

# Mecanismos internacionales de lucha contra la corrupción: La lucha contra el fraude y la corrupción en la Unión Europea

## International Mechanisms Against Corruption: Fighting Fraud and Corruption in the EU

ELENA CRESPO NAVARRO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad Miguel Hernández*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. *La corrupción: concepto y naturaleza.* 1.2. *La cooperación internacional para hacer frente a la corrupción.* 1.3. *Mecanismos internacionales de lucha contra la corrupción.* 1.3.1. *Panorama del marco convencional vigente.* 1.3.2. *El subsistema regional europeo: El Consejo de Europa.* 1.4. *Objeto y plan de exposición.* 2. LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA: FUNDAMENTO JURÍDICO. 2.1. *De los Tratados originarios al Tratado de Maastricht.* 2.1.1. *El principio de cooperación leal y la obligación de proteger los intereses financieros de las Comunidades.* 2.1.2. *La necesidad de cooperar para luchar contra el fraude y la corrupción.* 2.2. *El Tratado de Ámsterdam.* 2.3. *Las nuevas posibilidades abiertas por el Tratado de Lisboa.* 3. LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA DESDE EL DERECHO PENAL. 3.1. *La protección de los intereses financieros de la Unión Europea.* 3.1.1. *El Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.* 3.1.1.1. *Un concepto común de fraude.* 3.1.1.2. *Tipificación penal y sanciones aplicables.* 3.1.1.3. *Responsabilidad penal de los jefes de empresas.* 3.1.1.4. *Competencia de los órganos judiciales nacionales.* 3.1.2. *La lucha contra el fraude y la corrupción transnacional. El Primer Protocolo al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.* 3.1.2.1. *Un concepto común de corrupción.* 3.1.2.2. *Concepto de funcionario*

nacional y de funcionario de la Unión Europea. 3.1.2.3. Tipificación penal y sanciones aplicables. 3.1.2.4. Competencia de los órganos judiciales nacionales. 3.1.3. El Segundo Protocolo al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. 3.2. *La lucha contra la corrupción en el sector público*. 3.3. *La lucha contra la corrupción en el sector privado*. 3.3.1. Marco jurídico. 3.3.2. Un concepto común de corrupción en el sector privado. 3.3.3 Tipificación penal y sanciones aplicables. 3.3.4. Responsabilidad de las personas jurídicas. 3.3.5. Competencia de los órganos judiciales nacionales. 4. LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO. 4.1. *La ejecución del presupuesto conforme al principio de buena gestión financiera: controles y medidas administrativas frente a las irregularidades*. 4.2. *La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)*. 4.2.1. La creación de la OLAF. 4.2.2. La organización interna. 4.2.2.1. La independencia de la OLAF: el Comité de vigilancia. 4.2.2.2. La Dirección de la OLAF y su personal. 4.2.3. Las funciones de la OLAF. 4.2.3.1. Las investigaciones externas. 4.2.3.2. Las investigaciones internas. 4.2.3.3. El inicio y desarrollo de las investigaciones. 4.2.3.4. La conclusión de las investigaciones: Informe y recomendaciones. 5. EL INFORME ANTICORRUPCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. 6. CONCLUSIONES: BALANCE DE APLICACIÓN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO. 6.1. *Balance de aplicación*. 6.2. *Perspectivas de futuro*.

**RESUMEN:** La corrupción es un fenómeno complejo con variadas dimensiones que tiene repercusiones en muy amplios sectores y se produce a diferentes niveles. Un elevado grado de corrupción, además de suponer un claro perjuicio económico, puede dar lugar a graves daños sociales e incluso convertirse en una amenaza para la democracia, los derechos fundamentales y el Estado de derecho, al crear privilegios y desigualdades, socavar la confianza en las instituciones democráticas y favorecer la comisión de otros graves delitos por la delincuencia organizada. Es además un fenómeno que se ha extendido de forma grave como consecuencia de la globalización. Ello ha despertado la preocupación de los Estados, sobre todo desde finales de los años 90, provocando que el tema deje de ser considerado una cuestión de competencia doméstica para ser abordado a través de la cooperación internacional. Una cooperación que se ha concretado

en la adopción de convenios internacionales para luchar contra la corrupción, tanto en el plano universal (ONU y OCDE), como en el plano regional (americano, africano y europeo). El objeto de este trabajo es el estudio de la cuestión desde la perspectiva del subsistema regional europeo y, muy particularmente, en el ámbito de la UE, donde la preocupación se ha centrado principalmente en la lucha contra el fraude y la corrupción que afecta a los intereses financieros de la UE. Se analizan los fundamentos jurídicos en los que se ha ido basando desde los años 90 la acción de la UE en la materia, y los mecanismos adoptados en base a dichos fundamentos jurídicos. Especialmente desde la perspectiva de la represión de las conductas ilícitas, por la vía del Derecho penal y de las investigaciones, controles y aplicación de medidas y sanciones frente a las irregularidades desde el punto de vista del Derecho administrativo, prestando una especial atención en este sentido a la OLAF. Se hace también referencia al nuevo mecanismo de supervisión, el informe anticorrupción de la UE, elaborado por la Comisión para evaluar regularmente los logros y deficiencias en la labor desarrollada por los Estados en la lucha contra la corrupción a nivel interno.

**ABSTRACT:** Corruption is a complex phenomenon with varied dimensions, who has repercussion in a wide range of sectors and that happens in different levels. A high degree of corruption, apart from being a clear economic damage, can give place to serious social damages and also to become a threat for the democracy, the fundamental rights and for the rule of law because it creates privileges and inequalities, undermine trust in the democratic institutions and favor the commission of other grave illicit acts by the organized crime. It is a phenomenon that has spread in a serious way due to globalization. It has awaked the worry of the States, especially since the end of the 90s, causing that this issue is not considered a domestic matter anymore and now is approached through the international cooperation. A cooperation that has been developed by the adoption of international agreements to fight against corruption in the Universal level (UN, OECD) as well as in the regional level (American, African and European). The object of this research is the study of the matter from the perspective of the regional European subsystem and, especially, in the UE, where the main concern has focused in the fight against fraud and corruption that affects the financial interests of the EU. The evolution of the EU Treaties on which the action of the UE in this subject is based, and the

mechanisms adopted on this basis have been analyzed. Especially from the perspective of the criminal Law and from the investigations, controls and the applications of measurements and sanctions face to the irregularities from the administrative law, with special attention to the OLAF. We make reference to the new mechanism of supervision, the EU report anticorruption published by the European Commission to report regularly, the achievements and the deficiencies in the work developed by the States in fight against corruption in an internal level.

**Palabras clave:** fraude, corrupción, Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), Unión Europea, GRECO, OCDE, Fiscalía Europea

**Keywords:** fraud, corruption, European Antifraud Office (OLAF), European Union, GRECO, Council of Europe, OECD, European Public Prosecutor's Office

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. LA CORRUPCIÓN: CONCEPTO Y NATURALEZA

No resulta fácil ofrecer una definición de lo que deba entenderse por corrupción. Podemos partir de un concepto común o general, como el que contiene el diccionario de la Real Academia Española que define la corrupción en los siguientes términos:

«En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores».

Desde una perspectiva jurídica, en el plano doctrinal, se ha definido la corrupción como:

«Comportamiento consistente en el soborno, ofrecimiento o promesa a otra persona que ostenta cargos públicos, o a personas privadas, a los efectos de obtener ventajas o beneficios contrarios a la legalidad o que sean de naturaleza defraudatoria»<sup>1</sup>.

1. MUÑOZ MACHADO, S., (Coord.), *Diccionario del español jurídico*, Madrid 2016, pp. 544-545, que incluye también definiciones más específicas para los términos de corrupción deportiva, corrupción en las transacciones comerciales internacionales, corrupción en los negocios internacionales, corrupción entre particulares o corrupción privada, y corrupción pública.

La Comisión Europea utiliza un concepto general de corrupción. En su primera comunicación sobre una política de la Unión en materia de lucha contra la corrupción, dicha institución señalaba que la corrupción está relacionada con:

«los actos de abuso de poder o incorrección en el proceso de toma de decisiones cometidos por motivos indebidos y para obtener beneficios injustificados»<sup>2</sup>.

Un concepto todavía más general ha sido utilizado por la Comisión en posteriores comunicaciones e informes, donde se refiere a la corrupción como abuso de poder para obtener ganancias privadas<sup>3</sup>. Una noción amplia que encaja bien con la propia naturaleza de la corrupción, un fenómeno complejo con muy diversas dimensiones e importantes repercusiones en muy variados sectores<sup>4</sup>.

En efecto, unos niveles elevados de corrupción no sólo suponen un perjuicio económico, implican una reducción de las finanzas públicas y comprometen el desarrollo. También llevan aparejados graves daños sociales, pues suelen ir en detrimento de los servicios públicos en general y de los servicios sociales y del Estado del bienestar en particular. La corrupción puede constituir incluso una amenaza para la democracia, los derechos fundamentales y el Estado de Derecho, al crear privilegios y desigualdades sociales, socavar la confianza de los ciudadanos en los políticos y en las instituciones democráticas, y favorecer la comisión de otros graves delitos por la delincuencia organizada, como el tráfico de drogas y la trata de seres humanos,

2. Comunicación de la Comisión al Consejo y al PE, *Una política de la Unión en materia de lucha contra la corrupción*, COM (1997) 192 final, de 21 de mayo de 1997, p. 2.
3. Comunicación de la Comisión al Consejo, al PE y al Comité Económico y Social Europeo, *Una política global de la Unión Europea contra la corrupción*, COM (2003) 317 final, de 2 de mayo de 2003, p. 6; Comunicación de la Comisión al Consejo, al PE y al Comité Económico y Social Europeo, *Lucha contra la corrupción en la Unión Europea*, COM (2011) 308 final, de 6 de junio de 2011, p. 3; e Informe de la Comisión al Consejo y al PE, *Informe sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea*, COM (2014) 38, de 3 de febrero de 2014. En todos ellos la Comisión remite a la definición del Programa mundial contra la corrupción de la ONU.
4. Para una clasificación basada en diferentes tipos de situaciones de toma de decisiones en las que están presentes elementos de corrupción (decisiones en el sector público, en el sector privado, y en el sector político), VAN DUYNE, P. C., «Will “Caligula” go transparent? Corruption on acts and attitudes», UNITED NATIONS CENTRE FOR INTERNATIONAL CRIME PREVENTION, *Forum on crime and Society*, vol. 1, n.º 2 (December 2001), 73-78, pp. 76-87. Puede verse también sobre los diferentes posibles conceptos de corrupción, VILLORIA MENDIETA, M., «La lucha contra la corrupción en la Unión Europea: el caso de España», *Gestión y análisis de políticas públicas*, n.º 21(2001), 95-115, pp. 98-100.

entre otros<sup>5</sup>, pudiendo debilitar al Estado hasta afectar a la seguridad internacional<sup>6</sup>.

Como destaca el Preámbulo del Convenio penal contra la corrupción del Consejo de Europa, de 27 de enero de 1999<sup>7</sup>:

«... la corrupción constituye una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos... socava los principios de una buena administración, de la equidad y de la justicia social, falsea la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad».

Además, la corrupción afecta tanto a la administración pública (de los Estados y de las Organizaciones internacionales) como al sector privado, y en general al comercio internacional, distorsionando la competencia. Se produce tanto a escala nacional, regional y local, como a escala internacional y a diferentes niveles. Puede hablarse de gran corrupción, que suele estar vinculada a grupos de delincuencia organizada, corrupción política<sup>8</sup>,

5. Respecto a la vinculación entre la corrupción y la delincuencia organizada, como destaca el PE en su Resolución sobre delincuencia organizada, corrupción y blanqueo de dinero de 2013, la corrupción permite a los grupos de delincuencia organizada, entre otras cosas, acceder a información confidencial, obtener documentos falsos, dirigir las adjudicaciones mediante licitaciones públicas, blanquear sus ingresos y eludir la represión de las autoridades judiciales y policiales. En el primer informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE publicado en 2014, la Comisión Europea ponía de manifiesto que los vínculos entre grupos de la delincuencia organizada, empresas y responsables políticos siguen siendo un motivo de preocupación para los Estados miembros, especialmente a nivel regional y local, y en la contratación pública, construcción, servicios de mantenimiento, gestión de residuos y otros sectores, ver COM (2011) 308 final, ya citado; Resolución del PE de 23 de octubre de 2013, sobre delincuencia organizada, corrupción y blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (informe definitivo). (2013/2107 INI); y el Informe de la Comisión al Consejo y al PE, *Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2014) 38, ya citado, p. 21
6. Puede verse en ese sentido AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F., y PUIG SOLER, S., «La corrupción y la seguridad internacional», en MINISTERIO DE DEFENSA (IEEE), *Cuadernos de Estrategia 174. Economía y geopolítica en un mundo globalizado*, Madrid 2015, 143-187.
7. STCE n.º 173. En vigor desde 1 de julio de 2002. Ratificado por España el 26 de enero de 2010 y en vigor para España desde 1 de agosto de 2010 (*BOE*, de 20 de julio de 2010).
8. La corrupción política se relaciona muchas veces con la financiación de los partidos políticos, sobre este tema en el caso de España, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Financiación ilegal de partidos políticos y corrupción», en CASTRO MORENO, A., y OTERO GONZÁLEZ, P. (Dirs.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Madrid 2016, 145-154.

corrupción de particular a particular, pequeña corrupción<sup>9</sup>, corrupción en el deporte<sup>10</sup>, entre otras. Además, debe tenerse en cuenta que tiene siempre una doble vertiente (activa y pasiva), ya que en todo acto de corrupción, están implicadas, al menos, dos partes (la que ofrece el soborno y la que lo acepta).

Esa complejidad exige afrontar la lucha contra la corrupción desde diferentes perspectivas. No sólo desde la perspectiva de la represión, propia del Derecho penal, que hace hincapié en la tipificación de las conductas y la determinación de los elementos del delito, así como en las sanciones aplicables<sup>11</sup>. También, desde una perspectiva más amplia de carácter socioeconómico, que responde al propósito de la prevención

9. Un ejemplo de pequeña corrupción es la que se da en el ámbito de la sanidad, donde se ofrecen, conceden o reciben pequeños incentivos a cambio de un tratamiento diferenciado, ver COM (2014) 38, ya citado, p. 18.
10. La corrupción en el deporte suele vincularse a la falta de integridad en el deporte, a la opacidad de las transferencias y a las competiciones amañadas. La corrupción deportiva se ha definido como «Soborno de deportistas o de gestor de entidad deportiva con el fin de alterar de manera fraudulenta el resultado de una prueba o competición, con transgresión de las obligaciones que impone el juego limpio en el deporte», MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 545, que incluye definiciones más específicas para la corrupción deportiva activa y pasiva y la de especial gravedad, de conformidad con lo establecido en el art. 286 *bis* 4, y el art. 286 *quater* del Código penal español. En el seno del Consejo de Europa se aprobó un Convenio sobre la manipulación de competiciones deportivas, STCE n.º 215, abierto a la firma en septiembre de 2014. En la UE, puede verse la Resolución del PE, de 14 de marzo de 2013, sobre el amaño de partidos y la corrupción en el deporte (2013/2567 RSP), así como las Conclusiones del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre la potenciación de la integridad, la transparencia y la buena gobernanza en los grandes acontecimientos deportivos, DO C 212, de 14 de junio de 2016. También la doctrina se ha ocupado del tema, puede verse entre las contribuciones recientes, por ejemplo, PÉREZ GONZÁLEZ, C., «A propósito de la acción del Consejo de Europa en el ámbito del deporte: análisis del Convenio europeo sobre la manipulación de competiciones deportivas», *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, n. 8 (marzo-agosto 2015), 71-92; y CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de corrupción deportiva*, Valencia 2012.
11. Desde esta perspectiva, puede destacarse que en el marco de los trabajos en curso de la Comisión de Derecho Internacional sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, el crimen de corrupción ha sido incluido en el proyecto de art. 7 entre los crímenes en los que la inmunidad no se aplica, recogido en el Quinto informe sobre el tema, que fue presentado por la relatora especial C. Escobar Hernández en el 68.º periodo de sesiones (2016). Ver Doc. A/CN.4/701, de 14 de junio de 2016, especialmente párs. 230 a 234. El informe fue examinado sólo parcialmente por la Comisión, por lo que el debate tuvo carácter preliminar y continuará en el 69.º periodo de sesiones, Ver *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 68.º período de sesiones (2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016. Asamblea General. Documentos Oficiales. 71.º período de sesiones. Suplemento n.º 10 (A/71/10)*, Naciones Unidas, Nueva York, 2016, Capítulo XI, especialmente p. 193.



e incluye los conceptos de integridad, transparencia, responsabilidad y buena gobernanza<sup>12</sup>.

## 1.2. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA HACER FRENTE A LA CORRUPCIÓN

La corrupción no es, ni mucho menos, una novedad de nuestra época. No obstante, hasta hace relativamente poco, era considerado un asunto de competencia doméstica que se abordaba únicamente desde el Derecho nacional.

De hecho, el origen de la internacionalización de la lucha contra la corrupción puede situarse precisamente en una norma interna. Concretamente una ley estadounidense. La Ley de prácticas corruptas en el extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act*) de 1977. En efecto, durante los años 70 y tras el escándalo del *Watergate* se destaparon cientos de casos de empresas norteamericanas que habían pagado millones de dólares en concepto de soborno en un buen número de Estados para conseguir contratos con sus Administraciones<sup>13</sup>. Sin embargo, ninguno de esos casos supuso la aplicación de sanciones a

12. COM (2003) 317 final, pp. 6-7. El Convenio de las Naciones Unidas sobre corrupción, al que nos referimos más adelante, dedica el Capítulo II a las medidas preventivas, que se refieren al establecimiento de políticas y prácticas anticorrupción, órganos de prevención, códigos de conducta, contratación pública, información pública y transparencia, independencia del poder judicial, participación de la sociedad civil, prevención del blanqueo; mientras que el Capítulo III se refiere a la penalización y aplicación de la ley.

13. El descubrimiento del problema del pago de sobornos por las compañías estadounidenses en el extranjero fue resultado del trabajo combinado de la Oficina del Fiscal especial del *Watergate*, incluido el trabajo de seguimiento e investigaciones posteriores de la *Securities and Exchange Commission* y del *Senator Frank Church's Subcommittee on Multinational Corporations*, Como señala KOEHLER: «Over the course of four months in 1975, the Church Committee held separate hearings regarding Gulf Oil, Northrop, Mobil Oil, and Lockheed. Each of these corporations were the subject of allegations, or had already made admissions, concerning questionable payments made directly or indirectly to foreign government officials or foreign political parties in connection with a business purpose. For instance, Gulf Oil principally involved contributions to the political campaign of the President of the Republic of Korea. Northrop principally involved payments to a Saudi Arabian general. Exxon principally involved contributions to Italian political parties. Mobil Oil also principally involved contributions to Italian political parties. Lockheed principally involved payments to Japanese Prime Minister Tanaka, Prince Bernhard (the Inspector General of the Dutch Armed Forces and the husband of Queen Juliana of the Netherlands), and Italian political parties. In addition, although not the focus of separate Church Committee hearings, foreign payments by United Brands and Ashland Oil also concerned Congress. United Brands principally involved payments to Oswaldo Lopez Arellano, the President of Honduras. Ashland Oil principally involved payments to Albert Bernard Bongo, the President of Gabon», KOEHLER, M., «The Story of the Foreign Corrupt Practices Act», *Ohio State Law Journal*, vol. 73 (2012) n. 5, 929-1013, p. 932 y cita en pp. 934-935.



las empresas implicadas ya que en el ordenamiento interno (de los Estados Unidos y, en general, del resto de Estados) sólo estaba tipificada por entonces la corrupción relacionada con los propios funcionarios nacionales, pero no la de funcionarios o agentes extranjeros. La presión de la opinión pública provocó la adopción de esta ley, que penaliza el pago de sobornos a funcionario público extranjero, tanto si es llevado a cabo por una persona física, como por una persona jurídica<sup>14</sup>.

Los Estados Unidos se convirtieron así en el referente internacional en la lucha contra la corrupción transnacional. La ley fue muy criticada por las multinacionales estadounidenses, pues su aplicación les colocaba en una situación de desventaja en el comercio internacional con respecto a sus competidores europeos o asiáticos que no tenían esa limitación para negociar sus contratos. De hecho, en algunos Estados, el soborno transnacional no sólo no estaba prohibido sino que era deducible de impuestos<sup>15</sup>. Esa situación llevó al gobierno estadounidense a promover la cooperación internacional para lograr la tipificación de esas conductas en las legislaciones del resto de Estados, especialmente en el plano regional americano y en el seno de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE).

Otro importante factor que ha influido considerablemente en la internacionalización de la lucha contra la corrupción ha sido, sin duda, la globalización. En efecto, la creciente interdependencia económica, la internacionalización de los mercados (el incremento y liberalización de las transacciones comerciales y de los flujos de capitales), el desarrollo de las tecnologías y las comunicaciones, la aparición de nuevos actores en las relaciones internacionales (no sólo las grandes empresas multinacionales, también las organizaciones internacionales de integración) han contribuido a la universalización de la corrupción<sup>16</sup>.

14. BENITO SÁNCHEZ, D., «La corrupción de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales. Especial referencia al papel de la Foreign Corrupt Act», en CASTRO MORENO, A., y ÓTERO GONZÁLEZ, P. (Dirs.), *op. cit.*, 115-143, pp. 120-122; KOEHLER, M., *loc. cit.*, pp. 938-949.
15. En su primera Comunicación al Consejo y al PE sobre una política de lucha contra la corrupción de la UE, de 1997, ya citada, la Comisión destacaba que algunos Estados miembros autorizaban en aquel momento las desgravaciones fiscales por sobornos y abogaba por la necesidad de un enfoque común para la abolición de las desgravaciones que pudieran inducir a la corrupción, COM (97) 192, pp. 7-9.
16. BENITO SÁNCHEZ, D., *op. cit.*, pp. 15-16. Para hacerse una idea del carácter universal de la corrupción, basta echar un vistazo al mapa mundial de la corrupción según el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) del año 2015, publicado por la ONG Transparencia Internacional, que presenta la percepción de la corrupción en el sector público en 168 países. El IPC puntúa y clasifica los países según las percepciones sobre el grado de corrupción que existe en su sector público. Se trata de un índice

La confluencia de todos esos factores hizo que la lucha contra la corrupción dejase de ser considerada como una cuestión puramente interna, a resolver exclusivamente a nivel nacional, para afrontarla desde la cooperación y el multilateralismo. Como señala el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción<sup>17</sup>:

«Convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella.

Convencidos también de que se requiere un enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y combatir eficazmente la corrupción,

(...)

Teniendo presente que la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que éstos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las ONGs y las organizaciones de base comunitaria, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces».

### 1.3. MECANISMOS INTERNACIONALES DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Como se aclara en el apartado siguiente, el presente estudio tiene por objeto principal el análisis de la lucha contra el fraude y la corrupción en el marco del subsistema regional europeo y, particularmente, en el

---

integrado por una combinación de encuestas y evaluaciones sobre corrupción efectuadas por diversas instituciones de prestigio. Puede verse también el Barómetro global de la corrupción de 2016 referido a Europa y Asia Central. Transparencia Internacional es una ONG sin fines de lucro, dedicada a combatir la corrupción a nivel nacional e internacional que fue fundada en 1993. No denuncia casos individuales de corrupción, sino que aborda las diferentes facetas de la corrupción, tanto en el interior de los países como en el plano de las relaciones económicas, comerciales y políticas internacionales. En el ámbito internacional, impulsa campañas de concienciación sobre los efectos de la corrupción, promueve la adopción de reformas políticas, el establecimiento de convenciones internacionales sobre la materia y la adhesión a las mismas, además de observar su posterior implementación por los gobiernos, corporaciones y empresas. A nivel nacional, actúa en aras de una mayor transparencia y del cumplimiento del principio de rendición de cuentas, controlando la labor de algunas instituciones claves y ejerciendo presión para la adopción de las reformas necesarias. Ver la Web de la Organización: <http://transparencia.org.es/>.

17. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003 (ver *infra* nota 25).

ámbito de la Unión Europea (UE), a lo que se dedica el grueso del trabajo. Nos limitamos en este epígrafe a hacer una muy breve aproximación al panorama convencional en vigor, tanto en el plano universal como en el regional, presentando los convenios vigentes en materia de lucha contra la corrupción desde una perspectiva cronológica. No obstante, teniendo en cuenta la importante labor desarrollada al respecto en el subsistema regional europeo por el Consejo de Europa, hemos considerado conveniente dedicarle una especial atención en este apartado.

### 1.3.1. Panorama del marco convencional vigente

La cooperación internacional en la lucha contra la corrupción comenzó a dar sus frutos desde finales de los años 90 en el plano regional, tanto en el ámbito americano como en el europeo. Así, el primer tratado internacional en la materia, celebrado en el ámbito americano, fue la Convención interamericana contra la corrupción, de 29 de marzo de 1996 (en vigor desde 6 de marzo de 1997)<sup>18</sup>. En el marco de la UE se había adoptado un poco antes, el 26 de julio de 1995, el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (CCEE)<sup>19</sup>, pero dicho Convenio no entraría en vigor hasta el 17 de octubre de 2002. También en el seno de la UE se adoptó el 26 de mayo de 1997 el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las CCEE o de los Estados miembros<sup>20</sup>, que no entraría en vigor hasta el 28 de septiembre de 2005. Convenios que analizaremos en detalle más adelante.

Cronológicamente, el segundo Convenio en vigor sobre este tema sería el adoptado en el seno de la OCDE. Se trata del Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997 y en vigor desde 15 de febrero de 1999<sup>21</sup>. Conviene advertir que la aproximación al tema de este Convenio

18. Sobre la Convención interamericana puede verse VARGAS, E., «La lucha contra la corrupción en la agenda regional e internacional. Las Convenciones de la OEA y de la ONU», *Nueva sociedad*, n. 194 (2004), 133-148.

19. DO C 316, de 27 de noviembre de 1995. Como veremos más adelante, dicho Convenio fue después completado por tres Protocolos, el primer Protocolo de 27 de septiembre de 1996 (DO C 313, de 23 de octubre de 1996), el Segundo de 19 de junio de 1997 (DO C 221, de 19 de julio de 1997), y el tercero, de 29 de noviembre de 1996, relativo a la interpretación, con carácter prejudicial por el TJ, del Convenio PIF y sus Protocolos (en vigor 17 de octubre de 2002), que fue adoptado con base en el art. K.3. 2 c) TUE (Versión Maastricht).

20. DO C 195, de 25 de junio de 1997.

21. Ratificado por España el 4 de enero de 2000 y en vigor para España desde 4 de marzo de 2000 (BOE, de 22 de febrero de 2002). En el año 2009 se adoptaron además varias

es puramente económica, pues parte de la consideración de la corrupción como un obstáculo al comercio internacional. Por eso limita su ámbito de aplicación material a la corrupción activa en las transacciones comerciales internacionales. En cambio, su ámbito territorial es más amplio que el de los Convenios regionales, pues abarca 41 Estados (todos los miembros de la OCDE y 6 no miembros)<sup>22</sup>. Se trata de los Estados más desarrollados y, por tanto, más expuestos a la amenaza de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Tal como afirma su Preámbulo:

«Considerando que la corrupción es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales; Considerando que todos los países comparten una responsabilidad en la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales;

(...)

Reconociendo el papel de los Gobiernos en la prevención de la sollicitación de sobornos por parte de personas y empresas en las transacciones comerciales internacionales; Reconociendo que para conseguir progresos en este campo se exigen no sólo esfuerzos a nivel nacional sino también la cooperación, la supervisión y el seguimiento multilaterales (...).»

La propia Convención prevé en su art. 12 un seguimiento sistemático para supervisar y promover su plena aplicación. Seguimiento que realiza el Grupo de trabajo de la OCDE y que se basa en el control por pares, entre los propios Estados. El seguimiento se ha venido desarrollando a través de varias fases de evaluación, cada una de las cuales concluye con una serie de recomendaciones dirigidas a

---

recomendaciones. En concreto, la Recomendación del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, para fortalecer la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, que va acompañada de una Guía de buenas prácticas, y la Recomendación del Consejo, de 25 de mayo de 2009, sobre medidas fiscales para reforzar la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. En realidad, la preocupación por la corrupción entra en la esfera de acción de la OCDE desde 1994, cuando se aprobaron una serie de recomendaciones no vinculantes, como la que prohibía la deducción fiscal de los sobornos pagados por empresas, puede verse GUALTIERI, D., «A helping hand: the influence of the 1997 OECD Convention in the Italian fight against corruption», *International Journal of Public Law and Policy*, vol. 3, n. 3 (2013), 327-343, pp. 330-332.

22. A los 34 miembros OCDE se añaden Argentina, Brasil, Bulgaria, Colombia, Rusia y Sudáfrica.

los Estados afectados, que se publican en los correspondientes informes por país. De momento se han llevado a cabo cuatro fases de evaluación<sup>23</sup>. En la primera fase, se trataba de evaluar si la legislación aprobada por los Estados parte para garantizar la aplicación de la Convención era adecuada para cumplir los compromisos asumidos. La segunda fase evaluaba la aplicación práctica de dicha legislación. La tercera fase valoraba el cumplimiento de la Convención y de la Recomendación de 2009, así como de las recomendaciones formuladas a cada Estado en la segunda fase. La cuarta fase de evaluación, actualmente en marcha, se inició en la Conferencia ministerial de París de 16 de marzo de 2016 y tiene por objeto llevar a cabo un análisis más singularizado respecto de cada país, sobre aquellas cuestiones más importantes detectadas en las fases anteriores<sup>24</sup>. Tras cada fase de evaluación, el Estado evaluado ha de presentar un informe explicando las medidas que prevé llevar a cabo para cumplir con las recomendaciones recibidas.

El paso siguiente sería la adopción de los Convenios contra la corrupción del Consejo de Europa a los que nos referimos en el siguiente epígrafe. Se trata del Convenio penal, de 27 de enero de 1999 (en vigor desde 1 de julio de 2002), el Convenio civil, de 4 de noviembre de 1999 (en vigor desde 1 de noviembre de

23. España fue evaluada en la primera fase en el año 2000 y en la segunda fase en 2006, lo que le llevó a modificar el Código penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 22 de noviembre, del Código penal (BOE, de 23 de junio de 2010) que revisó el delito de corrupción de agente público extranjero en las transacciones comerciales internacionales e introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas que participan en este tipo de delito. Tras la evaluación en la tercera fase, cuyo informe final se publicó el 14 de diciembre de 2012 se llevó a cabo una nueva reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE, de 31 de marzo de 2015), que introduce una nueva sección «delitos de corrupción en los negocios» que incluye el pago de sobornos para obtener ventajas competitivas en el sector público (art. 286 bis) y en el sector privado (art. 286 ter) con posibles agravantes (art. 286 quater). Sobre este tema, BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada: bien jurídico y ratio legis», en CASTRO MORENO, A., y OTERO GONZÁLEZ, P. (Dirs.), *op. cit.*, 101-114; y OTERO GONZÁLEZ, P., «Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015 (análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 bis y 286 ter CP)», en VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIU, J.M., y TEJEDOR BIELSA, J. (Dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona 2016, 451-496. El informe de seguimiento de la evaluación de la tercera fase y de las recomendaciones se publicó en marzo de 2015. Puede verse al respecto el folleto del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Economía y Competitividad, *Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción. Información para las empresas españolas con actividades en el extranjero*, Madrid 2015, disponible en la Web de ambos Ministerios. Pueden asimismo consultarse los informes de las diferentes fases relativos a España en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/spain-oecdanti-briberyconvention.htm>.

24. Ver la Declaración Ministerial de París de, 16 de marzo de 2016, *The OECD Anti-Bribery Convention and its role in the global fight against corruption. Towards a new era of enforcement*.

2003), y el Protocolo adicional al Convenio penal, de 15 de mayo de 2003, (en vigor desde 1 de febrero de 2005).

Habría que esperar algo más, hasta el 31 de octubre de 2003, para contar con un Convenio de ámbito universal en materia de lucha contra la corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción<sup>25</sup>, en vigor desde 14 de diciembre de 2005, que cuenta actualmente con 180 Estados parte. Su art. 63 prevé el establecimiento de una Conferencia de Estados parte dirigida a mejorar la capacidad y cooperación entre los Estados para lograr el cumplimiento de sus objetivos y promover y examinar su aplicación<sup>26</sup>, así como la creación por dicha Conferencia de un mecanismo de aplicación de la Convención. La Conferencia, que se reúne cada 2 años, decidió en su sesión de Doha de 2009 crear el Mecanismo de examen de la aplicación de la Convención y aprobó los términos de sus funciones<sup>27</sup>.

Finalmente, en el ámbito africano, hay que citar la Convención para la prevención y lucha contra la corrupción de la Unión Africana, de 11 de julio de 2003, en vigor desde 4 de agosto de 2006.

### 1.3.2. El subsistema regional europeo: El Consejo de Europa

Como decíamos, si bien el objeto principal de este trabajo es la lucha contra la corrupción en la UE, merece una atención particular la labor desarrollada en el subsistema regional europeo por el Consejo de Europa. Recordemos que el Consejo de Europa es una Organización internacional de cooperación de ámbito regional europeo, compuesta en la actualidad por 47 Estados miembros, que tiene por misión realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social. Y que, para lograr esos fines, el Consejo de Europa se ocupa, a través de sus órganos, del examen de asuntos de interés común, de la conclusión de acuerdos y de la adopción de una

25. Ratificada por España el 9 de junio de 2006 y en vigor para España desde 19 de julio de 2006 (BOE, de 19 de julio de 2006). Puede verse sobre esta Convención JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción. Interacciones evolutivas en un Derecho internacional global*, Granada 2015, especialmente pp. 141-153.

26. Además, para facilitar ese examen, el art. 63.6 obliga a los Estados a proporcionar a la Conferencia información sobre sus programas, planes y prácticas y sobre las medidas legislativas y administrativas adoptadas para aplicar la Convención, si se lo solicita la Conferencia.

27. El citado Mecanismo fue creado mediante Resolución 3/1 de la Conferencia de Estados parte. Dicha Resolución y los términos de referencia del Mecanismo pueden consultarse en <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/IRG.html>.



acción conjunta en los campos económico, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, junto a la salvaguarda y mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales<sup>28</sup>.

A los efectos de este trabajo, el Consejo de Europa merece una atención particular no sólo por los relevantes desarrollos alcanzados en materia de lucha contra la corrupción en el subsistema regional europeo, sino también por tratarse de una Organización internacional de la que forman parte todos los Estados miembros de la UE, estando además expresamente prevista la participación de la propia UE en los instrumentos para luchar contra la corrupción adoptados en su seno. Sin embargo, dado que el objeto principal de nuestro estudio es, como ya hemos advertido, el ámbito de acción específico de la UE, hacemos tan sólo una breve presentación general en esta Introducción de la labor desempeñada a este respecto por el Consejo de Europa.

La preocupación del Consejo de Europa por combatir la corrupción se remonta en realidad a los años 80. Ya en 1981, mediante una Recomendación del Comité de Ministros sobre la criminalidad económica, se aconsejó a los Estados miembros adoptar medidas contra el crimen económico, incluida la corrupción. Pero no sería hasta 1994 cuando los Ministros de Justicia de los Estados miembros reunidos en la 19 Conferencia de La Valeta consideraron que el Consejo de Europa, como principal institución europea con vocación de defender la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos, debía encargarse de encontrar respuestas europeas a la amenaza de la corrupción. Para ello, recomendaron crear un Grupo Multidisciplinar sobre corrupción (GMC) con el encargo de preparar un programa de acción global y examinar la posibilidad de elaborar instrumentos jurídicos e instituir un mecanismo de control de los compromisos asumidos en tales instrumentos. Dicho Grupo fue creado en septiembre de 1994 y, en noviembre de 1996, el Comité de Ministros adoptó el Programa de acción contra la corrupción elaborado por el GMC<sup>29</sup>. Un año después, en noviembre de 1997, el Comité de Ministros, en su sesión de Estrasburgo adoptó una Resolución que contenía veinte principios directores sobre la lucha contra la corrupción<sup>30</sup> para su aplicación en la legislación y práctica interna de los Estados y encargó al GMD la pronta elaboración de instrumentos internacionales en la materia y un proyecto de mecanismo de supervisión.

28. Art. 1 del Estatuto del Consejo de Europa, de 5 de mayo de 1949 (*BOE*, de 1 de marzo de 1978).

29. Adoptado por el Comité de Ministros en su 578 sesión, de 18 a 21 de noviembre de 1996, Doc. GMC (96) 95.

30. Resolución (97) 24 del Comité de Ministros de 6 de noviembre de 1997.



En cumplimiento de ese mandato se adoptaron una serie de instrumentos jurídicos. Los principales hasta la fecha son, como ya hemos avanzado, la Convención penal sobre la corrupción, de 27 de enero de 1999 (en vigor desde 1 de julio de 2002)<sup>31</sup>; el Convenio civil contra la corrupción, de 4 de noviembre de 1999 (en vigor desde 1 de noviembre de 2003)<sup>32</sup>; el Protocolo adicional al Convenio penal sobre la corrupción, de 15 de mayo de 2003, referido a la corrupción en el arbitraje y los jurados, (en vigor desde 1 de febrero de 2005)<sup>33</sup>. Además, se han aprobado algunas Recomendaciones del Comité de Ministros, sobre códigos de conducta para los agentes públicos<sup>34</sup> y sobre reglas comunes contra la corrupción en la financiación de los partidos políticos y de las campañas electorales<sup>35</sup>; así como Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria.

Por otra parte, el 5 de mayo de 1998, el Comité de Ministros<sup>36</sup> autorizó, de conformidad con el proyecto presentado por el GMD, el acuerdo parcial ampliado para poner en marcha el mecanismo de supervisión de la aplicación de tales instrumentos. Sobre esa base fue creado el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO)<sup>37</sup> el 1 de mayo de 1999, cuyo funcionamiento se rige por su Estatuto y su Reglamento interno.

El GRECO tiene como objetivo mejorar la capacidad de lucha contra la corrupción de sus miembros, velando por la puesta en marcha de los compromisos asumidos a través de un proceso dinámico de evaluación y de

31. STCE n.º 173. Ratificado por España el 28 de abril de 2010, en vigor desde 1 de agosto de 2010 (*BOE*, de 28 de julio de 2010). 47 Estados han ratificado el Convenio hasta la fecha (todos los miembros del Consejo de Europa, salvo Alemania, y Bielorrusia). Puede verse sobre los convenios penal y civil del Consejo de Europa, JIMÉNEZ GARCÍA, F., *op. cit.*, pp. 117-125.
32. STCE n.º 174. Ratificado por España el 16 de diciembre de 2009 y en vigor para España desde 1 de abril de 2010 (*BOE*, de 31 de marzo de 2010). Cuenta con 35 ratificaciones.
33. Ratificado por España el 17 de enero de 2011 y en vigor para España desde 1 de mayo de 2011 (*BOE*, 7 de marzo de 2011 y corr. err. *BOE*, 8 de abril de 2011).
34. Recomendación n. R (2000) 10, de 11 de mayo de 2000.
35. Recomendación Rec. (2003) 4, de 8 de abril de 2003.
36. Mediante Resolución 98 (7) adoptada en su sesión 102 de Estrasburgo.
37. El GRECO fue creado por Resolución 99 (5) del Comité de Ministros, que incluye en anexo su Estatuto. Inicialmente formaban parte del mismo sólo 17 Estados (Bélgica, Bulgaria, Chipre, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Islandia, Irlanda, Lituania, Luxemburgo, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, España y Suecia). Actualmente, los miembros del GRECO son 49 (48 Europeos y los Estados Unidos). Desde 2012 el GRECO se plantea la perspectiva de género en la corrupción (si y de qué manera una perspectiva de género puede aportar un valor añadido a sus trabajos). Otro de los temas de los que se ocupa el Consejo de Europa en el marco de su acción contra la corrupción y la criminalidad económica es el del blanqueo de capitales, y también sobre este tema se han adoptado ciertos instrumentos jurídicos y se ha creado un mecanismo de control y seguimiento denominado MONEYVAL, Ver la Web del Consejo Europeo [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/About/About\\_MONEYVAL\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/About/About_MONEYVAL_fr.asp).

presión mutua. Más, concretamente, trata de identificar posibles lagunas en las políticas nacionales e incita a los Estados a llevar a cabo las reformas legislativas e institucionales necesarias y a mejorar las prácticas en materia de prevención y detección de la corrupción. Para ello, evalúa a todos sus miembros en pie de igualdad, de modo que todos los Estados sin excepción se someten a su control.

Por lo que se refiere al procedimiento de evaluación<sup>38</sup>, el GRECO actúa en ciclos, abordando en cada ciclo el análisis de determinados temas concretos respecto de algunos Estados. Por ejemplo, el cuarto ciclo de evaluación iniciado en 2012 se refería a la prevención de la corrupción de parlamentarios, jueces y fiscales. El quinto ciclo, abierto el 20 de marzo de 2017, se dedica al tema de la prevención de la corrupción y promoción de la integridad en los gobiernos centrales (altas funciones ejecutivas) y los servicios de represión<sup>39</sup>.

Ese control o seguimiento comprende un procedimiento de evaluación horizontal, que termina con la presentación de recomendaciones sobre las reformas que es necesario acometer; y un procedimiento de conformidad, para evaluar las medidas adoptadas por los Estados para cumplir esas recomendaciones.

En la primera epata, se nombra un equipo de evaluación para supervisar a un determinado Estado seleccionado. El análisis se realiza sobre las respuestas ofrecidas por dicho Estado a un cuestionario que se le envía y, si es necesario, se completa esa información con una visita<sup>40</sup>. El equipo de evaluadores redacta un proyecto de informe que se transmite al Estado para que presente sus observaciones antes de ser aprobado por el GRECO. Los informes del GRECO

38. Arts. 10 a 16 Estatuto; y Título III (arts. 22 a 33) del Reglamento interno en su versión de 19 de octubre de 2012, GRECO (2012) 26 E. Sobre el GRECO, puede consultarse la Web del Consejo de Europa: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_en.asp), donde están disponibles tanto el Estatuto como el Reglamento y los instrumentos aprobados (Convenios y Recomendaciones).

39. El primer ciclo de evaluación (1 de enero de 2000 a 21 de diciembre de 2002), se refería a la independencia y especialización de los órganos nacionales responsables de la prevención y lucha contra la corrupción y de los medios de que disponen; el segundo ciclo (1 de enero de 2003 a 31 de diciembre de 2006), tuvo por objeto los siguientes temas: identificación, embargo y confiscación de los productos de la corrupción; administración pública y corrupción (sistemas de auditoría, conflictos de intereses); utilización de personas jurídicas para encubrir casos de corrupción; legislación fiscal y financiera para luchar contra la corrupción; y vínculos entre corrupción, delincuencia organizada y blanqueo de capitales. El tercer ciclo (1 de enero de 2007 a 31 de diciembre de 2011) se ocupó de las incriminaciones conforme a la Convención penal contra la corrupción y de la transparencia en la financiación de los partidos políticos en relación con la Recomendación del Comité de Ministros sobre el tema.

40. Visita que se programa sobre la propuesta del Estado en cuestión (generalmente no más de 4 días), y en la que pueden celebrarse encuentros con representantes de la función pública o de la sociedad civil.

suelen tener una parte descriptiva basada en las informaciones obtenidas y otra parte analítica que puede contener recomendaciones y su motivación. Los Estados evaluados deberán cumplir las recomendaciones y ponerlas en marcha en el plazo que se establezca y presentar un informe de situación indicando las medidas adoptadas.

En la segunda etapa, el GRECO examina el informe del Estado y elabora un informe de conformidad en el que detalla si el Estado ha cumplido (total o parcialmente) o no cada una de las recomendaciones individualmente considerada se incluye una conclusión general sobre la aplicación del conjunto de recomendaciones. Está prevista la posibilidad de una tercera etapa, que implica la apertura de un procedimiento especial para los casos en que la puesta en marcha de las recomendaciones se considere globalmente insatisfactoria. En tales casos pueden hacerse declaraciones públicas.

Las informaciones recogidas durante el procedimiento de evaluación y los informes de evaluación y de conformidad son, en principio, confidenciales, si bien el GRECO puede publicar resúmenes. También pueden publicarse los informes íntegros, con inclusión de los comentarios del Estado en cuestión, si éste lo solicita<sup>41</sup>. El GRECO publica también un informe anual de actividades<sup>42</sup>.

41. Por lo que se refiere a las evaluaciones de las que ha sido objeto España, pueden verse los informes adoptados durante cada ciclo. Así, en el primer ciclo: el informe de evaluación del GRECO sobre España, de 15 de junio de 2001 y el informe de conformidad de España de 17 de octubre de 2003, y Adenda a este último, de 1 de julio de 2005. En el segundo ciclo: informe de evaluación de 20 de mayo de 2005, informe de conformidad de 19 de octubre de 2007 y Adenda de 8 de octubre de 2009. En el tercer ciclo: informes de evaluación de 15 de mayo de 2009, sobre las incriminaciones (tema 1 de la evaluación) y sobre la transparencia en la financiación de los partidos políticos, Primer informe de conformidad de 1 de abril de 2011 y segundo informe de conformidad adoptado el 21 de junio de 2013 y publicado el 11 de julio de 2013, y Adendas a este segundo informe (primera adoptada el 10 de octubre de 2014 y publicada el 3 de marzo de 2015; y segunda Adenda, adoptada el 4 de diciembre de 2015 y publicada el 9 de febrero de 2016). Por último, respecto al cuarto ciclo, el informe de evaluación se adoptó el 6 de diciembre de 2013 y se publicó el 15 de enero de 2014; y el primer informe de conformidad, se adoptó el 1 de julio de 2016 y se publicó el 10 de octubre del mismo año). Todos los informes pueden consultarse en la Web del Consejo de Europa: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/index\\_FR.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/index_FR.asp). Sobre la evaluación de España en el primer y segundo ciclo puede verse GARCIANDÍA GARMENDIA, R., «La aplicación española de las normas de Derecho Internacional contra la corrupción», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIV (2008), 241-269, pp. 248-266; y en el cuarto ciclo JIMÉNEZ GARCÍA, F., *op. cit.*, pp. 131-133.

42. El último informe publicado, el n. 16, fue adoptado por GRECO los días 14-18 de marzo de 2016. Disponible en la web del Consejo de Europa, [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2016/Greco\(2016\)1\\_GAR\\_No.16\\_2015\\_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2016/Greco(2016)1_GAR_No.16_2015_FR.pdf).

#### 1.4. OBJETO Y PLAN DE EXPOSICIÓN

Hechas estas consideraciones previas sobre el concepto y naturaleza de la corrupción, sobre la cooperación internacional para tratar de hacerle frente, y sobre los mecanismos internacionales en vigor para luchar contra la misma adoptados en el plano universal y a nivel regional, el objeto principal de este estudio es la lucha contra el fraude y la corrupción en la UE, desde sus orígenes hasta la situación actual.

Antes de entrar a analizar los fundamentos jurídicos y los diferentes instrumentos que se han ido adoptando en el marco de la UE, conviene destacar la repercusión que tiene la corrupción en la UE. La Comisión Europea cifraba en el año 2011 el coste anual estimado de la corrupción en unos 120.000 millones de Euros, lo que representa el 1% del PIB de la UE, recursos que son sustraídos año tras año a las finanzas públicas y, en consecuencia, al bienestar de los ciudadanos. Si bien esa cifra podría ser muy superior<sup>43</sup>. Por otro lado, según los resultados de la encuesta del Eurobarómetro de 2013, a nivel europeo, el 76% de los encuestados cree que la corrupción está muy extendida en su propio país<sup>44</sup>.

43. Ver COM (2011) 308 final, ya citado, p. 3. Tal como se indica en dicho informe, no es fácil calcular el coste económico total de la corrupción, por lo que la cifra se basa en estimaciones de organismos e instituciones especializadas. La cifra real podría ser mucho más elevada, ya que la misma naturaleza de la corrupción hace que tienda a permanecer oculta, muchas veces no hay una víctima directa que pueda denunciar los hechos, la falta de protección suficiente a los posibles testigos dificulta mucho que salgan a la luz los casos de corrupción, y además, existe una cierta tolerancia social al respecto. En un estudio elaborado por el PE y publicado en marzo de 2016 se estima, teniendo en cuenta los costes indirectos de la corrupción que no fueron incluidos por la Comisión, que los costes anuales de la corrupción en la UE representan entre 179.000 y 990.000 millones de euros en términos de PNB, ver EUROPEAN PARLIAMENT, *The Cost of Non-Europe in the area of Organised Crime and Corruption*, Anex II-Corruption, Marzo de 2016, p. 9.

44. De acuerdo con la misma encuesta, España es uno de los países donde los encuestados piensan que la corrupción está muy extendida (95%). Además, 73% de los encuestados europeos cree que el soborno y la utilización de los contactos es a menudo la manera más sencilla de obtener determinados servicios públicos en su país. Y tan sólo un 23% entiende que los esfuerzos de sus Gobiernos son eficaces en la lucha contra la corrupción. Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2014) 38, de 3 de febrero de 2014, p. 7. Sobre la percepción de la corrupción en España, la dificultad de medir la corrupción y los diferentes indicadores utilizados al respecto, puede verse VILLORIA, M., «Principales rasgos y características de la corrupción en España», en VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIU, J.M., y TEJEDOR BIELSA, J. (Dirs.), *op. cit.*, 47-66, pp. 48-49 y 55-60; y TARÍN C., «La medición de la corrupción en España: Los datos objetivos», en VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIU, J.M., y TEJEDOR BIELSA, J. (Dirs.), *op. cit.*, 67-82.

El objetivo de una política global de la UE contra la corrupción ha de ser, como destaca la Comisión Europea, conseguir que se detecten y persigan judicialmente los actos corruptos y que los delincuentes sean castigados y privados de sus ingresos ilícitos, que se reduzcan las oportunidades de prácticas corruptas, prevenir los potenciales conflictos de intereses en el sector público (mediante estructuras administrativas transparentes y responsables a nivel legislativo, ejecutivo y judicial), garantizar (mediante estrategias globales de refuerzo de la integridad, el intercambio de mejores prácticas y el establecimiento de salvaguardias institucionales) que las decisiones en el sector público se adopten exclusivamente en interés público, y prevenir los conflictos de intereses en el sector privado.

En ese sentido, una política global de la UE contra la corrupción ha de ser necesariamente multisectorial y debe tener en cuenta sus importantes repercusiones para la UE en su conjunto, tanto respecto de su acción *ad intra*, como de su acción *ad extra*. La corrupción afecta a las diferentes políticas y acciones internas de la UE, en la medida en que interfiere en los procesos de adopción de decisiones, distorsiona la competencia, afecta al normal funcionamiento del mercado interior y perjudica seriamente los intereses financieros de la UE, pero la corrupción tiene también repercusiones en la acción exterior de la UE, pues afecta directamente a sus relaciones con terceros Estados y otras Organizaciones internacionales, y a la política comercial común, ya que perjudica la transparencia y apertura del comercio internacional. Además, la lucha contra la corrupción es, como hemos visto, objeto de atención en otros foros internacionales (ONU, OCDE o Consejo de Europa) en los que se han ido adoptando normas que vinculan a todos los Estados miembros y donde la UE debe desempeñar un papel motor, bien directamente o bien a través de la acción coordinada de los Estados miembros.

El objeto de este trabajo es el estudio de la acción *ad intra*, por lo que no vamos a ocuparnos con detalle de la acción *ad extra*. Nos limitamos a apuntar aquí que la acción exterior de la UE en materia de lucha contra la corrupción se manifiesta principalmente, por un lado, en la relaciones que la UE mantiene con determinados Estados con los que está vinculada por algún tipo de acuerdo, sea de asociación o de cooperación y ayuda al desarrollo y, por otro lado, en la participación activa en foros internacionales específicamente dedicados al tema.

Así, además de los Acuerdos de asociación en los que la lucha contra el fraude y la corrupción constituye uno de los principios generales de

la cooperación entre las partes<sup>45</sup>, merece la pena destacar también que la política de ayuda y cooperación al desarrollo de la UE comprende acciones para reforzar la buena gobernanza y la democratización, que incluyen políticas específicas de lucha contra la corrupción. A ese respecto, la UE sigue planteamientos basados en los incentivos, suministrando ayuda a través de programas dirigidos a apoyar las capacidades, mejorar las instituciones, prácticas y procedimientos en los que se presta especial atención a la promoción y refuerzo de la transparencia y el buen gobierno. Pero, junto a ello, se recurre igualmente (como se hace en el campo de la promoción y protección de los derechos humanos) al principio de condicionalidad con el fin de promover el cumplimiento de las normas mínimas anticorrupción internacionales previstas en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y en los demás convenios internacionales y regionales de los que los países afectados sean parte. Este principio permite entablar consultas específicas como respuesta a los casos graves de corrupción y, en su caso, aplicar sanciones si no se toman las medidas adecuadas. Se trata de insertar cláusulas estándar en los Acuerdos de cooperación en las que se recoge la posibilidad de exigir a la contraparte la adopción de medidas concretas en casos de corrupción y, llegado el caso, cancelar la financiación. El ejemplo más claro de este tipo de cláusulas es la que recoge el Acuerdo de Asociación con los países ACP, Acuerdo de Cotonú de 23 de junio de 2000<sup>46</sup>, que incluye los temas de la buena gestión de los asuntos públicos y la corrupción como elemento esencial en el art. 9.3 y el procedimiento de consultas y medidas pertinentes sobre corrupción en el art. 97<sup>47</sup>.

45. Puede verse en ese sentido, por ejemplo, el Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las CCEE y sus Estados miembros, por una parte y Bosnia y Herzegovina, por otra, de 16 de junio de 2008, *DO L 164*, de 30 de junio de 2015; el Acuerdo de Asociación entre la UE y la CEEA y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra, de 27 de junio de 2014, *DO L 261*, de 30 de agosto de 2014; el Acuerdo de Asociación entre la UE y la CEEA y sus Estados miembros, por una parte, y Moldavia, por otra, *DO L 260*, de 30 de agosto de 2014; el Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las CCEE y sus Estados miembros, por una parte y Bosnia y Herzegovina, por otra, de 16 de junio de 2008, *DO L 164*, de 30 de junio de 2015.
46. Decisión del Consejo 2000/483/CE que contiene el Acuerdo de asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000 (*DO L 317* de 15 de diciembre de 2000), modificado por primera vez por Decisión 2005/599/CE del Consejo de 21 de junio de 2005 (*DO L 209*, de 11 de agosto de 2005) y por segunda vez mediante Decisión 2010/648/UE del Consejo de 14 de mayo de 2010 (*DO L 287*, de 4 de noviembre de 2010).
47. El art. 9 dispone en su apartado 3: «En el marco de un entorno político e institucional respetuoso de los derechos humanos, de los principios democráticos y del Estado de derecho, la buena gestión de los asuntos públicos se define como la gestión transparente y responsable de los recursos humanos, naturales, económicos y financieros para conseguir un desarrollo equitativo y duradero.



Por otra parte, la UE participa activamente en aquellos foros internacionales en los que se aborda la lucha contra la corrupción. En ese sentido, conviene recordar, por ejemplo, que la UE se adhirió al Convenio de las Naciones Unidas contra la corrupción<sup>48</sup>, y que está negociando con el Consejo de Europa su adhesión a los instrumentos anticorrupción adoptados en su seno, y al GRECO<sup>49</sup>.

Sin embargo, como advertíamos, el objeto principal de nuestro estudio es la acción desarrollada por la UE *ad intra*. De modo que analizaremos a continuación, en primer lugar, los fundamentos jurídicos en virtud de los cuales la UE viene desarrollando su labor en materia de lucha contra el fraude y la corrupción y la evolución experimentada al respecto con las sucesivas reformas de los Tratados constitutivos.

En segundo lugar, nos ocuparemos de los principales instrumentos y medidas adoptados en el seno de la UE, sobre la base de tales fundamentos jurídicos, para poner en marcha una política de lucha contra el fraude y la corrupción *ad intra*. La UE trata de desarrollar una política global

---

Implica procedimientos de toma de decisión claros por parte de las autoridades públicas, unas instituciones transparentes y responsables, la primacía del derecho en la gestión y la distribución de los recursos, y el refuerzo de las capacidades de elaboración y aplicación de medidas destinadas en particular a prevenir y luchar contra la corrupción. La buena gestión de los asuntos públicos, que fundamenta la asociación ACP-UE, inspirará las políticas internas e internacionales de las Partes y constituye un elemento fundamental del presente Acuerdo. Las Partes convienen en que solamente los casos graves de corrupción, incluidos los sobornos que generen tal corrupción, mencionados en el artículo 97, constituyen una violación de este elemento». Por su parte, el art. 97 dispone: «1. Las Partes consideran que, cuando la Comunidad sea un socio importante en términos de apoyo financiero a políticas y programas económicos y sectoriales, los casos graves de corrupción deberían ser objeto de consultas entre las Partes. 2. En tales casos, cualquiera de las Partes podrá invitar a la otra Parte a celebrar consultas. Éstas comenzarán a más tardar 30 días después de la invitación y el diálogo al amparo del procedimiento de consulta no podrá durar más de 120 días 3. Si las consultas no conducen a una solución aceptable para las Partes o en caso de denegación de consulta, las Partes adoptarán las medidas pertinentes. En todos los casos, corresponde a la Parte en la que se hayan constatado los casos graves de corrupción adoptar inmediatamente las medidas necesarias para remediar la situación. Las medidas adoptadas por cualquiera de las Partes deben ser proporcionales a la gravedad de la situación. Al elegir tales medidas, se dará prioridad a las medidas que menos perturben la aplicación del presente Acuerdo. Se entiende que la suspensión sería un último recurso...».

48. Decisión 2008/801/CE del Consejo, de 25 de septiembre de 2008, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (DO L 287, de 29 de octubre de 2008).

49. Informe de la Comisión al Consejo sobre las modalidades de participación de la Unión Europea en el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO), COM (2011) 307 final, de 6 de junio de 2011. Por su parte, el art. 2 del Reglamento interno del GRECO prevé expresamente esa posibilidad.



en la materia que comprenda tanto la vertiente de la represión, como la de la prevención, fomentando la transparencia, la integridad y el buen gobierno, por ejemplo, a través de los códigos de conducta, las normas sobre contratación pública y blanqueo de capitales, entre otras muchas. Sin embargo, nos ocupamos en este trabajo principalmente de la primera vertiente, es decir, la de la represión, si bien prestaremos también atención al mecanismo de supervisión, el informe anticorrupción de la UE, que puede situarse más bien entre las medidas que obedecen a un fin de prevención.

La acción de lucha contra el fraude y la corrupción desde este enfoque más centrado en la represión, se ha venido afrontando en la UE desde una doble perspectiva. Por un lado, desde la perspectiva del Derecho penal, a la que se dedica el tercer epígrafe del trabajo. Desde esta perspectiva, se persigue fundamentalmente la armonización de las normas internas en estas materias, teniendo en cuenta que tanto la tipificación penal de las conductas como la exigencia de responsabilidad penal y la determinación y aplicación de las sanciones son competencia de los Estados miembros. Esa acción desde el Derecho penal se ha llevado a cabo en tres ámbitos concretos, la persecución del fraude y la corrupción que afecta a los intereses financieros de la UE, la persecución de la corrupción en el sector público y la persecución de la corrupción en el sector privado.

La segunda perspectiva es la del Derecho administrativo, de la que nos ocupamos en el epígrafe cuarto, que se centra en el establecimiento de controles y verificaciones para detectar irregularidades en la gestión del presupuesto de la UE y en las posibles medidas y sanciones administrativas aplicables. Ámbito en el que ejerce un papel fundamental la Oficina Europea de lucha contra el fraude, a la que dedicamos una atención especial.

Pero además, la UE consideró necesario establecer indicadores para medir los esfuerzos desplegados por las instituciones y por los Estados miembros en la lucha contra el fraude y la corrupción y para ello, arbitró la creación de un mecanismo específico de la UE, el informe anticorrupción elaborado por la Comisión, al que nos referimos en el epígrafe quinto.

Cierra el trabajo un breve apartado de conclusiones en el que hacemos un balance de la aplicación de los mecanismos existentes y apuntamos algunas perspectivas de futuro.

## 2. LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA: FUNDAMENTO JURÍDICO

### 2.1. DE LOS TRATADOS ORIGINARIOS AL TRATADO DE MAASTRICHT

#### 2.1.1. El principio de cooperación leal y la obligación de proteger los intereses financieros de las Comunidades

La preocupación por la lucha contra la corrupción en la UE ha estado directamente vinculada desde sus orígenes a un ámbito muy concreto, la lucha contra el fraude en detrimento de los intereses financieros comunitarios.

Las CCEE, como Organizaciones internacionales, contaron desde el principio con su propio presupuesto. Un presupuesto elevado, cuya cuantía ha ido aumentando con los años. Así, el presupuesto de la UE para el año 2017, aprobado el 1 de diciembre de 2016, establece un nivel total de compromisos de 157.860 millones de Euros y de pagos de 134.490 millones de Euros<sup>50</sup>. Además, se trata de un presupuesto sujeto a ciertas peculiaridades, tanto en lo referido a los ingresos como a los gastos<sup>51</sup>. Los

50. Puede verse un resumen del presupuesto de la UE para 2017 en <http://www.consilium.europa.eu/es/policias/eu-annual-budget/2017/>.

51. Respecto a los ingresos, formados por los recursos propios de la UE, el art. 2 Decisión 2014/335/UE Euratom, del Consejo de 26 de mayo de 2014, sobre el sistema de recursos propios de la UE (DO L 168, de 7 de junio de 2014) dispone que constituyen recursos propios, consignados en el presupuesto de la UE: a) los recursos propios tradicionales consistentes en exacciones, primas, montantes suplementarios o compensatorios, importes o elementos adicionales, derechos del arancel aduanero común y otros derechos que hayan fijado o puedan fijar las instituciones de la UE en los intercambios comerciales con terceros países, derechos de aduana sobre los productos regulados por el TCECA, ya expirado, así como cotizaciones y otros derechos previstos en el marco de la organización común de mercados en el sector del azúcar (Los Estados miembros retendrán, en concepto de gastos de recaudación, el 20% de las cantidades mencionadas); b) la aplicación de un tipo uniforme (que se fijará en un 0,30%) válido para todos los Estados miembros a las bases imponibles del IVA armonizadas, determinadas conforme a las normas de la UE. La base imponible que deberá tenerse en cuenta a estos efectos no excederá del 50% de la renta nacional bruta (RNB) para cada Estado miembro; c) la aplicación de un tipo uniforme –que se determinará con arreglo al procedimiento presupuestario en función del total de todos los demás ingresos– a la suma de las RNB de todos los Estados miembros y se aplicará a la RNB de cada Estado miembro. También se consideran recursos propios, los ingresos procedentes de cualquier otro gravamen que se establezca, en el marco de una política común, con arreglo al TFUE. Por su parte, los gastos, suponen importantes cantidades de dinero dedicadas a diferentes sectores específicos como la PAC, la cohesión económica, social y territorial, entre otros, a través de diversos Fondos en cuya ejecución participan los Estados miembros (Fondo Europeo Agrícola de Garantía, Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural, Fondo Social Europeo, Fondo Europeo de Desarrollo Regional, Fondo de Asilo, Migración e Integración,...).

Estados miembros participan directamente en la recaudación de los ingresos y gestionan aproximadamente el 80% de los gastos, en virtud del principio de la gestión compartida. Eso sí, bajo el control de la Comisión, que es la responsable última de la ejecución del presupuesto.

Sin embargo, y a pesar de atribuir esa responsabilidad final a la Comisión, los Tratados constitutivos originarios, no incluían disposiciones específicas en las que basar una acción general por parte de las CCEE dirigida específicamente a luchar contra el fraude que afectase a sus intereses financieros<sup>52</sup>. Ello al margen de las obligaciones que, con carácter general, derivan para los Estados miembros del principio de cooperación leal (antiguo art. 5 TCEE, actual art. 4.3 TUE), que les exige adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por los Tratados y abstenerse de llevar a cabo cualquier acción que pueda comprometer el cumplimiento de los objetivos de la UE.

La elevada cuantía del presupuesto, unida a sus particularidades, a la intervención directa de los Estados miembros en su gestión y a la ausencia de disposiciones en los Tratados dirigidas a permitir la adopción por las instituciones de medidas de lucha contra el fraude, hicieron posible, en la práctica, una amplia variedad de modalidades de fraude<sup>53</sup>. Por ello, desde muy pronto, la lucha contra el fraude que perjudicaba los intereses financieros comunitarios fue objeto de preocupación y adquirió una particular relevancia.

La primera propuesta de incluir disposiciones particulares para hacer frente a ese tipo de conductas fraudulentas, fue planteada por la Comisión Europea en 1976 a través de un Proyecto de modificación de los Tratados<sup>54</sup> que pretendía dejar claro que las obligaciones derivadas para los Estados del principio de cooperación leal, incluían la protección de los intereses

52. Existían disposiciones concretas en las que basar ciertas acciones específicas referidas a sectores concretos, como la PAC o los Fondos estructurales, que fueron utilizadas para fundamentar la lucha contra las irregularidades a través de investigaciones, controles, e incluso sanciones.

53. Ver NAVARRO BATISTA, N., «La lucha contra el fraude tras el Tratado de Ámsterdam: un proceso inacabado», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 4 (1998), 429-472, pp. 430-434, que además de ilustrar acerca de supuestos de fraude, se refiere a algunas de las causas que lo propiciaban.

54. Proyecto de modificación de los Tratados para permitir la adopción de normas comunes sobre la protección penal de los intereses financieros de las CCEE y sobre la persecución de las infracciones a las disposiciones de dichos Tratados, presentado por la Comisión Europea el 10 de agosto de 1976 (JO C 222, de 22 de septiembre de 1976).

financieros comunitarios, pero dicha propuesta no tuvo éxito y no llegó a producirse la modificación de los Tratados en ese sentido.

Sería el Tribunal de Justicia (TJ), en su Sentencia de 21 de septiembre de 1989 en el asunto *Comisión c. Grecia*<sup>55</sup>, el que vendría a destacar la relevancia del principio de cooperación leal en esta materia, aclarando las concretas obligaciones que se derivan para los Estados de dicho principio. El TJ afirmó que el principio de cooperación leal obliga a los Estados miembros, no sólo a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar la aplicación eficaz del Derecho comunitario, sino también de asimilar la protección de los intereses financieros comunitarios a la protección de sus propios intereses presupuestarios, de contar con un sistema de sanciones proporcionadas, efectivas y disuasorias para tales casos y de proceder con la misma diligencia que en la aplicación de las respectivas legislaciones nacionales. En palabras del TJ:

«... cuando una normativa comunitaria no contenga disposición específica alguna que prevea una sanción en caso de infracción o cuando remita en este aspecto, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, el artículo 5 del Tratado exige de los Estados miembros la adopción de todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario.

Para ello, aun conservando la elección de las sanciones, los Estados miembros deben procurar, en particular, que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones análogas de fondo y de procedimiento a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan una índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio a la sanción.

Además, en relación con las infracciones del Derecho comunitario, las autoridades nacionales deben proceder con la misma diligencia

55. Sentencia del TJ de 21 de septiembre de 1989, *Comisión c. Grecia*, Asunto 68/88, EU:C:1989:339, Ftos. 23-25. Se trataba de un recurso presentado por la Comisión contra Grecia por incumplimiento de ese deber de cooperación leal. Grecia no había percibido y, por tanto, tampoco transferido a la CEE la exacción agraria correspondiente a la importación desde Yugoslavia de varios cargamentos de maíz. Maíz que fue vendido después por Grecia a Bélgica como si se tratase de maíz griego. Los hechos contaron, primero, con la complicidad de varios funcionarios griegos y, después, fueron también encubiertos con documentos y declaraciones falsos de altos funcionarios griegos.

que utilizan para la aplicación de las respectivas legislaciones nacionales».

### **2.1.2. La necesidad de cooperar para luchar contra el fraude y la corrupción**

Poco después, en 1991, el Consejo y los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en su seno<sup>56</sup>, pusieron de manifiesto su creciente preocupación por el fraude contra los ingresos y gastos comunitarios, que se producía a gran escala, y el temor de que la libre circulación de mercancías, capitales, personas y servicios derivadas de la realización del mercado interior pudiese incrementar el riesgo de internacionalización del fraude. Así, concluyeron en la necesidad de que, tanto las instituciones como los Estados miembros, en sus respectivos ámbitos de competencia y en estrecha coordinación, debían adoptar medidas adecuadas para analizar, prevenir y combatir el fraude. Quedaba claro que no eran suficientes las medidas unilaterales de los Estados, sino que debía ponerse en marcha un sistema de cooperación administrativa y penal entre ellos, lo que requería hacer compatibles los respectivos ordenamientos nacionales en materia tipificación de delitos y de sanciones.

El tema se llevó a la Conferencia intergubernamental de reforma de los Tratados<sup>57</sup> que desembocó en la adopción, el 7 de febrero de 1992, del Tratado de Maastricht<sup>58</sup>. Dicho Tratado vino a constitucionalizar de alguna manera, en el art. 209 A TCE<sup>59</sup>, la jurisprudencia sentada por el TJ en el

56. Resolución de 13 de noviembre de 1991 (DO C 328, de 17 de diciembre de 1991).

57. Al mismo tiempo que se pidió a la Comisión que realizase un estudio jurídico comparativo de los diferentes ordenamientos internos, prestando especial atención a la definición del concepto de fraude, a los elementos del delito, las sanciones aplicables y la responsabilidad, incluyendo la responsabilidad de las personas jurídicas. En realidad, la Comisión había comenzado ya por propia iniciativa un estudio comparativo de los sistemas nacionales de sanciones administrativas y penales en los Estados miembros, y de los principios generales del sistema comunitario de sanciones, remitiendo los resultados de tales estudios al Consejo y al PE en julio de 1993 [Documento de trabajo de los servicios de la Comisión SEC (93) 1172, de 16 de julio de 1993].

58. Tratado de la Unión Europea, adoptado en Maastricht que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, (BOE, de 13 de enero de 1994). Versión consolidada en DO C 224, de 31 de agosto de 1992.

59. El art. 209 A del TCE versión de Maastricht disponía: «Los Estados miembros adoptarán las mismas medidas para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adopten para combatir el fraude a sus propios intereses financieros. Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán,

asunto *Comisión c. Grecia*, instando además a la coordinación y colaboración estrecha y regular entre los Estados miembros, con ayuda de la Comisión, en la lucha contra el fraude contra los intereses financieros comunitarios. Sin embargo, el Tratado seguía sin establecer una base jurídica general adecuada para que las instituciones pudieran adoptar medidas concretas al respecto y desarrollar una política común de lucha contra el fraude que afectase a los intereses financieros comunitarios.

Además, el Tratado de Maastricht recogió por primera vez en el Derecho originario la cooperación en materia de justicia y asuntos de interior, que ya venía desarrollándose desde hacía algún tiempo entre los Estados miembros. Ahora bien, no se previó la cesión de competencias en este ámbito, que se mantuvo en el marco de la mera cooperación intergubernamental entre Estados. Se dedicaron a ello las disposiciones del Título VI relativas a la cooperación intergubernamental en los ámbitos de justicia y los asuntos de interior (art. K y ss.). Ámbitos en los que se consideraba expresamente de interés común para los Estados miembros y, por tanto, posible objeto de dicha cooperación, la lucha contra la defraudación a escala internacional y la cooperación judicial en materia penal (art. K.1).

En ese marco, se establecía la obligación para los Estados miembros de informarse y consultarse mutuamente en el seno del Consejo para coordinar su acción y de establecer, a ese fin, una colaboración entre los servicios competentes de sus respectivas administraciones (art. K.3.1). Se facultaba al Consejo (a iniciativa de cualquier Estado miembro para la cooperación judicial penal o de cualquier Estado miembro o la Comisión en caso de medidas para luchar contra la defraudación a escala internacional) para adoptar posiciones y acciones comunes y para celebrar convenios, recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales (art. K.3.2)<sup>60</sup>. Sobre esa base, se adoptaron los principales Convenios todavía vigentes de la UE dedicados a la lucha contra el fraude y la corrupción que luego analizaremos, y la primera medida de la UE (una acción común) sobre la corrupción en el sector privado. También sobre esta base se adoptó el Convenio Europol<sup>61</sup>.

---

con la ayuda de la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre los servicios competentes de sus administraciones».

60. Se recogía la posibilidad de que tales convenios pudieran disponer la competencia del TJ para interpretar sus disposiciones y dictar sentencia en los litigios sobre su aplicación, conforme a las modalidades que en ellos se estableciera.

61. La creación de una Oficina Europea de Policía (Europol) se acordó por acto del Consejo de 26 de julio de 1995 relativo al establecimiento del Convenio basado en

Por otra parte, desde mediados de los años 90, el incremento de la delincuencia organizada a nivel internacional, unido a la supresión de los controles en las fronteras interiores entre los Estados que habían ratificado el Convenio Schengen y su Acuerdo de aplicación<sup>62</sup>, hizo que junto a esa preocupación inicial específica por luchar contra el fraude o la corrupción para proteger los intereses financieros comunitarios, empezara a considerarse también esencial y de interés común para los Estados miembros en el marco de esa cooperación intergubernamental, la lucha contra la delincuencia organizada, incluyéndose expresamente la corrupción entre tales delitos. Así, en su reunión de Dublín, de 13 y 14 de diciembre de 1996, el Consejo Europeo<sup>63</sup>, subrayó su absoluta determinación de luchar contra la delincuencia organizada mediante un enfoque coherente y coordinado y decidió crear un Grupo de alto nivel para que elaborase un Plan de acción global que abordara la lucha contra la delincuencia organizada en todos sus aspectos.

El Grupo elaboró un Plan de acción que fue adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997<sup>64</sup> y que recoge una serie orientaciones políticas para ser aprobadas por el Consejo Europeo, y un programa de trabajo para hacer efectivas dichas orientaciones, con recomendaciones de acciones concretas a adoptar por la UE y los Estados miembros. Merece la pena destacar la orientación n.º 13, pues es la primera vez que se hace referencia expresamente a la necesidad de desarrollar una política global de lucha contra la corrupción (tanto en el sector público como en el privado y a desarrollar tanto *ad intra* como *ad extra*) en la que estarían implicados los Estados miembros, el Consejo y la Comisión:

«El Consejo Europeo destaca la importancia de fortalecer la transparencia de la administración pública y de las empresas y de

el art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se crea una Oficina de Policía Europea (DO C 316, de 27 de noviembre de 1996).

62. Recordemos que el 14 de junio de 1985 se celebró entre Alemania, Francia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo el Convenio Schengen, por el que se decidió la supresión de los controles en las fronteras interiores. El 19 de junio de 1990 se celebró el Acuerdo de aplicación del Convenio Schengen y el 26 de marzo de 1995 se produjo la supresión real de los controles fronterizos internos entre los Estados firmantes de tales Convenios además de Portugal y España que firmaron el acuerdo el 25 de junio de 1991, entrando en vigor el 1 de marzo de 1994 (BOE, 5 de abril de 1994).

63. Ver apartado V.3 de las Conclusiones de la Presidencia.

64. DO C 251, de 15 de agosto de 1997. El Grupo aprobó el Plan de acción el 9 de abril de 1997, tras 6 reuniones. Como el Consejo Europeo le había solicitado que remitiese a la Conferencia Intergubernamental, cualesquiera cuestiones que implicaran cambios en ese ámbito, el Grupo especifica tales cuestiones en una carta presentada a la Conferencia que figura en Anexo al Documento del Consejo.



evitar el uso de prácticas corruptas por parte de la delincuencia organizada. En este contexto, los Estados miembros, el Consejo y la Comisión deberían:

– *desarrollar una política global de lucha contra la corrupción, que incluya sanciones adecuadas y eficaces, teniendo en cuenta el trabajo realizado en otros foros internacionales, pero que aborde también todos los aspectos vinculados al funcionamiento adecuado del mercado interior y otras políticas internas y la asistencia y cooperación exteriores...».*

Dicha orientación se concreta en la recomendación n.º 6 dirigida la Comisión y a los Estados miembros de llevar a cabo una política global contra la corrupción, que debería:

«... centrarse, en primer lugar, en elementos de prevención, abordando aspectos como las repercusiones de las lagunas de la legislación, las relaciones entre lo público y lo privado, la transparencia de la gestión financiera, las normas de participación en la contratación pública y los criterios para nombramientos en cargos de responsabilidad, etc. Debería cubrir también las sanciones, ya fueran penales, administrativas o civiles, y el efecto de la política de la Unión en sus relaciones con terceros Estados».

## 2.2. EL TRATADO DE ÁMSTERDAM

El Consejo Europeo de Ámsterdam, de 16 y 17 de junio de 1997, respaldó las orientaciones políticas del Plan de acción, e instó al Consejo a ponerlo en práctica. Y esa evolución se reflejó en el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997<sup>65</sup>, que vino a comunitarizar en parte la cooperación en asuntos de justicia e interior, y aunque eso no afectó a la cooperación policial y judicial, que seguiría en el plano de la cooperación intergubernamental, sí recogió algunos avances.

Por un lado, el Tratado de Ámsterdam incluyó entre los objetivos de la UE (art. 2 TUE) el de mantener y desarrollar la UE como un espacio de libertad, seguridad y justicia. Para lograrlo, el Título VI preveía una acción en común de los Estados sobre cooperación policial y judicial en materia penal, introduciéndose por primera vez de forma expresa la prevención y lucha contra la corrupción entre los ámbitos de esa cooperación (art. 29

65. En vigor desde 1 de mayo de 1999. Puede consultarse la versión consolidada en *DO* C 340, de 10 de noviembre de 1997.

TUE)<sup>66</sup>. Una acción común cuya puesta en marcha podría incluir, entre otras cosas, la progresiva adopción de medidas para establecer normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada (art. 31 TUE). Se mantenía la obligación para los Estados miembros de informarse y consultarse mutuamente en el seno del Consejo a efectos de coordinar su acción y de establecer una colaboración entre los servicios competentes de sus respectivas administraciones (art. 34.1 TUE). Se otorgaba competencia al Consejo para adoptar, si bien por unanimidad, a propuesta de cualquier Estado miembro o de la Comisión posiciones comunes, decisiones marco para la aproximación de disposiciones legales y reglamentarias, decisiones<sup>67</sup> y convenios (art. 34.2 TUE). Igualmente, se reconoce la competencia del TJ para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez e interpretación de tales decisiones marco y decisiones y sobre la interpretación de los convenios y sobre la validez e interpretación de sus medidas de aplicación (art. 35 TUE).

Respecto a la protección de los intereses financieros comunitarios, el Tratado de Ámsterdam también introdujo modificaciones. El art. 280 TCE<sup>68</sup>

66. Arts. 29 a 42. El art. 29 TUE señala que ese espacio de libertad, seguridad y justicia habría de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, *la corrupción* y el fraude.
67. En el marco de la cooperación policial se exigía al Consejo fomentar la cooperación a través de Europol, y a esos efectos, se le facultaba para adoptar medidas concretas (art. 30 TUE). Teniendo eso en cuenta y en virtud de la facultad de adoptar Decisiones obligatorias en estas materias reconocida en el art. 34.2.c TUE, el Consejo adoptó la Decisión 2009/371/JAI, del Consejo de 6 de abril de 2009, por la que se crea la Oficina Europea de Policía (*DO L 121*, de 15 de mayo de 2009), que derogaba todas las medidas de aplicación del convenio Europol. De acuerdo con el art. 3 de esta Decisión, el objetivo de Europol es apoyar y reforzar la acción de las autoridades competentes de los Estados miembros y su cooperación mutua en materia de prevención y lucha contra la delincuencia organizada, el terrorismo y otras formas de delitos graves que afecten a dos o más Estados. En ese sentido, las competencias de Europol abarcan, según el art. 4.1 de la Decisión, la delincuencia organizada, el terrorismo y otras formas de delitos graves, entre los que se incluye expresamente el fraude y estafa y la corrupción (anexo), en la medida en que dos o más Estados miembros se vean afectados de tal modo que, debido al alcance, gravedad y consecuencias de los actos delictivos se requiera una actuación común de los Estados miembros.
68. El art. 280 TCE establecía: «1. La Comunidad y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros. 2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros. 3. Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados miembros coordinarán

(antiguo art. 209 A) reconocía por primera vez la responsabilidad de la Comunidad en este ámbito, dando competencia al Consejo para adoptar las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros comunitarios para ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros, salvo las referidas a la aplicación de la legislación penal nacional o a la administración nacional de justicia, y encargaba a la Comisión, en cooperación con los Estados miembros, la presentación de informes anuales sobre las medidas adoptadas.

En definitiva, el Tratado de Ámsterdam ofrecía un marco jurídico para permitir, por un lado, que los Estados miembros llevaran a cabo acciones conjuntas en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en asuntos penales, al objeto de prevenir y combatir la delincuencia al nivel que corresponda, en particular determinados tipos de delitos entre los que se incluyen la corrupción, el blanqueo de dinero y el fraude, y por otro lado, para permitir la adopción por las instituciones de medidas de lucha contra el fraude que perjudique los intereses financieros de la UE. Pero también, para favorecer el papel de la UE como actor y participante en la escena internacional, a nivel bilateral y en foros internacionales<sup>69</sup>.

El Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999<sup>70</sup>, entendió que el Espacio de libertad, seguridad y justicia debía basarse en los principios de transparencia y control democrático y que la UE debía desarrollar un

---

sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes. 4. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros. Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia. 5. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para la aplicación del presente artículo».

69. Así lo puso de manifiesto el *Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia*, adoptado por el Consejo, el 3 de diciembre de 1998 (DO C 19, de 23 de enero de 1999), suscrito por el Consejo Europeo de Viena, de 11 y 12 de diciembre de 1998 (Apartado X, punto 83 de las Conclusiones del Consejo Europeo). Ver párrafos 11, 17, 18 y 22 del Plan de acción.
70. El Consejo Europeo de Tampere estableció las bases para la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia, fijando las directrices políticas y los objetivos concretos conforme a los que debía promoverse la aplicación plena e inmediata del Tratado de Ámsterdam sobre la base del Plan de acción de Viena. Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999. Ver párs. 6 a 9 y 40 de las Conclusiones. Así como el

papel significativo a nivel internacional, en estrecha cooperación con países asociados y otras Organizaciones, como el Consejo de Europa, la OSCE, la OCDE y la ONU. Se manifestó firmemente resuelto a reforzar la lucha contra la delincuencia organizada y transnacional grave, llamando a integrar los aspectos de la prevención en todas las acciones a adoptar, por los Estados miembros a nivel nacional y por la propia UE en su acción interior y exterior; al intercambio de mejores prácticas, reforzando la red de autoridades nacionales competentes en materia de prevención, y al incremento de la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros<sup>71</sup>. Asimismo, el Consejo Europeo destacó el papel fundamental de Europol en el apoyo a la prevención, análisis e investigación de la delincuencia a escala de la UE; y decidió la creación de una unidad (Eurojust<sup>72</sup>) que estaría integrada por fiscales, magistrados o agentes de policía, cedidos temporalmente por cada Estado miembro para facilitar la coordinación de las fiscalías nacionales, apoyar las investigaciones penales en casos de delincuencia organizada, y cooperar estrechamente con la red judicial europea<sup>73</sup>. En lo referido a la aproximación de legislaciones penales nacionales:

«... el Consejo Europeo considera que, con respecto al Derecho penal nacional, la labor para acordar definiciones, inculpaciones y sanciones comunes debe centrarse en primer lugar en una serie limitada de sectores de especial importancia, tales como la delincuencia financiera (blanqueo de capitales, *corrupción*, falsificación del euro)...<sup>74</sup>».

El Tratado de Niza, no introdujo novedades considerables en este tema. Posteriormente, el Consejo Europeo, en el Programa de La Haya celebró el desarrollo de un concepto estratégico para hacer frente a la delincuencia organizada y pidió al Consejo y la Comisión que lo hiciesen operativo junto con otros socios como Europol, Eurojust, y las autoridades nacionales

apartado VIII (párrs. 41 y 42) que se dedican a la Prevención de la delincuencia a escala de la UE y el apartado IX (párrs. 43-46).

71. En esa línea, por Decisión 2008/852/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a una red de puntos de contacto en contra de la corrupción (DO L 301, de 12 de noviembre de 2008), se creó dicha Red, con el fin de mejorar la cooperación entre autoridades y organismos en la prevención y lucha contra la corrupción en Europa y a cuyas actividades se asocian plenamente la Comisión, Europol y Eurojust.
72. La unidad Eurojust fue creada por Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002, para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (DO, L 63, de 6 de marzo de 2002), con fundamento en los arts. 31 y 34. 2 c) del TUE. Decisión que fue modificada por Decisión 2009/426/JAI, del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se refuerza Eurojust (DO, L 138, de 4 de junio de 2009).
73. Decisión del Consejo de 28 de mayo de 2001 por la que se crea un Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (DO L 174 de 27 de junio de 2001).
74. Pár. 48 de las Conclusiones.

competentes y, en ese contexto, debían incluirse las cuestiones relativas a la lucha contra la corrupción y a su vinculación con la delincuencia organizada<sup>75</sup>.

### 2.3. LAS NUEVAS POSIBILIDADES ABIERTAS POR EL TRATADO DE LISBOA

El Tratado de Lisboa<sup>76</sup> contiene una serie de disposiciones que abren nuevas expectativas en estas materias. Dicho Tratado mantiene el espacio de libertad, seguridad y justicia entre los objetivos de la Unión (art. 3.2 TUE), pero su regulación, en el Título V de la tercera parte del TFUE, deja de estar sometida a las reglas de la competencia intergubernamental para convertirse en un ámbito de competencia compartida entre la UE y sus Estados miembros.

El art. 67.1 TFUE enmarca ese espacio en el respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros. Y su apartado 3 aclara que:

3. La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales.

Corresponde al Consejo Europeo definir las orientaciones estratégicas en este espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 68 TFUE) y a los parlamentos nacionales velar por el respeto del principio de la subsidiariedad (art. 69 TFUE).

Por lo que se refiere especialmente a la lucha contra la corrupción, es importante el art. 83 TFUE (antiguo art. 31 TUE) ya que faculta por primera vez al PE y al Consejo para adoptar Directivas, conforme al procedimiento legislativo ordinario, dirigidas a fijar normas mínimas para la definición de las infracciones penales y las sanciones respecto de una serie de ámbitos

75. Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, *DO C* 53, de 3 de marzo de 2005.

76. Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 13 de diciembre de 2007, versión consolidada en *DO C* 202, de 7 de junio de 2016.

delictivos de especial gravedad y con una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Ámbitos delictivos entre los que figura expresamente la corrupción. Dicho artículo permite igualmente establecer, mediante la adopción de Directivas, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones en ámbitos que ya hayan sido objeto de medidas de armonización cuando la aproximación de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la UE en dicho ámbito.

El art. 85 TFUE confiere expresamente a Eurojust la función de apoyar y reforzar la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros o que deba perseguirse según criterios comunes (entre los que se incluyen el fraude y la corrupción) basándose en las operaciones efectuadas y la información proporcionada por las autoridades nacionales y Europol. Y, a ese fin, faculta al PE y al Consejo para determinar, por Reglamento adoptado conforme al procedimiento legislativo ordinario, la estructura, funcionamiento, ámbito de actuación y competencias de Eurojust, que podrán incluir el inicio de diligencias de investigación penal, y la propuesta de incoación de procedimientos penales por las autoridades nacionales competentes, en particular los relativos a infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la UE y la coordinación de tales investigaciones y procedimientos.

También merece la pena destacar la relevancia del art. 86 TFUE, ya que prevé la posibilidad de crear mediante Reglamento del Consejo<sup>77</sup> una

77. Adoptado conforme a un procedimiento legislativo especial en el que el Consejo habrá de pronunciarse por unanimidad y previa aprobación del PE. Ahora bien, si no se alcanzase la unanimidad requerida, un mínimo de 9 Estados miembros podrá solicitar que el proyecto de Reglamento se someta al Consejo Europeo, suspendiéndose el procedimiento ante el Consejo. De lograrse un consenso, en un plazo de 4 meses, el Consejo Europeo devolverá el proyecto al Consejo para su adopción. No obstante, se prevé también el recurso a la vía de la cooperación reforzada si no se consigue el consenso en ese plazo. Si, al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de Reglamento de que se trate, lo comunicarán al PE, al Consejo y a la Comisión y, en tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el art. 20.2 TUE y el art. 329.1 del TFUE se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada (art. 86.1 TFUE). El Estatuto de la Fiscalía, que vendría fijado por su propio Reglamento de creación, regulará las condiciones de ejercicio de sus funciones, las normas de procedimiento aplicables a sus actividades, a la admisibilidad de las pruebas y al control jurisdiccional de los actos adoptados por la Fiscalía en el ejercicio de sus funciones (art. 86. 3 TFUE).



Fiscalía Europea a partir de Eurojust con la finalidad inicial de combatir las infracciones que causen perjuicio a los intereses financieros de la UE, pero que podría ver ampliadas sus competencias a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza (supuestos en los que, como hemos visto, se incluye la corrupción)<sup>78</sup>. La Fiscalía Europea, en su caso en colaboración con Europol, sería competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la UE, para incoar procedimiento penal y para solicitar la apertura de juicio contra ellos. Además, ejercería ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones (art. 86.2 TFUE).

Por otra parte, para la protección de los intereses financieros de la UE, el art. 325 TFUE, amplía la exigencia de otorgar una protección eficaz y equivalente, no sólo en los Estados miembros (como hacía el antiguo art. 280 TCE), sino también en las instituciones, órganos y organismos de la UE<sup>79</sup>, facultando al PE y al Consejo, conforme al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Tribunal de Cuentas, para adoptar las medidas necesarias en materia de prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses de la UE con miras a lograr esa protección. Se elimina además la limitación prevista en el antiguo art. 280 TCE de que dichas medidas no podrían ir referidas a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de justicia. Se mantiene, en cambio, el cometido

78. Si el Consejo Europeo, por decisión unánime y previa aprobación del PE y consulta a la Comisión, decidiese llevar a cabo (simultáneamente o con posterioridad) el proceso de revisión simplificada de los apartados 1 y 2 de dicho artículo tal como prevé el apartado 4 del mismo.

79. El actual art. 325 TFUE dispone: «1. La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión. 2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros. 3. Sin perjuicio de otras disposiciones de los Tratados, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes. 4. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptarán las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión. 5. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para la aplicación del presente artículo».



de la Comisión, en cooperación con los Estados miembros, de presentar anualmente al PE y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas a este respecto.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo Europeo de Estocolmo de 10 y 11 de diciembre de 2009, que fijó las prioridades de la UE respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia para el periodo 2010-2014, invitaba a la Comisión a:

«– desarrollar indicadores, sobre la base de los sistemas existentes y de criterios comunes, para medir los esfuerzos en la lucha contra la corrupción, en especial en los ámbitos del acervo (contratación pública, control financiero, etc.) y a elaborar una política anticorrupción global en estrecha cooperación con el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO). La Comisión debería presentar al Consejo en 2010 un informe sobre las modalidades de adhesión de la Unión a GRECO,

(...)- intensificar la coordinación entre los Estados miembros en el marco de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (UNCAC), el GRECO y las labores de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en materia de lucha contra la corrupción, (...)»<sup>80</sup>.

### 3. LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA DESDE EL DERECHO PENAL

Sobre la base de los fundamentos jurídicos a los que nos hemos referido en el apartado anterior, se han ido adoptando en el seno de la UE una serie de instrumentos y medidas con el objeto de poner en marcha una política global de lucha contra el fraude y la corrupción *ad intra*.

Ya hemos advertido de que dentro de esa política global, nos centraremos principalmente en el análisis de la vertiente de lucha contra el fraude y la corrupción desde la represión, más que en la de la prevención, y que esa acción se ha venido afrontando en la UE principalmente desde una doble perspectiva, la del Derecho penal y la del Derecho administrativo.

La perspectiva del Derecho penal busca fundamentalmente la aproximación del Derecho penal material en lo referido a la definición

80. Ver Conclusiones del Consejo Europeo en DO C 115, de 4 de mayo de 2010, apartado 4.4.5 «delincuencia económica y corrupción».

y tipificación penal de las conductas y a las sanciones aplicables, y el reforzamiento de la cooperación judicial entre los Estados miembros para su aplicación. Conviene recordar en este sentido que, al margen de la posible responsabilidad política y de las medidas disciplinarias de que puedan ser objeto quienes cometen actos de fraude o corrupción, que se dirime a nivel de la UE en el caso de sus funcionarios o de los miembros de sus instituciones, la responsabilidad penal solo puede ser exigida a nivel nacional por los órganos jurisdiccionales nacionales conforme al Derecho penal nacional<sup>81</sup>.

Esta acción desde el Derecho penal se ha desarrollado fundamentalmente en tres ámbitos concretos, la persecución del fraude y la corrupción que afecta a los intereses financieros de la UE, la persecución de la corrupción en el sector público y la persecución de la corrupción en el sector privado.

### 3.1. LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES FINANCIEROS DE LA UNIÓN EUROPEA

#### 3.1.1. El Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas

El 26 de julio de 1995 el Consejo adoptó el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas<sup>82</sup> (Convenio PIF) en el marco de la cooperación intergubernamental instituida en el Título VI del Tratado de Maastricht con el objeto de establecer normas penales mínimas y reforzar la cooperación en materia penal entre los Estados miembros. En efecto, el Convenio supone tan sólo una base mínima, permitiendo a los Estados establecer en sus ordenamientos internos disposiciones de mayor alcance (art. 9).

Antes de entrar a analizar su contenido material, merece la pena destacar que el propio Convenio establece el procedimiento a seguir en caso de desacuerdo sobre su interpretación o aplicación<sup>83</sup> y que impone a

81. Sobre esos diferentes niveles de responsabilidad, ver ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «La corrupción en el seno de las instituciones de la Unión Europea: responsabilidades, investigación administrativa y control judicial», *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 104-II (enero-abril 2016), 237-266.

82. DO C 316, de 27 de noviembre de 1995. Se utilizó como base jurídica el art. K.3.2 c) TUE partiendo de la consideración de la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros comunitarios una cuestión de interés común objeto de la cooperación establecida en el Título VI del TUE.

83. El art. 8 precisa que, en una 1.ª etapa, se estudia el asunto en el Consejo y, si los desacuerdos no se resuelven por esa vía en un plazo de 6 meses, en una 2.ª etapa, cabe acudir al TJ. Si el desacuerdo se produce entre uno o varios Estados miembros

los Estados la obligación de comunicar a la Comisión las normas adoptadas para incorporar las obligaciones asumidas en el mismo a sus ordenamientos internos.

El Convenio tiene como principales objetivos los de ofrecer una definición común de fraude que afecte a los intereses financieros comunitarios; tipificar penalmente ese tipo de comportamiento y castigarlo con sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias en todos los Estados miembros que incluyan, al menos en los casos más graves, la posibilidad de imponer penas de privación de libertad. Asimismo, busca establecer la responsabilidad penal de los jefes de empresas o de cualquier persona que tenga poder de decisión o control en el seno de la empresa; e incrementar la cooperación entre los Estados miembros en este ámbito.

#### 3.1.1.1. *Un concepto común de fraude*

El Convenio determina los comportamientos, relacionados con los ingresos y gastos, que son constitutivos de fraude a los intereses financieros de la UE<sup>84</sup> (art. 1.1), introduciendo por primera vez una definición común de fraude para todos los Estados miembros. Se considera fraude:

«a) En materia de gastos, cualquier acción u omisión intencionada relativa:

– a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la percepción o la retención indebida de fondos precedentes del presupuesto general de las CCEE o de los presupuestos administrados por las CCEE o por su cuenta;

– al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto;

---

y la Comisión (sobre los arts. 1 a 10), deberá recurrirse a la negociación y, si no hay solución, cabe acudir al TJ. Se trata, en este caso, sólo de los desacuerdos referidos a la forma en que un Estado miembro ha adoptado los actos legislativos necesarios para que determinados comportamientos constituyan infracciones penales o ha cumplido su obligación de comunicar a la Comisión determinados datos. En ningún caso el TJ será competente para impugnar las decisiones adoptadas por los tribunales nacionales (en asuntos que se refieran a la vulneración del Convenio o de disposiciones nacionales).

84. Aunque el Convenio se refiere, por la fecha en que fue aprobado, a los intereses financieros comunitarios o de las CCEE, sustituimos tales expresiones y utilizamos a partir de ahora la expresión intereses financieros de la UE.

– al desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos en un principio;

b) en materia de ingresos, cualquier acción u omisión intencionada relativa:

– a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la disminución ilegal de los recursos del presupuesto general de las CCEE o de los presupuestos administrados por las CCEE o por su cuenta;

– al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto;

– al desvío de un derecho obtenido legalmente, que tenga el mismo efecto».

El Convenio no especifica qué debe entenderse por gastos o ingresos a estos efectos, pero el Informe explicativo del Convenio aprobado por el Consejo<sup>85</sup>, aclara que los gastos incluyen las subvenciones y ayudas gestionadas directamente a partir del presupuesto general, o a partir de presupuestos administrados por la UE o por su cuenta, mientras que los ingresos no comprenden, ni los procedentes de la aplicación de un tipo uniforme sobre el PNB, ni los derivados del Impuesto del Valor Añadido (IVA), en este caso por entender que no es un recurso propio percibido directamente por cuenta de la UE<sup>86</sup>.

#### 3.1.1.2. Tipificación penal y sanciones aplicables

Se exige a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias y adecuadas para que el fraude sea tipificado como infracción penal en sus

85. Informe explicativo sobre el Convenio aprobado por el Consejo el 26 de mayo de 1997, DO C 191, de 23 de junio de 1997.

86. En cambio, el TJ ha reconocido posteriormente en su jurisprudencia la existencia de un vínculo directo entre la percepción de los ingresos procedentes del IVA por los Estados y la puesta a disposición del presupuesto de la UE de los recursos IVA correspondientes, Sentencia del TJ (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2011, *Comisión c. Alemania*, Asunto C-539/09, EU:C:2011:733, Fto. 72, lo que reiteró en jurisprudencia posterior, ver Sentencia del TJ (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, Asunto C-617/10, EU:C:2013:105, Fto. 26. Más recientemente, en la Sentencia del TJ (Gran Sala) de 8 septiembre de 2015, *Taricco y otros*, precisó que el concepto de fraude del Convenio PIF engloba los ingresos procedentes de la aplicación de un tipo uniforme a la base armonizada del IVA determinada según la normas de la UE, Asunto C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555, Fto. 41.

respectivos ordenamientos internos (art. 1.2). Y también la elaboración o suministro intencionado de declaraciones y documentos falsos, inexactos o incompletos que tengan por efecto el fraude, si no resultan ya punibles como infracción principal o por complicidad, instigación o tentativa de fraude<sup>87</sup> (art. 1.3).

Los Estados han de asegurar además que tales comportamientos sean castigados mediante sanciones penales, efectivas, proporcionadas y disuasorias<sup>88</sup> que deberán incluir, al menos en caso de fraude grave, penas de privación de libertad que puedan dar lugar a extradición. Por tanto, las sanciones han de ser penales, pero no necesariamente penas privativas de libertad en todos los casos. Pueden imponerse, por ejemplo, penas pecuniarias en casos de fraudes leves. Serán los Estados miembros quienes determinen conforme a sus ordenamientos internos, las circunstancias de hecho que permiten calificar los comportamientos como graves<sup>89</sup>. En todo caso, la imposición de sanciones penales no excluye la posibilidad de aplicar también sanciones administrativas.

### 3.1.1.3. Responsabilidad penal de los jefes de empresa

Por otra parte, el Convenio trata de evitar que los jefes de empresa u otras personas con poder legal o efectivo de decisión o control en el seno de la misma queden exentos de manera automática de toda responsabilidad penal cuando una persona que actúa bajo su responsabilidad comete un fraude por cuenta de la empresa. De manera que, junto a la posible responsabilidad penal derivada de sus propios actos (como autor, coautor, cómplice, o instigador), se exige que se establezca la responsabilidad penal de los jefes de empresa o personas con poderes de decisión o control sobre otras bases. Aunque se deja

87. Para determinar si la acción u omisión es intencionada, se podrán tener en cuenta circunstancias de hecho objetivas (art. 1.4). La definición de los conceptos de complicidad e instigación depende del Derecho penal nacional, pero en general, implican ayuda y asistencia con conocimiento de causa a la ejecución de la infracción, o la provocación e incitación a cometer la infracción (informe explicativo).

88. Como señaló el TJ en el Asunto *Comisión c. Grecia*.

89. Esas circunstancias pueden resultar de una reincidencia, del grado de organización del fraude, del hecho de que la persona afectada pertenezca a una asociación de malhechores o a una organización criminal, de que se trate de un agente público o de un funcionario nacional o comunitario, de la corrupción del funcionario, o de la importancia del perjuicio cuando éste se refiera a cantidades superiores a un determinado importe (informe explicativo).

libertad a los Estados para establecer la base de esa responsabilidad en estos casos conforme a su Derecho interno<sup>90</sup>.

#### 3.1.1.4. Competencia de los órganos judiciales nacionales

Para garantizar que el fraude contra los intereses financieros de la UE sea efectivamente perseguido y sancionado, el Convenio (art. 4) exige a los Estados que establezcan la competencia de sus órganos jurisdiccionales sobre estas infracciones. Así, además de en los casos en que el fraude o la tentativa se hubieran cometido total o parcialmente en su territorio (incluso si el beneficio se hubiera obtenido en su territorio), los Estados deben establecer su competencia también cuando una persona participe o induzca desde su territorio y con conocimiento de causa, un fraude cometido en el territorio de otro Estado miembro. En cambio, podrán decidir voluntariamente establecerla cuando el autor sea su nacional, pudiendo exigir en tal caso que el comportamiento sea punible también en el Estado en que se perpetró. Se prevén medidas específicas para los Estados que, en virtud de su legislación, no extraditan a sus nacionales, para evitar que por ese motivo los comportamientos de algunas personas puedan quedar impunes<sup>91</sup>.

Ahora bien, el Convenio tiene en cuenta el principio *non bis in ídem* para evitar que una persona contra la que se hubiese dictado sentencia firme en un Estado miembro pueda ser perseguida en otro por los mismos hechos. Para aplicar el principio será necesario, en caso de condena, que la sanción se hubiera cumplido, estuviera en curso de ejecución o no pudiera ser ejecutada según la ley del Estado que la dictó (art. 7.1), aunque se permite a los Estados no vincularse por este principio en determinados casos<sup>92</sup>.

90. La responsabilidad podría derivarse del incumplimiento de su obligación de vigilancia o control (*culpa in vigilando*), o de una negligencia o incompetencia. Aunque también podría establecerse una responsabilidad penal objetiva, es decir, sin tener que demostrar que se ha incurrido en error, negligencia o falta de vigilancia (informe explicativo).

91. En tales casos, se obliga a los Estados a establecer su competencia sobre las infracciones graves cometidas por sus nacionales fuera de su territorio (art. 5.1). Y si un nacional de un Estado miembro que no concede la extradición en base a la nacionalidad es presunto autor de fraude cometido en el territorio de otro Estado miembro, deberá someter el asunto a sus autoridades judiciales para que efectúen las correspondientes diligencias (*aut dedere aut judicare*). Los Estados no podrán denegar la extradición en estos delitos por considerarlos infracciones en materia fiscal o de derechos de aduana (art. 5.3).

92. El art. 7.2 les permite no vincularse por el principio si lo hubieran declarado en el momento de la ratificación (en aplicación art. 11.2 Convenio): a) cuando los hechos a que se refiere la sentencia extranjera hubieran tenido lugar en su territorio total



Se instituye el principio de cooperación judicial penal reforzada, especialmente en los casos de fraude transnacional. Así, cuando el fraude afecte al menos a dos Estados miembros, éstos deberán cooperar de manera efectiva en la investigación, en las diligencias judiciales y en la ejecución de la sanción. Y si varios Estados tuvieran competencia para iniciar una acción judicial sobre una infracción basada en los mismos hechos, deberán cooperar entre sí para decidir cuál de ellos enjuiciará al autor de la infracción, y así centralizar, si es posible, las diligencias judiciales en un único Estado miembro para que resulten más eficaces (art. 6).

### 3.1.2. La lucha contra el fraude y la corrupción transnacional. El primer Protocolo al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas

El Convenio PIF se complementó por un primer Protocolo, de 27 de septiembre de 1996, referido a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios, de la UE o nacionales (responsables de la percepción, gestión o desembolso de fondos de la UE sometidos a su control) y que causen o puedan causar perjuicio a los intereses financieros de la UE<sup>93</sup>.

El Protocolo afronta la lucha contra el fraude y la corrupción de carácter transnacional, es decir, la relacionada con los funcionarios extranjeros o al servicio de Organizaciones internacionales. Lo que suponía una novedad, pues como hemos señalado al principio del trabajo, en aquel momento la definición de funcionario del Derecho penal interno solía limitarse exclusivamente a los funcionarios nacionales. De manera que las legislaciones penales de los Estados miembros que contenían disposiciones para luchar contra el fraude y la corrupción eran sólo aplicables a los funcionarios nacionales, pues no solían tipificar o lo hacían solo de forma excepcional, los actos en que estaban implicados funcionarios de otros Estados o de Organizaciones internacionales<sup>94</sup>. La adopción del Protocolo

---

o parcialmente, salvo que en parte también se hubieran cometido en el Estado que dictó la sentencia; b) cuando los hechos constituyan delito contra la seguridad u otros intereses esenciales de ese Estado; c) cuando los hechos hubiesen sido cometidos por un funcionario de un Estado miembro incumpliendo las obligaciones a su cargo. Tales excepciones no son, sin embargo, aplicables si el Estado interesado hubiera pedido el procesamiento al otro Estado miembro por esos hechos o le hubiera concedido la extradición (art. 7.3).

93. DO C 313, de 23 de octubre de 1996. En vigor desde 17 de octubre de 2002.

94. La Comisión señaló en su primera comunicación sobre la política contra la corrupción de la UE, de 1997, que sólo 4 Estados miembros perseguían el soborno de funcionarios extranjeros y lo hacían aplicando criterios diferentes, COM (1997) 192 final, ya citado, p. 6.

vino a dar respuesta a ese problema, al menos respecto de los casos de corrupción que afectaran o pudieran afectar a los intereses financieros de la UE y respecto de los funcionarios de los Estados miembros o de la UE, ya que no se incluyen los funcionarios de terceros Estados ni los de otras Organizaciones internacionales<sup>95</sup>.

Como el Convenio PIF, también el Protocolo constituye un conjunto de normas mínimas, pudiendo los Estados adoptar disposiciones internas más estrictas. Por otra parte, mientras que el Convenio PIF iba dirigido a la lucha contra el fraude, el Primer Protocolo incluye también, por primera vez, los actos de corrupción, y recoge una definición del concepto de corrupción activa y pasiva, aunque limitada por el objeto del Convenio al que completa, a la lucha contra tales actos en la medida en que causen o puedan causar perjuicio a los intereses financieros de la UE.

Además, el Protocolo extiende la aplicación de las disposiciones del Convenio PIF sobre la responsabilidad penal de los jefes de empresa a los actos de corrupción activa y pasiva y al fraude llevado a cabo por funcionarios de la UE o de otros Estados miembros. Igualmente, el Protocolo incluye la obligación de los Estados de transmitir a la Comisión la información sobre la incorporación de sus disposiciones al Derecho interno.

#### 3.1.2.1. *Un concepto común de corrupción*

Los arts. 2 y 3 del Primer Protocolo definen la corrupción pasiva y activa que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de la UE y exigen a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para que tales conductas se tipifiquen como infracciones penales.

Según el art. 2 del Protocolo constituirá corrupción pasiva:

«... el hecho intencionado de que un funcionario, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o no cumplir, de forma

95. Algo que sí incluye expresamente el Convenio penal contra la corrupción del Consejo de Europa, mucho más amplio en cuanto al concepto de funcionario, que incluye en su art. 5 la corrupción activa y pasiva de agente público extranjero y en su art. 9 la corrupción activa y pasiva de funcionarios internacionales. También el Convenio contra la corrupción de la ONU se refiere a la corrupción de funcionario público extranjero y de organizaciones internacionales públicas (art. 16). Y lo mismo puede decirse del convenio contra la corrupción de la OCDE, si bien este último se refiere sólo la corrupción activa (art. 1).

contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función, que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las CCEE».

Como aclara el informe explicativo del Protocolo<sup>96</sup>, la intención es un componente necesario de la corrupción pasiva que comprende, por un lado, el acto de solicitar (directamente o por medio de terceros) el beneficio o ventaja, haciendo saber a la otra parte que deberá concederlo para que cumpla o deje de cumplir un acto oficial, siendo aquí lo relevante la solicitud, independientemente de si es o no atendida. Por otro lado, la corrupción pasiva comprende también el acto de recibir (directamente o por medio de terceros) la ventaja a cambio de realizar o no el acto oficial; y, finalmente, el acto de aceptar la promesa de ventajas, lo que incluye los pagos aplazados, por lo que no es relevante el momento en el que se den o proporcionen las ventajas.

Lo esencial para completar la infracción es el intercambio de consentimientos y que la solicitud o aceptación sean previas a la realización o no del acto oficial del funcionario, incluso si después el funcionario renuncia a llevar a cabo lo acordado o devuelve lo recibido. Por tanto, el beneficio recibido después del acto, sin que haya una previa solicitud o aceptación, no generaría responsabilidad penal en virtud del Protocolo, ni tampoco los regalos recibidos que no estuvieran relacionados con ninguna acción o abstención posterior del funcionario. La infracción incluye también el supuesto en el que el funcionario pide la ventaja, no para sí mismo, sino para terceros (por ejemplo, para su cónyuge, socio, amigo íntimo, o para un partido político u otra organización).

Por lo que se refiere a las ventajas que el funcionario puede, solicitar, recibir o aceptar se utiliza un término deliberadamente general, «ventajas de cualquier naturaleza», que puede abarcar tanto objetos materiales (dinero, objetos valiosos, bienes, servicios,...) como cualquier otra cosa, incluso inmaterial, que represente un interés indirecto (como saldar deudas, o realizar obras en su propiedad).

Respecto a la conducta del funcionario, el Protocolo se refiere a sus funciones, por lo que se aplica tanto al hecho de cumplir como de abstenerse de cumplir cualquier acto que entre dentro de sus funciones, pero siempre que se realice incumpliendo los deberes de su cargo. Por tanto, quedarían

96. Informe explicativo del Protocolo, aprobado por el Consejo el 19 de diciembre de 1997 (DO C 11, de 15 de enero de 1998).

cubiertos los casos en los que el funcionario recibe la ventaja no por incumplir, sino por cumplir sus funciones, pero en contra de su obligación de actuar de manera imparcial (por ejemplo, dando un trato preferente al acelerar o suspender la tramitación de un asunto).

El art. 3 define los elementos constitutivos de la corrupción activa, entendiendo por tal:

«... el hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario, para éste o para un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función».

El autor de la corrupción activa, puede ser cualquier persona. De modo que puede tratarse de un particular, que actúa como tal o en nombre de una empresa, o de una persona que ejerce una función pública. También aquí lo importante es la intencionalidad, es decir, que dicha persona actúe con la intención de que el funcionario lleve a cabo un comportamiento contrario a sus obligaciones. Y que la otra parte sea un funcionario, con independencia de si la ventaja es para sí mismo o para un tercero.

Por lo que se refiere al acto de corrupción activa, puede consistir en prometer o en dar, bien directamente, o a través de intermediario, una ventaja de cualquier naturaleza (material o inmaterial) y tanto si el funcionario actúa en consecuencia o si la oferta llega o no a materializarse en alguna ventaja.

### 3.1.2.2. *Concepto de funcionario nacional y de funcionario de la Unión Europea*

Completa la definición el concepto de funcionario, que abarca como ya hemos adelantado tanto a los funcionarios nacionales, incluidos los funcionarios nacionales de otros Estados miembros, como a los funcionarios de la UE<sup>97</sup> (art. 1.a).

Para la definición de funcionario nacional el Protocolo remite al Derecho penal nacional, dando prioridad a la definición del Estado al que pertenece el funcionario. Así, cuando esté implicado un funcionario del Estado

97. El Protocolo utiliza la expresión «funcionario comunitario», por la fecha en que fue adoptado, sin embargo sustituimos dicha expresión por la de funcionario de la UE.

que incoar las diligencias, aplicará su propia definición de funcionario, pero si está implicado un funcionario de otro Estado miembro, aplicará normalmente la definición de dicho Estado, si bien sólo estará obligado a ello si esa definición es compatible con su propio derecho nacional (art. 1.c).

El concepto de funcionario de la UE comprende no sólo a los funcionarios permanentes (a los que es de aplicación el Estatuto de los funcionarios), también a las diversas categorías de personal contratado (conforme al régimen aplicable a los otros agentes), y a los expertos nacionales puestos a disposición de la UE por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado para llevar a cabo funciones equivalentes a las de los funcionarios y agentes. Se incluye también en la definición al personal de los organismos creados en virtud de los Tratados (art. 1.b)<sup>98</sup>.

El Protocolo (art. 4.1) exige a los Estados miembros aplicar el mismo tratamiento al fraude definido en el Convenio PIF cuando es cometido por sus funcionarios nacionales en el ejercicio de sus funciones, que al llevado a cabo por funcionarios de la UE. Así, todo lo que constituya infracción (sea fraude, corrupción activa o pasiva) en la que esté implicado un funcionario nacional, debe constituir también infracción cuando afecte a funcionarios de la UE.

En cambio, no se considera funcionarios de la UE a estos efectos a los miembros de las instituciones, que se asimilan a los Ministros, diputados de los Parlamentos nacionales, miembros de Tribunales Supremos o de los Tribunales de cuentas u órganos equivalentes a estos, en su caso (art. 4.2). Teniendo en cuenta que el concepto de funcionario nacional tampoco incluye de forma automática en todos los Estados miembros a los Ministros, parlamentarios, jueces de Tribunales supremos, o miembros de Tribunales de cuentas, el Protocolo busca la asimilación de quienes ocupan puestos específicos en las instituciones de la UE con quienes ocupan cargos similares en los Estados miembros. De modo que los ordenamientos internos deberán asimilar los actos de fraude y corrupción cometidos por los Ministros de los gobiernos nacionales, a los cometidos por los miembros de la Comisión, los cometidos por los diputados de los Parlamentos nacionales, a los cometidos por miembros del PE y los llevados a cabo por los miembros de los máximos órganos jurisdiccionales o de los Tribunales de cuentas, a los cometidos por miembros del TJ y del Tribunal de Cuentas europeo (art. 4.1).

98. El Informe explicativo del Protocolo se refiere al BEI, Instituto Universitario Europeo, la OAMI (actual EUIPO), Agencia Europea del Medicamento, entre otros. En definitiva, las diferentes Agencias, Oficinas y Observatorios creados por la UE.

Como aclara el informe explicativo del Protocolo, esa asimilación trata de establecer de manera general, la igualdad de trato respecto al Derecho penal. Eso significa que si una ley de un Estado miembro confiere a un tribunal especial o a una composición específica de un tribunal ordinario la competencia para juzgar a los Ministros, diputados, o miembros de Tribunales superiores o Tribunal de cuentas, dicho tribunal deberá tener también la competencia para juzgar a los respectivos miembros de las instituciones de la UE<sup>99</sup>. Eso sí, en todo caso deberán respetarse las disposiciones sobre la retirada de la inmunidad para el personal de las instituciones de la UE, que seguirá siendo condición previa para el ejercicio de la competencia. Han de respetarse a esos efectos los Tratados constitutivos, el Protocolo sobre privilegios e inmunidades, el Estatuto del TJ y los textos adoptados para su aplicación en lo relativo a la retirada de inmunidades (art. 4.5).

### 3.1.2.3. *Tipificación penal y sanciones aplicables*

El Protocolo exige a los Estados garantizar que las conductas de corrupción activa y pasiva, y la complicidad e instigación para cometerlas<sup>100</sup>, sean siempre objeto de sanciones penales, es decir, que puedan ser juzgadas por tribunales penales. Tales sanciones han de ser eficaces, proporcionadas y disuasorias e incluir, al menos en los casos graves, penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición. No se incluye expresamente la obligación de tipificar la tentativa de corrupción, pues el concepto de corrupción ya incluye la promesa, con independencia de que se cumpla o no. Como ya establecía el Convenio PIF respecto al fraude, los Estados miembros disponen de cierto margen para determinar la severidad de las penas que, salvo en los casos más graves, no tienen que ser necesariamente penas privativas de libertad<sup>101</sup>.

99. El Convenio penal contra la corrupción del Consejo de Europa incluye expresamente la corrupción de los miembros de las asambleas públicas nacionales (art. 4) y de los miembros de las asambleas parlamentarias internacionales (art. 9), además de la corrupción de jueces y agentes de tribunales internacionales (art. 11), y el protocolo al Convenio penal incluye la corrupción de árbitros y jurados. Por su parte, el Convenio de lucha contra la corrupción de la OCDE que se refiere únicamente a la corrupción activa de agente público extranjero, define a éste en su art. 4 a) como: «Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública».

100. La complicidad e instigación deberán interpretarse con arreglo a las definiciones de los propios Derechos penales nacionales.

101. Se deja a cada ordenamiento interno el establecimiento de los criterios para determinar la gravedad de la infracción.



Además, la iniciación del procedimiento penal no debe impedir el ejercicio de los poderes disciplinarios contra los funcionarios nacionales o de la UE de que se trate. De ahí que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan tener en cuenta, a la hora de imponer la sanción penal, las sanciones disciplinarias que ya se hubieran impuesto a la misma persona por la misma infracción (art. 5.2).

#### 3.1.2.4. *Competencia de los órganos judiciales nacionales*

Respecto a la competencia sobre tales infracciones, el único criterio que se establece con carácter obligatorio para todos los Estados miembros (no admite excepciones o condiciones) es el de la infracción cometida, total o parcialmente, en su territorio, con independencia de la nacionalidad del corruptor o del funcionario (principio de territorialidad). Se establecen además otros criterios, pero se permite a los Estados excluirlos o aceptarlos con condiciones (art. 4). Así, los Estados podrían establecer su competencia sobre las infracciones cuando el autor sea su nacional o su funcionario, con independencia de donde se hayan cometido; cuando la infracción se hubiera cometido contra uno de sus nacionales; y cuando el autor de la infracción sea un funcionario al servicio de una institución u organismo de la UE que tenga su sede en ese Estado miembro.

Finalmente, se extiende la aplicación de las disposiciones del Convenio PIF referidas a la extradición, al principio de cooperación judicial reforzada, y el principio *non bis in ídem* a las infracciones del Protocolo (corrupción pasiva y activa, fraude llevado a cabo por funcionarios de la UE y miembros de las instituciones).

#### 3.1.3. **El Segundo Protocolo al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas**

También en el marco de la cooperación intergubernamental prevista en Maastricht y en respuesta al Plan de acción sobre la delincuencia organizada, se adoptó por acto del Consejo de 19 de junio de 1997, un Segundo Protocolo al Convenio PIF<sup>102</sup>.

Este segundo Protocolo exige a los Estados miembros, en primer lugar, adoptar las medidas necesarias para que en sus respectivos ordenamientos se tipifique el blanqueo de capitales como infracción penal (art. 2)<sup>103</sup>.

102. DO C 221, de 19 de julio de 1997. En vigor desde 19 de mayo de 2009.

103. Para la definición del concepto de blanqueo de capitales el Segundo Protocolo remite a la entonces vigente Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991,

En segundo lugar, exige garantizar que la persona jurídica<sup>104</sup> pueda ser considerada responsable de los actos de fraude, corrupción activa y blanqueo de capitales (incluyendo la complicidad o instigación y la tentativa) cometidos en su provecho por cualquier persona que ostente un cargo directivo<sup>105</sup> en la misma. Incluso, cuando haya cometido la infracción otra persona bajo su autoridad como consecuencia de su falta de vigilancia o control (art. 3.2). Y ello al margen de las acciones penales entabladas directamente contra las personas físicas autoras, instigadoras o cómplices de tales actos (art. 3.3). Las sanciones aplicables a las personas jurídicas habrán de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias e incluir multas de carácter penal o administrativo. Aunque pueden aplicarse también otro tipo de sanciones, como la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; la prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales; la vigilancia judicial o una medida judicial de disolución (art. 4).

---

relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (DO L 166, de 28 de junio de 1991) que fue posteriormente sustituida. Actualmente está en vigor la Directiva (UE) 2015/849 del PE y el Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) 648/2012 del PE y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del PE y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, (DO L 141, de 5 de junio de 2015). Según el art. 1.3 de esta última: «A efectos de la presente Directiva, las siguientes actividades, realizadas intencionadamente, se considerarán blanqueo de capitales: a) la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad o un hecho delictivo o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto; b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad; c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad; d) la participación en alguna de las acciones a que se refieren las letras a), b) y c), la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o de facilitar su ejecución». Además, conforme al apartado 4 del artículo, hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que hayan generado los bienes a blanquear se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país.

104. Entendiendo por persona jurídica cualquier entidad que goce de tal régimen jurídico con arreglo al Derecho nacional aplicable, salvo los Estados u otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y las Organizaciones internacionales.
105. Tanto si esa persona actúa a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica y cuando ostente un cargo directivo en base a un poder de representación o una autoridad para adoptar decisiones en su nombre, o para ejercer el control en el seno de la persona jurídica (art. 3.1).

En tercer lugar, el Protocolo exige garantizar que pueda procederse al embargo y, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, a la confiscación o retirada de los medios o productos derivados del fraude, la corrupción y el blanqueo o de los bienes cuyo valor corresponda a esos productos<sup>106</sup> (art. 5). Y se prohíbe a los Estados denegar la prestación de asistencia judicial en estos casos por el mero hecho de que se trate de una infracción en materia fiscal y aduanera o sea considerada por sus ordenamientos internos como tal.

En cuanto lugar, el Protocolo pretende mejorar la cooperación entre los Estados miembros y la Comisión, que deberán colaborar en la lucha contra el fraude, la corrupción y el blanqueo de capitales, (el Convenio PIF se refería únicamente a la cooperación entre los Estados miembros). La Comisión prestará a las autoridades nacionales la asistencia técnica y operativa necesaria para facilitar la coordinación de las investigaciones (art. 7). A efectos del intercambio de información entre los Estados y la Comisión, se tendrán en cuenta las exigencias del secreto de instrucción y de la protección de datos, siendo responsable la Comisión de la protección de los datos personales<sup>107</sup>.

Finalmente, el Protocolo extiende la aplicación de ciertas disposiciones del Convenio PIF a la infracción de blanqueo de capitales. Concretamente, en lo que se refiere a la responsabilidad penal de los

106. Poco después, con fundamento en el art. K.3 del TUE, se adoptó la Acción común 98/699/JAI, del Consejo, de 3 de diciembre de 1998, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (DO L 333, de 9 de diciembre de 1998), que sería posteriormente modificada por Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (DO L 182 de 5 de julio de 2001), y más tarde por Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DO L 196 de 2 de agosto de 2003), y por Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005, (DO L 68 de 15 de marzo de 2005). Posteriormente se aprobó la Directiva 2014/42/UE del PE y del Consejo, de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE (DO L 127, de 29 de abril de 2014) que modifica y sustituye en parte las Decisiones marco hasta entonces existentes. Puede verse al respecto, JAEN VALLEJO, M., y PERRINO PÉREZ, A. L., *La recuperación de activos frente a la corrupción (La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos)*, Madrid 2016, especialmente pp. 121-142; y 146-149.

107. A ello se refiere el art. 8. Además, por declaración anexa al Protocolo, la Comisión acepta estas funciones y el art. 15 otorga competencia del TJ para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por cualquier persona física o jurídica contra las decisiones que le afecten directa e individualmente por violación del art. 8 o de cualquier norma adoptada para su aplicación o por desviación de poder.

jefes de empresa, a la extradición y a la cooperación judicial reforzada, las normas sobre la competencia de los Estados miembros, el principio de *non bis in idem*, que será también de aplicación a las personas jurídicas. También impone a los Estados la obligación de comunicar a la Comisión las normas internas adoptadas a nivel nacional para su aplicación.

### 3.2. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO

El 26 de mayo de 1997 se adoptó el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las CCEE o de los Estados miembros<sup>108</sup>. Se trata del primer instrumento convencional adoptado en el marco de la cooperación intergubernamental del Título VI (Tratado de Maastricht) para combatir la corrupción de manera general, es decir, sin vincularla específicamente a la protección de los intereses financieros de la UE<sup>109</sup>.

Su objetivo es aproximar las legislaciones penales nacionales y mejorar la cooperación judicial en materia penal entre los Estados miembros, para combatir eficazmente y de manera general todos los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de la UE o funcionarios de los Estados miembros. Se trata de normas mínimas, por lo que se deja a los Estados miembros la libertad de adoptar disposiciones de derecho interno de mayor alcance (art. 11).

El Convenio ofrece por primera vez una definición general desde la perspectiva del Derecho penal del concepto de corrupción pasiva y activa en el sector público (arts. 2 y 3) basada casi literalmente en la recogida en el Primer Protocolo al Convenio PIF. Únicamente se elimina de la definición la frase final que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de la UE. Es aplicable aquí, por tanto, todo lo dicho en relación con la definición de corrupción activa y pasiva, con esa única salvedad.

Es también aplicable lo señalado al analizar el Primer Protocolo al Convenio PIF sobre la obligación de tipificar dichas conductas

108. DO C 195, de 25 de junio de 1997, en vigor desde 28 de septiembre de 2005. Ver también el Informe explicativo del Convenio, aprobado por el Consejo el 3 de diciembre de 1998 (DO C 391, de 15 de diciembre de 1998).

109. Como ocurría con los anteriores instrumentos mencionados, también este Convenio utiliza las expresiones CCEE y comunitarios que sustituimos por de la UE.

y establecer las correspondientes sanciones (art. 5). Es idéntica la definición de funcionario (art. 1) y se mantiene en los mismos términos lo referido a las asimilaciones de los miembros de las instituciones de la UE (art. 6) y las normas para establecer la competencia de los Estados sobre las infracciones (arts. 7 y 8). Se reiteran las normas sobre la exigencia de cooperación judicial reforzada entre los Estados cuando un determinado procedimiento relativo a un supuesto de corrupción, afecte a dos o más Estados miembros y lo mismo para el caso de que varios Estados tuvieran competencia sobre una misma infracción (art. 9), sobre el principio *non bis in idem* y respecto a la extradición (art. 10).

El Convenio también exige a los Estados establecer en sus ordenamientos jurídicos la responsabilidad de los jefes de empresa o de las personas con poderes en el seno de la misma en caso de cualquier acto de corrupción, con independencia de si afecta o no a los intereses financieros de la UE. En cambio, no aborda directamente la responsabilidad de las personas jurídicas, que como hemos visto, sí se recogía en el Segundo Protocolo para los supuestos de corrupción activa que perjudique los intereses financieros de la UE.

No se recoge tampoco en este Convenio, la obligación de los Estados de informar a la Comisión sobre las medidas adoptadas para la aplicación del mismo en sus respectivos ordenamientos internos.

### 3.3. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

#### 3.3.1. Marco jurídico

La lucha contra la corrupción en el sector privado se inicia con la acción común 98/742/JAI sobre la corrupción en el sector privado, adoptada por el Consejo el 22 de diciembre de 1998<sup>110</sup>, en cumplimiento de la recomendación del plan de acción de lucha contra la delincuencia organizada de formular una política global de lucha contra la corrupción.

Recordemos que el Tratado de Maastricht facultaba al Consejo, en el marco de la cooperación intergubernamental del Título VI, a adoptar acciones comunes, cuando los objetivos comunes pudieran alcanzarse más fácilmente por medio de una acción conjunta que por la acción

110. DO L 358, de 31 de diciembre de 1998. La acción común tuvo como fundamento jurídico el art. K.3.2 b) TUE, en la versión del Tratado de Maastricht.

aislada de los Estados miembros en razón de las dimensiones o de los efectos de la acción en cuestión. El tema se consideró de interés común, en la medida en que la corrupción falsea la competencia leal y compromete el principio de libertad de mercado y el correcto funcionamiento del mercado interior y es contraria a la transparencia y la apertura del comercio internacional.

Dicha norma fue considerada como un primer paso que sería completado con nuevas medidas en una fase posterior. Así, tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, que otorgaba competencia al Consejo para adoptar Decisiones marco en el seno de la cooperación en materia penal con el fin de aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros<sup>111</sup>, dicha institución derogó la acción común, sustituyéndola por la Decisión marco 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003<sup>112</sup>, actualmente en vigor.

### 3.3.2. Un concepto común de corrupción en el sector privado

La Decisión marco persigue asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea considerada una infracción penal en todos los Estados miembros y se castigue con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, así como que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de tales delitos.

Para ello recoge una definición de corrupción activa y de corrupción pasiva referida al sector privado (su art. 2.1). Así, se considera corrupción activa el acto de:

«a) prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones»;

Mientras que la corrupción pasiva consiste en:

111. En virtud de los arts. 29, 31.e) y 34.e) TUE.

112. DO L 192, de 31 de julio de 2003. La Comisión, en virtud del art. 9 de la Decisión marco, ha informado sobre su grado de cumplimiento por los Estados miembros, habiendo presentado hasta la fecha dos informes, uno en 2007 y el otro en 2011 (ver *infra* apartado 6.1).



«b) pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones».

Los términos empleados «incumpliendo sus obligaciones» han de entenderse conforme al Derecho nacional, pero deben referirse como mínimo a cualquier comportamiento desleal que suponga el incumplimiento de una obligación legal o de las normas o reglamentos profesionales que se apliquen en el sector de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo en el sector privado (art. 1).

### 3.3.3. Tipificación penal y sanciones aplicables

La Decisión marco exige a los Estados tipificar como infracción penal los actos intencionados de corrupción activa o pasiva cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales<sup>113</sup> (de entidades con fines lucrativos o no lucrativos), como también la complicidad y la incitación para cometer tales actos (art. 3). Y deben aplicar sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que, en concreto para los actos de corrupción, supongan sanciones privativas de libertad de una duración máxima de entre uno y tres años (art. 4.1 y 2).

Los Estados miembros deben también garantizar, conforme a sus normas y principios constitucionales, que a las personas físicas condenadas por corrupción en relación con actividad profesional en el sector privado (al menos en los casos en que hubieran ocupado un puesto destacado en la empresa dentro del ramo de actividad de que se trate), se les pueda prohibir temporalmente el ejercicio de esa

113. El art. 2.3 de la Decisión marco permite a los Estados miembros limitar esa obligación únicamente a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión a la competencia en la adquisición de bienes o servicios comerciales. Para ello, los Estados interesados debían formular declaración ante el Consejo al adoptar la Decisión marco (art. 2.4). Ahora bien, se establecía que dicha declaración sólo sería válida durante 5 años desde la fecha final de trasposición y que el Consejo revisaría si era necesario renovar las declaraciones antes del final de ese plazo, es decir, antes de 22 de julio 2010 (art. 2.5). Aunque 4 Estados formularon declaración en ese sentido, Alemania, Italia, Austria y Portugal, la Comisión declaró en su 2.º informe sobre la aplicación de la Decisión marco de 2011 que al no haberse pronunciado el Consejo al respecto debía entenderse que tales declaraciones ya no eran válidas.

actividad profesional o de una actividad comparable en un puesto o función similares, si los hechos comprobados permiten deducir un claro riesgo de que abuse de su posición o cargo mediante actos de corrupción activa o pasiva (art. 4.3).

### 3.3.4. Responsabilidad de las personas jurídicas

Asimismo, la Decisión marco exige establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de corrupción activa y pasiva<sup>114</sup> cometidos en su provecho por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en la empresa<sup>115</sup>, incluso en los casos de falta de vigilancia o control por su parte. En todo caso, la responsabilidad de las personas jurídicas no excluirá el ejercicio de acciones penales contra las personas físicas implicadas como autoras, instigadoras o cómplices de la infracción (art. 5). Las sanciones aplicables a las personas jurídicas responsables de corrupción activa o pasiva en el sector privado, han de ser también efectivas, proporcionadas y disuasorias, e incluir multas de carácter penal o administrativo. Pudiendo aplicarse otras sanciones, como la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales, la vigilancia judicial, o una medida judicial de disolución (art. 6).

### 3.3.5. Competencia de los órganos judiciales nacionales

Por lo que se refiere a la competencia sobre las infracciones, los Estados miembros deberán ejercerla en todo caso respecto de las infracciones de corrupción activa y pasiva, complicidad o instigación, cuando dichos actos se hayan cometido en su territorio (art. 7.1). En cambio, si la infracción no se ha cometido en su territorio, pero ha sido cometida por sus nacionales, o en beneficio de una persona jurídica con sede en su territorio, no están obligados a ejercer la competencia o pueden hacerlo con condiciones (art. 7.2)<sup>116</sup>. Aunque los Estados que,

114. La acción común de 1998 se refería sólo a la corrupción activa en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas.

115. Cargo basado en un poder de representación de dicha persona jurídica, en una autoridad para tomar decisiones en su nombre, o en una autoridad para ejercer el control en la misma.

116. Deben en caso de exclusión informar a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión (art. 7.4). La Comisión señaló en su segundo informe sobre la aplicación

conforme a su legislación, no concedan la extradición de sus propios nacionales, han de tomar medidas para establecer su competencia sobre tales infracciones cuando hayan sido cometidas por sus nacionales fuera de su territorio (art. 7.3).

#### **4. LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

##### **4.1. LA EJECUCIÓN DEL PRESUPUESTO CONFORME AL PRINCIPIO DE BUENA GESTIÓN FINANCIERA: CONTROLES Y MEDIDAS ADMINISTRATIVAS FRENTE A LAS IRREGULARIDADES**

Como ya hemos señalado anteriormente, la Comisión es y ha sido siempre la institución a la que los Tratados confían la responsabilidad en la ejecución del presupuesto de la UE, aunque en esa tarea también intervienen directamente los Estados miembros. Conviene insistir, por tanto, acerca de la importancia de la colaboración entre la Comisión y los Estados miembros en éste ámbito. Como vimos al referirnos a los fundamentos jurídicos de la acción de la UE en este marco, desde el Tratado de Maastricht se exige a los Estados miembros coordinar sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la UE contra el fraude y organizar a tal fin y con la ayuda de la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre los servicios competentes de sus administraciones (art. 325 TFUE).

Por otra parte, el art. 317 TFUE dispone:

«La Comisión, bajo su propia responsabilidad y dentro del límite de los créditos autorizados, ejecutará el presupuesto en cooperación con los Estados miembros de conformidad con las disposiciones de los reglamentos adoptados en virtud del artículo 322, con arreglo al principio de buena gestión financiera. Los Estados miembros cooperarán con la Comisión para garantizar que los créditos autorizados se utilizan de acuerdo con el principio de buena gestión financiera.

El reglamento determinará las obligaciones de control y auditoría de los Estados miembros en la ejecución del presupuesto,

---

de la Decisión marco (2001) que 10 Estados miembros habían decidido no aplicar alguna de las normas sobre la competencia, si bien destacó también que la falta de información recibida sobre esta disposición no le permitía hacerse una idea clara sobre su grado de cumplimiento real, COM (2011), 309 final, ya citado, p. 8.

así como las responsabilidades que de ello se derivan. Establecerá asimismo las responsabilidades y las formas específicas de participación de cada institución en la ejecución de sus propios gastos».

El art. 53 del Reglamento financiero<sup>117</sup>, adoptado en virtud del art. 322 TFUE<sup>118</sup>, atribuye a la Comisión la responsabilidad en la ejecución del presupuesto de la UE con arreglo al principio de buena gestión financiera, conforme a lo dispuesto en el propio Reglamento financiero y dentro del límite de los créditos asignados, pero exige a los Estados miembros cooperar con la Comisión para que la utilización de los créditos se atenga al principio de buena gestión financiera.

El capítulo 7 del Título II del Reglamento financiero recoge el principio de buena gestión financiera que se corresponde con los principios de economía (que supone que los medios utilizados por las instituciones para llevar a cabo sus actividades se pondrán a disposición en el momento oportuno, en la cantidad y calidad apropiada y al mejor precio), de eficiencia (que se

117. Reglamento 966/2012 del PE y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la UE y por el que se deroga el Reglamento 1605/2002 del Consejo (DO L 298 de 26 de octubre de 2012), que fue modificado por Reglamento 2015/1929, del PE y del Consejo de 28 de octubre de 2015 (DO L 286, de 30 de octubre de 2015) para armonizarlo con las nuevas Directivas revisadas de contratación pública y de servicios públicos. En efecto, en 2014 se llevó a cabo la revisión de tales normas mediante la adopción de la Directiva 2014/23/UE, del PE y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE, del PE y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, por la que se derogó la Directiva 2004/18/CE; y la Directiva 2014/25/CE, del PE y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, (DO L 94 de 28 de marzo de 2014). Como señala la Comisión Europea, las nuevas Directivas mejoran la transparencia y refuerzan las disposiciones contra el fraude y la corrupción al ofrecer una definición de «conflicto de intereses», imponer la obligatoriedad de la contratación electrónica y establecer obligaciones de seguimiento y notificación, ver Informe de la Comisión al PE y al Consejo. *Protección de los intereses financieros de la Unión Europea. Informe anual sobre lucha contra el fraude 2014*, COM (2015) 386 final, de 31 de julio de 2015, p. 12. Sobre la corrupción en la contratación pública, referida al caso de España, puede verse GIMENO FELIÚ, J.M., «La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad», y JAREÑO LEAL, A., «Los delitos contra la Administración y la contratación pública: reformas legislativas y aplicación jurisprudencial», ambos en VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J.M., y TEJEDOR BIELSA, J. (Dirs.), *op. cit.*, 247-300 y 517-536, respectivamente.

118. De acuerdo con el art. 322. 1 TFUE: «1. El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y tras consultar al Tribunal de Cuentas: a) las normas financieras por las que se determinarán, en particular, las modalidades de establecimiento y ejecución del presupuesto, así como las referentes a la rendición y censura de cuentas; b) las normas por las que se organizará el control de la responsabilidad de los agentes financieros, en particular de los ordenadores de pagos y de los contables».

refiere a la óptima relación entre los medios empleados y los resultados obtenidos), y de eficacia (consecución de los objetivos específicos fijados y obtención de los resultados previstos). Y establece la obligación de un control interno eficaz y eficiente adaptado a cada método de ejecución (directa, indirecta o compartida)<sup>119</sup>, de conformidad con los Reglamentos sectoriales aplicables.

En el marco de la gestión compartida del presupuesto, a la que se refiere el art. 59 del Reglamento financiero, recae sobre los Estados miembros la responsabilidad principal de prevenir, detectar, investigar y corregir las irregularidades y los casos de fraude, además de informar a la Comisión, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento financiero y en la normas sectoriales pertinentes. Ello les exige adoptar medidas preventivas, llevar a cabo controles e investigaciones, aplicar mecanismos correctores y medidas represivas conformes con sus respectivos ordenamientos internos. También la Comisión, como responsable última de la ejecución del presupuesto, ha de llevar a cabo los oportunos controles y auditorias y adoptar las medidas oportunas.

Ahora bien, como ya hemos destacado, ni los Tratados constitutivos originarios primero, ni después el Tratado de Maastricht habían previsto los poderes de acción necesarios para adoptar medidas generales de lucha contra el fraude en el plano de la integración. No sería hasta el Tratado de Ámsterdam (art. 280 TCE) cuando se facultara al Consejo para adoptar las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la UE a fin de ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros, protección que se amplía con el Tratado de Lisboa a las instituciones, órganos y organismos de la UE.

En cambio, sí se habían adoptado normas sectoriales específicas para determinadas políticas concretas, por ejemplo, la PAC, que permitían adoptar medidas contra las irregularidades cometidas en esos ámbitos. A pesar de la ausencia de una base jurídica específica para ello, se consideró conveniente establecer también ciertas normas generales dirigidas a proteger los intereses financieros mediante controles homogéneos, y medidas y sanciones administrativas frente a posibles actividades ilegales que pudieran perjudicarlos y arbitrar los oportunos controles al respecto.

119. El art. 58 del Reglamento financiero establece los métodos de ejecución, al señalar que la Comisión ejecutará el Presupuesto de tres posibles maneras, en régimen de gestión directa, en régimen de gestión compartida con los Estados miembros y en régimen de gestión indirecta (delegando competencias).

Para ello, el Consejo adoptó, en un primer momento, el Reglamento 2988/95, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las CCEE<sup>120</sup>, que vendría a completar las normativas administrativas ya existentes recogidas en los Reglamentos sectoriales. Al no estar expresamente previstos los poderes de acción al respecto, la base jurídica utilizada fue el art. 235 TCE (actual art. 352 TFUE). Poco después, con la misma base jurídica, adoptó el Reglamento 2185/96, de 11 de noviembre de 1996, relativo a los controles y verificaciones *in situ* que realiza la Comisión para la protección de los intereses financieros contra fraudes e irregularidades<sup>121</sup>.

El art. 1.2 del Reglamento 2988/95 se refiere a «irregularidades», entendidas como cualquier infracción del Derecho de la UE cometida (por acción u omisión) por un agente económico<sup>122</sup> que produzca o pueda producir un perjuicio al presupuesto de la UE<sup>123</sup>, bien mediante la disminución o la supresión de ingresos procedentes de recursos propios percibidos directamente por cuenta de la UE, o bien a través de un gasto indebido.

La respuesta a esas irregularidades puede suponer la adopción de medidas o de sanciones administrativas<sup>124</sup>. Las medidas (aplicables a toda irregularidad), consisten básicamente en la retirada de la ventaja obtenida indebidamente o, en su caso, la no concesión de la ventaja (art. 4). Por su parte, las sanciones administrativas (aplicables, en principio, a las irregularidades intencionadas o provocadas por negligencia), pueden consistir, por ejemplo, en el pago de una multa o de una cantidad superior a las sumas indebidamente percibidas o eludidas, incrementada, en su caso, con intereses; la privación total o parcial de una ventaja concedida; la retirada temporal de una autorización o de un reconocimiento necesarios para participar en un régimen de ayudas; la pérdida de una garantía o una fianza depositada u otras sanciones de carácter exclusivamente económico (art. 5). Unas y otras habrán de ser eficaces, proporcionadas y disuasorias y sólo se establecerán si son necesarias para garantizar la correcta aplicación

120. DO L 312, de 23 de diciembre de 1995.

121. DO L 292, de 15 de noviembre de 1996.

122. El art. 7 del Reglamento considera agente económico a las personas físicas o jurídicas y a las demás entidades a las que el Derecho nacional reconozca capacidad jurídica.

123. Por la fecha en que fue adoptado, el Reglamento utiliza las expresiones de las CCEE o comunitarios, que sustituimos por de la UE.

124. Unas y otras podrán ir dirigidas contra los operadores económicos que hubieran cometido la irregularidad, contra quienes hubieran participado en su realización, y contra las personas obligadas a responder de la irregularidad o a evitar que se cometiera (art. 7).



del Derecho de la UE, determinándose su naturaleza y alcance en función de la naturaleza y gravedad de la irregularidad, el beneficio o ventaja obtenidos y el grado de responsabilidad<sup>125</sup>.

En cuanto a los controles, el mismo Reglamento distingue entre los que deben llevar a cabo los Estados miembros, de acuerdo con las respectivas disposiciones nacionales, para garantizar la regularidad y la veracidad de las operaciones en las que se comprometan los intereses financieros de la UE (art. 8), y los que deberá llevar a cabo la propia Comisión para garantizar que se verifique, bajo su responsabilidad, la conformidad de las prácticas administrativas con las normas de la UE; la existencia de los justificantes necesarios y su concordancia con los ingresos y gastos; y las condiciones en las que se realizan y verifican las operaciones financieras. En este caso y antes de proceder a las verificaciones y controles, la Comisión ha de informar al Estado afectado para obtener la ayuda necesaria de su parte (art. 9).

Para regular esos controles y verificaciones *in situ* que debe realizar la Comisión, se adoptó, el Reglamento 2185/96 del Consejo. De acuerdo con este segundo Reglamento, la Comisión podrá proceder a controles y verificaciones *in situ* para investigar las irregularidades graves, las transnacionales o aquellas en las que puedan estar implicados operadores económicos que actúen en varios Estados miembros; también podrá realizarlos cuando la situación en un Estado miembro exija en un caso concreto el refuerzo de los controles y verificaciones *in situ* para mejorar la eficacia de la protección de los intereses financieros; o a solicitud del Estado miembro interesado (art. 2)<sup>126</sup>.

Los controles y verificaciones *in situ* han de ser preparados y dirigidos por la Comisión en estrecha colaboración con las autoridades competentes del Estado miembro afectado, que deberán ser informadas del motivo, objeto y finalidad de los controles con tiempo suficiente para poder aportar la ayuda necesaria, o participar en ellos. Y, si el Estado miembro interesado

125. Se establece un plazo general de prescripción de 4 años desde que se realizó la irregularidad, y un plazo para la ejecución de la sanción de 3 años desde la resolución definitiva, aunque los Estados pueden ampliar dicho plazo (art. 3). Además, si se iniciara procedimiento penal contra la misma persona por los mismos hechos, la autoridad competente podría suspender el procedimiento administrativo (art. 6).

126. La Comisión ha de velar por que no se lleven a cabo al mismo tiempo controles o verificaciones similares por los mismos hechos y respecto de los mismos operadores, en base a las normativas sectoriales y tendrá en cuenta los controles ya realizados o en curso por parte de los Estados miembros conforme a su legislación nacional (art. 3).

lo desea, los controles y verificaciones podrán hacerse conjuntamente por la Comisión y sus autoridades competentes (art. 4).

En particular, tales controles y verificaciones *in situ* podrán tener por objeto libros y documentos profesionales (facturas, pliegos de condiciones, hojas de pagos, órdenes de ejecución, extractos de cuentas bancarias en poder de los operadores económicos); datos informáticos; sistemas y métodos de producción, embalaje y expedición; el control físico de la naturaleza y el volumen de las mercancías o de las acciones ejecutadas; la recogida y verificación de muestras; el estado de las obras o inversiones financieras, y la utilización y el destino de las inversiones realizadas; los documentos presupuestarios y contables; y la ejecución financiera y técnica de proyectos subvencionados (art. 7.1).

Como ya dijimos, el actual art. 325.5 TFUE exige a la Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentar anualmente al PE y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para luchar contra el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la UE<sup>127</sup>, en el que además de las medidas adoptadas por la Comisión y los Estados miembros, se da cuenta de todas las irregularidades detectadas por los Estados miembros y notificadas por ellos a la Comisión. El informe del año 2015<sup>128</sup> revela que en ese año se notificaron a la Comisión un total de 22.349 irregularidades por un total de aproximadamente 3.210 millones de Euros, de las que 1.461 (equivalentes a unos 637,6 millones de euros) fueron notificadas como fraudulentas<sup>129</sup>.

127. Una obligación que se recogió por primera vez en el art. 280.5 TCE en la versión de Ámsterdam. Ver *supra* apartado 2.2.

128. Informe de la Comisión al PE y al Consejo. *Protección de los intereses financieros de la UE—Lucha contra el fraude. Informe anual 2015*, COM (2016) 472 final, de 14 de julio de 2016.

129. Como aclara el propio informe el número de irregularidades notificadas como fraudulentas incluye tanto los casos de sospecha de fraude como los de fraude demostrado y, dado que la decisión final sobre si una irregularidad constituye realmente fraude corresponde a las autoridades judiciales nacionales competentes y que los procedimientos penales suelen durar años, debe tenerse en cuenta que los casos de fraude detectados a que se refiere el informe incluyen los supuestos de presunto fraude. Por otra parte, el informe aclara igualmente que los datos sobre el número de irregularidades notificadas y los importes correspondientes no están realmente en correlación con el fraude que afecta al presupuesto de la UE, lo que verdaderamente indica son los casos que son detectados. En ese sentido, para la Comisión, la detección y notificación de los fraudes e irregularidades demuestra que el sistema general establecido a nivel nacional y de la UE (incluida la OLAF) funciona, COM (2016) 472 final pp. 21-22.

Una atención particular en este ámbito, especialmente por lo que se refiere a los controles y verificaciones, merece la Oficina Europea de lucha contra el fraude a la que dedicamos el apartado siguiente.

## 4.2. LA OFICINA EUROPEA DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE (OLAF)

### 4.2.1. La creación de la OLAF

En cumplimiento de su responsabilidad en la ejecución del presupuesto con arreglo al principio de buena gestión financiera, al que ya nos hemos referido, la Comisión Europea ha desarrollado un importante papel de lucha contra el fraude contra los intereses financieros de la UE que se remonta prácticamente a los orígenes del proceso de integración.

En una primera etapa, la Comisión creó en algunas de sus Direcciones Generales unidades administrativas especiales con la misión de combatir el fraude. Las dificultades de coordinación que ese sistema planteaba dieron lugar a la creación de una Unidad de coordinación antifraude (UCLAF)<sup>130</sup> bajo la responsabilidad directa del Presidente de la Comisión e integrada en la Secretaría general, que coordinaba la acción de los equipos antifraude de las Direcciones Generales. El paso siguiente se produciría a finales de 1994 mediante la transferencia a la UCLAF de las competencias de las Direcciones Generales en materia de lucha contra el fraude, por lo que, a partir de entonces, la UCLAF se ocupó de todas las actividades de la Comisión referidas a la lucha contra el fraude<sup>131</sup>.

En 1998 un informe especial del Tribunal de Cuentas destacó una serie de problemas relevantes detectados en el funcionamiento de la UCLAF<sup>132</sup>.

130. El 20 de noviembre de 1987 la Comisión presentó un informe sobre la manera de endurecer las medidas de lucha contra el fraude que afectara a los intereses financieros comunitarios, en el que señalaba algunos de los problemas a los que se había venido enfrentando en materia antifraude, destacando especialmente la falta de coordinación, al ser una cuestión que afectaba a muy diversos sectores y de la que venían ocupándose diferentes Direcciones Generales. Por ello propuso la creación de esta Unidad de coordinación, ver COM (87) 572 final. La Comisión presentó al respecto, el 21 de diciembre de 1988, un plan de acción, que fue aprobado por el ECOFIN el 19 de junio de 1989 y respaldado por el Consejo Europeo en su reunión de Madrid de 26 y 27 de junio de 1989. Además, en su declaración ante el ECOFIN de 13 de marzo de 1989, la Comisión se comprometió a informar anualmente al PE y al Consejo de las medidas adoptadas en el marco de su estrategia antifraude. Presentó su primer informe el 31 de enero de 1990, SEC (90) 156 final. Todos los informes anuales presentados por la Comisión pueden consultarse en la Web de OLAF <https://ec.europa.eu/anti-fraud/about-us/reports/communities-reports>.

131. Decisión de la Comisión de febrero de 1995, SEC (95) 249.

132. Informe especial 8/98 del Tribunal de Cuentas sobre los servicios de la Comisión encargados de combatir el fraude, en especial la UCLAF (DO C 230, de 22 de julio

Ello, unido a la crisis desencadenada por la dimisión de la Comisión Santer en marzo de 1999<sup>133</sup>, puso de manifiesto la insuficiencia del marco jurídico entonces vigente para permitir investigaciones eficaces, especialmente en el interior de las instituciones en casos de fraude o corrupción, y la necesidad de establecer medidas concretas al respecto.

Se abre así una nueva etapa con la creación en el mismo año 1999 por Decisión de la Comisión<sup>134</sup> de una Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) con competencias de investigación interinstitucionales, como un órgano administrativo independiente cuyas funciones se regularon por Reglamento del PE y el Consejo de ese mismo año<sup>135</sup>.

---

de 1998). El Tribunal de Cuentas señaló, entre otros aspectos, falta de claridad y excesiva complejidad de las normas organizativas, incluidas las relacionadas con los Estados miembros; falta de operatividad y eficacia de las bases de datos; insuficiencia de la información de la gestión con que contaba la OLAF para permitirle cumplir correctamente su cometido; falta de registro exhaustivo de la información sobre los importes recuperados que dificultaba la tarea de recuperación de importes indebidamente abonados; carencia de métodos uniformes de documentación y tramitación de expedientes; y que la forma en que se aplicaban las normas sobre privilegios e inmunidades del personal comunitario obstaculizaba la necesaria cooperación entre Estados y Comisión.

133. Informe, de 15 de marzo de 1999, del Comité de Expertos Independientes sobre el fraude, la mala gestión y el nepotismo en la Comisión, que fue seguido de un segundo informe, de 10 de septiembre de 1999, sobre la reforma de la Comisión, análisis de las prácticas vigentes y propuestas para poner remedio a la mala gestión, las irregularidades y el fraude (Referencia en COM (2003) 317 final, p. 14).
134. Decisión de la Comisión 1999/352/CE, CECA, Euratom, de 28 de abril de 1999, por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (DO L 136, de 31 de mayo de 1999).
135. Reglamento (CE) 1073/1999 del PE y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el fraude (OLAF) y Reglamento (Euratom) 1074/1999 del Consejo (DO L 136, de 31 de mayo de 1999). Además, mediante un acuerdo interinstitucional, el PE, el Consejo y la Comisión convinieron en adoptar un régimen común con las medidas de ejecución necesarias para facilitar el correcto desarrollo de las investigaciones de OLAF, establecer dicho régimen y hacerlo inmediatamente aplicable a través de una decisión interna. Asimismo, reconocieron la necesidad de transmitir a OLAF para recabar su dictamen toda solicitud de levantamiento de inmunidad de jurisdicción de los funcionarios o agentes relacionadas con casos de fraude o corrupción o con cualquier actividad ilegal y, si la solicitud afectaba a uno de sus miembros, comunicarlo a la Oficina, Acuerdo Interinstitucional entre PE, Consejo y Comisión relativo a las investigaciones internas efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude y Decisión Modelo anexa (DO L 136, de 15 de mayo de 1999). Ver también las Decisiones del Consejo de 25 de mayo de 1999 y de la Comisión, de 2 de junio de 1999, relativas a las condiciones y las modalidades de las investigaciones internas en materia de lucha contra el fraude, la corrupción y toda actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses de las Comunidades, adoptadas en aplicación del Acuerdo interinstitucional (DO L 149, de 16 de junio de 1999). El PE adoptó la Decisión correspondiente el 18 de noviembre de 1999 y, en consecuencia, se modificó su Reglamento interno. Sin embargo, un grupo de eurodiputados presentó un recurso de anulación contra dicha Decisión del PE

De nuevo los resultados negativos de las evaluaciones, en este caso sobre las actividades, las investigaciones, las garantías de procedimiento y la independencia de la OLAF llevados a cabo por la propia Comisión y el Tribunal de Cuentas<sup>136</sup>, hicieron necesaria una revisión del marco jurídico. Se inicia así la etapa actual con la reorganización de la OLAF tras la modificación de la Decisión de la Comisión por la que fue creada, primero en 2013 y después en 2015<sup>137</sup> y con la adopción en 2013 de un nuevo Reglamento del PE y del Consejo, relativo a las investigaciones efectuadas por la OLAF<sup>138</sup> que vino a derogar el Reglamento de 1999.

---

que fue desestimado primero por el Tribunal de Primera Instancia en su Sentencia de 26 de febrero de 2004, *Willi Rothley y otros c. PE*, Asunto T-17/00, EU:T:2002:39; y después en casación por el TJ, Sentencia del TJ (pleno) de 30 de marzo de 2004, *Willi Rothley y otros c. PE*, Asunto C-167/02 P, EU:T:2004:193.

136. Informe de la Comisión, de 2 de abril de 2003, COM (2003) 154 final; e Informe especial 1/2005 del Tribunal de Cuentas, sobre la gestión de la OLAF, de 9 de junio de 2005, acompañado de las respuestas de la Comisión, en DO C 202, de 18 de agosto de 2005. En dicho informe, el Tribunal de Cuentas destacó una serie de insuficiencias en la gestión de las investigaciones llevadas a cabo por la OLAF, como la falta de distinción suficiente entre las investigaciones internas y externas y las operaciones de asistencia, lo que repercutía negativamente en la gestión de recursos; la insuficiente supervisión de las investigaciones por los responsables; informes poco concluyentes; el carácter rudimentario de la preparación y seguimiento de los actos de investigación; la falta de cooperación con los Estados miembros; la necesidad de reforzar el sistema de medición de resultados en base a indicadores pertinentes, pues la información suministrada por OLAF se refería más al volumen de las operaciones que a los resultados obtenidos (en términos de recuperaciones efectivas de los importes desviados o de las sanciones disciplinarias o penales impuestas a los autores); la gran cantidad de contratos temporales en el personal de la Oficina, lo que dificultaba la consolidación de la experiencia acumulada y hacía insuficientes los esfuerzos de formación; insuficiente independencia en el control de la legalidad de las investigaciones en curso y del respeto de los derechos fundamentales de las personas investigadas y carencia de codificación clara de los actos de investigación a desarrollar por la oficina; exigencia de revisión de las relaciones entre la Oficina y su Comité de vigilancia. Además, el Tribunal formuló 17 recomendaciones, relacionadas con la eficiencia y eficacia de las investigaciones, la movilización de recursos en favor de las investigaciones, las relaciones entre la OLAF y el Comité de vigilancia y la necesidad de centrar su función en la actividad investigadora. En su informe especial 2/2011, el Tribunal de Cuentas hizo el seguimiento de tales recomendaciones, y planteó nuevas, reiterando la necesidad de revisar el marco legislativo. Pueden consultarse los informes en la Web del Tribunal de Cuentas europeo <http://www.eca.europa.eu/es/>.
137. Decisión 2013/478 de la Comisión, de 27 de septiembre de 2013 (DO L 257, de 28 de septiembre de 2013) y Decisión 2015/512 de la Comisión, de 25 de marzo de 2015 (DO L 84, de 26 de marzo de 2015). Esta última modificó el art. 2 al decidir la Comisión reorganizar sus servicios y transferir de la OLAF a la Dirección General de Asuntos Económicos y Financieros, la preparación de las iniciativas legislativas y reglamentarias de la Comisión dirigidas a proteger el euro contra falsificaciones y de apoyar dicho ámbito a través de la formación y asistencia técnica.
138. Reglamento 883/2013, del PE y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la OLAF, DO L 248, de 18 de septiembre de 2013.

## 4.2.2. La organización interna

### 4.2.2.1. *La independencia de la OLAF: El Comité de vigilancia*

Se pretende que la OLAF ejerza sus funciones de investigación con total independencia. Para garantizar que así sea, cuenta con un Comité de vigilancia, formado por cinco miembros independientes, con experiencia en puestos judiciales o de investigación relevantes, o en puestos comparables relacionados con la actividad de la Oficina<sup>139</sup>. Son nombrados de común acuerdo por el PE, el Consejo y la Comisión para un periodo de cinco años no renovable. Si un miembro del Comité dejara de cumplir las condiciones exigidas para el ejercicio de su cometido o si fuera juzgado culpable por conducta indebida grave, el PE, el Consejo y la Comisión, de común acuerdo, podrán relevarle de sus funciones.

Dicho Comité de vigilancia, que se reúne un mínimo de 10 veces por año, se ocupa fundamentalmente de controlar que se respeten la independencia de la Oficina y las garantías procedimentales. Controla además la duración de las investigaciones prolongadas, informando al menos una vez al año al PE, al Consejo, a la Comisión y al Tribunal de Cuentas. También ha de remitir dictámenes al Director General<sup>140</sup> y, si procede, recomendaciones, sobre los recursos que necesita la Oficina para llevar a cabo eficazmente su labor, sobre las prioridades de investigación fijadas por el Director y sobre la duración de las investigaciones prolongadas, entre otras cosas.

### 4.2.2.2. *La Dirección de la OLAF y su personal*

La dirección de la OLAF recae sobre el Director General, designado por la Comisión, previa concertación con el PE y el Consejo, sobre un listado de candidatos seleccionados mediante convocatoria publicada en el *DO* para un periodo no renovable de 7 años<sup>141</sup>. El procedimiento de nombramiento

139. Tres y dos miembros son sustituidos en alternancia para garantizar la continuidad de sus competencias. Además, la decisión de nombramiento de los miembros ha de incluir una lista de reserva de sustitutos para que, en caso de dimisión, fallecimiento o incapacidad permanente de uno o más de los miembros los sustitutos puedan continuar con sus funciones durante el resto del mandato.

140. Dichos dictámenes se emiten por iniciativa propia, a instancias del Director General o a petición de una institución, órgano u organismo, y se envía copia de los mismos a las instituciones, órganos u organismos.

141. La Comisión publica una convocatoria de candidaturas en el *DO*, a más tardar 6 meses antes de que finalice el mandato del Director General en activo. Después y previo dictamen favorable del Comité de Vigilancia sobre dicho procedimiento de selección, la Comisión establece una lista de candidatos con las cualificaciones adecuadas y, finalmente, designará al Director General, previa concertación con el



pretende garantizar su independencia, cuestión que había sido objeto de críticas conforme a la regulación que ofrecía la normativa anterior<sup>142</sup>. Por ello, el Director General no podrá solicitar ni aceptar instrucciones de ningún gobierno, ni de ninguna institución, órgano u organismo en sus funciones de investigación y elaboración de informes. Y, si el Director General considerase que una medida adoptada por la Comisión cuestiona su independencia, informará inmediatamente al Comité de vigilancia y podrá plantear un recurso ante el TJ contra la Comisión. En la misma línea, la imposición de cualquier sanción disciplinaria al Director General por parte de la Comisión deberá ser objeto de una decisión motivada, se consultará con carácter previo al Comité de vigilancia y se comunicará a efectos informativos al PE, al Consejo y al Comité de vigilancia (art. 17 Reglamento 883/2013).

Entre las funciones del Director General se incluyen, además de designar a los miembros del personal de la Oficina, las de ejecutar y dirigir el desarrollo de las investigaciones, de las que será responsable; informar periódicamente al PE, al Consejo, a la Comisión y al Tribunal de Cuentas de los resultados de las mismas y de las medidas adoptadas y los problemas encontrados; mantener informado al Comité de vigilancia de las actividades de la Oficina; fijar anualmente las prioridades de la política de la Oficina en materia de investigación; establecer un procedimiento interno de asesoramiento y control, incluido un control de legalidad, sobre, entre otras cosas, el respeto de las garantías procedimentales, de los derechos fundamentales de las personas afectadas y del Derecho nacional de los Estados miembros interesados; y adoptar directrices sobre los procedimientos de investigación a aplicar por la Oficina<sup>143</sup>.

---

PE y el Consejo. La previsión de publicar la convocatoria seis meses antes del fin del mandato del Director General en activo busca evitar situaciones de interinidad irregulares como las que ya se han producido por la falta de previsión de la normativa anterior, que dieron lugar a que un director adjunto, no previsto en la normativa, estuviera durante años al frente de la Oficina, FUENTES, M., *Combatir la corrupción y legislar en la Unión Europea*, Madrid 2015, p. 31.

142. *Ibid*, p. 30.

143. Antes de adoptar o modificar dichas directrices dará al Comité de vigilancia ocasión de presentar sus observaciones y, una vez adoptadas se transmitirán, a título informativo, al PE, al Consejo y a la Comisión y se publicarán en el sitio Internet de la Oficina en las lenguas oficiales de la UE. Directrices, de 1 de octubre de 2013, pueden consultarse en la web de la OLAF [https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/gip\\_18092013\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/gip_18092013_en.pdf).



### 4.2.3. Las funciones de la OLAF

Por lo que se refiere a las funciones, la OLAF tiene como misión principal realizar investigaciones administrativas para intensificar la lucha contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses financieros de la UE. Es decir, ha de ocuparse de llevar a cabo inspecciones, verificaciones y otras medidas para buscar pruebas de cargo y descargo y determinar, en su caso, el carácter irregular de las actividades investigadas.

Pero ejerce además otras funciones, como aportar a los Estados miembros la asistencia de la Comisión en estas materias; fomentar y coordinar, con y entre los Estados miembros, la puesta en común de experiencias operativas y mejores prácticas procedimentales; contribuir a la concepción y desarrollo de los métodos de prevención y lucha contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal en detrimento de los intereses financieros de la UE; y preparar las iniciativas legislativas y reglamentarias de la Comisión que tengan por objeto la lucha contra el fraude contra los intereses de la UE.

Nos centraremos a continuación en el análisis de su función de investigación, en el marco de la cual la OLAF puede llevar a cabo investigaciones administrativas externas e internas.

#### 4.2.3.1. Las investigaciones externas

En las investigaciones externas, la OLAF puede efectuar controles y verificaciones *in situ* en los Estados miembros<sup>144</sup>; en terceros Estados y en los locales de Organizaciones internacionales, en virtud de los Acuerdos de cooperación y asistencia mutua pertinentes celebrados por la UE con terceros países y Organizaciones internacionales<sup>145</sup>; y respecto de los

144. Tareas de investigación conferidas a la Comisión por el Reglamento 2988/95, el Reglamento 2185/96 y las normativas sectoriales.

145. El art. 14 del Reglamento prevé la posibilidad de que la Oficina celebre acuerdos administrativos con las autoridades competentes de terceros Estados u Organizaciones internacionales sobre el intercambio de información operativa, estratégica o técnica, incluidos (previa petición) informes de actividad. Para ello, la OLAF coordinará su actuación antes de celebrar dichos acuerdos con los servicios competentes de la Comisión y con el Servicio Europeo de Acción Exterior. En todo caso, la Oficina deberá informar a las autoridades competentes de los Estados miembros antes de que la información que ellos le hubieran suministrado sea transmitida a terceros Estados u Organizaciones internacionales. Pueden consultarse los acuerdos celebrados por la OLAF con autoridades de terceros Estados en la Web de la OLAF [https://ec.europa.eu/anti-fraud/about-us/legal-framework/customs\\_matters\\_en](https://ec.europa.eu/anti-fraud/about-us/legal-framework/customs_matters_en).

operadores económicos<sup>146</sup> con el fin de establecer la existencia de fraude, corrupción o cualquier otra actividad ilegal relacionados con un convenio o decisión de subvención, o con un contrato de financiación de la UE.

Antes de una investigación externa el personal de la Oficina deberá presentar una habilitación escrita otorgada por el Director General, que indique su identidad, la calidad en que interviene, el objeto y la finalidad de la investigación, las bases jurídicas y las facultades de investigación (art. 7.2 Reglamento), y durante la misma, el personal debe respetar las normas y prácticas de los Estados miembros afectados y las garantías procedimentales contempladas en el Reglamento.

Por su parte, la autoridad competente del Estado miembro afectado, a petición de la OLAF, le prestará la asistencia necesaria para que pueda ejercer eficazmente su misión, velando por que el personal de la Oficina pueda tener acceso, en las mismas condiciones que las autoridades nacionales y en cumplimiento de la legislación nacional, a toda la información y documentación relativa al asunto que esté siendo investigado que sea necesaria para que los controles y verificaciones *in situ* se desarrollen de forma efectiva y eficiente. A esos efectos, los Estados miembros deben designar un servicio de coordinación antifraude (AFCO) que facilite la coordinación efectiva y el intercambio de información con la OLAF<sup>147</sup> y

146. De conformidad con el Reglamento 2185/96.

147. El cumplimiento de esta exigencia se produjo en España con la adopción de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE, de 2 de octubre de 2015) que modifica la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, introduciendo una nueva disposición adicional vigésimo quinta sobre el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude para la protección de los intereses financieros de la UE. Conforme a lo dispuesto en ella, el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude español está integrado en la Intervención General de la Administración del Estado, y le corresponde: a) Dirigir la creación y puesta en marcha de las estrategias nacionales y promover los cambios legislativos y administrativos necesarios para proteger los intereses financieros de la UE. b) Identificar las posibles deficiencias de los sistemas nacionales para la gestión de fondos de la UE. c) Establecer los cauces de coordinación e información sobre irregularidades y sospechas de fraude entre las diferentes instituciones nacionales y la OLAF. d) Promover la formación para la prevención y lucha contra el fraude. Ejerce sus competencias con plena independencia y deberá ser dotado con los medios adecuados para atender los contenidos y requerimientos establecidos por la OLAF. Está asistido por un Consejo Asesor presidido por el Interventor General de la Administración del Estado e integrado por representantes de los ministerios, organismos y demás instituciones nacionales que tengan competencias en la gestión, control, prevención y lucha contra el fraude en relación con los intereses financieros de la UE. Las autoridades, los titulares de los órganos del Estado, de las CCAA y de las entidades locales, los jefes o directores de oficinas públicas, organismos y otros entes públicos y quienes, en general, ejerzan funciones públicas o desarrollen su trabajo en dichas entidades deberán prestar la debida colaboración y apoyo al Servicio, que tendrá las mismas

que, de acuerdo con el Derecho nacional, podrá considerarse autoridad competente a efectos de lo dispuesto en el Reglamento (art. 3.4).

Durante una investigación externa, y en la medida en que sea estrictamente necesario para determinar la existencia de fraude, corrupción o cualquier otra actividad ilegal en detrimento de los intereses financieros de la UE, la OLAF podrá tener acceso también a la información pertinente, incluso la contenida en bases de datos, de que dispongan las instituciones, órganos u organismos de la UE, en relación con los hechos investigados (art. 3.5).

#### 4.2.3.2. *Las investigaciones internas*

La Oficina realiza también investigaciones internas, es decir, dentro de las instituciones, órganos y organismos creados por los Tratados<sup>148</sup>. En concreto, investiga hechos graves ligados al desempeño de actividades profesionales que supongan un incumplimiento de las obligaciones de los funcionarios y agentes de la UE que pueda dar lugar a diligencias disciplinarias y, en su caso, penales. También cualquier incumplimiento análogo de las obligaciones de los miembros de las instituciones y órganos, de los directivos de los organismos, o de los miembros del personal de las instituciones, órganos y organismos no sometidos al Estatuto de los funcionarios (art. 1.4).

Para poder llevar a cabo este tipo de investigaciones, la OLAF podrá acceder de manera inmediata y sin preaviso, a cualquier información pertinente, incluida la contenida en bases de datos en poder de las instituciones, órganos y organismos. Podrá acceder a sus locales, controlar su contabilidad, hacer copias y obtener extractos de cualquier documento y del contenido de cualquier soporte de información y, en caso necesario,

---

facultades que la OLAF para acceder a la información pertinente en relación con los hechos que se estén investigando. Además, el servicio podrá concertar convenios con la OLAF para la transmisión de la información y la realización de investigaciones.

148. Todas las instituciones, órganos y organismos pueden ser objeto de este tipo de investigaciones, aunque alguno haya tratado de resistirse a las mismas apelando a su independencia o su superior jerarquía, como recuerda M. Fuentes, que se refiere en concreto al caso del BCE y remite a la Sentencia del TJ, de 10 de julio de 2003, *Comisión c. BCE*, Asunto C-11/00, EU:C:2003:395, Ftos. 130-145. En efecto, el BCE por Decisión 1999/726, de 7 de octubre de 1999, sobre protección del fraude (BCE/1999/5), (DO L 291, 12 de noviembre de 1999) creó su propio Comité de lucha contra el fraude al que atribuía dicha competencia en exclusiva, por lo que dicha Decisión fue impugnada por la Comisión y anulada por el TJ. El BCE entendía que su independencia se vería comprometida si pudiera verse sometido a las investigaciones de dicha Oficina, motivo que fue desestimado por el TJ, ver FUENTES, M., *op. cit.*, pp. 25-28.

asumir la custodia de esos documentos o informaciones, para evitar su desaparición. Podrá pedir información oral o escrita a los funcionarios, agentes, miembros de las instituciones y órganos, directivos de los organismos, o miembros del personal (art. 4.2). Asimismo podrá realizar controles y verificaciones en los locales de los operadores económicos con el fin de acceder a información pertinente relacionada con investigaciones internas (art. 4.3).

Las instituciones, órganos y organismos deben ser informados cuando el personal de la OLAF realice una investigación interna en sus locales, y consulte documentos o solicite información. Se les podrá transmitir también la información obtenida durante las investigaciones, respetando las normas sobre confidencialidad y protección de datos (art. 4.4), y también se les informará si las investigaciones revelasen que uno de sus funcionarios, agentes, o miembros de su personal puede verse afectado por la investigación (art. 4.6)<sup>149</sup>.

#### 4.2.3.3. *El inicio y desarrollo de las investigaciones*

La decisión de iniciar una investigación corresponde al Director General cuando haya sospecha suficiente de fraude, corrupción u otra actividad ilegal en detrimento de los intereses financieros de la UE. Sospecha que puede basarse en información proporcionada por una tercera parte o en información anónima<sup>150</sup>. Además de por iniciativa propia, la iniciación de una investigación podrá decidirse a petición de un Estado miembro interesado, o de cualquier institución, órgano u organismo de la UE en el caso de las investigaciones externas y, a petición de la institución, órgano u organismo en el que deba efectuarse la investigación o de un Estado miembro, en las internas (art. 5.2).

La decisión de no iniciar una investigación ha de estar motivada y, en tal caso, el Director General podrá transmitir la información pertinente a la institución, órgano u organismo interesado o a las autoridades del Estado

149. En casos excepcionales, el Director General podrá diferir dicha información sobre la base de una decisión motivada, que transmitirá al Comité de vigilancia tras el cierre de la investigación.

150. La Web de la OLAF contiene información sobre la manera de presentar una denuncia anónima a través del sistema de notificación de fraudes y ofrece también la posibilidad de presentar la denuncia mediante un formulario *on line* en cualquiera de las lenguas oficiales de la UE (si bien, en este caso, la denuncia no es anónima). La denuncia puede presentarse también por vía postal.

miembro afectado para que sean ellos quienes adopten, si procede, las medidas adecuadas<sup>151</sup> (art. 5.4 y 5.5).

En las investigaciones internas, se tendrá especialmente en cuenta la institución, órgano u organismo que esté en mejores condiciones de llevarla a cabo, a la luz de la naturaleza de los hechos, la incidencia financiera real o potencial del asunto, y la posibilidad de cualquier consecuencia judicial (art. 5.1). En cualquier caso, tanto si la OLAF está llevando a cabo una investigación interna, como si el Director General está considerando la posibilidad de iniciarla, las instituciones, órganos u organismos afectados no podrán iniciar una investigación paralela sobre los mismos hechos, a menos que sea por acuerdo con la Oficina<sup>152</sup> (art. 5.3).

Es también competencia del Director General dirigir el desarrollo de las investigaciones que llevan a cabo los miembros del personal de la OLAF y que han de desarrollarse ininterrumpidamente durante un período de tiempo proporcionado a las circunstancias y a la complejidad del asunto. Si no pudiera concluirse una investigación dentro de los 12 meses siguientes a su inicio, el Director General, al finalizar dicho período y posteriormente cada seis meses, informará al Comité de vigilancia indicando las razones y medidas correctoras previstas a fin de acelerar la investigación. Además, cuando resulte necesario para proteger los intereses financieros de la UE, pueden adoptarse medidas cautelares administrativas (art. 7).

Una cuestión importante es la que tiene que ver con las garantías procedimentales, pues como hemos señalado, las deficiencias en este sentido fueron una de las razones que llevaron a la modificación de la normativa reguladora de la Oficina en el año 2013. Así, las investigaciones han de ser realizadas de manera objetiva e imparcial, de acuerdo con el principio de presunción de inocencia y respetando una serie de garantías

151. El plazo para adoptar la decisión de iniciar o no una investigación será de dos meses desde que se reciba en la Oficina la petición y dicha decisión se comunicará sin demora al Estado miembro, institución, órgano u organismo que hubiera formulado la petición. Si, al concluir el plazo de dos meses, la Oficina no ha adoptado una decisión, se considerará que ha decidido no iniciarla (art. 5.4). Cuando un funcionario, otro agente, un miembro de una institución u órgano, un directivo de un organismo, o un miembro del personal proporcione a OLAF información relativa a una sospecha de fraude o irregularidad, la Oficina deberá informarle de la decisión de iniciar o no una investigación sobre los hechos en cuestión (art. 5.4).

152. Se trata de delimitar bien el ámbito de actuación de la OLAF para evitar la multiplicación o reiteración de actuaciones y posibles solapamientos, en particular, con los servicios de la Comisión, como la Oficina de investigación y disciplina de la Comisión, el Servicio de auditoría interna o incluso ciertas Direcciones Generales como las de política agraria o control financiero, ver FUENTES, M. *op cit.*, pp. 19-20.

procedimentales, como el derecho a ser informado de la existencia de una investigación en su contra, el derecho a ser oído y el derecho a presentar observaciones<sup>153</sup>. Además, deben respetarse también las exigencias de confidencialidad y de protección de los datos comunicados u obtenidos en el transcurso de las investigaciones. La normativa presta especial atención a la información facilitada al público, que deberá transmitirse de manera neutral e imparcial. El personal de la Oficina debe abstenerse de toda divulgación no autorizada de la información recibida en el ejercicio de sus funciones, incluso después de haber cesado en las mismas y las instituciones, órganos y organismos deben garantizar el respeto de la confidencialidad, de los derechos legítimos de los afectados y, si se abrieran procedimientos judiciales a nivel nacional, de toda la normativa nacional aplicable a los mismos<sup>154</sup> (art. 10).

153. Ver art. 9 del Reglamento y art. 1 del Anexo IX (poder disciplinario) del Estatuto de los Funcionarios. Conforme a este último: «1. Siempre que una investigación de la OLAF revele la posible implicación de un funcionario, o de un antiguo funcionario, de una institución, éste será informado de ello sin demora, siempre que tal información no perjudique al desarrollo de la investigación. En ningún caso podrán extraerse conclusiones que se refieran nominalmente a un funcionario de la institución, al término de la investigación, sin que aquel haya tenido la oportunidad de expresar su opinión con respecto a los hechos que le conciernan. Las conclusiones harán referencia a tales opiniones. 2. En aquellos casos en que la investigación requiera que se guarde un absoluto secreto y que comporten el recurso a procedimientos de investigación que sean de la competencia de una autoridad judicial nacional, el cumplimiento de la obligación de invitar al funcionario de la institución a expresar su opinión podrá diferirse, de común acuerdo con la autoridad facultada para proceder a los nombramientos. En tal caso, no podrá incoarse ningún procedimiento disciplinario antes de que el funcionario haya tenido la posibilidad de expresar su opinión. 3. Si, al término de una investigación de la OLAF, no pudiera imputarse cargo alguno a un funcionario de la institución con respecto al cual se hayan realizado alegaciones, la investigación relativa al mismo quedará archivada por decisión del Director de la OLAF, que lo notificará por escrito al funcionario y a su institución. El funcionario podrá solicitar que esta decisión figure en su expediente personal». Es importante la inclusión de estas disposiciones sobre las garantías procedimentales, la confidencialidad y protección de datos, pues han sido varios los casos planteados ante el TJ por incumplimiento de las garantías y derechos fundamentales antes de la Reforma de 2013. Puede consultarse listado de asuntos del TJ sobre OLAF, actualizada a febrero de 2016, en [https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/digest\\_court\\_rulings\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/digest_court_rulings_en.pdf).

154. Ver sobre este tema FUENTES, M., *op. cit.*, pp. 46-47 que se refiere a la Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala tercera), de 2 de mayo de 2007, *Jean Louis Giraudy c. Comisión*, Asunto F-23/05, EU:F:2007:75 y a la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 12 de septiembre de 2007, *Kalliopi Nikolaou c. Comisión*, Asunto T-259/03, EU:T:2007:254, sobre la necesidad de limitar la información que se ofrece por parte de OLAF para evitar difamaciones y proteger a los investigados.



#### 4.2.3.4. *La conclusión de las investigaciones: Informe y recomendaciones*

Concluida la investigación, se redacta un informe, bajo la autoridad del Director General, que da cuenta de la base jurídica en se ha fundamentado la investigación; las fases procedimentales seguidas; los hechos probados y su calificación jurídica preliminar; la incidencia financiera estimada; el respeto de las garantías procedimentales; y las conclusiones de la investigación. El informe va acompañado de recomendaciones del Director General que indicarán, según proceda, las medidas disciplinarias, administrativas, financieras o judiciales<sup>155</sup> que deberían adoptar instituciones, órganos, organismos y las autoridades competentes de los Estados miembros, y especificarán las cantidades estimadas que se deben recuperar (art. 11.1).

Los informes y recomendaciones derivados de investigaciones externas se presentan a las autoridades competentes de los Estados miembros interesados y, si fuera necesario, a los servicios competentes de la Comisión (art. 11.3). Si el informe revela la existencia de hechos que pudieran dar lugar a actuaciones penales, se presentará también a las autoridades judiciales del Estado miembro interesado y, a petición de la Oficina, las autoridades nacionales competentes deberán informar sobre las medidas que hubieran adoptado, en su caso, de acuerdo con las recomendaciones del Director General (art. 11.5 y 6)<sup>156</sup>. Los informes y recomendaciones derivados de investigaciones internas se transmiten a la institución, órgano u organismo

155. En efecto, las recomendaciones finales de la OLAF pueden ser disciplinarias (que recomiendan la incoación de procedimientos disciplinarios contra el personal de las instituciones), administrativas (que recomiendan corregir los puntos débiles en los procedimientos administrativos), financieras (en las que se recomienda la recuperación de los importes indebidamente desembolsados), o judiciales (que recomiendan el inicio de procedimientos penales ante los órganos judiciales nacionales contra particulares), ver COM (2016) 472 final, ya citado, p. 31.

156. El art. 12 del Reglamento se dedica al intercambio de información entre la OLAF y las autoridades competentes de los Estados miembros, disponiendo que la OLAF también podrá transmitirles la información obtenida durante las investigaciones externas para que puedan tomar las medidas oportunas de acuerdo con su Derecho nacional. Durante las investigaciones internas el Director General transmitirá a las autoridades judiciales del Estado miembro interesado la información obtenida sobre hechos que sean competencia de una autoridad judicial nacional, informando igualmente, en tal caso, a la institución, órgano u organismo interesado, indicándole la identidad de la persona en cuestión, los hechos probados, su calificación jurídica preliminar y la incidencia estimada sobre los intereses financieros de la UE. Las autoridades nacionales competentes informarán a la Oficina, por iniciativa propia o a petición de aquella, de las medidas tomadas sobre la base de la información transmitida y la Oficina podrá facilitar elementos de prueba en procedimientos en curso ante los órganos jurisdiccionales nacionales de conformidad con el Derecho nacional y el Estatuto de los funcionarios.



interesado, que adoptará las medidas, disciplinarias y judiciales, que procedan, e informará de las mismas a la Oficina a petición de ésta (art. 11.4).

Como el TJ ha destacado, tales informes y recomendaciones no son jurídicamente vinculantes, por lo que las investigaciones llevadas a cabo por la OLAF no siempre se corresponden con medidas efectivas o con la exigencia de responsabilidades a nivel interno<sup>157</sup>. Esa falta de respuesta por parte de las autoridades nacionales competentes frente a las recomendaciones de la OLAF también se debía, en parte, a las restrictivas normas procesales nacionales sobre utilización de pruebas obtenidas en jurisdicciones extranjeras, que en ocasiones no se consideran suficientes para instruir un procedimiento penal. Para evitar esa circunstancia, desde la reforma operada en 2013, el Reglamento 883/2013 establece en su art. 11.2 que tales informes constituyen elementos de prueba admisibles en los procedimientos administrativos o judiciales del Estado miembro en que resulte necesaria su utilización, en los mismos términos y condiciones que los informes administrativos redactados por los inspectores de las Administraciones nacionales y tienen el mismo valor probatorio que aquellos.

Además, la OLAF publica un informe general anual. El último informe publicado, correspondiente al año 2015, pone de manifiesto que durante ese periodo la Oficina abrió 219 nuevas investigaciones y completó un total de 304. Emitió 364 recomendaciones, la mayoría de naturaleza financiera (202), el resto de carácter judicial (98), administrativo (30), o disciplinario (16), y recomendó la recuperación de 888 millones de Euros, en su mayor parte de fondos estructurales. Además, ese mismo año se recuperaron 187,3 millones de Euros como resultado de las investigaciones anteriores efectuadas por OLAF<sup>158</sup>.

157. El Tribunal de Primera Instancia señaló que: «los informes redactados por la OLAF a raíz de una investigación externa y transmitidos a las autoridades competentes de los Estados miembros (...) como el informe final, constituyen meras recomendaciones u opiniones carentes de efectos jurídicos obligatorios». Y que: «las conclusiones de la OLAF contenidas en el informe final no dan lugar de manera automática a la incoación de un procedimiento administrativo o judicial en el ámbito nacional, ya que las autoridades nacionales tienen libertad para decidir el curso que ha de darse al informe final...». Auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala primera), de 13 de julio de 2004, *Comunidad Autónoma de Andalucía c. Comisión*, Asunto T-29/03, EU:T:2004:235, Ftos. 33 y 37.

158. Ver *The OLAF Report 2015, Sixteenth report of the European Anti-Fraud Office (1 January to 31 December 2015)*, Unión Europea, 2016, disponible en la Web de la OLAF: [http://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/olaf\\_report\\_2015\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/olaf_report_2015_en.pdf).

Otra cuestión importante es la necesaria cooperación entre la OLAF, Europol y Eurojust<sup>159</sup>. La Oficina debe enviar a Eurojust cualquier información pertinente relacionada con su mandato, cuando ello pueda apoyar y reforzar la coordinación y cooperación de las autoridades nacionales o cuando haya remitido a dichas autoridades información que permita sospechar la existencia de fraude, corrupción o cualquier actividad ilegal en detrimento de los intereses financieros de la UE en forma de delito grave. Debe informar también a las autoridades nacionales de los asuntos respecto de los que hubiera transmitido datos recibidos de ellas a Europol o Eurojust.

## 5. EL INFORME ANTICORRUPCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

En el paquete de medidas anticorrupción lanzado por la Comisión en el año 2011 en respuesta a la solicitud del Consejo Europeo de Estocolmo, se incluye la propuesta de instituir un mecanismo de control o supervisión propio de la UE. El Consejo Europeo pedía que se desarrollaran indicadores para medir los esfuerzos anticorrupción en la UE. La Comisión decidió a esos efectos elaborar, cada dos años, un Informe anticorrupción propio de la UE<sup>160</sup>.

Esta medida, de carácter principalmente preventivo, tiene por objeto promover altos estándares de lucha contra la corrupción en toda la UE, y permitir apreciar si se lucha contra la corrupción en los Estados miembros y si se hace de manera efectiva, ayudando a identificar los principales problemas, las causas y las posibles vías de solución, así como buenas prácticas en la materia.

El informe es gestionado por la Comisión, que corre con todos los gastos que genera su elaboración y cuenta con la ayuda de un Grupo de expertos<sup>161</sup>, en concreto para establecer indicadores, valorar la actuación de los Estados miembros, identificar las buenas prácticas, detectar las tendencias en la UE, presentar recomendaciones, y proponer nuevas

159. Se prevé la celebración de acuerdos administrativos para facilitar el intercambio de información operativa, estratégica o técnica entre dichos órganos (art. 13).

160. Ver Comunicación de la Comisión al PE, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, *Lucha contra la corrupción en la Unión*, COM (2011) 308 final, de 6 de junio de 2011, ya citado; Y *Décision de la Commission du 6 de juin de 2011, instituant un mécanisme de suivi de l'UE en matière de lutte contre la corruption aux fins d'une évaluation périodique («rapport anticorruption»*, C (2011) 3673, de 6 de junio de 2011.

161. Por Decisión de la Comisión de 8 de septiembre de 2011, se creó el Grupo de expertos anticorrupción, DO C 286, de 30 de septiembre de 2011.

medidas de la UE cuando proceda. Se creó también en 2012 una red de corresponsales locales de investigación compuesta por representantes de la sociedad civil y del mundo académico en cada Estado miembro, que se encarga de recopilar y procesar la información pertinente para complementar la labor del grupo de expertos, y cuyas contribuciones son supervisadas por 28 revisores externos con el fin de asegurar la imparcialidad de los planteamientos<sup>162</sup>.

Para la preparación del informe y con el fin de evitar duplicar esfuerzos y cargas administrativas adicionales, la Comisión coopera estrechamente con los mecanismos de supervisión y evaluación ya existentes, especialmente GRECO y el mecanismo de control de la OCDE (a los que hemos hecho referencia en la Introducción del trabajo). Por ello, las fuentes de información utilizadas son, entre otras, la que ofrecen tales mecanismos de supervisión, además de las que provienen de expertos independientes, de los servicios de la Comisión y de OLAF, de los Estados miembros, de Europol, de Eurojust, del Eurobarómetro, y los derivados de la colaboración con la sociedad civil (por ejemplo, estudios de la ONG Transparencia internacional).

El informe analiza el cumplimiento de las normas mínimas anticorrupción establecidas por los instrumentos internacionales existentes (Convenios Penal y Civil sobre la corrupción y los 20 principios rectores de la lucha contra la corrupción del Consejo de Europa, Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción o Convención de la OCDE) y por los instrumentos específicos de la UE. Cada informe se centra en una serie de asuntos transversales de especial pertinencia para la UE y en asuntos seleccionados específicos de cada Estado miembro, que se evalúan con arreglo a una serie de indicadores. Los indicadores pueden referirse a la percepción de corrupción, al comportamiento de las personas interrogadas en relación con actividades de corrupción o a las estadísticas penales, incluidos el decomiso y la confiscación de productos de delitos de corrupción. Para la selección de tales indicadores la Comisión consulta a las autoridades competentes de lucha contra la corrupción en los Estados miembros.

El informe de 2014 comienza con una introducción que explica el contexto político y los objetivos que persigue y un apartado que recoge las encuestas del Eurobarómetro sobre corrupción realizadas en el año 2013. Sigue un capítulo de carácter horizontal en el que se describen las

<sup>162</sup>. COM (2014) 38, de 3 de febrero de 2014, ya citado, p. 41.

tendencias en la UE y se resumen las principales conclusiones generales obtenidas, y a continuación otro capítulo, de carácter temático, que se centra en una cuestión transversal de especial relevancia a nivel de la UE (en este informe, la corrupción en el sector de la contratación pública). Completan el informe los capítulos nacionales, en los que se ponen de relieve aspectos específicos de cada país identificados en función de sus propias características y de su contexto particular, haciendo hincapié en los puntos vulnerables, los ámbitos susceptibles de mejora, o las buenas prácticas desarrolladas. Se incluye además un anexo sobre la metodología empleada en la preparación del informe.

Como hemos señalado, el capítulo de tendencias, recoge las principales conclusiones generales que se analizan más a fondo en los capítulos nacionales. Dicha conclusiones se concentran en cuatro áreas consideradas prioritarias: la dimensión política de la corrupción, los mecanismos de control y prevención, la represión y las zonas de riesgo. En el área de la dimensión política se verifica la prioridad que se concede a las políticas de lucha contra la corrupción, a la integridad y responsabilidad de las élites políticas y de los cargos electos, y la financiación de los partidos políticos. En el ámbito de los mecanismos de control y prevención, se analiza el uso de medidas preventivas, la existencia de mecanismos de control externo e interno no coercitivos, las declaraciones de patrimonio y la existencia de normas sobre conflicto de intereses en los respectivos ordenamientos internos. En el apartado de la represión, se toman en consideración las normas de Derecho penal y su correspondencia con las exigencias de los instrumentos internacionales vigentes; se analiza la eficacia de los organismos de lucha contra la corrupción existentes a nivel nacional, y la capacidad de los servicios policiales, fiscales y judiciales, para llevar a cabo investigaciones e imponer sanciones, así como si se garantiza adecuadamente la independencia de tales servicios. Respecto a las zonas de riesgo, se pone el acento en la pequeña corrupción, en los riesgos a nivel regional o local, y se valoran ciertos sectores especialmente vulnerables (como el desarrollo urbanístico y la construcción, la planificación medioambiental, la sanidad, o la administración fiscal). Se evalúan también la integridad y transparencia en el sector financiero, los sobornos en el extranjero, las empresas de propiedad estatal y los vínculos entre corrupción y delincuencia organizada.

El primer informe anticorrupción fue presentado por la Comisión en 2014<sup>163</sup> y, aunque estaba previsto que el informe se publicara cada dos años, de momento no se ha publicado un segundo informe. De hecho, en una carta interna de 25 de enero de 2017 dirigida por el Vicepresidente de la Comisión, Frans Timmermans, al Presidente de la Comisión de libertades civiles, justicia y asuntos de interior del PE y al presidente de turno del Consejo, aquel manifestó la intención de no publicar sucesivos informes<sup>164</sup>.

## 6. CONCLUSIONES: BALANCE DE APLICACIÓN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

### 6.1. BALANCE DE APLICACIÓN

A la vista de todo lo anterior, no cabe duda de que la preocupación por hacer frente al fraude, especialmente el vinculado a los intereses financieros de la UE, y a la corrupción, tanto en el sector público como en el sector privado, está presente en la UE. Y de que los mecanismos adoptados a esos efectos afectan tanto a los Estados miembros, como a las propias instituciones, órganos y organismos de la UE, sobre todo desde la creación y posterior revisión de la OLAF.

163. Informe de la Comisión al Consejo y al PE, *Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2014) 38 final, de 3 de febrero de 2014, ya citado.

164. En palabras del Vicepresidente de la Comisión: «At the same time, this raises the question of whether the format adopted in 2014 is still necessary today. While the first report was useful in providing an analytical overview and creating a basis for further work, this does not necessarily mean that a continued succession of similar reports in the future would be the best way to proceed.

Given the complexity and evolving nature of corruption and its prevention, a more efficient and versatile approach would therefore be to complement the continued focus given to corruption issues in the European semester with operational activities to share experience and best practices among Member States' authorities and actively working in a wider context alongside international organizations such as the UN, Council of Europe, the OECD, G7 and others who are engaged in valuable anti-corruption work, as well as private stakeholders and civil society organizations.

This work goes hand in hand with action at EU level in targeted areas where the EU can make a difference. For example, the Commission is currently assessing the need for further steps on whistle-blower protection at EU level. European legislation in other areas such as anti-money laundering and public procurement also makes an important contribution to the fight against corruption. Various measures have been taken or are under discussion to increase transparency, for example as concerns beneficial ownership and corporate tax transparency, or the contacts between EU decision-makers and interest representatives. Finally, I would like to mention the work to fight fraud and corruption risks in the implementation of EU funds. In this context, legislative action is also relevant, notable examples being the work to establish a European Public Prosecutor's Office and the recently agreed directive on the protection of the financial interests of the EU», ver Doc. ARES (2017) 455202.

Se aprecia además una evolución positiva que se pone de manifiesto a nivel del Derecho originario, especialmente con la última reforma de los Tratados. Como se ha visto, el Tratado de Lisboa abre interesantes posibilidades, sobre todo y al menos en una primera etapa, en materia de lucha contra las actividades ilegales que afecten a los intereses financieros de la UE.

Pero conviene valorar también el grado de aplicación de los mecanismos hoy vigentes para determinar la efectividad y eficacia de los mismos y las necesidades de revisión y mejora.

Por lo que se refiere a la perspectiva del Derecho administrativo y, en concreto, a la investigación de las irregularidades que causan o pueden causar perjuicio a los intereses financieros y a las medidas y sanciones administrativas aplicables, así como a la recuperación de los importes dejados de percibir, parece que el sistema establecido por la UE produce sus efectos, a juzgar por los informes que publican regularmente la Comisión Europea y la propia OLAF, y parece también que, tras la reforma de dicha Oficina, muchos de los problemas que se habían planteado acerca de su independencia y funcionamiento van siendo resueltos. Paralelamente, debe destacarse como positiva la tendencia a adoptar medidas en el marco de la prevención y la mejora de la buena administración y la transparencia en el seno de las instituciones, órganos y organismos de la UE.

La situación es diferente por lo que se refiere a la perspectiva del Derecho penal. Comenzando por los instrumentos PIF, es decir, el Convenio PIF y el Primer y Segundo Protocolo al mismo, lo primero que conviene destacar es, sin duda, la lentitud en el proceso de ratificación. La entrada en vigor del Convenio PIF y del Primer Protocolo no se produjo hasta el 17 de octubre de 2002, mientras que la entrada en vigor del segundo Protocolo se demoró, principalmente por el retraso en su ratificación por parte de Italia, hasta el 19 de mayo de 2009. Ese retraso en la ratificación, unido a la preocupación por la magnitud del daño que se venía causando, año tras año, a los intereses financieros de la UE llevó a la Comisión a presentar, ya en el año 2001 y sobre la base de las modificaciones introducidas por el Tratado de Ámsterdam (art. 280 TCE) una propuesta de Directiva sobre la protección penal de los intereses financieros de la UE<sup>165</sup>, que sin embargo, no prosperó.

165. Propuesta de Directiva del PE y del Consejo relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad, COM (2001) 272 final. Ver también la Propuesta modificada de Directiva del PE y del Consejo relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad, COM (2002) 577 final, presentada por la Comisión tras el dictamen del Tribunal de Cuentas de 8 de noviembre de 2001

En relación al nivel de cumplimiento del Convenio y los Protocolos desde su tardía entrada en vigor, hay que recordar que los Estados debían transmitir a la Comisión informaciones acerca de las medidas adoptadas para la incorporación de sus disposiciones a los ordenamientos internos. El estudio de la información suministrada por los gobiernos al respecto, permitió a la Comisión presentar dos informes de evaluación<sup>166</sup> que nos ayudan a hacernos una idea de la situación.

En el primer informe, publicado en el año 2004, la Comisión concluyó que ninguno de los 15 Estados miembros evaluados<sup>167</sup> había adoptado todas las medidas necesarias para garantizar la completa aplicación de los instrumentos. Los principales problemas detectados se referían a las considerables diferencias en las sanciones penales aplicables en cada ordenamiento, que además no cumplían en la mayoría de los casos, los requisitos de eficacia, proporcionalidad y disuasión exigidos por la jurisprudencia del TJ y por los Tratados. En su segundo informe, de 2008, la Comisión constató que los objetivos previstos en los instrumentos PIF seguían sin ser alcanzados. Sólo 5 Estados miembros habían adoptado entonces todas las medidas necesarias para cumplirlos de manera satisfactoria y completa, mientras que en el resto, continuaba habiendo grandes lagunas. Las principales deficiencias se referían a la definición de fraude, a la responsabilidad de las personas jurídicas y de los jefes de empresas, y a la asimilación de la responsabilidad de los funcionarios de la UE o de otros Estados miembros a la de los propios funcionarios.

No hay, sin embargo, datos acerca de la aplicación por los Estados del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción de 1997, cuya entrada en vigor no se produjo hasta el 28 de septiembre de 2005, ya que este Convenio no exigía a los Estados informar a la Comisión sobre la trasposición, ni a esta informar sobre la aplicación del mismo.

En cambio, la Decisión marco sobre la corrupción en el sector privado, cuya fecha de transposición estaba prevista para el 22 de julio de 2005, sí contenía una disposición que exigía a los Estados miembros transmitir al

(DO C 14, de 17 de enero de 2002) y del dictamen en primera lectura del PE el 29 de noviembre de 2001 (DO C 153 E, de 27 de junio de 2002).

166. En el año 2004 la Comisión publicó un primer informe sobre la aplicación por los Estados miembros del Convenio y sus Protocolos, COM (2004) 709, de 25 de octubre de 2004, y, en el año 2008, publicó el segundo informe, como continuación al anterior, COM (2008) 77, de 14 de febrero de 2008.

167. Recordemos que el 1 de mayo de 2004 se produjo la adhesión de 10 nuevos Estados, sin embargo, lógicamente, el análisis se limita a los 15 Estados que ya eran miembros de la UE anteriormente.



Consejo y a la Comisión el texto de las disposiciones internas que hubieran adoptado para la trasposición. Sobre la base de los datos ofrecidos por los Estados, la Comisión ha presentado también por el momento dos informes<sup>168</sup>. En el primero, de 2007, manifestó su preocupación por el retraso en la trasposición de la norma, y porque sólo había recibido información de 21 Estados. En su segundo informe, de 2011, todos los Estados habían enviado la información y, aunque se habían producido algunos progresos, el balance general seguía sin ser satisfactorio, debido a las deficiencias en la trasposición, centrándose los problemas principalmente en los elementos de la definición de corrupción en el sector privado y en el establecimiento a nivel interno de la responsabilidad de las personas jurídicas implicadas en tales actos.

En 2011, ya con el Tratado de Lisboa en vigor y en cumplimiento del encargo recibido del Consejo Europeo de Estocolmo de elaborar una política global de lucha contra la corrupción, la Comisión presentó un par de comunicaciones<sup>169</sup> en las que destacaba los principales problemas detectados en la lucha contra el fraude y la corrupción y lanzaba algunas propuestas de acción concretas para mejorar la situación. A la vista de la información ofrecida por la Comisión en dichas comunicaciones, parece clara, no sólo la incompleta aplicación de los mecanismos establecidos en la UE para luchar contra el fraude y la corrupción desde la perspectiva del Derecho penal, a pesar del largo periodo de tiempo transcurrido desde su firma, sino también la insuficiencia de los mismos para garantizar la armonización del Derecho penal que se buscaba.

La Comisión pone de manifiesto, en primer lugar, que siguen las incoherencias y lagunas en las normas de Derecho penal material, lo que obstaculiza el logro de una protección de Derecho penal equivalente en toda la UE, dando lugar a que puedan darse resultados diferentes en casos

168. El primero, de 18 de junio de 2007, COM (2007) 328 final y el segundo de 6 de junio de 2011, COM (2011) 309 final. Para el primer informe España y Grecia no presentaron información, alegando que sus actos legislativos se encontraban en fase de preparación, mientras que Chipre y Malta no dieron ninguna respuesta. En el segundo informe la Comisión señaló que España era el único Estado miembro que no había proporcionado ninguna información sobre la trasposición, ni para el primer informe, ni para el segundo.

169. Comunicación de la Comisión al PE, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *sobre la protección de los intereses financieros de la UE a través del Derecho penal y de las investigaciones administrativas. Una política integrada para salvaguardar el dinero de los contribuyentes*, COM (2011) 293 final, de 26 de mayo de 2011; y Comunicación de la Comisión al Consejo, al PE y al Comité Económico y Social Europeo, *Lucha contra la corrupción en la Unión Europea*, COM (2011) 308 final, ya citada.

similares en función de las disposiciones penales nacionales aplicables. En ese sentido, hay ciertas cuestiones que la Comisión considera prioritario resolver. En concreto, no existe aún una verdadera unificación del concepto de funcionario público; las penas impuestas por fraude en los diferentes Estados miembros oscilan entre pequeñas multas y largas condenas privativas de libertad; ni se establece con carácter general en todos los Estados miembros la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ni de los jefes de empresa. Pero además, se aprecia que no se incluyen en las legislaciones nacionales sanciones para los titulares de cargos públicos, designados o electos, cuestión que no se había previsto expresamente en los mecanismos adoptados hasta la fecha, pero que requiere una regulación que permita la armonización de las disposiciones nacionales al respecto e igualmente deberían unificarse las definiciones de relevantes infracciones penales relacionadas con el fraude y la corrupción, como por ejemplo la malversación de fondos, que actualmente varían considerablemente de un Estado a otro.

En segundo lugar, resulta insuficiente la cooperación judicial para luchar contra la actividad delictiva vinculada al fraude y la corrupción en detrimento de los intereses financieros de la UE. Este tipo de casos suele suponer investigaciones y procedimientos transfronterizos y exige ejecutar resoluciones en otros Estados miembros, lo que requiere una estrecha cooperación entre las correspondientes autoridades competentes. Sin embargo, en la práctica, debe mejorarse esa cooperación. La complejidad y lentitud de tales procedimientos aumenta el número de casos en que ni siquiera se solicita el auxilio judicial, como ocurre por ejemplo con la recuperación de activos y el embargo y decomiso<sup>170</sup>. La instrucción penal en la que están implicados varios Estados miembros tiende a ser larga y estar sujeta a normas diferentes en materia de prueba, lo que reduce la probabilidad de condena. Por otra parte, algunos Estados limitan su competencia exclusivamente a los asuntos en los que los intereses de la UE se han visto comprometidos en su territorio, lo que en la práctica desemboca en situaciones de impunidad.

Además, la Comisión constató que las autoridades judiciales nacionales no instruyen sistemáticamente un proceso penal a partir de las recomendaciones de la OLAF, sin que sea siempre fácil conocer los verdaderos motivos. En algunos asuntos, las autoridades nacionales

170. A pesar de que existía en la UE, como vimos, una regulación específica sobre este tema desde 1998 (ver *supra* nota 106) y de que el Segundo Protocolo se ocupaba expresamente del tema.

responsables de la instrucción penal no inician las investigaciones alegando razones discrecionales (como la falta de interés público o baja prioridad). Pero además, como ya hemos advertido, en ocasiones, las restrictivas normas procesales sobre utilización de pruebas obtenidas en jurisdicciones extranjeras, dificultaban la posibilidad de instruir procedimientos penales a partir de los resultados de las investigaciones administrativas de la OLAF. Tema éste último, al que se dio respuesta, como hemos visto anteriormente, con la reforma del funcionamiento de la OLAF que tuvo lugar en 2013<sup>171</sup>. Por otra parte, la lentitud de los procedimientos penales<sup>172</sup> puede también retrasar las sanciones disciplinarias, ya que, en los asuntos relativos al personal de la UE, antes de adoptar medidas disciplinarias hay que esperar al resultado del procedimiento penal por los mismos hechos.

La desigual y poco satisfactoria aplicación del marco jurídico de lucha contra el fraude y la corrupción desde la perspectiva del Derecho penal por los Estados miembros refleja la ausencia de un compromiso político firme al respecto. Como señalaba la Comisión en el informe anticorrupción de 2014, aunque la mayor parte de estas cuestiones son de competencia nacional, conviene al interés común de la UE que todos los Estados dispongan de políticas eficaces de lucha contra la corrupción. Y:

«Los Estados miembros de la UE disponen de la mayoría de los instrumentos jurídicos e instituciones necesarios para prevenir y luchar contra la corrupción. Sin embargo, los resultados no son satisfactorios en toda la UE. Las normas contra la corrupción no siempre se aplican enérgicamente, los problemas sistémicos no se abordan con la suficiente eficacia y las instituciones pertinentes no siempre tienen suficiente capacidad para hacer cumplir las normas. Las intenciones declaradas siguen estando demasiado alejadas de los resultados concretos, y a menudo parece faltar una verdadera voluntad política para erradicar la corrupción»<sup>173</sup>.

En todo caso, los Estados van haciendo avances en la materia, tal como se desprende del citado informe anticorrupción, aunque todavía son muchas las deficiencias y queda mucho por hacer. Sería necesario no sólo mejorar la aplicación de los instrumentos existentes, sino también aprovechar las posibilidades que ofrece el Tratado de Lisboa para poner en marcha nuevas

171. Art. 11.2 del Reglamento 883/2013, ver apartado 4.2.3.4 *supra*.

172. En general, la Comisión constata que suele tardarse una media de 5 años en adoptar una resolución judicial, cuando se adopta, después de que la OLAF abra un expediente.

173. COM (2014) 38, ya citado, p. 2.

medidas cuyo cumplimiento pueda ser además objeto de control por la Comisión y, en su caso, el TJ.

## 6.2. PERSPECTIVAS DE FUTURO

A la vista de los resultados de su análisis, la Comisión ha planteado algunas iniciativas concretas basadas en los nuevos fundamentos jurídicos que ofrece el Tratado de Lisboa, algunas de las cuales ya se han puesto en marcha y otras están en proceso.

Entre el paquete de medidas ya adoptadas, pueden citarse las que tenían por objeto, por un lado, reforzar los procedimientos penales y administrativos en materia de recuperación de activos y confiscación. Se adoptó para ello la Directiva 2014/42/UE del PE y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE que modifica y sustituye en parte a las Decisiones marco hasta entonces existentes<sup>174</sup>. Por otro lado, las dirigidas a reformar la OLAF con el fin de garantizar su independencia, la eficacia y eficiencia en el ejercicio de su misión, el respeto de las garantías de procedimiento y el valor probatorio de sus informes de investigación. Reforma que se acometió en el año 2013 y a la que ya hemos hecho referencia. Con el fin de mejorar la transparencia y reforzar las disposiciones contra el fraude y la corrupción en la contratación pública, se llevó a cabo también la revisión de las Directivas sobre contratación pública y servicios públicos<sup>175</sup>.

Están todavía pendientes otras relevantes medidas propuestas por la Comisión, cuya definitiva puesta en marcha supondrá importantes avances en este ámbito, y que nos limitamos a apuntar, pues no es posible ocuparnos de su estudio en este trabajo.

Se trata, por un lado, de la mejora del Derecho penal material mediante la adopción de una Directiva sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la UE a través del Derecho penal. El 11 de julio de 2012, presentó la Comisión su propuesta al respecto<sup>176</sup>. Tras un proceso de negociaciones informales, el 12 de enero de 2017 se alcanzó un acuerdo

174. Ver *supra* nota 106.

175. Ver *supra* nota 117.

176. COM (2012) 363 final, de 11 de julio de 2012. Ver Dictamen 8/2012 del Tribunal de Cuentas Europeo de 15 de noviembre de 2012, *sobre la propuesta de Directiva del PE y del Consejo sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal*, DO C 383, 12 de diciembre de 2012; Dictamen del Comité de las Regiones, *Paquete sobre la protección de la economía ilícita*, DC C 391, de 18 de diciembre de 2012; y la Resolución legislativa del PE, de 16 de abril de 2014, *sobre la*

entre el PE y el Consejo sobre un texto transaccional y el pasado 25 de abril de 2017 el Consejo adoptó su posición en primera lectura en los términos de dicho acuerdo, estando actualmente pendiente su aprobación por el PE<sup>177</sup>. La Directiva aporta algunas interesantes novedades con respecto a los instrumentos PIF. En particular, y además de la importancia, a efectos del control de su aplicación, de la sustitución de la actual norma convencional por una Directiva, es decir, una norma de Derecho derivado de la UE, sujeta al control de la Comisión y al posible recurso por incumplimiento ante el TJ, las principales novedades se refieren a la definición del concepto de intereses financieros de la UE, la definición de las infracciones que han de ser perseguidas y sancionadas, y del concepto de funcionario. También se incluyen cambios respecto de las sanciones aplicables, la competencia de las autoridades judiciales estatales, el embargo y decomiso de los productos del delito, o los plazos de prescripción, entre otras cuestiones.

Por otro lado, se han propuesto medidas para mejorar el marco institucional. Conviene recordar que actualmente la incoación de procedimientos penales contra delitos que puedan afectar al presupuesto de la UE es competencia exclusiva de los Estados miembros, sin que ninguna autoridad propia de la UE sea competente en este ámbito. Las agencias de la UE (Eurojust y Europol) carecen de autoridad para realizar investigaciones por su cuenta ni para incoar procedimientos penales en los Estados miembros y tampoco la OLAF que sí tiene la misión de investigar el fraude y las actividades ilegales que afectan a la UE, tiene esa facultad, pues sus competencias se centran en las investigaciones administrativas y son limitadas. En ese sentido, la Comisión presentó una propuesta de Reglamento para modernizar las capacidades de Eurojust<sup>178</sup>, pues aunque fue reformando en el año 2008, no se actualizaron sus funciones y estructura

*propuesta de Directiva del PE y del Consejo sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, P7\_TA (2014) 0427.*

177. Puede consultarse el texto aprobado por el Consejo en Doc. 6182/17 de 5 de abril de 2017 y Add.1 de 7 de abril de 2017, que contiene el proyecto de exposición de motivos del Consejo.

178. Sobre la reforma de Eurojust, puede verse la *Propuesta de Reglamento del PE y del Consejo sobre la Agencia Europea de Cooperación en materia de justicia penal (Eurojust)*, presentada por la Comisión Europea con base en el art. 85 TFUE, COM (2013) 535 final, de 17 de julio de 2013. Dicha propuesta tiene en cuenta que, de acuerdo con el art. 86 TFUE la Fiscalía Europea debe crearse a partir de Eurojust, por lo que recoge las disposiciones necesarias para regir las relaciones entre ambos organismos. El Consejo JAI adoptó una orientación general sobre la propuesta, con exclusión de las disposiciones relacionadas con la Fiscalía Europea, en sesión 3676, de 12 y 13 de marzo de 2015, ver Doc. 7178/15, p. 7. El texto de la orientación general puede consultarse en el Doc. 6643/15, de 27 de febrero de 2015.

en línea con las ambiciones del Tratado de Lisboa (art. 85 TFUE), lo que le impide iniciar actuaciones penales o perseguir delitos por sí mismo. La Comisión presentó también una propuesta de Reglamento para crear una autoridad europea especializada en el ejercicio de la acción penal con base en el art. 86 del TFUE que, como vimos, abre la posibilidad de crear una Fiscalía Europea para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la UE, que sería competente, en su caso en colaboración con Europol, para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la UE, y para incoar procedimientos penales y solicitar la apertura de juicios, además de ejercer ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones<sup>179</sup>.

179. Comunicación de la Comisión al PE, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Protección mejorada de los intereses financieros de la UE: Creación de una Fiscalía Europea y reforma de Eurojust*, COM (2013) 532 final, de 17 de julio de 2013; y *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de una Fiscalía Europea*, COM (2013) 534 final, de 17 de julio de 2013. Puede verse la Comunicación de la Comisión sobre la posición de los Parlamentos nacionales respecto al principio de subsidiariedad, COM (2013) 851 final, de 27 de noviembre de 2013. La propuesta de Reglamento ha recibido el Dictamen del Comité de las Regiones (DO C 126, de 26 de abril de 2014), del Comité Económico y Social (DO C 170, de 5 de junio de 2014) y del Supervisor Europeo de protección de datos (DO C 244, de 26 de julio de 2014), además de dos Resoluciones del PE, la última de 29 de abril de 2015, contiene una serie condiciones esenciales para que el PE pueda prestar su consentimiento al proyecto. En enero de 2017 se logró alcanzar un texto «estabilizado» de Proyecto de Reglamento (ver Doc. 5766/17 del Consejo de 31 de enero). En el mes de abril un comunicado de prensa del Consejo informaba de que 16 Estados miembros (Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, la República Checa y Rumanía) habían comunicado a las instituciones su intención de iniciar una cooperación reforzada para crear la Fiscalía Europea sobre la base del texto aprobado en enero en el Consejo (comunicado de prensa 184/17, de 3 de abril de 2017). Posibilidad prevista expresamente, como ya hemos señalado, en el art. 86.1 TFUE.