruption policies adopted by the company. Beyond undoubted cases of corruption (*quid pro quo*), determining, in a global world, what is meant by corruption is not an easy task since there are many social practices and activities –such as party funding, sponsorship or courtesies and considerations with public officials or employees from other companies– where it is not easy at all to draw the line between licit and illicit. That is the reason why big companies are required

³² Preventing corruption is likely the most developed field in the compliance programs. Indeed, with the *Bribery Act*, the Ministry of Justice has adopted some guidelines to give companies more legal certainty, see: Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010, Guidance about procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent persons associated with them for bribing*, 2011.

³³ See, for instance, World Economic Forum, *Partnering Against Corruption Principles for Countering Bribery*, 2005; Transparency International, *Business Principles for Countering Bribery*, Dec. 2002; OCDE; *Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011–Edition (Cap VII. Combating Bribery, Bribe Solicitation and Extortion), specifically on international economic transactions, Good Practice, *Guidance on Internal Control, Ethics and Compliance*, 18.2.2010; ICC, *Combating Extortion and Bribery: ICC Rules of Conduct and Recommendations*, 2005 Edition. In the doctrine, the most complete work is: Dölling (ed.), *Handbuch der Korruptionsprävention*, Beck, 2007.

cionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de estas medidas”

La pregunta es cuáles son estas “adequate procedures” que van a ayudar al Estado en la prevención y el descubrimiento de la corrupción. En el Reino Unido el Ministerio de Justicia ha publicado unas directrices indicando cuáles son los controles internos que se exigen a las empresas³² e igualmente existen numerosas *guidances* que proceden de organizaciones internacionales o de ONGs, que pueden servir de ayuda a las empresas para aprobar sus políticas anticorrupción³³. Aunque detallar estas medidas desborda los límites de este trabajo, estas a grandes rasgos vienen a ser las siguientes:

La primera es dejar claro a sus dirigentes y empleados que existe tolerancia cero contra la corrupción. Este es el papel de los Códigos Éticos o políticas anticorrupción que deben adoptar las empresas. Más allá de los casos indubitados de cohecho propio, fijar en un mundo global que es corrupción no siempre es tarea sencilla, pues existen multitud de usos sociales y actividades, como el mecenazgo, la financiación de partidos políticos o las atenciones con empleados públicos o de otras entidades privadas, dónde no resulta tan sencillo trazar la frontera de lo lícito e ilícito. Por esta ra-

32 La prevención de la corrupción es probablemente el ámbito que más se ha desarrollado dentro de los programas de cumplimiento. Sin ir más lejos, dentro de la Bribery Act, el Ministerio de justicia ha aprobado unas directrices para dar una mayor seguridad jurídica a las empresas, vid. Ministry of Justice, The Bribery Act 2010, Guidance about procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent persons associated with them for bribing, 2011.

33 Vid. por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, World Economic Forum, Partnering Against Corruption Principles for Countering Bribery, 2005; Transparency International, Business Principles for Countering Bribery, Dec. 2002; OCDE; Guidelines for Multinational Enterprises, 2011–Edition (Cap VII. Combating Bribery, Bribe Solicitation and Extortion), específicamente sobre corrupción en transacciones económicas internacionales, Good Practice, Guidance on Internal Control, Ethics and Compliance, 18.2.2010; ICC, Combating Extortion and Bribery: ICC Rules of Conduct and Recommendations, 2005 Edition. En la literatura el trabajo más completo es el de Dölling (ed.), Handbuch der Korruptionsprävention, Beck, 2007.

to establish clear rules of behaviour (For example: public officials are banned from being given presents which do not appear in a company’s catalogue) or make available a *help desk* where doubts can be clarified. Given the complexity of the subject and the need for the employees to interiorize the values of the fight against corruption, training becomes an essential tool. There is no doubt that the internal rule of the companies will eventually be integrated in the criminal provisions and shall be taken into account by the judge in order to solve the doubtful cases. In other words, these internal rules come to complete the concept of “social adequacy” which plays such an important role in the interpretation of bribery offences.

Ethics Codes and corporate policies must go beyond criminal prohibitions, stating flank rules that make more difficult the appearance of corruption. This way, and even if there is no legal provisions in this subject, and as stated by the UN Convention (art. 12.2 c) “conflicts of interest” must be avoided by preventing recruitment, for a reasonable time, of people that had been in high position in the administration.

Setting up rules are not enough in order to prevent corruption. It is also necessary to establish internal proceedings which assist in ensuring compliance with rules. Concretely, it means that it is necessary to create controls in order to avoid bribing public official with company assets. If, for example, in a corporation, there are a large number of employees who have a credit card and the control over expenditure is minimal, there is a source of danger. Likewise, if recruitment processes are not transparent, the illicit advantage could consist of hiring a family member of the public official who must make an important decision with regard to the company. Accounting and auditing rules and controls over contracting are also very important in the prevention of corruption, concretely, avoiding the creation of slush funds. As experience indicates, slush funds are usually created by using ficti-

zón, las grandes empresas transnacionales están obligadas a señalar a sus empleados reglas claras de comportamiento (Ejemplo: queda prohibido entregar a funcionarios públicos regalos distintos a los que figuren en un catálogo de la empresa) o poner a su disposición canales de consulta (*help desk*) donde puedan aclarar dudas. Dada la complejidad de la materia, y la necesidad de que los empleados interioricen los valores que implica la lucha contra la corrupción, la formación es una herramienta imprescindible en esta materia. No cabe duda, de que las normas internas de las empresas acabarán finalmente integrándose en los tipos penales y deberán ser tomadas en cuenta por el juez para determinar los casos dudosos de corrupción. En otras palabras esta normativa interna viene a rellenar el concepto de adecuación social que tanta importancia juega en la interpretación de los delitos de cohecho.

Los Códigos Éticos o las políticas de empresa deben ir además más allá de las prohibiciones penales, estableciendo normas de flaqueo, que hagan más difícil la aparición de la corrupción. De este modo, y aunque no existan disposiciones legales en la materia, y tal como señala el Convenio de Naciones Unidas (art. 12.2 e) deberían “prevenir conflictos de intereses” impidiendo la contratación, durante un tiempo razonable, de personas que hayan ocupado altos cargos en la administración.

Poner normas no basta para prevenir la corrupción. Resulta necesario además instaurar procedimientos internos dentro de la empresa que contribuyan al cumplimiento de las normas. En concreto esto significa que hay que crear controles para que no pueda sobornarse a funcionarios públicos con bienes o ventajas patrimoniales procedentes de la empresa. Si, por ejemplo, en una entidad hay un gran número de empleados con tarjetas de crédito y el control sobre los gastos es escaso, hay una fuente de peligro. Igualmente si los procesos de contratación de persona son poco transparentes, la ventaja ilícita puede consistir en la contratación indebida de un familiar del funcionario público que

tious contracts through outflows of company funds are pretended³⁴. The existence of slush funds shows that corruption is, in the company, a common practice and the rest of anti-corruption measures are debunked. Establishing an expenditure authorisation system, the intervention of several people when expenditure is made –above all with regard to contracts which can be considered the most dangerous from the point of view of its simulation– and an appropriate accounting revision are essential measures in order to avoid the concealment of funds and their use with illicit aims³⁵.

Above all in the framework of international corruption, an extremely interesting measure is the control of good repute of consultants, for example, lawyers who work for the company, suppliers or business partners (due diligence)³⁶. This mechanism is similar to “know your customer” principle which works as a mechanism for prevention of money laundering. Many companies do not do business with companies which have no similar anticorruption policies. Sometimes, they make the other company accept its anticorruption policy if they want to do business. This mechanism seems

34 Colombo, *Dir Rolle der sachwarzen Kassden in der Vorbereitung eines Bestegungssystems*, en Pieth/Eigen, (not. 4), p. 148 et seq.

35 As we know, it was the FCPA which for the first time insisted on the need for having adequate accounting procedures in order to prevent corruption. OECD Convention, art. 8 (Accounting) and UN Convention, art. 12, force signatory countries to take adequate legislative measures in the field of accounting, maintenance of books and records, financial statement disclosures to prohibit the establishment of off-the-books accounts, the making of off-the-books or inadequately identified transactions, the recording of non-existent expenditures, the entry of liabilities with incorrect identification of their object, as well as the use of false documents.

36 Vid. International Association of Oil & Gas Procedures, *Guidelines on reputational due diligence*, Report nº 355, 2004. The UN Convention against corruption provides expressly this obligation, art. 12.2 c), by stating that Member States must take measures in order to “promote transparency among private entities, including, where appropriate, measures regarding the identity of legal and natural persons involved in the establishment and management of corporate entities”.

debe adoptar una importante decisión acerca de la empresa. Especialmente relevante en la prevención de la corrupción son las normas de contabilidad y auditoría y de control de la contratación, con el fin de prevenir la formación de cajas negras. Tal como indica la experiencia, las cajas negras suelen realizarse utilizando contratos ficticios mediante los que se finge la salida de fondos de la entidad³⁴. La existencia de “cajas b” pone de manifiesto que la corrupción en la empresa es una práctica extendida y echa por tierra la credibilidad del resto de las medidas anticorrupción. Implantar un sistema de autorización del gasto o de cuatro ojos en los contratos que se estimen más peligrosos, desde el punto de vista de su posible simulación (vgr. la contratación de empresas consultoras) y una adecuada revisión contable es imprescindible para que efectivos de la empresa se oculten y sirvan para realizar pagos ilícitos³⁵.

Una medida extraordinariamente interesante sobre todo en el marco de la corrupción internacional es el control de la honorabilidad de los asesores, por ejemplo abogados que contrata la empresa, los proveedores o los *partners* de negocios (*due diligence*)³⁶. Se trata de un mecanismo similar al de “conozca a su cliente” que opera como mecanismo

34 Colombo, Dir Rolle der sachwarzen Kassden in der Vorberitung eines Bestegungssystems, en Pieth/Eigen, (not. 4), p. 148 ss.

35 Como sabemos fue la FCPA quien por primera vez insistió en la necesidad de contar con procedimientos contables adecuados para prevenir la corrupción. El Convenio OCDE en su art. 8 (Contabilidad) y el Convenio de Naciones Unidas en su art. 12 obligan a los Estados firmante a que tomen las medidas legislativas adecuadas en materia de contabilidad, de mantenimiento de libros y registros o de publicación de estados financieros con el fin de prohibir el establecimiento de cuentas fuera de los libros, la realización de transacciones extracontables o insuficientemente identificadas, el registro de gastos inexistentes, el asiento de partidos del pasivo con una incorrecta identificación de su objeto, así como la utilización de documentos falsos.

36 Vid. International Association of Oil & Gas Procedures, Guidelines on reputational due diligence, Report nº 355, 2004. El Convenio anticorrupción de Naciones Unidas recoge expresamente esta obligación, art. 12. 2 c) indicando que los

to be a very powerful weapon in the spread of fight against corruption. If, somewhere in Africa or Asia, a multinational company binds its suppliers and partners –or potentials– to take anticorruption measures, it will be more effective than any legislative changes.

The measures that I have just pointed out are related to the prevention of corruption but it is also necessary that companies get involved in the research, detection and even in the punishment.

I shall start with the last point. The Ethic Code of a company or its anticorruption policy can only be credible if it is compulsory and, to this end, it is necessary to impose disciplinary sanctions to those who infringe it. The greater the responsibility a person has in the company, the higher and more effective sanction must be imposed. Labour sanctions have an important intimidating character. If the manager of a company is fired because of committing corruption, he will not only lose a job but finding another one will be more difficult for him. Above all if, as it has already started happening, companies, in its recruitment policy, avoid hiring people with a “dangerous profile”.

To detect corruption, it is essential to have a good system of internal complaints³⁷. Most cutting edge Ethic Codes includes a channel for complaints, that way any employee can complain about a breach of the Code. Most of the major financial scandals, for instance, Enron, has been uncovered thanks to whistleblowers that broke the “code of silence”, the *omertà* that sometimes rules in com-

37 About whistleblowing, from different points of view, see: Rodriguez Yagüe, La protección de los Whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales, in Arroyo/Nieto, Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude, Colección Marino Barbero Santos, Cuenca, 2006; Ragués i Vallés, Héroes o traidores, Indret 3/2006. Una buena panorámica comparada, planteando los problemas claves, Martin/Deviard, Die Implementierung von Whistleblower-Hotlines aus US-amerikanischer, europäischer und deutscher Sicht, CCZ, 6/2009, p. 201 et seq.

de prevención del blanqueo de capitales. Muchas empresas por ejemplo no contratan o no hacen negocios con empresas que no tienen una política anticorrupción similar. En ocasiones obligan incluso a que se acepten, si quieren hacer negocios, la política anticorrupción de la empresa. Este mecanismo me parece un arma muy poderosa de extensión de la lucha anticorrupción. Si en una zona de África o Asia una gran multinacional obliga a todos sus proveedores y socios, si quieren serlo, a adoptar medidas anticorrupción, esta medida puede ser más efectiva que muchos cambios legislativos.

Las medidas que acabo de señalar tienen que ver como la prevención de la corrupción, pero también es necesario que las empresas se impliquen en su investigación, descubrimiento e incluso en su sanción.

Empiezo por esto último. El Código Ético de una empresa o la política anticorrupción sólo es creíble si es obligatoria y para ello es imprescindible sancionar disciplinariamente a quienes lo infrinjan. A mayor responsabilidad dentro de la empresa mayor y más eficaz debe ser la sanción. Las sanciones laborales tienen un gran carácter intimidatorio. Si el directivo de una entidad es despedido por corrupción, no sólo perderá su empleo sino que además le será más difícil encontrar otro. Sobre todo si las empresas, como empieza a suceder, en su política de contratación de personal evitan contar con personas que tengan un "perfil" peligroso.

Para el descubrimiento de la corrupción es esencial contar con un buen sistema de denuncias internas³⁷. La mayoría de los Códigos Éticos de la última generación incorporan un "canal de denuncia" de manera tal que cualquier empleado puede denunciar una infracción del Código. Muchos de los gran-

Estados miembros deben promover la adopción de medidas como "promover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de las empresas".

³⁷ Sobre whistleblowing, desde distintos ángulos, vid Rodríguez Yagüe, La protección de los Whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales, en

panies. To have people willing to cooperate, criminal protection is needed, through heavy sanctions to those who commit any sort of threat against the complainant (for example, as in USA law). But it is also necessary that the company boosts an internal open culture and, above all, that labour law protects these people.

An essential piece in the preventive organisation of the company is the internal investigation. Usually when a company becomes aware of an infringement through a complaint, an internal investigation is started. The internal investigation³⁸, which has become popular, for example in Germany with the case of Siemens, posed many legal problems which have not been solved yet. I shall only mention the three that, from my point of view, are the most important.

The first one is what to do with the results of the investigation. In an ideal situation, the company, that took effective preventive measures and thanks to them has uncovered a case of corruption, should put it in the hands of the Public Prosecutor. Since the company has proved a good preventive organization, it should not be punished. Meanwhile, this ideal situation does not exist in most of legal systems. In almost all the systems, the company that complains about a case of corruption is "confessing" its infringement and the better that can be expected is a reduction in the penalty.

A second problem, related to the previous one, is if the company can at least "control" the files and the results of its investigation. A recent judgment of the ECJ –AZKO– points out that the internal lawyers (in house lawyers) that carry out an internal investigation in the company are not protected by the legal privilege. It means that, for example, the Public Prosecutor can require the whole research and its documentation. Company has already done

³⁸ Cfr. Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, Beck, München, 2012.

des escándalos financieros, por ejemplo Enron, se han descubierto gracias a *whistleblowers* que han roto la ley del silencio, la *omertà*, que a veces reina en las empresas. Para que existan personas dispuestas a cooperar es necesario una protección penal, que sancione severamente a quien realiza algún tipo de amenazas contra el denunciante como hace la legislación estadounidense, pero también es preciso que la propia empresa fomente una cultura interna abierta y sobre todo que el derecho del trabajo tutele a estas personas.

Una pieza esencial en la organización preventiva de la empresa son las investigaciones internas. Lo normal es que cuando la empresa tiene conocimiento de una irregularidad a través de una denuncia lo investigue internamente. Las investigaciones internas³⁸, que se han puesto de moda por ejemplo en Alemania a partir del caso Siemens, plantean muchos problemas jurídicos que están por resolver. Mencionaré solo los tres que me parecen más importantes:

El primero de ellos es qué hacer con los resultados de la investigación. En una situación ideal, la empresa que ha adoptado medidas de prevención eficaces y que gracias a ellas ha descubierto un caso de corrupción debería ponerlo en manos del Ministerio Fiscal. Como ha demostrado tener una buena organización preventiva, no debiera ser sancionada. Ahora bien, esta situación ideal no existe en la mayoría de los ordenamientos. La empresa que denuncia un caso de corrupción en la mayoría de los ordenamientos en realidad "confiesa" su infracción y lo más que puede esperar es una atenuación de la sanción.

Arroyo/Nieto, Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude, Colección Marino Barbero Santos, Cuenca, 2006; Ragués i Vallés, Héroes o traidores, Indret 3/2006. Una buena panorámica comparada, planteando los problemas claves, Martin/Deviard, Die Implementierung von Whistleblower-Hotlines aus US-amerikanischer, europäischer und deutscher Sicht, CCZ, 6/2009, p. 201 ss. 38 Cfr. Moosmayer/Hartwig, Interne Untersuchungen, Beck, München, 2012.

its work. The lesson that we can learn from ECJ case law is that internal researches must be carried out by external lawyers who enjoy the legal privilege³⁹.

A third problem affects the rights of people who are being internally investigated. There is a clear conflict of interests between, on the one hand, the labour obligation of employees who, in the course of an internal research, must provide information about the development of their activities and, in the other hand, the right not to incriminate themselves. Statements made by an employee in an internal investigation can end up in the hands of Public Prosecutor, if the company decides to cooperate⁴⁰.

These questions hanging over internal researches must be solved as soon as possible. This tool is central to articulate the cooperation between company and State on which the new anticorruption strategy is built.

V The Bribery Act and the internationalization of repression

The third feature of the "privatization" of the fight against corruption is the extraterritoriality of national law. That is, the possibility of punishing corruption when it has been committed outside the national borders and even if it affects public officials from other countries or international organizations. The strategy of criminal policy that exists behind this idea is clear: multinational companies must export its national standards of corruption where they do

39 Tripplett Mackintosh/Angus, Conflict in confidentiality: How E.U Laws Leave In-House Counsel Outside The Privilege, The International Lawyer, 35, 2004. About Akzo judgement, Pérez Fernandez, The difficult relationship between restraints to the Attorney Client Privilege and Compliance with the Law by Companies, in European Criminal Law Review, 3/2011, p. 274 et seq.

40 Cfr. Wagner, Internal Investigations und ihre Verankerung im Recht der AG, CCZ 1/2009, p. 8 et seq.; Schürle/Mary Olbers, Praktische Hinweise zu Rechtsfragen bei eigenen Untersuchungen im Unternehmen, CCZ 5/2010, p. 178 ss; Fritz/Nolden, Unterrichtungspflichten un Einsichtsrechte des Arbeitnehmers im Rahmen von unternehmensinternen Untersuchungen, CCZ 5/2010, p. 170 et seq.

Un segundo problema, ligado al anterior, es si la empresa al menos puede “controlar” la documentación y los resultados de su investigación. Una reciente sentencia del TJCE –AKZO– señala que los abogados internos (*in house lawyer*) que realizan una investigación dentro de la empresa no están protegidos por el legal privilege. Esto quiere decir que, por ejemplo, el Ministerio Fiscal puede requerir toda la investigación y su documentación. La empresa le habría hecho ya el trabajo. La lección que se obtiene de la jurisprudencia del TJCE es que las investigaciones internas deben ser realizadas por abogados externos que gozan del *legal privilege*³⁹.

Un tercer problema afecta a los derechos de las personas investigadas internamente. Existe un claro conflicto de intereses entre, de un lado, el derecho del trabajo que obligaría a los empleados a informar de todo aquello relacionado con su actividad en el transcurso de una investigación interna y, de otro, el derecho de estas mismas personas a no declarar contra sí mismos. Las declaraciones que el empleado hace en la investigación interna, si la empresa decide colaborar, pueden ir a parar a manos del Ministerio Fiscal⁴⁰.

Estos interrogantes que pesan sobre las investigaciones internas deben resolverse cuanto antes. Esta herramienta es central a la hora de articular la colaboración empresa–Estado en la que se basa la nueva estrategia anticorrupción.

39 Tripplett Mackintosh/Angus, Conflict in confidentiality: How E.U. Laws Leave In-House Counsel Outside The Privilege, *The International Lawyer*, 35, 2004. Sobre la sentencia Akzo, Pérez Fernandez, The Difficult Relationship Between Restraints to the Attorney Client Privilege and Compliance with the Law by Companies, en *European Criminal Law Review*, 3/2011, p. 274 ss.

40 Cfr. Wagner, Internal Investigations und ihre Verankerung im Recht der AG, CCZ 1/2009, p. 8 ss.; Schürle/Mary Olbers, Praktische Hinweise zu Rechtsfragen bei eigenen Untersuchungen im Unternehmen, CCZ 5/2010, p. 178 ss; Fritz/Nolden, Unterrichtungspflichten und Einsichtsrechte des Arbeitnehmers im Rahmen von unternehmensinternen Untersuchungen, CCZ 5/2010, p. 170 ss.

business. Local customs –even if they are corrupt– cannot serve as a pretext to corruption.

Not all countries have set up the extraterritorial application of law in the same way. On that point, it has been used principle of active personality. According to it, corruption of public officials abroad can be prosecuted, regardless the place of commission. One of the main characteristic in the international conventions, starting with the OECD Convention, consists of applying broadly the principle of territoriality of criminal law. This way, it is enough that a small part of the criminal behaviour takes place in the country where the company comes from in order to have competence. Thus, although most of the corrupt acts committed by a Spanish company take place, for example, in Morocco, it will be enough that a small part of the conduct would have been carried out in Spain.

These two criteria involve a connection with the country where the criminal proceeding will take place, either by the author’s nationality or by the place of commission. Nevertheless they results ineffective, above all in cases of international corruption, since the author can be an intermediary or a regional manager whose nationality is different from the company’s, and no territorial nexus can be found. That is the reason why the provisions of the Framework Decision on private corruption, which states that Member States must be competent when the wrongdoing had been committed in benefit of a legal person located in the territory of the Member State (art. 7.1 c), are so interesting.

Although, theoretically, it seems to be easy to extend competence, the practical problem is the research of facts that take place mainly abroad. The judicial research must always attend to judicial cooperation and, above all, in complex situations. Using a previous example, it is not credible that Morocco is willing to judicially cooperate with Spain if the fact which is being researched is a case of corruption in which a Moroccan government official is involved.

V. La *bribery act* y la internacionalización de la represión

La tercera característica de la "privatización" de la lucha contra corrupción es la extraterritorialidad del derecho nacional. Esto es, que se pueda castigar la corrupción que tiene lugar más allá de las fronteras, incluso si afecta a funcionarios de otros países u organización nacionales. La estrategia de política criminal que existe tras esta idea es clara: las empresas multinacionales deben exportar sus estándares nacionales de corrupción allí donde hagan negocios, las prácticas locales, por corruptas que sean, no pueden servir de excusa para la corrupción.

No todos los países han articulado de igual forma la aplicación extraterritorial de su derecho. En este punto se ha utilizado el principio de personalidad activa, de acuerdo con el cuál puede perseguirse la corrupción del funcionario público extranjero realizada por un nacional con independencia del lugar de comisión. Una de las principales características de las convenciones internacionales, empezando por la de la OCDE, es una interpretación amplia del principio de territorialidad, de modo tal que basta con que una pequeña parte del comportamiento típico se haya cometido en el Estado del cual procede la empresa para considerar que existen competencias. De este modo, aunque la mayoría de los comportamientos de corrupción realizados por una empresa española se hayan realizado, por ejemplo, en Marruecos, bastaría con que una pequeña parte del comportamiento se hubiera realizado en España.

Estos dos criterios presuponen, en cualquier caso, una conexión ya sea por la nacionalidad del autor o por el lugar donde se han realizado los hechos con el Estado donde tendrá lugar el proceso penal. Pero resultan ineficaces en muchos supuestos de corrupción internacional, en los que el autor puede ser un intermediario o un directivo regional que no posean la nacionalidad del Estado donde tiene su sede la empresa y dónde no sea posible encontrar ningún nexo territorial. Por esta razón, resultan de

That is the reason why the solution posed recently by the Bribery Act seems very interesting. Once again, it is based on the privatization of the fight against corruption. The Bribery Act has created, as we know, an offence that punishes those companies that do not prevent corruption properly. The choice of the law maker has been the extraterritorial application of this wrongdoing. This decision makes things easier because it is no longer necessary to pursue cooperation. On the one hand, the punishment of the company is not bound to punishment of people who acted. It is enough to know that someone, on behalf of the company, has bribed. After this point, what is decisive for the process is to prove whether the entity had or not an adequate prevention programme and, to that end, little judicial cooperation is needed⁴¹. The most important questions must be investigated in the headquarters of the company in the UK.

The amazing feature of the Bribery Act, with regards to it, is that every company that does business in the United Kingdom is submitted to this provision⁴². That is, Spanish or Polish companies that do business in London are subject to this law, and it means that they have to take measures of prevention or, otherwise, they can be punished. Since the most important corporations in the world do business in the United Kingdom, the Bribery Act has actually taken a decisive step: in fact, it has established the principle of universal justice with regard to corruption but –and that is also very new– focusing on legal persons.

41 By aiming for a similar strategy in environmental matters, Nieto Martín, Bases para un derecho penal internacional del medio ambiente, in Esposito/Garcimartín, La protección de bienes jurídicos globales, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 15 (2012), p. 158 et seq.

42 Bribery Act 7 "Failure of commercial organization to prevent bribery (5)".

gran interés las previsiones de la Decisión marco de corrupción entre privados donde se indica que los Estados miembros deben tener competencias cuando la infracción haya sido cometido en beneficio de una persona jurídica cuya sede se encuentre en el territorio del Estado miembro (art. 7.1 c).

Aunque teóricamente, como vemos resulta sencillo, extender la competencia, el problema práctico es la investigación de hechos que ocurren principalmente en el extranjero. La investigación judicial debe acudir siempre a la cooperación judicial, y además en situaciones complejas. Retomando un ejemplo anterior, no es creíble que Marruecos esté dispuesto a cooperar judicialmente con España, si se investiga un caso de corrupción en el que está envuelto un alto funcionario del gobierno marroquí.

Por esta razón, la solución que recientemente ha ofrecido la *Bribery Act* resulta de gran interés. De nuevo, se basa en la privatización de la lucha contra la corrupción. La *Bribery Act* ha creado, como sabemos, una infracción que castiga a las empresas que no previenen la corrupción de manera adecuada. La opción del legislador ha sido aplicar esta infracción extraterritorialmente. Esta decisión facilita mucho las cosas porque ya no es necesario recurrir a la cooperación. De un lado, la sanción de la empresa no se vincula a la sanción de las personas que han actuado. Basta con saber que alguien en nombre de la empresa ha realizado el soborno. A partir de aquí lo decisivo para el proceso es demostrar si la entidad tenía o no un programa de prevención adecuado y para investigar esta cuestión, hace falta poca cooperación judicial⁴¹. Las cuestiones más importantes deben investigarse en la sede de la empresa localizada en el Reino Unido.

Lo espectacular de la *Bribery Act* en este punto es que somete a esta infracción a todas las empre-

41 Apostando por un estrategia similar en material de medio ambiente, Nieto Martín, Bases para un derecho penal internacional del medio ambiente, en Esposito/Garcimartín, La protección de bienes jurídicos globales, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 15 (2012), p. 158 ss.

VI The return journey: the importance of the public sphere

So far, I have tried to show the main aspects of the new anti-corruption policy that turns from public to private sphere. Nevertheless, this movement presents paradoxical aspects. Companies must be organized and create internal mechanisms to prevent corruption, but what about public administration? Would not it be reasonable that law imposes similar obligations to them? Having compliance programs and compliance officers, complaint channels, policies indicating what public official can and cannot do... In this respect, United Nations Convention against corruption devotes many provisions (art. 5-11) to the need for preventive measures against corruption within public administrations. In Spain, the Transparency Act which is being prepared by the Government means, from this perspective, a first step⁴³.

As has already been said, the new anti-corruption strategy requires companies more than having a compliance program; they are required to specify and regulate in detail behaviours which are forbidden in the company, they are required to appoint people in charge of compliance, training programs, complaint channels and whistleblower's protection, control measures in order to choose suppliers... With regard to public administrations, the way forward should be highlighted by the assumption –by the public administrations– of the compliance program's conception which companies are implementing.

Every public corporation should be provided with a compliance program against corruption and, closing the circle, the non-implementation or the ineffective implementation, in case any member of the corporation commits a corrupt act, should lead to the imposition of sanctions. In some EU countries, e.g. Netherlands, it is not a taboo to punish

43 <http://www.leydetransparencia.gob.es/anteproyecto/index.htm#AR1>

sas que realicen negocios en el Reino Unido⁴². Es decir, las empresas españolas o polacas que realizan negocios en Londres, están sujetas a esta ley, lo que significa que deben adoptar medidas de prevención y que, en caso contrario, pueden ser castigadas. Dado que las empresas más importantes del mundo realizan negocios en el Reino Unido, la *Bribery Act* en realidad ha dado un paso decisivo: de hecho ha instaurado el principio de justicia universal en materia de corrupción pero –y esto es también muy novedoso– centrado en las personas jurídicas.

VI. Viaje de vuelta: la importancia de lo público

Las líneas anteriores han pretendido mostrar los aspectos principales de la nueva política anticorrupción que gira de lo público a lo privado. Ahora bien, al menos en nuestro país, este giro tiene aspectos paradójicos. Las empresas tienen que organizarse y crear mecanismos internos que prevengan la corrupción, pero ¿y qué ocurre con las administraciones públicas?, ¿no sería razonable que la ley les impusiera obligaciones semejantes?, ¿qué contarán con responsables de cumplimiento, con códigos éticos, canales de denuncias, políticas en las que se detallan qué pueden y no pueden hacer los funcionarios públicos? El Convenio de Naciones Unidas en materia de corrupción dedica gran parte de su articulado (art. 5-11) a la necesidad de establecer medidas de prevención de la corrupción en el seno de las administraciones públicas. La Ley de transparencia que prepara el gobierno español⁴³ supone, desde esta perspectiva, un primer paso.

Como hemos visto, la nueva estrategia de lucha contra la corrupción exige a las empresas algo más que contar con códigos éticos, les exige concretar y regular pormenorizadamente en su empresa los comportamientos que prohíbe, les exige estable-

public bodies and I think this is a thought-provoking idea. In Spain, for instance, corrupt politicians go on being elected by citizens. Things would change if, for example, as a result of corruption and the fine imposed on the public corporation, some services –provided by this public corporation– stopped being provided. Just as the sanction imposed on the company aims to motivate managers to care about measures preventing and controlling corruption, the punishment of any public corporations should ideally motivate voters to require compliance programs in the public administration.

Nevertheless, and in the knowledge that this idea presents serious politico-criminal drawbacks, public entities could be subject to non-criminal, administrative or disciplinary and above all –and I think that this is the key– non-pecuniary sanctions. Reputational sanctions might be an option, for example, the publication of the judgment condemning a municipality for corruption or, in the most serious cases, the intervention or curatorship of the entity, with the only purpose of monitoring the implementation of the compliance program. ■

⁴³ Bribery Act 7 Failure of commercial organization to prevent bribery, (5).

⁴⁴ <http://www.leydetransparencia.gob.es/anteproyecto/index.htm#AR1>

cer responsables, les exige formación, canales de denuncias y protección de los *whistleblowers*, medidas de control para elegir proveedores etc. En realidad lo que se debería hacer es ni más ni menos que trasladar a las administraciones públicas la idea del programa de cumplimiento que están poniendo en marcha las empresas.

Toda corporación pública debería dotarse de un programa de cumplimiento en materia de corrupción y, cerrando el círculo, su no implantación o implantación ineficaz en caso de que se produzca un comportamiento corrupto por alguno de sus miembros, debería dar lugar a la imposición de sanciones. En algunos países de la UE, por ejemplo Holanda, no es un tabú sancionar a los organismos públicos, y esta idea me parece sugerente. En España, por ejemplo, los políticos corruptos siguen siendo elegidos por los ciudadanos. Las cosas cambiarían si, por ejemplo, como consecuencia de la corrupción y de la multa impuesta sobre el organismo público, éste dejara de prestar determinados servicios. Igual que la sanción a la empresa intenta motivar a los socios a preocuparse por las medidas de control de la corrupción, la sanción al ayuntamiento, a la comunidad autónoma o la universidad debiera idealmente motivar a los votantes a exigir *compliance programs* en las administraciones públicas.

No obstante, y entendiendo que esta idea tiene grandes inconvenientes político criminales, las entidades públicas podrían ser objeto de sanciones no penales, administrativas o disciplinarias, y sobre todo –y esta creo que es la clave– no pecuniarias. Cabe pensar en sanciones reputacionales, como la publicación de la sentencia condenando por “corrupción” a un municipio, o en los casos más graves la intervención o curatela de la entidad pública, a los fines exclusivo de que se supervise la implantación de programas de cumplimiento. ■