

LA CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO*

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la corrupción, en cualquiera de sus vertientes, sea social, económica o política, ocupa buena parte de las reflexiones y preocupaciones del mundo actual, constituyendo uno de los temas estrella dentro de la política criminal internacional, señalándose¹ que la corrupción es considerada hoy en día como un gran problema social que puede poner en peligro la estabilidad y la seguridad de las sociedades, amenazar el desarrollo social, económico y político y arruinar el valor de la democracia y la moral². Es más, desde el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), se ha llegado a afirmar que la corrupción representa el más peligroso de todos los fenó-

menos patológicos sociales porque no ataca al Estado, sus instituciones y los principios básicos de la democracia desde fuera, sino que los “corroe desde dentro”, como parte integrante de cada administración pública³. La cuestión requiere, pues, una tarea importante de estudio y cooperación, sobre todo en un mundo inmerso en un proceso de globalización como es el actual⁴.

Precisamente, en un mundo globalizado se sienten con mayor urgencia las necesidades de que un fenómeno tan extraordinariamente dañino como es la corrupción encuentre vías de solución desde, en lo que aquí atañe y dejando aparte otros aspectos, el prisma estrictamente penal⁵. Es más, incluso se ha considera-

* Catedrático acreditado de Derecho penal. Universidad Autónoma de Madrid, España.

¹ Cfr. HUBER, Bárbara. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional, *Revista penal*, núm. 11, enero 2003, p.41. Según datos a 2011 de la Comisión Europea, cuatro de cada cinco ciudadanos de la UE consideran que la corrupción es un problema muy grave en su país y subrayan que es necesario un compromiso político más firme para luchar contra este delito y los daños económicos, sociales y políticos que causa, calculándose que la corrupción tiene un coste anual de 120.000 millones de euros, aproximadamente el 1% del PIB de la UE. A partir de 2013, la Comisión publicará cada dos años un informe anticorrupción que constituirá un mecanismo de vigilancia y de evaluación propio de la UE. El informe recogerá las tendencias y las deficiencias a las que habrá que dar solución y estimulará el intercambio de mejores prácticas, permitiendo percibir mejor los esfuerzos realizados y los problemas planteados así como las causas de la corrupción.

² Sobre los efectos económicos y sociales de la corrupción, vid. MALEM SEÑA, Jorge F. *La corrupción*, Barcelona 2002, pp. 177-186.

³ Vid. KOS, Drago. Seguimiento de los esfuerzos contra la corrupción en Europa, en *Revista penal*, núm. 16, julio 2005, p. 54. El GRECO es un órgano de trabajo del Consejo de Europa, creado en 1999, cuyas actividades están dirigidas a la lucha contra la corrupción en sus Estados miembros, mediante evaluaciones mutuas y formulación de recomendaciones tendentes a establecer unos estándares mínimos armonizados en la materia.

⁴ Vid. TEUBNER, Gunther. Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada en el estado, en “Derecho penal y política transnacional”, (Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio, coords.), Barcelona 2005, p. 31, quien indica que “la globalización es un proceso policéntrico, en el que diversos ámbitos vitales superan sus límites regionales y constituyen respectivamente sectores globales autónomos”.

⁵ Vid., por ejemplo, VOGEL, Joachim. Derecho penal y globalización, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, (“Globalización y Derecho”), 2005, edición a cargo de Manuel Cancio Meliá, pp. 113 y ss.; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, Madrid 2012, pp. 31-51.

do ese marco de la globalización como una de las causas destacadas de la creciente intervención jurídico-penal en el ámbito económico, pues el soborno internacional es un fenómeno cuyas consecuencias desconocen las fronteras y, por eso, la lucha sólo será eficaz si se contempla desde la cooperación internacional⁶. En todo caso, ni ello parece fácil, ni podemos negar la dosis de escepticismo que existe sobre las posibilidades del derecho global para una suficiente realización del ideal del imperio de la ley en éste y en otros campos⁷.

Aunque es cierto que no existe un concepto unívoco o unitario de corrupción, con carácter general en casi todos los intentos de definición aparecen normalmente tres elementos: el abuso de una posición de poder, la consecución de una ventaja patrimonial a cambio de su utilización y el carácter secreto del pago, poniéndose de relieve la necesidad de concurrencia de dos partes para que la misma llegue a perfeccionarse⁸. Todo ello nos acerca a la figura del soborno o del cohecho, como se prefiere enunciar en nuestro Derecho, afirmándose con razón, que el cohecho es “el más prototípico delito de corrupción”, o, que el verbo “corromper” se identifica con el de “sobornar”⁹.

Tomando en cuenta que el concepto de corrupción es dúctil y heterogéneo, desde el

prisma de concebirlo como categoría jurídico-penal, sólo puede ser entendido como un concepto legal de referencia, que nos sirve para englobar como ámbito material de estudio una serie de delitos en los que puede verse lesionado o puesto en peligro el correcto ejercicio de la función pública a través de actuaciones que se desvíen del interés general reportando beneficio económico personal a sus autores¹⁰. Generalmente, como señaló Tiedemann, las gratificaciones se dan para asegurarse ventajas en la aplicación de la ley, para garantizar la aprobación de un contrato proyectado o para incentivar el desempeño de funciones que el funcionario está obligado a cumplir como parte de su cargo, es decir, sin gratificación adicional alguna¹¹.

II. LA RESPUESTA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

La Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, modificó el Código Penal de 1995 añadiendo un nuevo Título XIX bis al Libro II del CP, que denominó “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, con un único artículo (el 445 bis) que es, realmente, una nueva modalidad de cohecho dirigida a evitar la corrupción en las transacciones internacionales. Como se indicaba en la exposición de motivos de la citada ley, el origen de esta decisión debe situarse en el Convenio de

⁶ Vid.; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción de agente público extranjero e internacional, Valencia 2003, pp. 49 y ss. En España, la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada interviene en los procesos penales relacionados con los delitos de corrupción en transacciones comerciales internacionales (art. 19, cuatro, ñ) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, tras las modificaciones operadas por la Ley 24/2007, de 9 de octubre.

⁷ Vid. LAPORTA, Francisco J. Globalización e imperio de la Ley. Algunas dudas westfalianas, en “Globalización y derecho”, cit., pp. 177 y ss. Vid., también, con carácter más general, PASTOR, Daniel R. El poder penal internacional, Barcelona 2006, *passim*.

⁸ Como señalara DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. La respuesta a la corrupción pública, Granada 2004, pp. 3-4.

⁹ Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho), en “El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos”, Libro Homenaje al Prof. Dr. Don Ángel Torío López, Granada 1999, p. 868.

¹⁰ Cfr. CONTRERAS ALFARO, Luis H. Corrupción y principio de oportunidad penal, Salamanca 2005, p. 152.

¹¹ Cfr. TIEDEMANN, Klaus. Poder económico y delito, Barcelona 1985, p. 63.



«lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales», aprobado por la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos), hecho en París y firmado por España el 17 de diciembre de 1997 (el Convenio fue ratificado mediante Instrumento de 3 de enero de 2000 y publicado en el BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002). Posteriormente, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004, modifica el artículo 445 (debió decir el 445 bis) manteniendo el texto anterior, ahora numerado como 1, y añadiendo un nuevo apartado 2, en el cual se incluía la posibilidad de imponer alguna o algunas de las consecuencias accesoriais contempladas entonces en el artículo 129 del CP; asimismo, convierte (derogándolo tácitamente) el inicial Título XIX bis en el nuevo Capítulo X del Título XIX¹².

Pese a las dos reformas legislativas citadas, este tipo penal desde su incorporación al Código penal había recibido por parte de la doctrina penal críticas sobre su necesidad, su propia redacción, su ubicación, etc., indicándose las deficiencias que presentaba y que demandaban una nueva reforma que, de manera definitiva, acomodara nuestro Derecho interno a los términos del Convenio OCDE¹³.

Esta necesidad de modificación también había sido puesta de manifiesto por la OCDE que, de acuerdo con lo establecido en el art. 12 del Convenio y tras evaluar la legislación española en fase 1 (en el año 2000) y en fase 2 (en el año 2006), consideró que aquella cum-

plía con el Convenio salvo en ciertos aspectos que afectaban a la definición del delito de corrupción de agentes públicos extranjeros, al nivel de las sanciones, y por último a la responsabilidad de las personas jurídicas. La OCDE realizó una serie de recomendaciones para asegurar la prevención, la detección, la investigación y la persecución efectivas del delito de soborno de agente público extranjero. De entre estas recomendaciones, probablemente la de mayor relevancia fue la que trataba de la responsabilidad de las personas jurídicas respecto a la corrupción de agente público extranjero, habiendo recomendado el Grupo de Trabajo a España que modificara su legislación para asegurarse de que todas las personas jurídicas puedan considerarse directamente responsables de corrupción de agente público extranjero.

A ese objetivo se dirigió la reforma operada en el art. 445 del Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio, que, en su artículo Centésimo trigésimo tercero, indica que «Se modifica el artículo 445, que tendrá la siguiente redacción:

«1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la

¹² Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. El delito de corrupción del artículo 445 del Código Penal, en «Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García», Madrid 2006, pp. 500-501; EL MISMO. La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El artículo 445 del Código Penal español, en Revista Derecho Penal Contemporáneo, 20, julio-septiembre 2007, pp. 111-142.

¹³ Esta necesidad de modificación había sido puesta de manifiesto con motivo de la segunda fase de evaluación a España que tuvo lugar en la sede de la OCDE, en París, durante los días 21 a 24 de marzo de 2006. Vid. ALCALÁ PÉREZ-FLORES, Rafael. «La corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales», en La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa, suplemento al núm. 2015 del Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 2006, pp. 207 y ss.

realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

Las penas previstas en los párrafos anteriores se impondrán en su mitad superior si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.¹⁴

3. A los efectos de este artículo se entiende por funcionario público extranjero:

a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública.

c) Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública.»¹⁵

Son varias las modificaciones sufridas por el tipo penal merced a esta última reforma del CP¹⁶. En el apartado XXVII del Preámbulo de la LO 5/2010 se indica lo siguiente:

“En los delitos de cohecho se han producido importantes cambios dirigidos a adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales asumidos, en concreto, al Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de

¹⁴ El texto inicial del Proyecto de reforma era el siguiente: “2. Cuando del delito fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá las penas de prohibición de contratar con las administraciones públicas e intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública de diez a quince años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del duplo al déncuplo del montante de dicho beneficio.”

¹⁵ El texto vigente hasta el 22 de diciembre de 2010 era el siguiente: “1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos. 2. Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código”.

¹⁶ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. La corrupción en las transacciones comerciales internacionales, en “Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero”, Pamplona 2011, pp. 607-627.

Europa de 27 de enero de 1999 y al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Con base en lo establecido en dichos convenios se precisaba una adaptación de las penas, pues se exige que al menos en los casos graves se prevean penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición. A ello se suma la conveniencia de extender el concepto de funcionario para que alcance también al funcionario comunitario y al funcionario extranjero al servicio de otro país miembro de la Unión Europea.

A través de las Leyes Orgánicas 3/2000 y 15/2003 se incorporó a nuestro Código Penal el delito de corrupción de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales, en cumplimiento del Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Pese a ello, lo cierto es que la configuración del tipo penal presenta deficiencias que demandan una nueva reforma que, de manera definitiva, acomode nuestro Derecho interno a los términos del Convenio, lo que obliga a dar una nueva redacción al artículo 445 para que así quepa, de una parte, acoger conductas de corrupción que no están suficientemente contempladas en la actualidad, así como regular con precisión la responsabilidad penal de personas jurídicas que intervengan en esa clase de hechos”.

Pues bien, los objetivos parecen logrados y, en conjunto, cabe calificar la reforma como positiva, ya que, en líneas generales, resuelve la mayor parte de los problemas identificados por la doctrina¹⁷, si bien la ratificación por España, por Instrumento de 26 de enero de 2010, del Convenio penal sobre la Corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999¹⁸, así como la posterior ratificación, por Instrumento de 16 de diciembre de 2010, del Protocolo Adicional a dicho Convenio, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003¹⁹, obligará a realizar ulteriores modificaciones en el tipo penal, siguiendo las recomendaciones contenidas en el Informe de la Tercera Ronda de Evaluación relativo a España adoptado por el GRECO en su 42 Reunión Plenaria (Estrasburgo 11-15 de mayo de 2009).

III. ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES

1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Desde su introducción se puso de manifiesto, como ya se ha señalado, la inadecuada ubicación del precepto²⁰. El nuevo Título dedicado a la corrupción internacional se situó entre los Títulos destinados a tutelar con carácter general el correcto desempeño de la función pública (Tít. XIX, de los delitos contra la Administración Pública y Tít. XX, de los delitos contra la Administración de justicia). Parecía, entonces, que debía inferirse que la finalidad que perseguía la incriminación de los comportamientos allí descritos se situaba también en el correcto desempeño de la función pública²¹. No obstante, las conductas incriminadas en el artículo 445 tutelan intereses que nada o

¹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ PUERTA, María José. Corrupción en las transacciones internacionales, en “Comentarios a la Reforma Penal de 2010”, (Álvarez García/González Cussac, dirs.), Valencia 2010, pp. 489-490.

¹⁸ Vid. BOE núm. 182, de 28 de julio de 2010.

¹⁹ Vid. BOE núm. 56, de 7 de marzo de 2011, con corrección de errores en BOE núm. 84, de 8 de abril de 2011.

²⁰ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código Penal), en *La Ley*, núm. 6740, 21 de junio de 2007, pp. 2-3.

²¹ Así, QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. Derecho penal español, parte especial, 6^a ed., Barcelona 2010, p. 1171, señala la protección de la imparcialidad funcional internacional y la de los intereses de la comunidad internacional en el concreto sector de la actividad económica internacional.

poco tienen que ver con éste. En concreto, el bien jurídico tutelado en este delito debería cifrarse en «el correcto desarrollo del tráfico comercial internacional»²², por lo que el lugar sistemático adecuado para incorporar este ilícito debería haber sido, atendido el bien jurídico, el título dedicado a los delitos socioeconómicos²³, pues es lugar común señalar el poder corruptor que la llamada delincuencia económica ejerce sobre la Administración pública involucrando a los funcionarios públicos²⁴.

Teniendo en cuenta que el objetivo del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, en virtud del cual se creó el precepto penal, es salvaguardar el principio de libre y limpia competencia esencial para el buen funcionamiento del mercado, cuando alguien soborna a un funcionario que interviene en un acto de contratación pública, señala Cugat que no sólo adquiere una ventaja ilícita sobre su competidor, sino que además vulnera los principios de imparcialidad y objetividad en la función pública²⁵. Por todo ello entiende esta autora que es innegable la doble naturaleza del bien jurídico protegido: el libre mercado y la función pú-

blica. En sentido parecido, se ha afirmado el carácter marcadamente pluriofensivo del precepto, consecuencia de la observación de que la imparcialidad de los funcionarios públicos incide de manera decisiva en la competencia. Con este precepto se tutelan por ello, tanto la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de la función pública como la competencia, si bien el peso de ésta alcanza mayor relevancia en la medida en que la corrupción sólo es punible cuando afecta a transacciones, contratos u operaciones económicas²⁶.

La confusión generada por el legislador en cuanto al bien jurídico protegido no hacía sino acrecentarse con el cambio de ubicación operado por la LO 15/2003. Si lo que quiere protegerse es la función pública (en atención a la rúbrica del nuevo Título en que se inserta), entonces no tiene sentido que la nacionalidad del funcionario altere la naturaleza del cohecho. Téngase en cuenta que si la misma conducta se realizara para obtener una decisión favorable de un funcionario público español que participara en una actividad económica internacional, entrarían en consideración los tipos clásicos de cohecho, para los que se prevén modalidades distintas. La confusión continúa, pues la reforma de 2010 mantiene dicha

²² Cfr. RODRÍGUEZ PUERTA, María José. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, (Quintero-Morales), 9^a ed., 2011, p. 1858, precisando, a continuación, que “y más precisamente en el debido respeto de las reglas de la leal competencia, basadas esencialmente en la transparencia, veracidad y la igualdad de oportunidades”.

²³ Así, también, Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis y BLANCO CORDERO, Isidoro. Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, en Revista de Ciencias Penales, vol. 4, 2001-2002, p. 12; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción de agente público extranjero e internacional, cit., p. 80; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, «La corrupción en el ámbito de las transacciones internacionales», en El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad (Diego DÍAZ-SANTOS y FABIÁN CAPARRÓS, coords.), Madrid 2003, p. 194; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, cit., p. 175.

²⁴ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Derecho penal Económico, 2^a ed., Madrid 2010, p. 26.

²⁵ Cfr. CUGAT MAURI, Miriam. Comentarios al Código Penal, Parte especial, (Córdoba Roda-García Arán), tomo II, 2004, p. 2116. Vid., también, DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. La respuesta a la corrupción pública, Granada 2004, p. 15, señalando que aunque en un primer momento el bien jurídico protegido en este tipo penal puede parecer referido al correcto ejercicio de la función pública –transnacional-, la perspectiva económica aporta un elemento fundamental.

²⁶ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis/BLANCO CORDERO, Isidoro. Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, cit., pp. 12-13.

ubicación en el Capítulo X del Título XIX, dedicado a los “delitos contra la Administración pública”. No obstante, entiende NIETO que el Convenio OCDE ha redactado el tipo sin atender a un concepto, como el del bien jurídico, que sólo constituye, dice, un instrumento de racionalidad legislativa en la tradición jurídica europea, y no en toda²⁷.

En definitiva, el tipo penal ostenta una naturaleza esencialmente socioeconómica que tiene de a proteger la posición de los competidores frente a quienes se valen de la corrupción para abusar de una posición dominante en el ámbito internacional²⁸; es más, se ha dicho que la corrupción es per se una delincuencia económica organizada²⁹.

2. SUJETOS Y RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Sujeto activo puede ser cualquiera, pues el tipo penal está concebido como un delito común (“los que”), por lo que cualquier particular que corrompa o intente corromper al funcionario público extranjero con la finalidad allí descrita cometerá el delito. Se ha dicho que la corrupción como arma mercantil se convierte en una cuestión de toma de decisión racional que es adoptada, planeada y ejecutada por empresarios que operan en ámbitos inmersos en el mercado global con la complicidad de funcionarios públicos³⁰.

Ahora bien, resulta difícil imaginar casos de adjudicación de contratos mediante el soborno en los que la persona física que lo ofrezca al funcionario extranjero no actúe en nombre

de una empresa que aspire a lograr una posición dominante respecto de la competencia. Consciente de esta situación, el art. 2 del Convenio OCDE, referido a la responsabilidad de las personas jurídicas, establece que “Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero”, aclarándose en los “Comentarios” al Convenio que en el caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, no se exigirá de esa Parte que establezca dicha responsabilidad penal³¹, lo que no excluye sanciones de otra naturaleza, esto es, civiles o administrativas. En los Comentarios al Convenio, y con independencia de las pecuniarias, se citan la exclusión del derecho a beneficios o ayudas públicas, la inhabilitación temporal o permanente para participar en la contratación pública o en la práctica de otras actividades comerciales, la sumisión a supervisión judicial, y una orden judicial de disolución.

Así las cosas, la vigencia entonces en nuestro derecho penal del principio *societas delinque non potest*, obligaba a no poder sancionar a las personas jurídicas con penas. Ahora bien, considerar que la persona jurídica carecía de capacidad delictiva (capacidad de acción y culpabilidad) no significaba, necesariamente, que fuera una realidad completamente ajena al derecho penal, como se extraía de la existencia del artículo 129 en el Libro I del Código Penal. En este contexto hay que entender, en buena lógica, la reforma operada en el Código

²⁷ Cfr. NIETO MARTÍN, Adán. Corrupción en las transacciones económicas internacionales, en “Memento experto. Reforma Penal 2010”, (Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, coord.), Madrid 2010, p. 548.

²⁸ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción, cit., pp. 80-81.

²⁹ Así, NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción en las transacciones comerciales internacionales, en “Estudios de Derecho Penal”, Univ. de Castilla-La Mancha, 2004, p. 95.

³⁰ Así, OLAIZOLA NOGALES, Inés. Los delitos contra la Administración Pública, en “Nuevas tendencias en Política Criminal” (Santiago MIR y Mirenxtu CORCOY, dirs.), Buenos Aires 2006, p. 381.

³¹ Estos Comentarios al Convenio de la OCDE fueron adoptados por la Conferencia negociadora el 21 de noviembre de 1997 y, aunque no posean carácter vinculante, sirven como criterios interpretativos de las disposiciones del Convenio.

penal por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, al añadir, como ya se señaló, un nuevo apartado 2 al artículo 445 CP por el que se abría la posibilidad de que el juez o tribunal pudiera imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 CP en estos casos, pensadas para ser aplicadas en el ámbito de la delincuencia económica y orientadas, como decía entonces el propio artículo 129 en su apartado 3, a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma. Consecuencias accesorias las denomina el Código, aunque en otros artículos las sigue llamando simplemente "medidas" (por ejemplo, en los arts. 294 y 366) y que, a mi juicio, ni son propiamente medidas de seguridad ni tampoco penas, al no responder a la naturaleza de ninguna de ellas³².

Con la introducción de este segundo apartado en el artículo 445 CP, que curiosamente ya aparecía en el texto inicial del Anteproyecto de reforma y que luego desapareció del mismo, venían a soslayarse algunas de las deficiencias detectadas en la punición de las conductas de corrupción en el ámbito de las transacciones económicas internacionales y, a su vez, se daba un paso más en el cumplimiento de las disposiciones del Convenio OCDE. En dicho Convenio, al referirse a las "sanciones" en su artículo 3.2, se indica que "En caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, la Parte velará para que éstas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones pecuniarias por

la corrupción de agentes públicos extranjeros". En todo caso, téngase en cuenta que en el catálogo de las consecuencias previstas entonces en el artículo 129 CP³³ no estaban incluidas las de carácter pecuniario y que, además, estas "consecuencias" eran de aplicación potestativa y no preceptiva. En definitiva, seguía sin existir en este aspecto la necesaria correlación entre el tipo penal y el Convenio OCDE, lo que constituía, una vez más, una oportunidad fallida y, por eso, criticable³⁴.

En este contexto hay que recordar que esa misma LO 15/2003, de 25 de noviembre, añadía un apartado 2 al artículo 31 CP pretendiendo "abordar la responsabilidad de las personas jurídicas", según se indicaba en su Exposición de Motivos, mezclando esta cuestión con los supuestos de actuaciones en nombre de otro y, a mi juicio, creando más confusión, si cabía, sobre tan controvertida problemática³⁵. La confusión aparecía, entre otras cosas, porque lo que ahí se establecía parecía más bien una especie de responsabilidad civil, directa y solidaria, de la persona jurídica al pago de la multa impuesta en sentencia al sujeto que actuó por cuenta de la misma y en su nombre, pudiéndose cuestionarse, entonces, incluso la propia constitucionalidad del precepto por la presunta vulneración de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas. Además, tampoco creo que este añadido al artículo 31 CP supusiera, de nuevo, poner en cuestión la vigencia del principio *societas delinquere non potest*³⁶. En todo caso, conviene recordar que el debate sobre la conveniencia o no del establecimiento de una

³² Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. Las medidas de seguridad y el Código Penal español de 1995, en Revista Ibero-Americana de Ciencias Penales, núm. 5, 2002, pp. 198-199.

³³ En el que se contemplaban hasta la reforma de 2010 la clausura, disolución, suspensión de actividades, prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, y la intervención de la empresa. Ahora, como penas (art. 33.7), aparecen asociadas a las personas jurídicas.

³⁴ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código Penal), cit., p. 3.

³⁵ Vid. sobre ello, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El nuevo art. 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege data* y de *lege ferenda*, en La Ley, núm. 6548, de 13 de septiembre de 2006, pp. 1 y ss.

³⁶ En este sentido, por ejemplo, MIR PUIG, Santiago. Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en "Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón", Valencia, 2004, p. 762.

verdadera responsabilidad jurídico-penal de las empresas se desarrollaba, en ese momento, sobre todo en el campo de la política criminal y alcanzaba sus verdaderas dimensiones en el plano de la construcción de modelos de autorresponsabilidad³⁷.

Pues bien, la reforma de 2010 parece zanjar, al menos desde el punto de vista legislativo, la cuestión. En primer lugar, y tras otros intentos fallidos³⁸, se introduce en el Código penal un nuevo art. 31 bis, que recoge una doble vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica: los casos de delito cometido por el administrador o representante de la persona jurídica, en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, y los casos de delito cometido por un empleado sometido a la autoridad del administrador o representante, cuando haya podido cometerlo debido a la falta de la debida vigilancia sobre él³⁹.

Y, en segundo lugar, el nuevo apartado 2 del art. 445 señala ahora: Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo

imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Las penas del CP art. 33, apartado 7, a las que se quiere hacer referencia y que tienen toda la consideración de graves, son las siguientes:

- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

³⁷ Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa, en “Nuevas tendencias en Política Criminal” (Mir Puig y Corcoy Bidasolo, dirs.), Ob. Cit., 2006, p. 10.

³⁸ Sobre los distintos avatares, vid., por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español, en “Estudios de Derecho penal económico”, Pamplona 2009, pp.253-282

³⁹ Vid. al respecto, DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Responsabilidad de personas jurídicas, en “Memento experto. Reforma Penal 2010”, (Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, coord.), Madrid 2010, p. 13 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en “Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero”, (Julio Díaz-Maroto y Villarejo, dir.), Pamplona 2011, pp.78 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código penal español, en “El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma” (Jesús-María Silva Sánchez, dir.), Madrid 2012, pp. 62 y ss.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

Estas previsiones respecto a las personas jurídicas contribuirán a que las empresas españolas con actividades comerciales en el extranjero, aun cuando incluyan la prohibición de estas conductas en sus “códigos éticos”, pongan en marcha “programas de cumplimiento” (compliance programs)⁴⁰ que eviten la comisión de estos hechos por parte de sus directivos y empleados, ya que no contar con estos

programas supone una infracción del debido control a que se refiere el art. 31 bis CP y puede dar lugar a la imputación de la empresa⁴¹.

Al respecto, téngase en cuenta que, tras la reforma de 2010, el art. 31 bis.4 CP, considera en su apartado d) circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas la de “Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”, expresión que no es más que una definición de un programa de cumplimiento eficaz.

3. LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS Y DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Otra de las cuestiones a dilucidar al contemplar la anterior redacción del artículo 445 CP era la de convenir en una definición sobre lo que debíamos de entender por “funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales”, cuestión que, aparentemente, era de sencilla respuesta y que, sin embargo adquiría alguna dificultad⁴².

En efecto, se había dicho que la definición del concepto de funcionario del Convenio OCDE, en el que se inspira la norma penal española, entraba en relativa contradicción con lo que hasta ahora se ha entendido mayoritariamente por funcionario público en nuestro Derecho penal. Siendo el objetivo último del Convenio la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, pueden

⁴⁰ Los programas de cumplimiento, reconocidos legislativamente en Estados Unidos desde 1991, lo que hacen es determinar los riesgos jurídicos que se derivan de la normativa estatal para cada concreta empresa y, a partir de esa evaluación, adoptar las medidas necesarias: códigos de conducta, formación de los empleados y directivos, procedimientos de detección, etc.

⁴¹ Así, explícitamente, NIETO MARTÍN, Adán. Corrupción en las transacciones económicas internacionales, cit., p. 552. Vid., ampliamente, ALONSO GALLO, Jaime. Los programas de cumplimiento, en “Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero”, (Julio Díaz-Maroto y Villarejo, dir.), Pamplona 2011, pp. 143-199.

⁴² Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código Penal), cit., p. 3.

considerarse funcionarios también quienes trabajan al servicio de empresas públicas que, sin embargo, no están integradas orgánicamente en la Administración Pública⁴³, y de los que podría cuestionarse su encaje en el concepto de funcionario del art. 24 CP español⁴⁴.

Precisamente, una de las preocupaciones puestas de manifiesto por la OCDE era la inexistencia en nuestro Derecho interno de un concepto de funcionario público extranjero en los términos previstos en el art. 1.4 del Convenio⁴⁵, y que volvió a señalarse en las Recomendaciones de 2006. Al respecto, se había señalado que la definición de autoridad y funcionario público nacionales contenida en el art. 24 CP podría extrapolarse al internacional y en donde tendrían cabida, en principio, todos los supuestos previstos en el Convenio, e, incluso, cabía plantearse la aplicación directa del Convenio en este punto⁴⁶, opción esta última que parece que era por la que habían optado las autoridades españolas⁴⁷. Además, y respecto de los funcionarios o agentes de organizaciones internacionales, como ya se ha dicho, el Convenio se refiere a las de carácter público, dando cabida a cualquier organización internacional formada por Estados, gobiernos u otras organizacio-

nes internacionales públicas, no las de tipo humanitario o las no gubernamentales⁴⁸.

En estos aspectos, también la reforma 2010 parece que ha tenido en cuenta las anteriores críticas y, ahora, el nuevo apartado 3 del art. 445, además de suprimir la referencia a “las autoridades”, contiene una definición, copiada literalmente del art. 1.4.a texto del Convenio, de lo que debe entenderse por funcionario público extranjero: a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

b) *Cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública.*

c) *Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública*⁴⁹.

4. COMPORTAMIENTO TÍPICO

a) Modalidades

Como ya se adelantó, las conductas contempladas en el artículo 445 CP guardaban muchas similitudes con el delito de cohecho activo o

⁴³ Así, textualmente, CUGAT MAURI, Miriam. Comentarios, cit., p. 2122.

⁴⁴ El art. 24.2 CP señala que, a los efectos penales, “Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”. En todo caso, el criterio meramente funcional, para la asignación de la condición de funcionario público, ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a mantener, de manera uniforme y constante, que el concepto de funcionario público, a efectos penales, es más extenso que el que derivaría de una estricta concepción administrativa. No se puede olvidar que el Código Penal, no obliga a mantener una visión estrictamente normativa del concepto de funcionario, ya que no define al funcionario desde un punto de vista legal, sino que emplea deliberadamente la expresión «se considera», desmarcándose de todo rigor legalista (STS de 16 de junio de 2003).

⁴⁵ Como se hacía en el texto inicial del Anteproyecto de reforma del CP.

⁴⁶ Así, ALCALÁ PÉREZ-FLORES, Rafael. La corrupción, cit., p. 211, quien, no obstante, era partidario de incluir el concepto en un nuevo apartado del art. 24 CP.

⁴⁷ Vid. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. la corrupción, cit., pág. 100.

⁴⁸ Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO. Los nuevos delitos, cit., p. 19.

⁴⁹ El art. 2.c) de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, ratificada por España mediante Instrumento de 9 de junio de 2006, y que entró en vigor para nuestro país el 19 de julio de 2006, señala que por «funcionario de una organización internacional pública» se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre”.

de particular, pudiendo considerarse entonces como un supuesto de esta figura delictiva, cuyas penas le eran de aplicación por la remisión explícita que se hacía en el tipo al artículo 423 CP, “en sus respectivos casos”, caracterizado por cometerse en la realización de actividades económicas internacionales y dirigirse a la corrupción de un funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales. La conducta, pues, venía a coincidir con la de las modalidades de cohecho de los arts. 419 y 423 CP⁵⁰.

Con la nueva redacción y las importantes modificaciones operadas en los delitos de cohecho⁵¹, el nuevo art. 445 afirma su carácter autónomo respecto de esas figuras penales, y la acción delictiva puede consistir en ofrecer, entregar o conceder cualquier beneficio indebido, económico o de otra clase, al funcionario público con la finalidad de corromper o intentar corromperlo, o atender las solicitudes realizadas por los funcionarios, si bien mantiene la simetría con los comportamientos de cohecho activo de particulares que se contemplaban en el anterior artículo 423 CP.

Corromper equivale a aceptar o admitir dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas por parte del funcionario público extranjero. Atender a las solicitudes del funcionario público extranjero significa, en pura lógica, la aceptación por el particular de la propuesta realizada por aquél consistente en la entrega, inmediata o futura, de una dádiva⁵².

La finalidad que ha de perseguir el particular con su conducta es doble, por un lado, conseguir o conservar un contrato en concreto y,

por otro, y más genéricamente, conseguir o conservar un beneficio irregular relacionado con la actividad económica internacional. El contenido del acuerdo no alcanza a cualquiera de las actividades que puede desempeñar en el ejercicio del cargo el funcionario extranjero o de una organización internacional sino únicamente a aquellas que afectan a las transacciones económicas internacionales.

Además, al demandar el texto legal que el contrato o el beneficio se obtenga o mantenga de forma irregular, en puridad, no exige que el acto pretendido sea ilegal o injusto, parece que basta con la irregularidad, es decir, lo que se aparta del orden establecido. No obstante, tanto lo que debemos entender por “beneficio irregular” como por “actividades económicas internacionales” no está exento de dificultad.

A ello debe añadirse que la reforma de 2010 ha introducido un **tipo agravado** en el último párrafo del apartado 1, cuando el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

b) Objeto material

Desde la perspectiva del particular, el objeto del acuerdo se encontrará integrado por los ofrecimientos, promesas o concesiones de cualquier beneficio indebido, esto es, prestaciones, en principio, de carácter material valorables económicamente, pero que la reforma de 2010 ya se encarga de señalar, siguiendo las indicaciones del art. 1.1 del Convenio OCDE, que abarcan «cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase»⁵³.

⁵⁰ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código Penal), cit., p. 3.

⁵¹ En los que ya no aparece la expresión “corrompieren o intentaren corromper”.

⁵² Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho, Granada 2003, p. 307.

⁵³ En las Recomendaciones de la OCDE de 2006 ya se hacía hincapié en que la norma penal española debía dejar claro que en el tipo están incluidos tanto los beneficios pecuniarios como los de cualquier otra índole (favores de naturaleza sexual, promesas de condecoraciones, etc.). Vid. ALCALÁ PÉREZ-FLORES, Rafael. La corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, cit., pp. 212-213.

En cuanto al valor de la contraprestación, para la doctrina, el criterio fundamental no es (no debe ser, cabe agregar) ni cuantitativo ni social normativo, sino de imputación objetiva: lo importante es que la contraprestación ilícita debe tener capacidad objetiva de corromper⁵⁴. En todo caso, dada la fenomenología del soborno transnacional, todo apunta a que este tipo penal está pensado para aquellos casos en los que las sumas implicadas sean verdaderamente relevantes⁵⁵.

En relación con esto último, debe llamarse la atención sobre la modificación respecto a las penas a imponer, pues no parecía muy lógico que la normativa anterior, siguiendo las remisiones penológicas que se establecían con los delitos de cohecho, la multa se estableciera sobre el valor de la contraprestación y no sobre el del beneficio obtenido o pretendido. En el nuevo texto del art. 445, además de la pena de prisión, la multa señalada en días-multa (de doce a veinticuatro meses) se convierte en proporcional “cuando el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante” en cuyo caso se establece del tanto al duplo del montante del beneficio⁵⁶. No obstante, y aun cuando se ha elevado el marco penal, la pena de prisión de dos a seis años que ahora se establece, resulta privilegiada en su límite mínimo respecto de las conductas de cohecho realizadas por particulares (art. 419 en relación al art. 424) que es de prisión de tres a seis años, por lo que no parece justificada ni adecuada⁵⁷.

Téngase presente, además, que, tanto la cuantía del soborno como el producto de la corrupción, o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto, están sujetos a “embargo y confiscación”, utilizando la misma terminología del Convenio OCDE⁵⁸.

Esta previsión del Convenio de la OCDE entiendo que está cubierta respecto del tipo penal contemplado en el artículo 445 CP, por mor del contenido del art. 127 CP, que establece el decomiso de las ganancias o beneficio obtenido. Es más, el apartado 2 del artículo 127, introducido por la reforma operada en el CP por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (actual número 3), contempla el comiso de valor equivalente o por sustitución; de tal manera que, si impuesta una pena por delito o falta doloso y, en consecuencia, acordado accesoriamente el comiso, sea de efectos procedentes del delito, sea de bienes, medios o instrumentos con los que hubiese sido preparado o ejecutado, sea, en fin, de las ganancias de la infracción, resultase imposible llevarlo a efecto, pasa a ser procedente el de otros bienes pertenecientes a las personas criminalmente responsables del hecho, por valor equivalente al de los que no se pudieron decomisar y aunque les pertenezcan lícitamente⁵⁹.

c) Por sí o por persona interpuesta. La mediación

Aún cuando el artículo 445 CP sea un delito común, en el que el autor puede ser cualquiera,

⁵⁴ Cfr. NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción, cit., p. 81; OLAIZOLA NOGALES, Inés. Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, en “Enciclopedia penal básica” (Luzón Peña, dir.), Granada 2002, p. 479.

⁵⁵ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción, cit., p. 97.

⁵⁶ Una consideración de este tipo se hacía en las Recomendaciones de 2006, pues fijar el quantum de la pena de multa en función de la dádiva ofrecida parecía que hacía depender aquél de la mayor o menor facilidad para corromper al funcionario público. Así, ALCALÁ PÉREZ-FLORES, Rafael. La corrupción, cit., p. 216.

⁵⁷ Así, críticamente, RODRÍGUEZ PUERTA, María José. Corrupción en las transacciones internacionales, cit., p. 490.

⁵⁸ Cfr. Art. 3.3. Los Comentarios al Convenio señalan que “En el término confiscación se incluye el decomiso cuando proceda”.

⁵⁹ Vid. En este sentido, literalmente, la Circular 1/2005, de 31 de marzo, de la Fiscalía General del Estado.

en el tipo penal se recoge, en consonancia tanto con el Convenio OCDE como con las propuestas adoptadas en el seno de la Unión Europea, tanto la corrupción directa, por sí, como indirecta, por persona interpuesta. Esta mención expresa a la persona interpuesta parece superflua, si bien es posible entender que dicha mención sirve para dejar claro, sin necesidad de acudir siquiera a las reglas generales, que quien corrompe o intenta corromper, es autor en todo caso⁶⁰. Se castigan, por tanto, las conductas de quienes utilizan a un tercero para corromper al funcionario público extranjero.

La figura del intermediario es esencial en las figuras de cohecho, sobre todo cuando éste se realiza en el comercio internacional, donde las empresas necesitan valerse de conecedores del “medio” que los pongan en contacto con las personas idóneas⁶¹. Obsérvese que el trabajo del intermediario actúa, por un lado, como potente factor de simplificación de la intercomunicación corruptora y, por otro, de filtro y mampara ante indiscretas miradas externas a la relación corrupta, tejiéndose así la red de las ganancias indebidas⁶². Esta conducta ha de ser considerada como coautoría. La previsión legal del art. 445 CP está destinada a cubrir los supuestos en que los nacionales se valen de los servicios de intermediarios extranjeros que actúan en el extranjero, elevando a la categoría de autor a quien no es más que un partícipe en el hecho delictivo, evitando así la aplicación del principio de accesoriedad y haciendo posible su persecución⁶³.

No se requiere que el intermediario actúe a sabiendas. Por lo tanto, aunque pueda ser infrecuente, podría abarcar conductas de autoría mediata en las que alguien utiliza a un intermediario como instrumento no doloso, cuando el intermediario actuase sumido en un error. En caso de que, por el contrario, el intermediario actúe a sabiendas, la equiparación legal de quien actúa por sí o por persona interpuesta permite castigar a título de autor tanto a quien induce y se sirve de alguien como al inducido que interviene directamente en el acto de corrupción, rompiendo con ello con las reglas ordinarias de participación⁶⁴.

Además, la corrupción del funcionario público extranjero es también punible cuando los ofrecimientos, promesas o concesiones sean en su propio beneficio o en el de un tercero. Quedan cubiertos así los casos en los que la ventaja se entrega a un tercero como consecuencia del pacto entre el corruptor y el funcionario corrupto. Por ejemplo, cuando se paga al partido político al que pertenece el corrupto⁶⁵.

d) Iter criminis

Todas las figuras delictivas de cohecho, y ya hemos dicho que el artículo 445 CP puede ser considerado así, se configuran como delitos de mera actividad, sin que el resultado de la posterior conducta del funcionario sea relevante, toda vez que los tipos penales se consuman con la ejecución de la acción típica descrita en la Ley⁶⁶. El delito se consuma con el mero intento de corromper al funcionario

⁶⁰ Así, expresamente, OLAIZOLA NOGALES, Inés. Delitos de corrupción, cit., p. 479.

⁶¹ Cfr. NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción, cit., p. 88.

⁶² Así, MILITELLO, Vincenzo. Concusión y cohecho de los funcionarios públicos: cuestiones problemáticas e hipótesis de reforma en Italia, en “Temas de Derecho penal Económico” (Terradillos/Acale, coords.), Madrid 2004, pp. 247 y 253, en concreto.

⁶³ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción, cit., p. 94; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. La corrupción en el ámbito de las transacciones internacionales, cit., p. 200.

⁶⁴ Cfr. CUGAT MAURI, Miriam. Comentarios, cit., p. 2120; DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, Los nuevos delitos, cit., p. 16.

⁶⁵ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO. Los nuevos delitos, cit., p. 19.

⁶⁶ Cfr., por todas, STS 19 de julio de 2001.

público extranjero, sin que sea preciso que aquél acepte, y mucho menos que realice el acto al que se había comprometido en contraprestación por el ofrecimiento o promesa. La efectiva aceptación de la oferta por parte del funcionario, así como su actuación posterior, son irrelevantes a efectos de la consumación del delito, para el que basta que se haya puesto en peligro la función pública de forma idónea, cuestión distinta es la posibilidad de apreciar, además, la eventual prevaricación intentada o consumada, en su caso⁶⁷.

En cuanto a la tentativa propiamente dicha, según el inciso final del artículo 1.2 del Convenio OCDE⁶⁸, la tentativa debe ser castigada de la misma forma que en el derecho interno. Y esto es precisamente lo que se hace en el artículo 445 al castigar, como acaba de indicarse, a quienes “intentaren” corromper al funcionario público extranjero con la misma pena que al que corrompe. Se equiparan así conductas de mera tentativa a la consumación, con un adelantamiento de las barreras de protección penal. Esto supone que, una vez lanzada la oferta corruptora por parte del sujeto activo, su desistimiento voluntario posterior carecerá de relevancia⁶⁹.

Respecto a la punición de los denominados por la doctrina actos preparatorios punibles, esto es, la conspiración, la proposición y la provocación, el Convenio OCDE sólo hace referencia a la confabulación, que podríamos equiparar a la conspiración del artículo 17.1 del CP. La posibilidad de

su punición en la figura que estudiamos, no está prevista ni contemplada en el tipo penal, lo que parece razonable a la vista de la regulación española en la que existe ese anticipo de las barreras de protección penales, aunque como se ha dicho así lo prevea el Convenio.

5. ASPECTO SUBJETIVO

El artículo 445 CP únicamente admite la forma de comisión dolosa, no sólo porque no esté prevista la forma imprudente en su punición, lo que ya sería bastante dada la cláusula general contenida en el artículo 12 CP, sino porque su propia naturaleza hace que sea muy difícil interpretar los actos de corrupción al margen de la voluntariedad de su autor. Aun cuando se sostiene que la literalidad del precepto exige el dolo directo⁷⁰, no faltan autores que entienden que el delito admite o puede admitir el dolo eventual⁷¹, lo que me parece más plausible. También parece que sea de aplicación, en algún supuesto, la doctrina de la ignorancia deliberada.

A lo dicho ha de añadirse que, como ya se señaló, el comportamiento del autor debe ir dirigido a que los funcionarios públicos extranjeros “actúen o se abstengan de actuar.... para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular”. Pues bien, esta específica finalidad revela una intencionalidad que difícilmente puede equipararse a otra cosa que no sea el dolo, aunque a mi juicio no debe confundirse con aquél. Además, a esa redacción, tomada casi de una forma textual del artículo 1.1 del Convenio OCDE, debe añadirse que

⁶⁷ Como indica CUGAT MAURI, Miriam. Comentarios, cit., p. 2119.

⁶⁸ “La tentativa y la confabulación para corromper a un agente público extranjero constituirán delitos en la misma medida que la tentativa y la confabulación para corromper a un agente público de esa Parte”.

⁶⁹ Expresamente DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO. Los nuevos delitos, cit., p. 24.

⁷⁰ Así, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción, cit., pp. 114-115; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. La corrupción, cit., p. 202.

⁷¹ Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO. Los nuevos delitos, cit., p. 19; OLAIZOLA NOGALES, Inés. Delitos de corrupción, cit., p. 480; NIETO MARTÍN, Adán. Corrupción en las transacciones económicas internacionales, cit., p. 548.

ese propio texto internacional utiliza el adverbio “deliberadamente”, lo que, una vez más, nos acerca a los genuinos comportamientos dolosos⁷².

Dicho esto, si, como yo entiendo, el artículo 445 CP está configurado como un delito de tendencia, esto es, en el que la acción se define como expresión de una tendencia subjetiva del agente, de tal manera que sólo resulta típica si su ejecución externa va acompañada de esa tendencia interna, esa finalidad debe ser considerada como un elemento subjetivo del tipo⁷³. De esta manera, la presencia o ausencia de tal elemento determina ya la tipicidad o atipicidad de la acción, siendo, por tanto, algo distinto del dolo⁷⁴. En definitiva, creo que es preferible entender que el tipo de tendencia del artículo 445 CP requiere esa especial finalidad, como elemento subjetivo, a que sea necesario un dolo específico en la conducta del sujeto⁷⁵.

6. PARTICIPACIÓN

El artículo 1.2 del Convenio OCDE se refiere a la punición de conductas⁷⁶ que pueden

ser interpretadas de manera equivalente a los comportamientos recogidos en los artículos 27 y siguientes del CP. Así, la incitación y la instigación, tendrían su equivalencia en la inducción del artículo 28 a) CP, el auxilio podrá ser contemplado, según los casos, como cooperación necesaria o complicidad de los artículos 28 b) o 29 del CP, y la autorización, como autoría por omisión o como cooperación⁷⁷. De todas formas, el inductor realiza ya el tipo penal, al establecerse en el artículo 445 CP la punición de la conducta realizada “por sí o por persona interpuesta”, la cual puede ser evidentemente un inducido⁷⁸.

Aunque se ha criticado que, desde la perspectiva de la punibilidad, la norma sanciona únicamente a uno de los dos sujetos cuya intervención es imprescindible para cometer el delito (el particular), sin embargo, se ha entendido que penalizar la conducta del agente público extranjero no habría sido la solución acertada ni la más realista⁷⁹. En todo caso, el Código penal español ha seguido las pautas marcadas por el Convenio de la OCDE y de la legislación anticorrupción norteamericana que le sirve de modelo, como la pionera⁸⁰ Fo-

⁷² En este mismo sentido, el artículo 3.1 del Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, dice: “A efectos del presente Convenio constituirá corrupción activa el hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario, para éste o para un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio o un acto en el ejercicio de su función”.

⁷³ Así, también, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO. Los nuevos delitos, cit., p. 20. En contra, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción, cit., p. 105.

⁷⁴ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Derecho penal, parte general, Madrid 1977, p.254; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal, parte general, 8^a ed., Valencia 2010, p. 278; MIR PUIG, Santiago. Derecho penal, parte general, 9^a ed., Barcelona 2011, p. 287; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Lecciones de Derecho Penal. Parte general, Valencia 2012, p. 234.

⁷⁵ Como sostiene FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción, cit., p. 105.

⁷⁶ “Cada Parte tomará todas las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la incitación, el auxilio, la instigación o la autorización de una acto de corrupción de un agente público extranjero”.

⁷⁷ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción, cit., p. 117.

⁷⁸ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO. Los nuevos delitos, cit., p. 24.

⁷⁹ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción, cit., pág. 88. Así, también, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. La corrupción en el ámbito de las transacciones internacionales, cit., p. 197.

⁸⁰ Vid. Sobre esta norma, BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, cit., pp. 53-63.

reign Corrupt Practices Act de 1977, la Trade Act de 1988 y la International Anti Bribery and Fair Competition Act de 1998⁸¹, cuyo pragmatismo al respecto es más que evidente.

7. COMPETENCIA Y CORRUPCIÓN PASIVA

Como ya se ha dicho, la no previsión en el artículo 445 CP del castigo de la corrupción pasiva (modalidad contemplada, no obstante, en el Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997, al que España se adhirió el 20 de enero de 2000, y que entró en vigor de forma general y para España el 28 de septiembre de 2005)⁸², acarrea la impunidad del funcionario público extranjero en estas conductas,⁸³ por lo que para la aplicación extraterritorial de la ley penal española, entiende Muñoz Conde que habrá de atenderse al principio de territorialidad, y los hechos sólo podrán ser castigados si se realizan en el territorio español. Entiende este mismo autor que el cohecho pa-

sivo del funcionario sólo podría ser castigado si, además de cometerse en territorio español, se pudiera incluir en los arts. 419, 420, 421 ó 422 del CP, ya que el art. 445 no lo menciona expresamente; pero, en este caso, ello supondría que el funcionario público extranjero tiene también la cualidad de funcionario público conforme al art. 24 CP, con lo cual la reforma legal habría sido innecesaria⁸⁴. En contra de esta posibilidad ya se habían manifestado, De La Cuesta Arzamendi/ Blanco Cordero⁸⁵, aun cuando estos dos autores entienden, con todo, que el funcionario público extranjero que solicita dádivas del particular español podría ser sancionado como inductor al delito del art. 445 CP, si el particular español procede a la entrega o realiza una promesa u ofrecimiento de entrega, siendo ésta la vía a través de la cual pueden encauzarse sus actos siempre que los tribunales españoles sean competentes, por ejemplo, porque la solicitud de la dádiva se realiza en territorio español.

Ahora bien, si no sucede así, existen evidentes obstáculos para la aplicación extraterritorial de la norma española. Fabián Caparros⁸⁶ analiza la virtualidad de utilizar, como principio complementario al de territorialidad, el de personalidad activa⁸⁷, ambos contemplados

⁸¹ Vid. CUGAT MAURI, Miriam. Comentarios, cit., p. 2118, nota 169. Sobre otras iniciativas internacionales, Vid. HUBER, Bárbara. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional, cit., pp. 47 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción, cit., pp. 52 y ss.

⁸² En su artículo 2 se contempla la conducta de corrupción pasiva, señalándose en su apartado 1 que “A efectos del presente Convenio constituirá corrupción pasiva el hecho intencionado de que un funcionario, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o abstenerse de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función”. Además, en su apartado 2 se establece de una manera expresa y tajante que “Cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que las conductas a que se refiere el apartado 1 se tipifiquen como infracciones penales”.

⁸³ Salvo que se trate de un funcionario de la Unión Europea o de un funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión, tal y como ahora se contempla en el art. 427 CP.

⁸⁴ Cfr. Derecho penal, parte especial, 18^a ed., Valencia 2010, p. 1031. En sentido parecido, OLAIZOLA NOGALES, Inés. Delitos de corrupción, cit., p. 479.

⁸⁵ Cfr. Los nuevos delitos, cit., pág. 28.

⁸⁶ Cfr. La corrupción, cit., pp. 145 y ss.

⁸⁷ El ordenamiento español no recoge el principio de personalidad pasiva como tal, ni el de justicia penal sustitutiva, aunque los mismos pueden tener entrada a través de la cláusula del art. 23.4.h) LOPJ. Vid. GIL GIL, Alicia. Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España, Granada 2006, p. 49.

en el artículo 4 del Convenio OCDE, señalando la dificultad para su posible utilización, pues raramente podrán darse los tres requisitos que se exigen en el artículo 23.2 de la LOPJ española.

Como vemos, si bien las razones para la ausencia de tipificación del cohecho pasivo de funcionarios públicos extranjeros son, fundamentalmente, de índole procesal⁸⁸, la restricción al cohecho activo en el Convenio OCDE obedece a razones pragmáticas, pues la sanción al funcionario extranjero estaría ya cu-

bierta por su propio derecho y, además, la sola pretensión de intentar juzgar la corrupción de tal funcionario en un país que no es el suyo, daría origen a numerosos conflictos internacionales⁸⁹. No estando previstos en el Convenio de la OCDE ni el principio real o de protección ni el de justicia universal⁹⁰, sólo los mecanismos de cooperación internacional, como el instituto de la extradición o la Orden Europea de detención y entrega⁹¹, facilitarán la persecución y castigo de los comportamientos de corrupción en las transacciones económicas internacionales.

⁸⁸ Así, BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, cit., pp. 213-215.

⁸⁹ Cfr. NIETO MARTÍN, Adán. Corrupción en las transacciones económicas internacionales, cit., p. 548. Aun cuando nuestro legislador pudo establecer una excepción de territorialidad, como hizo en el artículo 301.4 CP, en referencia al blanqueo de dinero, lo que no ha hecho “afortunadamente”, según FABIÁN CAPARRÓS. La corrupción, cit., p. 152. Vid. Sobre ello, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. El blanqueo de capitales en el Derecho Español, Madrid 1999, pp. 33-34.

⁹⁰ ⁹¹ Incorporada a nuestro derecho interno mediante la Ley 3/2003, de 14 de marzo. Vid., con carácter general, ARROYO ZAPATERO, Luis. La orden de detención y entrega europea, Universidad de Castilla-La Mancha, 2006; MARCOS FRANCISCO, Diana. Orden europea de detención y entrega. Especial referencia a sus principios rectores, Valencia 2008.