

## LOS NUEVOS DELITOS DE CORRUPCION EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

**José Luis de la Cuesta Arzamendi**

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad del País Vasco*

**Isidoro Blanco Cordero**

*Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Vigo*

### SUMARIO

I. Introducción.- II. Los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El artículo 445 bis del Código Penal: 1. Bien jurídico protegido.- 2. Modalidades de corrupción. La corrupción activa.- 3. Tipo objetivo: 3.1 Sujeto activo.- 3.2 Objeto material.- 3.3 Conducta típica: 3.3.1 Corromper o intentar corromper. Atender a las solicitudes de las autoridades o funcionarios; 3.3.2 Directamente o por medio de intermediarios; 3.3.3 Definición del funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales; 3.3.4 En beneficio del funcionario o de un tercero.- 4. Tipo subjetivo: 4.1 Delito doloso.- 4.2 Con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas.- 4.3 Para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular.- 4.4 En la realización de actividades económicas internacionales.- 5. Tentativa.- 6. Participación.- 7. Penas: 7.1 Atenuación de la pena; 7.2 Posible aplicación de la excusa absolutoria del art. 427.- III. La corrupción pasiva.- IV. Conclusión

### I. Introducción

El Estado español *firmó* el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (Convenio de la OCDE) el 17 de diciembre de 1997 y lo *ratificó* mediante instrumento depositado el 4 de enero de 2000<sup>1</sup>.

El 12 de enero de 2000 se publica en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de modificación del nuevo Código penal en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, añadiendo un nuevo artículo *para implementar las obligaciones contraídas en el Convenio de la OCDE*. La Exposición de Motivos destaca de manera expresa que la ratificación de dicho Convenio por el estado español

---

<sup>1</sup> BOE de 22 de febrero de 2002.

"conlleva la necesidad de tipificar penalmente las conductas contempladas" en el mismo. Con esta ley se pretende "complementar la normativa penal ... ante el fenómeno de la corrupción en las, cada día más frecuentes e intensas, transacciones comerciales internacionales". El legislador español ha creado un nuevo Título en el Código Penal, el XIX bis, en el que se recoge un único artículo (en adelante art.) 445 bis con el siguiente tenor literal:

"Los que, con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por si o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de estos o de un tercero, o atendieren 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 art. 423, en sus respectivos casos".

Junto al Convenio de la OCDE, el estado español también ha ratificado el *Convenio 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*<sup>2</sup>. Este Convenio va a servir también para interpretar los diversos términos que utiliza el art. 445bis CP.

## **II. Los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El artículo 445 bis del Código Penal**

### **1. Bien jurídico protegido**

El Proyecto inicial remitido por el Gobierno a las Cortes Generales había optado por la incorporación del Convenio de la OCDE mediante la introducción de un apartado 3 en el artículo 423 del Código Penal (en adelante CP). La *ubicación sistemática* era, por tanto, el Título XIX del Libro II, que contiene los delitos contra la Administración Pública, y más en concreto dentro del Capítulo V, relativo al cohecho. Esta ubicación parecía indicar que el bien jurídico inicialmente protegido era la *Administración Pública*. Lo que se hacía fundamentalmente era ampliar los posibles sujetos que podían ser corrompidos. En este sentido, se argumentaba desde el Grupo Parlamentario Popular, mayoritario, que la inclusión de este tipo delictivo se dirigía a proteger diversos bienes jurídicos: en primer lugar, el correcto funcionamiento de la Administración y, en segundo término, el orden socioeconómico, en particular, la libertad y lealtad de la competencia en las relaciones económicas internacionales. Con todo, dada la afinidad de esta conducta con los delitos de cohecho,

---

<sup>2</sup> *Diario Oficial* n.º C 195 de 25 de junio de 1997 (Documento 497Ao625 (01)). Ratificado por España el 30 de noviembre de 1999.

se entendía conveniente insertarla entre los mismos, aunque se reconocía que no existía identidad total del bien jurídico protegido<sup>3</sup>.

El Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) propuso la creación de un nuevo Título con un nuevo artículo, el art. 445bis<sup>4</sup>, al considerar que el bien jurídico protegido por esta normativa no era la Administración Pública. Entendía este Grupo que la finalidad última del Convenio OCDE no era proteger la Administración Pública, sino la *lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. De ahí que fuera necesario añadir un Título nuevo con un artículo nuevo<sup>5</sup>. Así se hizo, lo que motivó que se incluyera en la propia exposición de motivos que el *bien jurídico tutelado es la "lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales"*.

La doctrina critica la ubicación de esta nueva figura delictiva<sup>6</sup>. Y es que se sitúa entre los Títulos XIX y XX del Libro II CP, esto es, entre los delitos dirigidos a proteger con carácter general el correcto desempeño de la función pública (Título XIX, de los delitos contra la Administración Pública, y Título XX, de los delitos contra la Administración de Justicia). Puede deducirse de ello que se trata de sancionar penalmente comportamientos que atacan el correcto desempeño de la *función pública*. Algunos autores, se refieren a la función pública como bien jurídico protegido. En

---

<sup>3</sup> Cfr. las palabras del Sr. Arqueros Orozco, del Grupo Parlamentario Popular. *Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente. VI Legislatura*. Año 1999. Núm. 277. Sesión Plenaria núm. 267 celebrada el jueves, 25 de noviembre de 1999. pgs. 14965/6: "los bienes jurídicos consistentes en un correcto funcionamiento de la Administración y una conducta proba y legal de los funcionarios, se orienta primordialmente a tutelar la libertad y lealtad de la competencia en las relaciones económicas internacionales, en particular, en la relación de los agentes económicos con las autoridades y funcionarios de terceros países, como ha indicado el Consejo de Estado en su dictamen. En este nuevo delito predomina teleológicamente la protección contra el ataque al orden socioeconómico, sin embargo, la estructura del mismo es similar a los delitos de cohecho. Es esta afinidad de los perfiles básicos de las figuras delictivas la que ha llevado a su inclusión dentro de las mismas, si bien no existe identidad total del bien jurídico protegido".

<sup>4</sup> Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VI Legislatura*. Serie II: Proyectos de Ley. 9 de diciembre de 1999. Núm. 170 (c). (Cong. Diputados, Serie A, núm. 158 Núm. exp. 121/000158).

<sup>5</sup> Cfr. las palabras del Sr. Zubía Atxaerandio. *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. VI Legislatura*. Núm. 156. Año 1999. Sesión del Pleno celebrada el jueves, 16 de diciembre de 1999, pg. 7635. El Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en el Congreso ya intuía esta idea. Cfr. la opinión de la Sra. Uría Echevarría. *Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente. VI Legislatura*. Año 1999. Núm. 277. Sesión Plenaria núm. 267 celebrada el jueves, 25 de noviembre de 1999. pg. 14963, quien aludía a la tutela de "un cierto orden internacional en las transacciones económicas". En el mismo sentido se manifestaba el Sr. Guardans i Cambó, del Grupo Catalán (Convergència i Unió), pg. 14964, al señalar que sería conveniente introducir un título distinto dirigido a proteger como bien jurídico "el buen orden económico mundial o algo por el estilo".

<sup>6</sup> Cfr. RODRIGUEZ PUERTA, M.J., Comentario al Título XIX bis del Código Penal, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, G. Quintero Olivares (Director), F. Morales Prats (Coordinador), Pamplona, 2001, pg. 1998.

este sentido, para Serrano Gómez lo que se protege es el "*normal funcionamiento de la administración pública y organizaciones internacionales*, así como la *transparencia frente a la corrupción* de autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales. Se tutela, a juicio de este autor, la *imparcialidad* en el cumplimiento de las obligaciones de tales funcionarios"<sup>7</sup>.

Ahora bien, no se sanciona penalmente cualquier modalidad de corrupción, sino exclusivamente la que tiene relación con las transacciones, contratos u operaciones económicas. En las sociedades modernas existe una evidente conexión entre corrupción y mercado. De hecho, son cada vez más patentes los efectos económicos de la corrupción. Por ello, se puede afirmar que este delito se dirige a tutelar también el orden socioeconómico, en concreto, la libertad y *lealtad de la competencia* en las relaciones económicas internacionales, particularmente, en la relación de los agentes económicos con las autoridades y funcionarios de terceros países. Por eso, indica con razón Rodríguez Puerta que el lugar sistemático adecuado debería haber sido el título dedicado a los delitos contra el orden socioeconómico<sup>8</sup>. De hecho, durante los debates parlamentarios quedó claro que el bien jurídico predominantemente tutelado es de carácter socioeconómico<sup>9</sup>: en concreto, se aludió a que la finalidad de este precepto es la defensa de la competencia en el libre mercado<sup>10</sup>. Incluso el propio Convenio OCDE señala en sus Considerandos que este fenómeno "distorsiona las condiciones competitivas internacionales".

En realidad, estamos ante un delito de marcado carácter *pluriofensivo*, 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, como señalamos, cuando afecta a transacciones, contratos u operaciones económicas.

---

<sup>7</sup> Cfr. SERRANO GOMEZ, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2001, pgs. 780/1.

<sup>8</sup> *Ibidem*. Señala este autor que ello es así por su parentesco al delito de fraude de subvenciones. Ahora bien, este delito no se ubica en el Título de los delitos contra el orden socioeconómico.

<sup>9</sup> Cfr las palabras del Sr. Arqueros Orozco, del Grupo Parlamentario Popular. Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente. VI Legislatura. Año 1999. Núm. 277. Sesión Plenaria núm. 267 celebrada el jueves, 25 de noviembre de 1999. pgs. 14966.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

## 2. Modalidades de corrupción. La corrupción activa

Tradicionalmente se han distinguido en Derecho penal español *dos modalidades* de corrupción (cohecho en la terminología del Código Penal): la *activa* y la *pasiva*, en función de si es el funcionario público quien solicita o acepta una promesa o dádiva por realizar un acto relativo a su cargo (pasiva), o si es el particular quien corrompe al funcionario con sus ofrecimientos y dádivas (activa)<sup>11</sup>. Por su parte, la corrupción pasiva puede revestir dos modalidades: la propia y la impropia, en función del carácter justo o injusto del acto objeto del delito. La corrupción propia se refiere al supuesto en el que lo que se persigue es la realización de un acto injusto (delictivo o no)<sup>12</sup>.

Ahora bien, el delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros del art. 445bis CP castiga sólo de manera expresa la corrupción activa, sin hacer mención a la *pasiva*. En efecto, en principio<sup>13</sup> es impune la conducta del funcionario público extranjero o miembro de una organización internacional que solicita o acepta las dádivas o promesas ofrecidas por los particulares para actuar o abstenerse de actuar y de ese modo conceder o prorrogar un contrato o beneficio irregular en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales.

La *corrupción activa* alude a la conducta de quien por sí o mediante persona interpuesta, corrompe o intenta corromper al funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, con la finalidad de que actúe o se abstenga 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.

El legislador ha *incorporado* en el art. 445bis CP básicamente *el texto del convenio internacional*, introduciendo algunas *modificaciones* dirigidas a adaptar su redacción a los delitos de

---

<sup>11</sup> Crítica con estas denominaciones se muestra RODRIGUEZ PUERTA, M.J., *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, 1999, pgs. 153 ss, que prefiere las denominaciones "cohecho desde la perspectiva del funcionario" y "cohecho desde la perspectiva del particular, o bien "cohecho para el receptor de la ventaja" y "cohecho para el dador", conforme a las denominaciones existentes en Alemania.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pg. 155.

<sup>13</sup> *Cfr.* la posibilidad de castigar esta conducta como inducción, Apartado III.

cohecho tipificados por el CP<sup>14</sup>. Los elementos propios de la normativa española relativa al cohecho activo (fundamentalmente, el art. 423 CP) que coinciden son el sujeto activo ("los que"), el objeto del delito ("dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas") y el carácter doloso de la conducta; además, este precepto añade elementos por lo general contenidos en los delitos de cohecho pasivo, tales como la posibilidad de cometer el acto de corrupción directamente o a través de intermediarios y la obtención de un beneficio propio o para tercero; finalmente, recoge elementos contenidos en la redacción del art. 1.1 del Convenio OCDE, tales como "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"<sup>15</sup> y "en la realización de actividades económicas internacionales"<sup>16</sup>.

### 3. Tipo objetivo

#### 3.1 Sujeto activo

Sujeto activo de esta modalidad de corrupción es cualquier persona ("los que"); se trata de un *delito común* que comete el que corrompe o intenta corromper. En el debate parlamentario se interpretó que el Convenio de la OCDE pretende sancionar precisamente la conducta del particular que corrompe al funcionario público extranjero<sup>17</sup>. Y ello porque los tribunales españoles no son competentes, se decía, para castigar los comportamientos realizados por los funcionarios extranjeros en el ejercicio de su cargo y contrarios a las obligaciones asumidas en relación especial de sujeción a la Administración pública extranjera de la que dependen<sup>18</sup>.

#### 3.2 Objeto material

---

<sup>14</sup> CEREZO DOMINGUEZ, A.I., "La adaptación del sistema jurídico-penal español a internacionales sobre corrupción administrativa", en *Actualidad Penal*, N° 21, 2001, pgs. 453 ss.

<sup>15</sup> En los Comentarios al Convenio de la OCDE se alude a que la expresión "u otro beneficio irregular" se refiere a algo a lo que el sujeto activo en cuestión no tiene derecho claramente, por ejemplo, una licencia de explotación para una fábrica que no cumpla los requisitos legales.

<sup>16</sup> *Cfr.* CEREZO DOMINGUEZ, A.I., "La adaptación del sistema jurídico-penal español a internacionales sobre corrupción administrativa", *cit.*, pg. 461.

<sup>17</sup> *Cfr.* las palabras del Sr. Arqueros Orozco, del Grupo Parlamentario Popular. Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente. VI Legislatura. Año 1999. Núm. 277. Sesión Plenaria núm. 267 celebrada el jueves, 25 de noviembre de 1999. pgs. 14966.

<sup>18</sup> *Ibidem.*

En cuanto al *objeto material*, el art. 445bis CP alude a "dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas". La doctrina discute sobre la naturaleza del objeto material del delito de cohecho, en concreto, sobre si la dádiva debe tener un contenido patrimonial o económico, o si puede tener otros contenidos (por ejemplo, de carácter sexual, etc.). Existen argumentos en ambos sentidos, aunque es claramente mayoritaria la opinión que exige que la dádiva, presente u ofrecimiento tengan un carácter económico. Esto se fundamenta tanto en el dato de que la pena de multa se fija en función del valor de la dádiva<sup>19</sup>, como en que la tipificación del cohecho responde a la preocupación por reprimir las contraprestaciones económicas en la función pública<sup>20</sup>.

Esta interpretación puede verse respaldada por lo que se desprende de la toma en consideración del *Convenio de la UE*, que alude a "ventajas de cualquier naturaleza". Las "ventajas de cualquier naturaleza", según el Informe explicativo sobre el Convenio de la UE<sup>21</sup>, constituyen un concepto deliberadamente general que abarca no solamente los objetos materiales (dinero, objetos valiosos, bienes de cualquier tipo, servicios prestados), sino también cualquier cosa que pueda representar un interés indirecto, tal como saldar las deudas de la persona corrupta o realizar obras en una propiedad suya. El concepto de ventaja abarcaría, pues, todo tipo de ventajas materiales o inmateriales. Con todo, parece dar cabida exclusivamente a las ventajas de carácter económico o pecuniario, no las de otra naturaleza.

Sin embargo, este resultado no es acorde con los términos empleados en el *Convenio OCDE*, cuyo art. 1.1 alude a "cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase". Es evidente que la finalidad de este instrumento internacional es incluir las dádivas, presentes u ofrecimientos de carácter no pecuniario. Tratando de cumplir con la finalidad del Convenio, las autoridades nacionales españolas han realizado una interpretación novedosa y entienden que con los términos

---

<sup>19</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*. Decimotercera edición, con Apéndice de puesta al día, Valencia, 2001, pg. 958; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Valencia, 1999, pgs. 322 ss, en las conclusiones pg. 491; y RODRIGUEZ PUERTA, M.J., *El delito de cohecho*, cit., pgs. 189 ss., basándose en una interpretación sistemática del objeto material; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "El delito de cohecho", en *Delitos contra la Administración Pública*, edición al cuidado de A.Asúa Batarrita, Bilbao, 1997, pgs. 161 ss, pg. 162; CEREZO DOMINGUEZ, A.I., "La adaptación del sistema jurídico-penal español", cit., pgs. 459/460, nota 26.

<sup>20</sup> Cfr. VALEIJE ALVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*, Edersa, Madrid, 1996; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. "El delito de cohecho", cit., pg. 162 alude al sentido tradicional del delito de cohecho y a que esta interpretación es preferible político criminalmente; respecto del art. 445bis, CEREZO DOMINGUEZ, A.I., "La adaptación del sistema jurídico-penal español", cit., pgs. 459/460, nota 26.

<sup>21</sup> Diario Oficial n.º C 391 de 15 de diciembre de 1998. Documento 498Y1215 (01)

"dádivas" y "presentes" se pretende asegurar que quedan incluidas las ventajas de todo tipo: abarcan, pues, ventajas reales y personales, corporales e incorpóreas, pecuniarias y no pecuniarias<sup>22</sup>.

### 3.3 Conducta típica

#### 3.3.1 Corromper o intentar corromper. Atender a las solicitudes de las autoridades o funcionarios

El artículo 445bis castiga las *conductas* consistentes en "corromper o intentar corromper" mediante "dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas". Tan amplia definición da cabida a conductas como ofrecer, prometer o entregar dádivas, presentes, etc. Junto a ellas se castiga también la consistente en "atender" a las solicitudes de los funcionarios públicos extranjeros de que se les entregue una gratificación en la forma descrita anteriormente.

Las conductas de "*corromper o intentar corromper*" se utilizan también en el art. 423 CP, relativo al cohecho activo de funcionarios nacionales. El empleo de estas expresiones es criticado por la doctrina porque presentan un significado "impreciso"<sup>23</sup>. La jurisprudencia interpreta el término "corromper" en el sentido de inducir al funcionario público a realizar un acto injusto<sup>24</sup>. La expresión "intentar corromper" se interpreta en el sentido de ofrecimiento al funcionario público de dádivas o presentes<sup>25</sup>. Rodríguez Puerta, por su parte, entiende que "corromper" alude a "la entrega o promesa de una dádiva realizada por el particular"<sup>26</sup>. Considera que la expresión "intentar corromper" se corresponde con "la oferta corruptora e integra un supuesto de tentativa unilateral de cohecho"<sup>27</sup>.

#### 3.3.2 Directamente o por medio de intermediarios

---

<sup>22</sup> Cfr. el examen de la aplicación del Convenio en España: *Espagne. Examen de l'application de la convention et de la recommandation de 1997*, pg. 4, en la que expresamente se recoge jurisprudencia en la materia.

<sup>23</sup> Cfr. RODRIGUEZ PUERTA, M.J., *El delito de cohecho*, cit., pg. 286.

<sup>24</sup> Cfr., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1994.

<sup>25</sup> Cfr., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1994.

<sup>26</sup> Ello porque ambas conductas tienen su reverso en la recepción o aceptación de la promesa realizada por el funcionario. RODRIGUEZ PUERTA, M.J., *El delito de cohecho*, cit., pg. 286.

<sup>27</sup> Este comportamiento pretende abarcar los supuestos en los que no se llega a alcanzar el pacto, en los que el particular ofrece una ventaja sin que el destinatario se sume a ella. *Ibidem*.

Expresamente dispone el art. 445bis que se castigan las gratificaciones realizadas "*por sí o por persona interpuesta*". Se castigan, por tanto, las conductas de quienes utilizan a un tercero para corromper al funcionario público extranjero. Cabe plantearse cuál va a ser la responsabilidad penal del intermediario, esto es, del sujeto que realiza labores de mediación entre el particular y el funcionario extranjero. Hemos de partir de que el comportamiento de tal sujeto ha de suponer una ayuda para el particular que corrompe o intenta corromper. No se va a poder castigar, en principio, al intermediario que ayuda al funcionario extranjero que recibe la dádiva, porque la conducta de este último es impune por atípica.

Ahora bien, quien media entre el particular y el funcionario extranjero, y entrega la dádiva, realiza la oferta o la promesa ha de ser considerado *coautor*: realiza la conducta típica descrita en el tipo penal conjuntamente con el particular.

Podría darse un supuesto de *autoría mediata* cuando el intermediario actuase sumido en un error, por ejemplo, por desconocer que se está corrompiendo a un funcionario extranjero, siendo en este caso instrumento del autor mediato.

En cualquier caso, la referencia no deja de ser superflua, pues para solucionar estos supuestos se puede acudir a la institución de la representación. Además, lleva a tener que calificar al *inductor* como autor del delito: por ejemplo, cuando el corruptor induzca eficazmente a otro a que intermedie en la oferta corruptora.

### 3.3.3 Definición del funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales

El comportamiento corruptor ha de recaer sobre autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales. El Código Penal define en el art. 24.2 qué se ha de entender por funcionario público a efectos penales<sup>28</sup>. Sin embargo, el art. 445bis CP no se refiere a

---

<sup>28</sup> Sobre la definición de funcionario público en Derecho penal español, *cfr.* ampliamente, VALEIJE ALVAREZ, I., *El delito de cohecho*, *cit.*, pgs. 53 ss; VALEIJE ALVAREZ, I., "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y 'personas que desempeñan una función pública'", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1997, pgs. 435 ss.; RODRIGUEZ PUERTA, M.J., *El delito de cohecho*, *cit.*, pgs. 162 ss.; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, *cit.*, pgs. 125 ss.

los funcionarios públicos nacionales, sino que hace mención "a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo". *Carece*, por tanto, *el Derecho penal español de una definición de funcionario público extranjero* o de funcionario de organizaciones internacionales. Por ello, entiende la doctrina que han de ser los tribunales españoles los que proporcionen una definición de funcionario público extranjero<sup>29</sup>. Ahora bien, los jueces españoles no se pueden alejar de la interpretación que se dé a estos conceptos en los convenios internacionales validamente ratificados por España, que son los que sirven de base para la sanción penal de estas conductas. De hecho, las autoridades nacionales destacan que los tribunales españoles deberán aplicar directamente la definición prevista en el Convenio OCDE<sup>30</sup>. Según el art. 1.4. de este Convenio, "agente público extranjero" es "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"<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> *Cfr.* CERZO DOMINGUEZ, A.I., "La adaptación del sistema jurídico-penal español a internacionales sobre corrupción administrativa", *cit.*, pg. 458.

<sup>30</sup> *Examen de l'application de la convention, cit.*, pg. 4. Destacan las autoridades nacionales que existen ejemplos de aplicación directa de las definiciones contenidas en los convenios internacionales, por ejemplo en materia de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o de armas químicas.

<sup>31</sup> Por su parte, el *Convenio de la UE* dedica su primer artículo a definir los términos "funcionario", "funcionario comunitario" y "funcionario nacional". Según el art. 1.2 del Convenio de la UE, "funcionario" es "todo funcionario, tanto comunitario como nacional, así como todo funcionario nacional de otro Estado miembro"; "funcionario comunitario" es "toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas; así como toda persona puesta a disposición de las Comunidades Europeas por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado, que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de las Comunidades Europeas. Se asimilarán a los funcionarios comunitarios los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas no les sea aplicable"; por último, "funcionario nacional" es el "funcionario" o el "empleado público" tal como se defina ese concepto en el Derecho nacional del Estado miembro en que la persona de que se trate tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro. No obstante, cuando se trate de diligencias judiciales en las que esté implicado un funcionario de un Estado miembro incoadas por otro Estado miembro, éste sólo deberá aplicar la definición de "funcionario nacional" en la medida en que esa definición sea compatible con su Derecho nacional".

Como se puede apreciar, el concepto de funcionario nacional ha de adecuarse, como es lógico, al que se define en el Derecho nacional de cada Estado a los fines de la aplicación de su propio Derecho penal. Esto significa que, en los asuntos en los que esté implicado un funcionario nacional del Estado miembro en el que se incoan las diligencias, se deberá normalmente aplicar la definición con arreglo al Derecho de aquel Estado.

El concepto de *función pública* comprende cualquier actividad de interés público, incluso cuando haya sido delegada por el país extranjero, en relación con la contratación pública<sup>32</sup>.

*Organismo público* es toda entidad que se constituye según el Derecho público para desempeñar específicas tareas de interés público<sup>33</sup>.

Una *empresa pública* es aquella empresa sobre la cual, con independencia de su forma legal, un gobierno -o diversos gobiernos- puede ejercer de forma directa o indirecta una influencia dominante. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el gobierno -o los gobiernos- ostenta la mayoría del capital suscrito por la empresa, controla la mayoría de los derechos de voto ajenos a las acciones emitidas por la empresa o cuando puede nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de administración o de gestión de la empresa<sup>34</sup>. Con todo, quedan fuera del tipo penal los casos en los que la empresa funcione sobre una base comercial normal en el mercado, esto es, cuando desarrolle una actividad de forma equivalente a una empresa privada, sin recibir subvenciones preferentes ni otros privilegios.

También son funcionarios públicos extranjeros los "*funcionarios de hecho*", que pueden existir en circunstancias excepcionales en algunos Estados en los que la autoridad pública es ostentada de hecho por personas que no han recibido un nombramiento formal de agentes públicos<sup>35</sup>.

Dada la expresión que utiliza el CP "autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales", puede entenderse que el CP castiga la corrupción de los *funcionarios públicos de todos los Estados del mundo*, aun cuando éstos no hayan firmado el Convenio de la OCDE e incluso cuando la ley de dicho país no castigue la corrupción de un funcionario público español<sup>36</sup>. No se exige de manera expresa, por lo tanto, el cumplimiento del principio de reciprocidad, que el Convenio deja al arbitrio de cada parte.

---

<sup>32</sup> Cfr. *Comentarios al Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Adoptados por la Conferencia negociadora el 21 de noviembre de 1992.*

<sup>33</sup> *Ibidem.*

<sup>34</sup> *Ibidem.*

<sup>35</sup> *Ibidem.*

<sup>36</sup> De hecho, un análisis del Convenio nos permite apreciar que distingue constantemente entre Estados Parte y agentes públicos extranjeros (cfr. por ejemplo el art. 2).

Dentro del concepto de funcionario público extranjero cabe incluir *todos los niveles* y subdivisiones de la administración, tanto del nivel nacional como del nivel local. Comprende, por ejemplo, a los jueces y magistrados de un Estado extranjero, a los miembros de parlamentos extranjeros, a los militares extranjeros, etc.

El Convenio (art. 1, Sec. 4, a) y el art. 455bis equiparan a los funcionarios públicos extranjeros a los funcionarios públicos o *agentes de organizaciones internacionales*. El Convenio de la OCDE limita las organizaciones internacionales a las de carácter público. Parece conveniente entenderlo así, dando cabida a cualquier organización internacional formada por Estados, gobiernos u otras organizaciones internacionales públicas (el Consejo de Europa, la OTAN, las Naciones Unidas), incluidas también las organizaciones de integración económica regional, como las Comunidades Europeas (Comentarios al Convenio). No parecen tener cabida las ONG ni las organizaciones de carácter humanitario o caritativo, etc. En todo caso, habrá que exigir que la persona ejerza una función pública en el seno de la organización internacional (pública). Para apreciar esta segunda condición será necesario atender a los estatutos de la organización de derecho internacional público a la que pertenece.

### 3.3.4 En beneficio del funcionario o de un tercero

La corrupción del funcionario público extranjero es también punible cuando las dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas 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 al corruptor.

## 4. Tipo subjetivo

### 4.1 Delito doloso

El art. 445bis es un delito doloso que admite el *dolo eventual*<sup>37</sup>. El tipo penal exige además la presencia de dos metas adicionales: que el sujeto activo realice el comportamiento

---

<sup>37</sup> *Examen de l'application de la convention, cit.*, pg. 3.

- con el fin de que las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas, y
- para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.
- 

Se trata de dos elementos subjetivos del injusto adicionales al dolo, que han de concurrir en el sujeto activo.

#### **4.2 Con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas**

El artículo 445bis emplea la expresión "con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas" para aludir al primero de los elementos subjetivos que deben guiar el comportamiento del corruptor. Se precisa, por tanto, que el sujeto activo persiga que el funcionario actúe u omita realizar un acto que debería practicar, siempre en el ejercicio de funciones públicas. No es necesario, sin embargo, que el funcionario llegue a actuar u omitir. Se trata de un *delito de resultado cortado*, pues la intención del corruptor al realizar la acción típica ha de dirigirse a la obtención de un resultado independiente de él.

El *artículo 1.4.c) del Convenio OCDE*, que es Derecho interno español una vez ratificado, interpreta la expresión "actuar o abstenerse de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales" como comprensiva de "cualquier uso de la posición del agente público tanto dentro como fuera de la competencia autorizada de ese agente".

#### **4.3 Para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular**

Además, dispone el art. 445bis que el corruptor ha de actuar con la *finalidad* de conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular. No se va a poder castigar al sujeto cuando la finalidad perseguida sea otra: por ejemplo, corromper a un funcionario extranjero para evitar una sanción de tráfico. La intención comprende, por tanto, no sólo los casos en los que se pretende conseguir un beneficio, sino aquellos en los que el sujeto pretende conservar el beneficio ya

obtenido. Con todo, no va a ser necesario que realmente se consiga o se conserve el contrato o el beneficio irregular.

Resulta realmente difícil de precisar qué actos del funcionario resultan abarcados por el art. 445bis, y deben ser los perseguidos por el corruptor. Y es que las sanciones a imponer al corruptor son las previstas en el art. 423. Este artículo castiga a quien corrompe a autoridades o funcionarios nacionales, imponiéndoles las mismas penas de prisión y multa que a los funcionarios. La doctrina mayoritaria interpreta que las conductas típicas descritas en el art. 445bis y su remisión al art. 423 sólo van a dar cabida a los supuestos contemplados en los delitos de *cohecho pasivo propio*, dependiendo de la finalidad perseguida<sup>38</sup>. En este sentido, se argumenta que lo decisivo es que el contrato o beneficio se obtenga o mantenga de forma "irregular". Esto supone, a juicio de Rodríguez Puerta, que quedan abarcados exclusivamente los supuestos de cohecho propio, y no los de cohecho impropio en los que se acuerda o entrega una gratificación por la realización de un hecho conforme a derecho por parte del funcionario, como puede ser autorizar o prorrogar un contrato o beneficio de forma regular o legal<sup>39</sup>.

En el mismo sentido señala Cerezo Domínguez que ésta parece ser también la voluntad del legislador internacional: que las conductas de *cohecho pasivo impropio* no se persigan conforme al Convenio cuando se trate de funcionarios extranjeros<sup>40</sup>. Fundamenta esta autora su opinión en los Comentarios al Convenio de la OCDE, en los que se indica expresamente que "los pequeños pagos de facilitación no constituyen pagos hechos para obtener o conservar contratos u otros beneficios irregulares y, en consecuencia, no constituyen delito. Dichos pagos, que en algunos países se hacen para inducir a los funcionarios públicos a que cumplan con sus funciones, tales como expedir licencias o permisos, suelen ser ilegales en el país extranjero afectado. Otros países pueden abordar este fenómeno corrosivo por medios tales como el apoyo a programas de buen gobierno. No

---

<sup>38</sup> Así lo estima la opinión mayoritaria de la doctrina; véase, RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., Comentario al Título XIX bis del Código Penal, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., pg. 2000; también CEREZO DOMINGUEZ, A.I. "La adaptación del sistema jurídico-penal español", cit., pg. 461.

<sup>39</sup> Cfr. RODRIGUEZ PUERTA, M.J., Comentario al Título XIX bis del Código Penal, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., pg. 2000. Entiende esta autora que el término "irregular" ha de interpretarse en el mismo sentido que el término "injusto" del delito de cohecho tipificado en el art. 420 CP. Ello aunque luego entiende que son sancionables también los supuestos en los que el funcionario realiza un hecho constitutivo de delito, previstos en el art. 419. Por lo que el término "irregular" equivale también a "delictivo" del art. 419.

<sup>40</sup> Cfr. CEREZO DOMINGUEZ, A.I., "La adaptación del sistema jurídico-penal español", cit., pg. 461.

obstante, la tipificación como delito por parte de otros países no parece una actuación complementaria práctica ni eficaz"<sup>41</sup>.

Ésta es también la opinión de las *autoridades españolas*. Parece oportuno, por tanto, examinar los actos de los funcionarios nacionales que han de resultar perseguidos por el corruptor para que su comportamiento sea punible conforme al art. 445 bis. Pues bien, la intención del sujeto activo ha de ser que el funcionario extranjero al que entrega o promete la dádiva:

1. realice en el ejercicio de su cargo una *acción u omisión constitutivas de delito* (art. 419); basta con que el acto o la omisión sean constitutivos de delito en la legislación del país del agente público extranjero<sup>42</sup>.

2. ejecute un *acto injusto* relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito (art. 420).; la expresión "acto injusto, no constitutivo de delito" comprende la infracción de leyes civiles o administrativas del país del agente público extranjero<sup>43</sup>.

3. se *abstenga de ejecutar un acto* que debería practicar en el ejercicio de su cargo (art. 421).

Pero no son reconducibles al art. 445bis los supuestos en los que el corruptor persigue que la autoridad o funcionario que solicita o recibe la dádiva o promesa realice un *acto propio de su cargo* (art. 425.1). Esta modalidad de comportamiento no se encuentra expresamente prevista en el art. 445bis, y declaran las autoridades españolas que el art. 425.1 *no se aplica al delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros*, en la medida en que son actuaciones que quedan fuera del ámbito de aplicación del Convenio<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Esto contrasta con la valoración que se realiza de la normativa española por parte de la OCDE, que entiende se generan lagunas de punibilidad porque va a ser impune la conducta de quien corrompe a un funcionario público extranjero o de una organización internacional para que éste ejercite un poder discrecional que no constituya un delito ni un acto injusto en la legislación del país de funcionario público extranjero; *cfr. Examen de l'application de la convention, cit.*, pg. 6.

<sup>42</sup> Tal y como afirman las autoridades españolas, *Examen de l'application de la convention, cit.*, pg. 5.

<sup>43</sup> Las autoridades españolas indican que la expresión "acto injusto, no constitutivo de delito" comprende la infracción de leyes civiles o administrativas, la infracción de principios de ética o la violación de obligaciones, según la legislación del país del agente público extranjero; *Examen de l'application de la convention, cit.*, pg. 5.

<sup>44</sup> *Examen de l'application de la convention, cit.*, pg. 5. Señalan que esto sería evidente para un magistrado español dado que esta disposición se ubica en el Código Penal en un Título distinto.

Tampoco son subsumibles en este artículo la autoridad o funcionario extranjeros que *admiten dádivas* o regalos ofrecidos "en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente" (art. 426). Vuelven a declarar las autoridades españolas que el art. 426 *no se aplica al delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros*, por no estar expresamente previsto y porque este tipo de actuaciones no entran en el ámbito de aplicación del Convenio<sup>45</sup>.

En definitiva, sólo son reconducibles *al art. 445bis los supuestos* en los que el corruptor pretende que el funcionario público extranjero o agente:

1) realice en el ejercicio de su cargo

a) una acción u omisión constitutivos de delito en la legislación del país del funcionario público extranjero;

b) un acto injusto no delictivo, conforme a la legislación del agente público extranjero;

2) se abstenga de ejecutar un acto que debería practicar en el ejercicio de su cargo.

Esta interpretación, si bien puede ser correcta desde la perspectiva del Derecho español, plantea muchas dificultades en cuanto al cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por España por razón de las *lagunas de punibilidad* que suscita. El art. 445 bis CP no sanciona todas las acciones y omisiones del funcionario público extranjero abarcadas por el Convenio OCDE, de aquí que será impune la conducta de quien corrompa a un funcionario público extranjero o de una organización internacional para que éste ejerza un poder discrecional de un modo que no constituya un delito ni un acto injusto en la legislación del país del funcionario público extranjero<sup>46</sup>.

Esto puede ser salvado si se entiende, con Cerezo Domínguez<sup>47</sup>, que el artículo 425, que sanciona supuestos de *cohecho pasivo impropio*, también sirve de referente del art. 445 bis. En

---

<sup>45</sup> *Examen de l'application de la convention, cit.*, pg. 6. También señalan que la expresión "en consideración a su función" significa que la gratificación debe haber sido ofrecida para que el funcionario ejerza sus funciones públicas, de manera que si el funcionario no ejerciese funciones públicas no se le ofrecería la dádiva.

<sup>46</sup> Como evidencia el *Examen de l'application de la convention, cit.*, pg. 6.

<sup>47</sup> *Cfr.* CERESO DOMINGUEZ, A.I., "La adaptación del sistema jurídico-penal español", *cit.*, pg. 462, señala que la gravedad de las penas contempladas en los delitos de cohecho del Código penal español depende de la naturaleza de la conducta llevada a cabo por el funcionario público. Y señala que las penas son más graves cuando el funcionario realiza un hecho típico constitutivo de delito (art. 419: pena de prisión de 2 a 6 años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años) que cuando ejecuta un acto propio de su cargo (art. 425: multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por

efecto, de seguirse esta opinión quedaría cubierta la laguna que detecta la OCDE en la normativa española, en los casos en que el funcionario ejerce un poder discrecional no constitutivo ni de delito ni de un acto injusto en la legislación del país del funcionario. Esta modalidad sería subsumible en los artículos 423 (corromper o intentar corromper a un funcionario público) ó 425 (corromper a un funcionario para realizar un acto propio de su cargo o para recompensarle por el ya realizado).

#### **4.4 En la realización de actividades económicas internacionales**

La corrupción sólo es típica cuando se lleva a cabo en el marco de transacciones económicas internacionales, esto es, en aquellas en las que se encuentran *involucrados más de un Estado*. Existe esta internacionalidad, evidentemente, cuando una empresa española hace un pago a un funcionario de un país extranjero para obtener o conservar un contrato en dicho país.

#### **5. Tentativa**

El art. 1.2 del Convenio de la OCDE exige a los Estados Parte que adopten las medidas necesarias para tipificar las *formas de participación* (complicidad, inducción, auxilio), *actos preparatorios* (la confabulación) y la *tentativa*. En los comentarios al Convenio se especifica que si los actos enumerados no son en general punibles según el ordenamiento jurídico del país, no se exigirá su tipificación respecto de la corrupción de un funcionario público extranjero<sup>48</sup>.

Pues bien, el art. 16 CP castiga la *tentativa* con carácter general. Pero, el art. 445 bis contempla de manera expresa como una de las modalidades típicas el intento de corrupción (activa) ("intentaren corromper"). Se equipara así, a efectos de pena, la tentativa con la consumación del delito. Esto supone que, una vez lanzada la oferta corruptora por parte del sujeto activo, su desistimiento voluntario posterior carecerá de relevancia, siendo punible, por ejemplo, la conducta del particular que retira voluntariamente su oferta antes de ser aceptada o rechazada por el funcionario.

---

tiempo de seis meses a tres años). Parece dar cabida también, por lo tanto, a la modalidad de cohecho prevista en el art. 425. Esto contrasta con su opinión previamente manifestada, que es contraria a esta posibilidad.

<sup>48</sup> Según el art. 1.2 del Convenio de la OCDE: "Cada Parte tomará todas las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la incitación, el auxilio, la instigación o la autorización de un acto de corrupción de un funcionario público extranjero. La tentativa y la confabulación para corromper a un funcionario público extranjero constituirán delitos en la misma medida que la tentativa y la confabulación para corromper a un funcionario público de esa Parte".

En cuanto a la *confabulación*, podría reconducirse a la *conspiración* del Derecho Penal español. Según el artículo 17 CP, ésta se castiga exclusivamente cuando se encuentre prevista por la ley de manera expresa. Pero no existe una sanción expresa ni de la conspiración ni de ningún otro acto preparatorio del delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros del art. 445bis.

## 6. Participación

También son punibles en Derecho español las formas de participación en su modalidad de *inducción*, *cooperación necesaria* y *complicidad* (arts. 28 y 29 CP). Con todo, como se ha dicho, normalmente los inductores realizarán ya directamente el tipo penal en calidad de autores, al castigarse de manera expresa el actuar por sí o por persona interpuesta, la cual puede ser evidentemente un inducido.

## 7. Penas

Tanto el art. 5.1 del Convenio de la UE como el art. 3.1 del Convenio de la OCDE<sup>49</sup> disponen que los Estados miembros deberán garantizar que las infracciones de corrupción sean siempre objeto de *sanciones penales*. Además, ambos convenios aluden a que las sanciones a imponer deben ser *eficaces, proporcionadas y disuasorias*, comparables a las aplicables a la corrupción de los funcionarios públicos propios de la Parte en cuestión.

De manera específica, el art. 3,1 del Convenio OCDE exige la previsión, para el caso de las *personas físicas*, de penas privativas de libertad que permitan de manera efectiva el desarrollo de mutuo auxilio judicial mutuo y la aplicación de la extradición. Se requiere también que los países adopten las medidas necesarias para embargar o decomisar tanto el objeto del soborno como las ganancias provenientes del mismo o para garantizar la aplicabilidad de sanciones pecuniarias de efecto comparable<sup>50</sup>. Si conforme al ordenamiento jurídico de la Parte no se puede exigir

---

<sup>49</sup> Según el art. 5.1 del Convenio de la UE: "Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que las conductas contempladas en los arts. 2 y 3, así como la complicidad e instigación a dichas conductas, sean objeto de sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias, que incluyan, al menos en los casos graves, penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición".

<sup>50</sup> Véase el art. 3.3 del Convenio de la OCDE: "Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias para disponer que el soborno y el producto de la corrupción de un funcionario público extranjero o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto, estén sujetos a embargo y comiso, o que sean aplicables sanciones pecuniarias de efecto comparable".

responsabilidad penal a las *personas jurídicas*, la Parte velará por que éstas queden sujetas a sanciones eficaces y disuasorias de carácter no penal, incluidas la pecuniarias. Por último, exige el Convenio a cada Parte que estudie la imposición de sanciones civiles o administrativas adicionales.

Con respecto a las *personas jurídicas*, y dado que en Derecho español no se reconoce su responsabilidad penal, la propia OCDE, al analizar la implementación del Convenio en el ordenamiento jurídico español, ha valorado de forma negativa que no se prevean de manera expresa sanciones para ellas. Y es que el legislador penal ha olvidado recoger de manera expresa consecuencias accesorias (las del art. 129 CP u otras) para los supuestos en que el delito de corrupción del art. 445bis se realice a través de una persona jurídica. Sería conveniente corregir esta laguna legal.

En cuanto a las *personas físicas* dispone el art. 445 bis que las penas que lleva aparejadas el delito de corrupción de funcionarios público extranjeros son *las mismas que las previstas en el art. 423*, en sus respectivos casos. El art. 423 dispone que las penas a imponer por esta modalidad de cohecho activo consistente en corromper o intentar corromper a las autoridades o funcionarios públicos son las mismas penas de prisión y multa que las que se impongan a éstos. Según las autoridades españolas esta disposición es independiente de la legislación del Estado del funcionario público extranjero, y *no supone que el corruptor sea objeto de la misma pena que el funcionario público extranjero* que recibe el soborno. Significa que las penas a imponer son las previstas en el CP para la corrupción pasiva de funcionarios públicos nacionales<sup>51</sup>.

Como se ha destacado ya, la *doctrina mayoritaria* y las *autoridades españolas*<sup>52</sup> entienden que sólo son de aplicación en relación con el art. 445bis los artículos 419, 420 y 421.

1. El *art. 419* impone las penas de prisión de dos a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva (junto con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por

---

Indica CERESO DOMINGUEZ, A.I., "La adaptación del sistema jurídico-penal español ", *cit.*, pg. 462, nota 38, que es criticable que el legislador internacional pretenda mostrar estas dos opciones como equivalentes, cuando en realidad no lo son, ya que el decomiso depende únicamente de los efectos, instrumentos y ganancias procedentes del delito, mientras que la pena de multa se determina con base en la culpabilidad del delincuente.

<sup>51</sup> *Examen de l'application de la convention, cit.*, pg. 10.

<sup>52</sup> *Examen de l'application de la convention, cit.*, pg. 10.

tiempo de siete a doce años), cuando se corrompe a un funcionario para que realice en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito.

2. El *art. 420* distingue dos situaciones aparejando penas diferentes a cada una de ellas. Así la pena a imponer es la de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, cuando se corrompe a un funcionario para que ejecute un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute. Si no lo ejecuta, la pena a imponer es la de prisión de uno a dos años y la misma pena de multa. Esta segunda situación, que lleva aparejada una pena inferior, es de aplicación también al delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros porque, como indican las autoridades españolas, cuando no se realiza el acto injusto se causan perjuicios menos importantes a las transacciones comerciales internacionales<sup>53</sup>.

3. El *art. 421* impone la pena de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva cuando la corrupción se dirige a que el funcionario se abstenga de un acto que debería practicar en el ejercicio de su cargo.

*Otros autores*, por contra, entienden que son de aplicación todos los delitos de corrupción pasiva previstos en el CP. En este sentido, como se ha indicado ya, Cerezo Domínguez<sup>54</sup> señala que la gravedad de las penas contempladas en los delitos de cohecho del Código penal español depende de la naturaleza de la conducta llevada a cabo por el funcionario público, admitiendo que también sea de aplicación el delito de cohecho pasivo impropio del *art. 425 CP*. De asumirse esta interpretación quedaría cubierta la laguna que detecta la OCDE en la normativa española, en los casos en los que el funcionario ejerce un poder discrecional no constitutivo ni de delito ni de un acto injusto en la legislación del país del funcionario. Esta modalidad sería subsumible en los artículos 423 (corromper o intentar corromper a un funcionario público) ó 425 (corromper a un funcionario para realizar un acto propio de su cargo o para recompensarle por el ya realizado).

## 7.1 Atenuación de la pena

---

<sup>53</sup> *Examen de l'application de la convention, cit.*, pg. 10.

<sup>54</sup> *Cfr.* CEREZO DOMINGUEZ, A:I: "La adaptación del sistema jurídico-penal español ", *cit.*, pg. 462.

La conducta consistente en atender a las solicitudes de los funcionarios extranjeros está expresamente prevista en el art. 445 bis; éste para la determinación de la pena se remite al art. 423. Según el art. 423.2 se impone la pena inferior en grado a la fijada en el n. 1, cuando se *atienda a las solicitudes de las autoridades o funcionarios*. Discute la doctrina la posibilidad de aplicar al delito de corrupción de funcionarios extranjeros los tipos atenuados<sup>55</sup> del Título XIX. Entiende Cerezo Domínguez que no parece ésta la voluntad del legislador, al incluir esta modalidad de corrupción en un Título distinto al que comprende a los delitos de cohecho<sup>56</sup>.

## 7.2 Posible aplicación de la excusa absolutoria del art. 427

El art. 427 contiene una disposición que *exime de pena* por el delito de cohecho al particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por la autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad, antes de la apertura del procedimiento y siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos. Se trata de una *excusa absolutoria* dirigida a favorecer la persecución del cohecho pasivo, que opera en beneficio del particular denunciante del funcionario.

La *doctrina se encuentra dividida* en cuanto a la posibilidad de aplicar esta disposición a los delitos previstos en el art. 445 bis. A juicio de un sector doctrinal, la inclusión del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales en un título distinto al que corresponde a los delitos de cohecho apoyaría la negativa<sup>57</sup>. Por contra, otros autores entienden que una interpretación analógica *in bonam partem* permite aplicar esta excusa absolutoria a los supuestos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> El art. 423.2 CP contiene una atenuación de la pena del particular que acepta la solicitud del funcionario, y el art. 424 prevé una atenuación para el cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados "cuando el soborno mediere en causa criminal en favor del reo".

<sup>56</sup> *Cfr.* CEREZO DOMINGUEZ, A.I., "La adaptación del sistema jurídico-penal español ", *cit.*, pg. 463.

<sup>57</sup> *Cfr.* CEREZO DOMINGUEZ, A:I., "La adaptación del sistema jurídico-penal español ", *cit.*, pg. 463.

<sup>58</sup> *Cfr.* MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, *cit.*, pg. 1039, entiende que la situación prevista en el art. 445bis es idéntica a la que se prevé el art. 427; también parece admitirlo SERRANO GOMEZ, A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, *cit.*, pg. 804.

La primera de las opiniones se corresponde mejor con lo perseguido en la génesis de la norma actual. En efecto, la tramitación parlamentaria evidencia la voluntad legislativa de no aplicar lo dispuesto en el art. 427 CP al delito previsto en el art. 445bis. Como hemos indicado ya, el proyecto inicial preveía incluir el delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros en el art. 423 (Título XIX). Esto, a juicio del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, requería una modificación paralela del art. 427 para que dicha exención de responsabilidad alcanzara también a estos nuevos sujetos posibles autores del delito<sup>59</sup>, de aquí que presentara una enmienda en esta línea<sup>60</sup>. Con todo, este Grupo Parlamentario fue consciente de que la pretensión última del Convenio OCDE ratificado por España era no establecer excepción de pena y puesto que ésta debería aplicarse en caso de que el delito fuese tipificado en el art. 423 propuso la creación de un Título nuevo y autónomo<sup>61</sup> que no resultaría alcanzado por la excusa del art. 427<sup>62</sup>. Esta propuesta fue la aceptada por las Cortes Generales.

### III. La corrupción pasiva

El art. 445bis CP español *no sanciona de manera expresa la corrupción pasiva*. Por ello, en principio, es impune la conducta del funcionario público extranjero o miembro de una organización internacional que solicite o acepte las dádivas o promesas ofrecidas por los particulares para actuar o abstenerse de actuar y de ese modo conceder o prorrogar un contrato o beneficio irregular en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales.

---

<sup>59</sup> Cfr. *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Año 1999 VI Legislatura* Núm. 802, las palabras de la Señora Uría Echevarría del Grupo Vasco, también admitida por el Señor Cuesta Martínez del Grupo Socialista. Por contra el Grupo Popular, en palabras del Señor Arqueros Orozco, entendía que era inviable la propuesta del Grupo Parlamentario Vasco porque los tribunales españoles no son competentes para castigar las actuaciones de los funcionarios no nacionales en el ejercicio de su cargo contrarias a sus obligaciones. Entendía que esta excusa no es posible cuando la autoridad que ha de actuar no es la misma para el funcionario y para el particular. Además, el delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros pretende castigar únicamente la conducta del particular. En el senado, ver las palabras del Señor Zubia Atxaerandio, *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. VI Legislatura*. Núm. 156. Año 1999. Sesión del Pleno celebrada el jueves, 16 de diciembre de 1999, pg. 7635, que proponía una modificación del art. 427 CP.

<sup>60</sup> Cfr. *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, Año 1999 VI Legislatura* Núm. 802.

<sup>61</sup> Cfr. *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 1999 VI Legislatura* Núm. 277, pg. 14963. La Señora Uría Echevarría del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV).

<sup>62</sup> Cfr. las palabras del Sr. Zubia Atxaerandio, *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. VI Legislatura*. Núm. 156. Año 1999. Sesión del Pleno celebrada el jueves, 16 de diciembre de 1999, pg. 7635.

Esto ha sido calificado de "*insatisfactorio*"<sup>63</sup> por la doctrina española, pues desde la perspectiva del bien jurídico protegido la conducta del funcionario que solicita o acepta la dádiva o promesa presenta una "lesividad idéntica"<sup>64</sup> a la del particular que la ofrece o entrega. Además, es precisamente al funcionario público a quien concierne de forma prioritaria velar por la "rectitud de las transacciones comerciales", dada su condición de sujeto especialmente obligado a garantizar la legalidad de la actividad económica internacional fiscalizada por la Administración.

Como venimos diciendo, no se va a poder sancionar al funcionario público extranjero con base en los *delitos de cohecho* (arts. 419, 420 o 421) que castigan al funcionario público nacional, pues el concepto de funcionario del art. 24 no comprende a los funcionarios públicos extranjeros<sup>65</sup>.

Entendemos, con todo, que el funcionario público extranjero que solicita dádivas del particular español podría ser sancionado como *inductor* al delito del art. 445bis, 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).

#### **IV. Conclusión**

El repaso de la regulación de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales pone de manifiesto el interés del estado español por luchar contra este fenómeno que ha llevado a recoger en el art. 445bis CP de forma casi textual lo dispuesto en el Convenio OCDE.

Esto, que desde el prisma del cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte del legislador español merece una valoración positiva, traduce, sin embargo, una manera de proceder criticable, en la medida en que se integra en el Derecho español la regulación internacional sin apenas tener en cuenta las peculiaridades propias de nuestro Derecho. Además, algunos de los elementos típicos son superfluos, y se echan en falta otras medidas requeridas concretamente por

---

<sup>63</sup> Cfr. RODRIGUEZ PUERTA, M.J., Comentario al Título XIX bis del Código Penal, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., pg. 1999.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> *Ibidem*. Otro argumento es que de admitirse esta posibilidad carecería de sentido la tipificación expresa de este delito, quedando vacío de contenido el art. 445bis al ser posible también castigar al particular conforme al art. 423.

dicho instrumento internacional. Por último, aunque no en importancia, hubiera sido sin duda más adecuado enfocar el tratamiento punitivo del fenómeno de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales desde la perspectiva de la tutela del orden económico económica, pues poco tienen que ver los comportamientos contemplados con el ejercicio de la función pública en el estado español.