

Soborno transnacional. Su tratamiento en el derecho penal español

Demelsa Benito Sánchez

Licenciada en Derecho, Diploma en Estudios Avanzados, Doctora en Aspectos Jurídicos de la Corrupción por la Universidad de Salamanca, España; profesora ayudante de doctora de Derecho Penal, Universidad de Deusto. Correo electrónico: demelsa.benito@deusto.es

Resumen

La aparición de una corrupción transnacional ligada al fenómeno globalizador ha llevado a la comunidad internacional a adoptar una serie de documentos vinculantes para luchar contra ella. El instrumento que marca un antes y un después es el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, adoptado en el seno de la OCDE a finales de 1997. Ratificado por España en el año 2000, para darle cumplimiento el legislador introdujo un nuevo tipo penal en el texto punitivo. Reformado en el año 2003 y, más en profundidad, en el año 2010, se presenta a continuación un análisis crítico de este a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por España en esta materia.

Palabras clave: Corrupción transnacional, Código Penal español, funcionario público extranjero, funcionario público internacional, OCDE, soborno transnacional.

Abstract

Globalization has turned local corruption into a transnational phenomenon. This change has led the International Community to adopt a number of conventions in order to combat it. The OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions became a milestone. Spain, which ratified it in 2000, introduced a new type of crime into the criminal code. The new provision was amended in 2003 and, more in-depth, in 2010. This paper analyses this provision in view of the international obligations taken by Spain in this field.

Keywords: Foreign public official, international public official, OECD, Spanish Criminal Code, transnational bribery, transnational corruption.

Résumé

L'émergence d'une corruption transnationale liée au phénomène de la mondialisation a conduit la communauté internationale à adopter un ensemble de documents de liaison pour la combattre. L'instrument qui marque un avant et après est la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptée au sein de l'OCDE à la fin de 1997. Ratifiée par l'Espagne en 2000 pour se conformer, le législateur a introduit une nouvelle infraction dans le texte punitif. Rénové en 2003 et plus en profondeur, en 2010, est présenté ci-dessous une analyse critique de celui-ci à la lumière des obligations internationales assumées par l'Espagne dans cette affaire.

Mots-clés: Corruption Crime, Code Pénal Espagnol, Publiques Officielles à L'étranger, de la Fonction Publique Internationale, Le Crime de L'ocde sur la Corruption.

Soborno transnacional. Su tratamiento en el derecho penal español*

Demelsa Benito Sánchez

INTRODUCCIÓN

La preocupación por la corrupción transnacional no es en absoluto reciente, pese a que las principales iniciativas de carácter vinculante para luchar contra ella daten de finales del siglo XX y principios del siglo XXI. Ya en la década de los setenta se desarrollaron iniciativas de soft law, tanto a nivel internacional como nacional. En el ámbito internacional, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) publicó en 1976 sus “Líneas directrices para empresas multinacionales”, cuyo apartado VI se dedicaba a la lucha contra la corrupción, recomendando a las empresas no entregar pagos ilícitos o ventajas indebidas para obtener o conservar un contrato u otra ventaja ilegítima¹.

La Cámara de Comercio Internacional, por su parte, creó en 1975 una comisión, conocida por el nombre de su presidente, Shawcross, encargada de analizar las legislaciones internas en materia de extorsión y soborno, que concluyó señalando en un informe la necesidad de elaborar un tratado internacional en el seno de las Naciones Unidas para luchar contra estas prácticas (Heimann & Hirsch, 2000). En 1977 publicó sus “Reglas de conducta para combatir la extorsión y el soborno”, una suerte de código deontológico de aplicación voluntaria por parte de las empresas que tenía como objetivo eliminar las prácticas corruptas en las relaciones comerciales internacionales².

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España (Referencia DER2012-31368); igualmente, en el equipo de investigación “Poder público y empresa en un contexto multinivel y transnacional” (UD-R2010) reconocido por el Gobierno Vasco para el periodo 2013-2015 (IT607-13).

1 Las Líneas fueron actualizadas en 2011, siendo ahora el apartado VII el dedicado a “la lucha contra la corrupción, las peticiones de soborno y la extorsión”. Se pueden consultar en la web de la OCDE. Recuperado el 10 de julio de 2014 de <http://mneguidelines.oecd.org/>

2 Las Reglas han sido actualizadas en diversas ocasiones. Se pueden consultar en la web de la Cámara de Comercio Internacional. Recuperado el 10 de julio de 2014 de [http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/1996/ICC-Rules-of-Conduct-to-Combat-Extortion-and-Bribery-in-International-Business-Transactions-\(1996-Edition\)/](http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/1996/ICC-Rules-of-Conduct-to-Combat-Extortion-and-Bribery-in-International-Business-Transactions-(1996-Edition)/)

En el seno de las Naciones Unidas se adoptó en 1975 la Resolución de medidas contra las prácticas corruptas de las empresas transnacionales y de otras empresas, de sus intermediarios y de otros implicados en tales prácticas (Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3514 (XXX), de 15 de diciembre de 1975), que sería “el germen de una propuesta de acuerdo internacional sobre pagos ilícitos que nunca vería la luz” (Cockcroft, 1995, p. 41). Las tensiones este-oeste durante la Guerra Fría impidieron cualquier tipo de avance en esta materia, como en tantas otras, en esta Organización.

Todas estas iniciativas, como se ha señalado, no eran más que meros documentos de *soft law*, sin carácter vinculante para los Estados o para las empresas, de ahí que su aplicación y su relevancia para la lucha contra el soborno transnacional fueran escasas.

A nivel nacional fue Estados Unidos el único país que incorporó a su ordenamiento jurídico en los años setenta el castigo del soborno transnacional. Motivado por los escándalos de corrupción destapados en los años previos³, su Congreso aprobó en 1977 la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (Foreign Corrupt Practices Act, Title 15 (Commerce and Trade), United State Code, 78 dd-1 y ss) (en adelante, por sus siglas en inglés, FCPA), ley que sancionaba penalmente a los ciudadanos de Estados Unidos por entregar sobornos a funcionarios públicos de otros Estados cuando estuvieran orientados a conseguir o conservar un contrato en el marco de actividades comerciales internacionales. La nueva ley no estuvo exenta de polémica, pues colocaba a las empresas norteamericanas en una posición de desventaja frente a sus competidoras europeas y japonesas, cuyos países no prohibían este tipo de comportamientos (Huber, 2003, p. 42; Kochi, 2002, p. 101; Nieto, 2003, p. 12.). Por eso, apenas tuvo aplicación práctica, y solo tres años después de su aprobación, cuando los republicanos alcanzaron el poder e instauraron de nuevo la *realpolitik* en las relaciones internacionales, la FCPA pasó a ser una ley de contenido simbólico (Korte, 1999, p. 82).

Habría que esperar hasta mediados de la década de los noventa para que nacieran las primeras iniciativas supranacionales de carácter vinculante contra la corrupción en general, y contra la corrupción transnacional, en particular. El 29 de marzo de 1996 veía la luz la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, elaborada bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos. El 26 de mayo de 1997 se adoptaba el “Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los

3 Aunque sin duda el más famoso es el caso Watergate, en el ámbito del comercio internacional, el que más relevancia tuvo fue el caso de la Lockheed Corporation, multinacional que realizó pagos ilícitos por valor de 25 millones de dólares a funcionarios japoneses para asegurarse la venta de sus aviones TriStar L-1011. Pero no fue este un suceso aislado. Como revelaría en 1974 una investigación llevada a cabo por la Securities and Exchange Commission, alrededor de 360 empresas norteamericanas habían realizado cuestionable foreign payments en sus transacciones comerciales internacionales, susceptibles de ser calificados como corrupción en el exterior (Glynn, Kobrin, Naim, 1997, p. 17; Manacorda, 1999, p. 24).

que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea”. El 17 de diciembre de ese mismo año se abrió a la firma el “Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”, elaborado en el seno de la OCDE. En el marco del Consejo de Europa, el 27 de enero de 1999 veía la luz el “Convenio penal sobre la corrupción”, y el 4 de noviembre de ese mismo año, el “Convenio civil sobre la corrupción”. El 11 de julio del 2003 se adoptaba bajo los auspicios de la Unión Africana la “Convención para la prevención y lucha contra la corrupción”. Finalmente, el 9 de diciembre de 2003 se abrió a la firma la “Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción”.

Esos documentos obligaban a los Estados a hacer reformas en sus Ordenamientos jurídicos, especialmente, en materia de soborno transnacional, pues ningún Estado, con la salvedad de Estados Unidos, se había decidido a castigar tales conductas antes de que así lo dispusiera el Convenio de la OCDE de 1997. Fue este mismo instrumento el que obligó al legislador español a modificar el texto punitivo para incorporar un nuevo tipo penal castigando el soborno transnacional, a cuyo estudio se dedica el presente trabajo.

LA INCORPORACIÓN AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DEL DELITO DE SOBORNO TRANSNACIONAL

El art. 1.1 del Convenio de la OCDE señala lo siguiente:

Cada Parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su derecho el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales (Boletín Oficial del Estado, BOE, 2002, Núm. 46).

Para dar cumplimiento a esta obligación, el legislador español modificó el Código Penal en el año 2000, añadiendo un nuevo Título XIX bis al Libro II, denominado “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. El nuevo precepto fue reformado en el año 2003 para posibilitar la imposición de sanciones a determinados entes colectivos involucrados en la comisión de este delito. Además, el nuevo precepto, art. 445, se integró en el Título XIX “Delitos contra la Administración Pública” dentro de un capítulo que lleva por nombre “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. La segunda, y más significativa reforma del precepto llegó en el año 2010. Haciéndose eco de las

múltiples recomendaciones que el Grupo de Trabajo de la OCDE en esta materia había realizado a España en las diferentes evaluaciones sobre la implementación de su Convenio⁴, el legislador decidió modificar el art. 445, siendo su redacción la siguiente:

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 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.

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.

⁴ Se pueden consultar todas las evaluaciones en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/spain-oecdanti-briberyconvention.htm>

SOBORNO TRANSNACIONAL Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Desde los debates parlamentarios relativos a la incorporación del nuevo delito de corrupción transnacional al Código Penal español, uno de los temas más controvertidos fue el de determinar el bien jurídico tutelado por el nuevo precepto. La controversia era y es comprensible. El hecho de que el art. 445 se ubique dentro del título dedicado a los “Delitos contra la Administración Pública” puede llevar a pensar que el mencionado precepto tutela un bien jurídico estrechamente relacionado con aquel que de modo general se protege en ese título, y que suele identificarse con el correcto desempeño de la función pública o con el buen funcionamiento de la Administración Pública (Olaizola, 1999, pp. 79 y ss.; Rodríguez, 1999, pp. 35 y ss; Vizueta, 2003, pp. 51 y ss).

Sin embargo, es evidente que la Administración Pública española en absoluto se ve afectada por este tipo de comportamientos, pues nada tiene que ver la conducta incriminada en el art. 445 con los funcionarios públicos españoles⁵. Es por ello que algunos autores han considerado que lo que aquí se tutela es el correcto funcionamiento de la Administración Pública del país de procedencia del funcionario público corrupto⁶. Innegable es que la Administración Pública de dicho país sufrirá algunos de los perniciosos efectos del soborno transnacional. De hecho, será en esa Administración donde las decisiones dejarán de tomarse atendiendo al interés general y será en esa Administración donde el gasto público dejará de adjudicarse a los proyectos más necesarios para la sociedad. No obstante, aunque sea cierto que la Administración Pública del país del funcionario corrupto se verá afectada, también lo es que las empresas competidoras, de aquellas que han abonado un soborno a un servidor público de otro Estado para acceder a un determinado mercado, sufrirán perjuicios, pues quedarán excluidas de dicho mercado al no haber podido o no haber querido pagar el soborno.

Siendo así las cosas, podría deducirse que son dos los bienes jurídicos afectados por la comisión de este delito: uno, estaría en estrecha relación con el funcionamiento de la Administración Pública del país del funcionario extranjero, y otro, estaría vinculado con el ejercicio de la leal competencia en el mercado internacional, que se vería alterado por la aparición en escena de elementos ajenos al libre juego de la oferta y la demanda, como son los sobornos. De hecho, son varios los autores que han señalado el carácter pluriofensivo de este delito, indicando que tales conductas

5 Negando que el bien jurídico protegido por el art. 445 sea el correcto desempeño de la función pública en la Administración Pública española (Cugat, 2004, p. 328; Demetrio, 2003, p. 184; Fabián, 2003, p. 80; Rodríguez, 2011, pp. 1313-1314). Aunque no para el caso español, sino en general, ha señalado Manfroni (1998, p. 40) que “el bien jurídico afectado en el caso del soborno transnacional no es la integridad de la Administración Pública del propio país”.

6 Así, según Olaizola (2002, pp. 477), Serrano G. y Serrano M. (2008, p. 860), si bien junto al normal funcionamiento de la Administración Pública, se añade el normal funcionamiento de las organizaciones internacionales.

atentan, por un lado, contra el correcto desempeño de la función pública y, por otro, contra el orden socioeconómico, concretamente contra la competencia leal (Córdoba y García, 2004, p. 2117; Cuesta, 2001-2002, p. 12; Nieto, 2002, p. 61; Stessens, 2001, pp. 910 y 913; Consejo de Europa, 1999, párr. 48). Si bien es cierto que estos autores suelen otorgar un papel más destacado al bien jurídico, puesto que únicamente se castiga el cohecho transnacional cuando tenga por finalidad “conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales” (Cuesta, 2001-2002, p. 12).

Reconociendo que las conductas de soborno transnacional afectan tanto al correcto funcionamiento de la Administración Pública del funcionario corrupto, como a la competencia leal en el mercado mundial, entiendo, sin embargo, que el bien jurídico que el art. 445 pretende tutelar es únicamente el segundo, y no el correcto funcionamiento de una Administración Pública extranjera, pues si este fuera uno de los objetos de protección, habría que concluir, inevitablemente, que el art. 445 es un precepto incompleto, ya que únicamente castiga el cohecho activo del funcionario público extranjero pero no el cohecho pasivo, mientras que el daño causado a la Administración Pública del país del funcionario que acepta el soborno es el mismo en un caso y en el otro.

Además, si a través del art. 445 se quisiera tutelar una Administración Pública extranjera no tendría sentido castigar únicamente los sobornos entregados para “conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales”, como hace dicho precepto, sino que debería castigarse la entrega de cualquier soborno a un funcionario público extranjero, dado que no solo los orientados a ese fin, sino cualquier soborno con independencia de su finalidad sirve para lesionar el bien jurídico identificado con el correcto desempeño de la función pública. Así, el soborno entregado a un policía de un determinado país para eludir una multa por haber sobrepasado el límite de velocidad establecido en el Código de Circulación de ese país, no es un soborno entregado en el marco de “actividades económicas internacionales” y, sin embargo, afecta al correcto funcionamiento de aquella Administración Pública. Es decir, que si el art. 445 quería tutelar a la Administración Pública de otro Estado, no tendría sentido que se limitara el objeto del acuerdo entre el funcionario y el particular a los contratos o beneficios relacionados con la actividad económica internacional, sino que habría sido suficiente, como acontece en el cohecho de funcionarios públicos nacionales, cualquier pacto ilícito entre el funcionario público y el particular con independencia del ámbito en el cual se concretara (Cuesta, 2001-2002, p. 13; Díaz, 2007, p. 3; Fabián, 2003, p. 80; Rodríguez, 1991, p. 1314).

Pero la realidad es que el tipo del art. 445 se limita a sancionar aquellos comportamientos corruptos que se realizan en el marco de una operación económica internacional. Por tanto, el bien jurídico tutelado es únicamente la “leal competencia en el mercado internacional” (Demetrio, 2003, p. 184; Díaz, 2007, p. 4; Fabián, 2003,

pp. 80-81; Rodríguez, 2011, p. 1314)⁷ que se ve lesionada por la introducción en el mercado de elementos ajenos al libre juego de la oferta y la demanda, como son los sobornos. De esta manera, cuando un trabajador de una empresa ofrece un soborno a un funcionario público de otro Estado o de una organización internacional y logra con ello la adjudicación o la conservación de un determinado contrato, está impidiendo que el resto de empresas puedan competir en ese mercado, vulnerando el pilar básico sobre el que debe asentarse la economía de mercado. Si desde hace décadas se acepta que el derecho penal ha de proteger la competencia leal en el mercado nacional, ahora ha de aceptarse que el derecho penal la proteja en el mercado mundial, pues en el momento actual las relaciones económicas no conocen fronteras. Es por ello que los Estados han de velar por el correcto desarrollo de las relaciones económicas internacionales.

Ahora bien, si el bien jurídico protegido por el art. 445 está íntimamente conectado con el orden socioeconómico, cabe preguntarse si su actual ubicación en el Código Penal –dentro de los delitos contra la Administración Pública– es la más correcta. Pregunta a la que ha de responderse de manera negativa, puesto que ya se ha señalado que el Título XIX del Código Penal protege un bien jurídico bien distinto, identificado con el correcto funcionamiento de la Administración Pública española. Por este motivo, de lege ferenda, el delito del art. 445, debería ubicarse en otro lugar del texto punitivo, concretamente, dentro de los delitos contra el orden socioeconómico⁸, que actualmente se sitúan en el Título XIII “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” del Libro II del Código Penal.

ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE SOBORNO TRANSNACIONAL DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El sujeto activo

El art. 445 está configurado como un delito común, lo que significa que cualquier persona está en condiciones de ser sujeto activo del mismo. No obstante, es difícil imaginar un supuesto en el que alguien, de manera particular, entregue un soborno a un servidor público de otro país con la finalidad de conseguir la adjudicación de un determinado contrato sin pensar que actúa en nombre de una empresa multinacional que aspira a tener una posición dominante en ese mercado con respecto a sus competidores. Por ello, conscientes del papel que desempeñan las empresas en el pago de sobornos en el comercio mundial, los diversos instrumentos supranacionales de lucha contra la corrupción han dedicado varios preceptos de su articulado al abordar

7 Pronunciándose en el mismo sentido, aunque respecto del Derecho alemán, Nestler (2010, p. 315).

8 Entre los escasos pronunciamientos doctrinales al respecto, comparte esta opinión Rodríguez (2011, p. 1314).

el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción, al reclamar sanciones –penales o de otra índole– para estos entes.

En el ordenamiento jurídico español estuvo vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 el viejo principio *societas delinquere non potest*. Con todo, los entes colectivos no habían sido una realidad ajena al Código Penal español. Así, la ausencia de responsabilidad criminal de las personas jurídicas trató de suplirse en los delitos especiales propios, a través de la responsabilidad penal de las personas físicas que actuaban en su nombre (art. 31 C.P.). Además, a las personas jurídicas les eran de aplicación las llamadas consecuencias accesorias del antiguo art. 129 C.P., y también podían y pueden ser responsables civiles subsidiarias según el art. 120 C.P.

Sin embargo, ninguna de esas soluciones había sido suficiente para el Grupo de Trabajo de la OCDE (2006) que evalúa el cumplimiento por parte de España de su Convenio. Por ello, haciéndose eco de las recomendaciones que el Grupo de Trabajo había realizado, así como de las exigencias que se recogen en diversos instrumentos supranacionales (no solo en materia de corrupción), el legislador español decidió desterrar de nuestro Ordenamiento Jurídico el viejo aforismo romano, en el 2010.

La responsabilidad penal de los entes colectivos, sin embargo, no se reconoce respecto de todos los delitos del Código Penal, sino únicamente aquellos para los cuales el texto punitivo lo prevea expresamente. El art. 445 es uno de ellos. Cumple así España, de manera definitiva, con las exigencias del Convenio de la OCDE, no solo porque se reconozca la responsabilidad penal de las personas jurídicas sino porque, ante todo, se prevé una sanción económica, vieja reivindicación de la doctrina y de los convenios internacionales contra la corrupción, en tanto se muestra eficiente para disuadir la criminalidad de empresa.

Los funcionarios públicos extranjeros e internacionales

Definición

El art. 445 C.P. cuenta desde el año 2010 con una definición auténtica de “funcionario público extranjero”, lo que parece solucionar los problemas suscitados inicialmente al haberse olvidado el legislador español de incorporar una definición. Sin embargo, pese a haber transcrito la definición del art. 1.4. a) del Convenio OCDE, en la práctica pueden plantearse problemas. Así, esta definición puede entrar en conflicto con las definiciones de funcionario público que se recojan en otros Estados, por lo que con fundamento en el art. 445, los jueces y tribunales españoles podrían castigar una conducta de soborno aun cuando la persona que lo recibiera no tuviera la condición de funcionario público en su país, si los jueces y tribunales españoles entienden que tiene cabida dentro de la definición del art. 445.3. Es decir, un comportamiento, en principio, atípico según el derecho interno de un Estado, se podría convertir, de este modo, en delictivo en España (Nieto, 2003, pp. 14-15).

A pesar de que tal situación pudiera producirse, no hay que olvidar que el objetivo del Convenio de la OCDE, al ofrecer esa definición autónoma, un tanto diferente a las clásicas definiciones de los ordenamientos jurídicos de los Estados parte, era establecer cierta uniformidad en el tratamiento de la corrupción transnacional; objetivo que solo puede lograrse con una definición como la prevista en su Convenio que sea incorporada a los ordenamientos internos de todos los Estados parte. Sin embargo, a mi juicio, esa definición puede ser todavía insuficiente para una lucha eficaz contra la corrupción, pues se olvida de una serie de potenciales sujetos activos de comportamientos corruptos. Entonces, no incluye en buena parte las llamadas “personas del medio político o personas políticamente expuestas”, que al menos para el ámbito comunitario, se han definido ampliamente en el art. 2 de la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de “personas del medio político” y los procedimientos técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente, así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada (Diario Oficial de la Unión Europea, 2006, Ley 214).

También, se olvida de los miembros de partidos políticos que sí aparecen como posibles sujetos receptores de sobornos en la **Foreign Corrupt Practices Act** (FCPA) norteamericana. Con respecto a los candidatos a un cargo público, los Comentarios al Convenio de la OCDE consideran que debe ser punible el hecho de que el beneficio se prometa o conceda a alguna persona, “en previsión de que llegue a ser agente público extranjero” y muestran su inquietud por este tema manifestando “una preocupación y una intención comunes de seguir trabajando para combatir este fenómeno” (Comentario N.º 10). Con todo, entiendo que estas personas serán difícilmente incluibles en la definición de agente público extranjero del art. 1.4. a) del Convenio y, por tanto, del art. 445.3 C.P. si se atiende a las expresiones empleadas en ese precepto, como “cualquier persona que ostente un cargo” o “cualquier persona que ejerza una función pública”. Los términos “ostentar” y “ejercer” parecen hacer referencia a situaciones ya consolidadas, por lo que se hace muy difícil interpretarlos de una manera tal que incluyan también a los candidatos a funcionarios públicos.

En definitiva, y pensando en el futuro de la lucha contra la corrupción, sería deseable una revisión del concepto de funcionario público en vista de la expansión a la que se ha visto sometido en los últimos años (Berdugo y Fabián, 2009, p. 23).

Ámbito competencial

Conforme a lo dispuesto en el art. 445 C.P., para que el ofrecimiento, entrega o concesión de un soborno constituya delito, debe hacerse con la finalidad de que los funcionarios públicos extranjeros o internacionales “actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas”, expresión ajena a la tradición

jurídico-penal española y que, por tanto, debe ser interpretada de conformidad con los dictados internacionales en la materia.

Es el propio Convenio de la OCDE el que ofrece una interpretación auténtica de dicha expresión en la letra c) del art. 1.4: “la expresión ‘actuar o abstenerse de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales’ comprende cualquier uso de la posición del agente público, tanto dentro como fuera de la competencia autorizada de ese agente”. Los Comentarios (N.º 19) al Convenio completan esta interpretación, señalando, a modo de ejemplo, que está cubierto por esa expresión el caso en “el que un directivo de una sociedad entrega un soborno a un alto funcionario de un gobierno con el fin de que este utilice su cargo (si bien actuando fuera de su esfera de competencia) para hacer que otro funcionario adjudique un contrato a esa sociedad”; situación no extraña en el comercio internacional, en el cual, al sujeto activo quizá le sea difícil acceder directamente al servidor público que ha de tomar la decisión en cuestión que le favorecerá, por lo que recurrirá a algún medio indirecto, por ejemplo, a un intermediario, también servidor público pero que actúa en este caso fuera de su competencia autorizada.

A pesar de lo expuesto, las situaciones referidas no habrían de quedar impunes aunque no se hubiera recogido esa interpretación en el art. 1.4. c) del Convenio pues no hay que olvidar que el art. 445, de conformidad con los instrumentos internacionales en la materia, castiga a quien realiza los hechos por sí o por persona interpuesta, por lo que muchas de las conductas que podrían plantearse quedarían englobadas dentro de esta expresión (Fabián, 2003, p. 104).

La conducta típica

La exclusiva tipificación del cohecho activo

El art. 445 tipifica, exclusivamente, el cohecho activo de funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales, no prestando atención, de manera consciente, al cohecho pasivo, de acuerdo con los dictados del Convenio de la OCDE. La razón de este “olvido” no se halla en relación con la lesividad de la conducta del funcionario público extranjero o internacional, pues tan dañosa es para el bien jurídico la conducta de entregar el soborno como la conducta de recibirlo. Las razones para la ausencia de tipificación son, fundamentalmente, de índole procesal, y están vinculadas a la dificultad para perseguir, enjuiciar y castigar a funcionarios públicos de otros Estados por el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales del art. 445 cuando se cometa fuera del territorio español, situación bastante probable en la práctica.

Podrían darse supuestos, no obstante, en los que el soborno a un funcionario público de otro Estado se llevara a cabo en territorio español. Pero aún en estos supuestos en los que podría aplicarse el principio de territorialidad recogido en el art. 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial seguirían planteándose un sinfín de

problemas. Por ejemplo, si el funcionario se desplazara a su país después de haber aceptado el pago indebido, sería difícil conseguir su extradición a España para juzgarlo por el delito cometido en España, porque, en primer lugar, en la institución de la extradición rige el principio de no entrega de nacionales⁹ y, porque, en segundo lugar, con alta probabilidad, tendría que responder en su país por un delito contra su Administración Pública, por lo que tal país preferiría juzgarlo él. Si el funcionario, por el contrario, permaneciera en España, su conducta, pese a no ser típica según el art. 445, no tendría que quedar impune, ya que los tribunales españoles podrían acudir a las reglas generales de autoría y participación de nuestro derecho penal y hacerle responder como partícipe en el delito de cohecho activo de funcionarios extranjeros del art. 445, por ejemplo, como inductor del delito en el caso de que él solicite la dádiva y el particular acceda a entregársela o se la prometa (Cuesta, 2001-2002, p. 31). Aun así, habría otros supuestos que no podrían perseguirse.

En todo caso, y a mi juicio, estamos ante conductas que sería más propicio sancionar a través del Estado del cual es nacional el funcionario público implicado, evitando, de este modo, situaciones que podrían ser vistas como intromisiones en los asuntos internos de dicho Estado.

Las modalidades típicas

El art. 445 recoge tres modalidades típicas: corromper a funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales, intentar corromperles y atender sus solicitudes al respecto. Todo ello, “mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido”. Desde la reforma que el texto punitivo español sufrió en el año 1944 y hasta la última reforma del año 2010, “corromper”, “intentar corromper” y “atender la solicitud” eran las voces que se empleaban tradicionalmente en el Derecho español para describir la conducta típica del cohecho activo de funcionarios nacionales. Por ello, el legislador encargado de implementar el Convenio de la OCDE optó por hacer uso de la terminología más acorde con nuestra tradición jurídica a pesar de las críticas que la misma había recibido por imprecisa (Cerezo, 2001, p. 460; Morales, 2005, p. 1654; Morillas, 2005, p. 904; Rodríguez, 1999, p. 286; Valeije, 1995, p. 263; Vizueta, 2003, pp. 298-299).

Al haber empleado las mismas expresiones que tradicionalmente han definido el tipo penal del cohecho activo de funcionarios nacionales, se hacen extensibles al nuevo tipo penal los pronunciamientos ya existentes de la doctrina y

9 Cierto es que en el ámbito de la UE la situación se ve facilitada gracias a la Orden Europea de detención y entrega (Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI) DOCE L 190, de 18 de julio de 2002), incorporada al derecho español a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega y la Ley Orgánica 2/3002, de 14 de marzo, complementaria a la Ley sobre la orden europea de detención y entrega (BOE, 2003, Núm. 65).

jurisprudencia al respecto. Así, por “corromper” entiende nuestro Tribunal Supremo inducir al funcionario público a realizar un acto injusto (STS de 8 de octubre de 1994, Recurso 1138/1993, FJ3), mientras que “intentar corromper” lo considera sinónimo de ofrecimiento al funcionario público de dádivas o presentes (STS de 11 de mayo de 1994, Recurso 1327/1993, FJ4). En definitiva, “corromper” designa comportamientos del particular hacia el funcionario público que logran obtener de este el acuerdo corrupto, mientras que la expresión “intentar corromper” incluiría esos comportamientos del particular hacia el funcionario público que no logra obtener de este el acuerdo corrupto.

De esta manera, se equiparán en el art. 445, a efectos de pena, la mera tentativa de corromper y la consumación del delito, lo cual no puede quedar exento de crítica. En primer lugar, al castigar el Código Penal español, de manera general, la tentativa de cualquier delito (art. 15.1), no tiene sentido su incriminación expresa dentro de este tipo penal, máxime, con la misma pena del delito consumado, en tanto que el art. 62 C.P. señala que la tentativa se castigará con una pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado. En segundo lugar, no se encuentra justificación para este tratamiento desde la perspectiva del bien jurídico tutelado. No hay que olvidar que, a diferencia de lo que sucede en los delitos de cohecho clásico, donde el bien jurídico protegido está en relación con el correcto funcionamiento de la Administración Pública, aquí nos hallamos ante un bien jurídico de naturaleza socioeconómica. Si en los primeros se ha justificado la equiparación de la pena por razones político-criminales orientadas a “romper el vínculo de solidaridad criminal” que se forma entre el corruptor y el corrompido (Valeije, 1995, p. 81), en el segundo, es más difícil encontrar sustento para fundamentar esa equiparación, pues estamos ante un bien jurídico de marcado carácter socioeconómico, respecto del cual, la conducta de intentar –sin éxito– sobornar a un funcionario público extranjero solo de manera muy alejada pondría en peligro el bien jurídico tutelado, por lo que no tiene sentido que reciba la misma conminación penal que quien efectivamente logra alterar la competencia leal en el mercado mundial (Fabián, 2003, p. 91).

Teniendo en cuenta, además, que la expresión “corrompieren o intentaren corromper” desapareció del tipo penal del cohecho activo clásico tras la reforma del año 2010, es difícil entender por qué el legislador la sigue manteniendo en el tipo penal del cohecho transnacional. Si la conducta en ambos preceptos es la misma, debería haberse empleado la misma terminología para evitar confusiones a la hora de interpretar los preceptos. Es por ello que de lege ferenda se propone su eliminación y su sustitución por la expresión “el que ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido”.

La tercera modalidad típica que recoge el art. 445, y que también se prevé en el tipo penal del cohecho activo de funcionarios nacionales, es la de “atender las solicitudes” de soborno de los funcionarios públicos extranjeros o internacionales. En este caso, la oferta corruptora parte de dichos servidores públicos y es atendida,

esto es, aceptada, por el particular, con independencia de si la entrega efectiva del soborno se realiza en ese momento o en el futuro.

La problemática en torno a la tipificación del cohecho impropio

El art. 445 no especifica cuál debe ser la actuación que tiene que llevar a cabo el funcionario público extranjero a cambio del soborno que le entrega el particular español, siguiendo la literalidad de los preceptos de los documentos internacionales. Surge, por ello, la duda de si son punibles conforme al art. 445 los sobornos ofrecidos, prometidos o concedidos para que el funcionario extranjero realice “un acto propio del cargo”, es decir, lo que se denomina, “cohecho impropio”.

No cabe duda de la atipicidad de la entrega de pagos o ventajas permitidos por la ley del país del funcionario, aunque tal comportamiento pudiera ser desde el prisma del derecho español constitutivo de un delito de cohecho –probablemente impropio–. Así se señala en los Comentarios al Convenio de la OCDE; estos indican expresamente que no habrá delito “si la ventaja hubiera sido permitida o requerida por la ley escrita o por reglamentos del país del funcionario público extranjero, incluida la jurisprudencia” (n.º 8).

Mayores problemas plantean la entrega de los denominados “pagos de facilitación”, de “engrase” o de “aceleración”, esos que se entregan al funcionario público no para concluir negocios corruptos, sino para agilizar trámites burocráticos que permitan a la empresa trabajar con normalidad. Pueden incluirse en él desde el pago para apresurar la colocación de la instalación eléctrica en una empresa, hasta el pago para que el funcionario conceda con rapidez una licencia administrativa a la empresa. En nuestra legislación, la aceptación o solicitud de estos pagos por parte de funcionarios públicos suele incluirse dentro del llamado “cohecho pasivo impropio” (art. 420), y su ofrecimiento o entrega dentro del “cohecho activo impropio” (art. 424.1) (Cebada, 2002, p. 27; Nieto, 2003, p. 20).

Los Comentarios al Convenio (N.º 9) consideran que la entrega de este tipo de pagos, siempre que tengan escaso valor, no constituye delito. Con todo, se establece un límite cuantitativo, pues hablan de pequeños pagos de facilitación; estos deben consistir en grandes cantidades de dinero o en otros beneficios de gran valor si están prohibidos por el Convenio. Sin embargo, es difícil imaginar que existan pequeños pagos en el ámbito del comercio transnacional, puesto que las cantidades millonarias que se mueven en las operaciones que en él se desarrollan llevan a pensar que las posibles dádivas que se entreguen a funcionarios públicos extranjeros nunca tendrán un valor reducido. Quizá por este motivo, quizá por otros alegados por los expertos en la materia¹⁰, la OCDE ha cambiado de parecer en los últimos tiempos. En su

10 En este sentido, señala Rose-Ackerman (2001, p. 23) que los pagos de facilitación, lejos de aumentar la eficacia burocrática, pueden proporcionar a los funcionarios un incentivo para crear más retrasos y trámites burocráticos y favorecer a las personas acomodadas y sin escrúpulos. Por ello, insta a su castigo.

última recomendación sobre el cohecho transnacional del año 2009¹¹, insta a los Estados parte en el Convenio de 1997 a que revisen su actual política en relación con los pequeños pagos de facilitación, dados los “efectos corrosivos” que estos generan, particularmente, “sobre el desarrollo económico sostenible y sobre el Estado de derecho”; y a que “prohíban o ahuyenten a las empresas del uso de estos pagos [...] reconociendo que suelen ser ilegales en los países donde se hacen”.

En conclusión, la entrega de pagos de facilitación debe caer dentro del círculo de conductas punibles del art. 445. Únicamente la entrega de aquellos de muy escaso valor podrían ser atípicos, pero no por disposición de los Comentarios al Convenio de la OCDE, sino porque, como se verá seguidamente, parecen carecer de la capacidad objetiva necesaria para corromper al funcionario público extranjero.

Por otra parte, también plantean problemas los sobornos entregados para que el funcionario público realice “actos administrativos discrecionales”. Según nuestro texto punitivo, un pago de un soborno a un funcionario público para obtener de este un determinado acto discrecional, así como la solicitud o aceptación por aquel de un pago para realizar ese acto, podría ser calificado, en ocasiones, de cohecho impropio y, en otras circunstancias, de cohecho propio (por ejemplo, si el acto es constitutivo de delito o es un acto injusto) (Cebada, 2002, p. 28). El Convenio de la OCDE sí exige el castigo de la entrega de ventajas orientadas a lograr por parte del funcionario público extranjero la realización de un acto dotado de discrecionalidad. Así, indican sus Comentarios (N.º 4) que: “en el sentido del apartado 1, el hecho de corromper para obtener o conservar un contrato u otro beneficio irregular constituye un delito, independientemente de si la sociedad en cuestión es o no es el licitador mejor cualificado o de si el contrato podría haberle sido atribuido legítimamente por cualquier otro motivo”. Interpretando el art. 445 C.P. de conformidad con lo prescrito en estos Comentarios, hay que concluir que el ofrecimiento, promesa o concesión de ventajas indebidas para que el funcionario extranjero realice un acto discrecional caen dentro del ámbito de aplicación del art. 445.

La problemática en torno a la tipificación del cohecho subsiguiente

Con la expresión “cohecho subsiguiente” se denominan esas conductas de cohecho en las que el acuerdo entre el funcionario y el particular acontece una vez que aquel ya ha realizado u omitido el acto en cuestión. La tipificación de esta modalidad de cohecho no está exenta de polémica, pues difícilmente puede afirmarse que la entrega de la dádiva produzca una vulneración del principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública, pues no se ha producido una interferencia en el proceso de toma de decisiones, ya que el acuerdo corrupto es posterior a la realización del acto. Su castigo está, más bien, “orientado a superar problemas probatorios” que acontecen

11 Recomendación del Consejo para un mayor combate del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (C (2009) 159).

cuando lo único que queda probado es la entrega de la dádiva posterior a la ejecución del acto pero no queda probado el acuerdo previo (Ortiz, 2006, p. 314; Morales, 2005, Prats, pp. 1660-1661; Muñoz, 2010, p. 990; Seminara, 2006, p. 145. Córdoba y García, 2004, pp. 2026-2027). No obstante, es necesario probar, en todo caso, la existencia del acuerdo posterior, pues sancionar el cohecho subsiguiente presumiendo, sin más, que es antecedente, iría en contra de uno de los principios más básicos del Estado de derecho como es la presunción de inocencia (Cerina, 2010, pp. 104-105).

En el ámbito del cohecho transnacional del art. 445, hay que recordar la terminología empleada para describir el tipo:

Con el fin de que [el funcionario público extranjero o internacional] 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 [...].

La literalidad del precepto coincide con la del art. 1.1 del Convenio de la OCDE, el cual no se pronuncia expresamente sobre la conveniencia o no de incriminar el cohecho subsiguiente. No obstante, las expresiones empleadas (“con el fin de...”, “para...”) parecen referirse en exclusiva a conductas futuras (Nieto, 2003, p. 16).

Además, existe otra razón, más allá de la puramente gramatical, para rechazar el castigo del cohecho transnacional subsiguiente; razón que está relacionada con la lesividad de la conducta. Ya respecto del cohecho subsiguiente clásico coincide la doctrina al afirmar, como se ha indicado, que su castigo no se fundamenta en la lesión al bien jurídico, sino en la necesidad de dar solución a supuestos en los que es imposible demostrar la existencia de un previo pactum sceleris. De igual manera, se puede afirmar que en el ámbito de las relaciones económicas internacionales, el bien jurídico tutelado no resulta dañado por el hecho de que el particular entregue un beneficio indebido al funcionario público extranjero como recompensa por el acto que este realizó sin que mediara un acuerdo previo. Por ello, por ausencia de lesividad, debe concluirse que no caen dentro del art. 445 las conductas de cohecho subsiguiente (Alcalá, 2006, p. 211; Córdoba, 2005, p. 2120; Cugat, 2004, p. 338; Fabián, 2003, p. 111).

Por otra parte, se debe tener siempre en consideración que el art. 445 también castiga la entrega de sobornos orientados a conservar un contrato o beneficio en el marco de actividades económicas internacionales, luego los jueces y tribunales españoles deberán asegurarse de que la entrega del soborno posterior al acto u omisión del funcionario público, y sin pacto previo, no esté orientada a la “conservación” del contrato o beneficio, pues si así fuera, nos hallaríamos ante una de las modalidades típicas del art. 445 y no ante un cohecho subsiguiente.

La realización de las modalidades típicas por sí o por persona interpuesta

A diferencia de lo que sucede con los denominados delitos de propia mano, el delito de corrupción transnacional del art. 445 C.P. puede cometerse a través de

un tercero. Sucede lo mismo respecto del cohecho activo clásico del art. 424, pero la peculiaridad del art. 445 radica en que considera expresamente “autor” tanto a quien realiza la conducta por sí solo, como a quien lo hace a través de otra persona, rompiendo con ello las reglas ordinarias de la autoría y participación previstas en otros preceptos del Código Penal.

La figura del intermediario no es ajena al delito de cohecho en el derecho penal español. Al contrario, aparece ligada a él, concretamente al cohecho pasivo, desde su aparición en el Código Penal de 1870 para evitar que el funcionario (intraeus) quede impune al ser un particular (extraneus) quien solicita o recibe la dádiva en su nombre; particular que no podría ser autor de un delito de cohecho pasivo por no concurrir en él el requisito de ostentar la condición de funcionario público que exige el tipo. Al no poder ser el particular responsable del delito, por la no idoneidad del sujeto activo, tampoco podría serlo el funcionario como partícipe, de acuerdo con el “principio de accesoriadad limitada” de la participación. Por ello, la expresión “por sí o por persona interpuesta” resuelve el tradicional problema de la utilización de un extraneus por parte de un intraeus en un delito especial propio (Fabián, 2003, p. 92; Nieto, 2004, p. 88; Olaizola, 1999, pp. 203-204).

No se prevé expresamente, sin embargo, esta intermediación en el delito de cohecho activo clásico, pues al ser este un delito común, basta con acudir a las reglas generales sobre autoría y participación del Código Penal para resolver los casos en los que un particular se vale de otro particular para corromper a un funcionario público (Fabián, 2003, p. 93). ¿Cuál es la razón, entonces, por la que aparece la locución “por sí o por persona interpuesta” en el delito de cohecho activo de funcionarios públicos extranjeros e internacionales del art. 445 C.P.?

La respuesta hay que buscarla en la sofisticación con la que se llevan a cabo el ofrecimiento, la entrega o la solicitud de sobornos en el mercado internacional. En ese ámbito, dominado por las grandes operaciones comerciales realizadas por multinacionales con un sinfín de medios a su disposición, se hace imprescindible la figura del intermediario. Las empresas se valen de personas conocedoras del “medio” (asesores, abogados, entre otros) que pueden ponerles en contacto con los funcionarios encargados de decidir el mantenimiento o la concesión de un determinado contrato (Nieto, 2004, p. 88; Sacerdoti, 2000, p. 55; Savona, 1998, pp. 52-53). Las reglas generales sobre autoría y participación que contempla nuestro Ordenamiento jurídico penal nos permitirían resolver muchos de estos supuestos, pero no todos. Piénsese en el caso del empresario español que solicita a un nacional colombiano que entregue un soborno en Colombia a un funcionario de ese país para lograr determinada adjudicación con la Administración Pública. En este caso, el empresario español sería “inductor” de un delito –el cohecho sobre funcionarios nacionales colombianos– sobre el cual, el Estado español carece de competencia, por lo que no se le podría exigir en España responsabilidad penal. Para resolver estos problemas en los que un nacional español se vale de una persona extranjera para sobornar en el exterior a un funcionario de otro Estado, se introduce en el art. 445

del Código Penal la expresión “por sí o por persona interpuesta”, considerando así el legislador, autor a quien, en principio, sería un partícipe en el delito, evitando, de este modo, dejar impunes conductas como la descrita (Córdoba y García, 2004, p. 2120; Cuesta, 2001-2002, p. 26; Fabián, 2003, p. 94).

El objeto material

El beneficio indebido

Para describir el objeto material del delito, el art. 445 emplea la expresión “beneficio indebido, pecuniario o de otra clase”, expresión incorporada a ese precepto en la reforma de 2010, eliminando la anterior locución, tomada de los tipos de cohecho clásico, que no dejaba claros dos puntos en torno a los cuales se había venido discutiendo, sin mucho éxito, durante décadas: la naturaleza cualitativa y la naturaleza cuantitativa de la dádiva.

Con respecto a la naturaleza cualitativa, la discusión tradicional, centrada en torno a si tenían cabidas dádivas de naturaleza no económica ha quedado zanjada con la expresión “pecuniario o de otra clase”, dando cumplimiento, además, a los compromisos internacionales asumidos por España.

La discusión en torno a la naturaleza cuantitativa del soborno únicamente cobra sentido cuando aquel sea susceptible de valoración económica. En estos casos, a la hora de establecer qué cantidad de soborno es necesaria para que el funcionario público se corrompa, la doctrina mayoritaria española ha entendido tradicionalmente que cualquier cantidad puede considerarse típica. Es decir, para que un soborno sea típico, no es necesario que se sitúe por encima de una determinada cantidad ni que guarde relación de proporcionalidad con la actuación del funcionario (Córdoba, 2005, p. 900; Olaizola, 1999, pp. 345-346; Orts, 2004, p. 922; Rodríguez, 1999 p. 200; Valeije, 1995, p. 168)¹², lo cual no quiere decir que la entrega de cualquier dádiva vaya a ser típica. De esta manera, tanto para el cohecho de funcionarios nacionales como para el cohecho de funcionarios extranjeros e internacionales, la doctrina señala que se debe atender siempre a un criterio de imputación objetiva. Lejos de señalar límites cuantitativos o social-normativos, lo importante es que tal beneficio, valorado ex ante y desde la perspectiva del hombre medio, tenga “capacidad objetiva para corromper” al servidor público (Díaz y Villarejo, 2007, p. 8; Fabián, 2007, p. 97; Olaizola, 1999 pp. 345-346; Morillas, 2005, p. 900; Nieto, 2004 p. 81; Rodríguez, 1999, p. 200; Valeije, 1995, pp. 131-132; VV.AA, 2011, p. 1460). Sin embargo, nadie puede cuestionar que aquello que sirve para corromper a un funcionario público

12 No obstante, Morales y Rodríguez (2005, p.1633) consideran necesaria “una relativa proporción entre lo solicitado o entregado y el fin que con ello se persigue”, para evitar confundir así los delitos de cohecho, en especial el del art. 419, con la inducción u otras formas de participación en otros delitos cometidos por funcionarios.

puede no ser suficiente para corromper a otro. Es por ello que no ha de hablarse de una capacidad objetiva en abstracto, sino para el caso concreto (Olaizola, 1999, p. 346).

Respecto a los regalos insignificantes, nimios, sin importancia, como bombones, cigarros, flores o la invitación a un café, más próximos al ámbito de la cortesía, la doctrina suele rechazar su tipicidad (Morales y Rodríguez, 2005, pp. 1632-1633; Morillas, 2005, p. 900; Muñoz, 2010, pp. 990 y 993; Olaizola, 2010, pp. 338 y ss). Los Comentarios (N.º 7) al Convenio de la OCDE señalan, sin embargo, que habrá delito “independientemente del valor de la ventaja”. Con todo, a mi juicio, este tipo de regalos de muy escaso valor deberían excluirse del art. 445 en virtud del principio de insignificancia que suele aceptarse en el derecho penal, siempre y cuando no fueran directamente orientados a conseguir la finalidad que en el mencionado precepto se prevé, pues si se ofrecen o solicitan de modo serio y creíble y con el objetivo de conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, tendrían cabida dentro del art. 445. No obstante, en el ámbito de la corrupción transnacional, a diferencia de lo que podría acontecer en la corrupción clásica – piénsese, sobre todo, en la corrupción en el ámbito municipal –, los regalos entregados en concepto de soborno rara vez serán irrisorios pues están en juego contratos millonarios entre grandes empresas multinacionales y gobiernos que llevarán aparejados, con total seguridad, sobornos en cantidades sustanciosas. Por ello, es muy probable que una cantidad nimia no tenga en estos casos, capacidad objetiva para corromper al funcionario público del otro Estado o de la organización internacional. Así las cosas, atendiendo al mencionado criterio de imputación objetiva no deberían tener cabida dentro del art. 445.

Mayores problemas se plantean en relación con los “regalos adecuados socialmente”. La doctrina española entiende, en general, respecto del cohecho clásico, que los regalos conforme a los usos sociales de una comunidad, como, por ejemplo, un aguinaldo en Navidad o una botella de vino de la cosecha propia, no han de considerarse dádivas típicas (Olaizola, 1999, pp. 338-339). No obstante, la valoración cambia cuando el regalo, por muy tolerado que esté en la sociedad, está orientado a lograr del funcionario un acto constitutivo de delito o un acto injusto, en cuyo caso, y siempre que la solicitud o la oferta de la dádiva se haya hecho de manera seria y creíble, nada impediría considerar que estamos ante un delito de cohecho (Muñoz, 2010, p. 993; Rodríguez, 1999, p. 200; Valeije, 1995, p. 160-161).

El problema en relación con los regalos socialmente adecuados radica en la dificultad para situar los límites, pues la tolerancia hacia los mismos depende de la zona geográfica, del carácter de las gentes, entre otros, siendo extremadamente preocupante, en la actualidad, los excesos en lo que habrían de ser regalos socialmente adecuados, como unas vacaciones pagadas al funcionario y a su familia en un lujoso hotel propiedad del particular, la invitación a un congreso en una isla caribeña, etc. (Muñoz, 2010, pp. 993-994). Este tipo de comportamientos deberían desaparecer de las relaciones entre los administrados y los servidores públicos.

Precisamente, para acabar con este tipo de actuaciones, que en ocasiones no pasarían de ser pequeñas corruptelas, pero que en otras ocasiones, máxime en el ámbito del comercio transnacional, se trataría sin lugar a dudas de grand corruption, se aboga por la adopción de códigos de conductas, tanto en el sector público como en el sector privado, que promuevan entre los funcionarios públicos y los empresarios que con ellos negocian la integridad, la honestidad y la responsabilidad en el ejercicio de sus funciones públicas o de sus actividades comerciales¹³.

Si, como acaba de observarse, la doctrina ya se plantea problemas relativos a la adecuación social de determinados regalos cuando hablamos de corrupción fronteras adentro del propio país, mayores complicaciones se suscitan si nos situamos en el ámbito de la corrupción transnacional, en donde lo adecuado socialmente puede diferir enormemente en unos territorios respecto de otros (Nieto, 2004, p. 79).

En este contexto, entiendo que criterios como el de la “adecuación social” o el de la “tolerancia” no deben jugar papel alguno a la hora de justificar comportamientos corruptos. Si el objetivo de la comunidad internacional es luchar contra la corrupción globalizada, los criterios para su lucha han de ser también globales, sin excepciones basadas en hábitos culturales. Si ya desde la FCPA de 1977 se pretendía que las empresas estadounidenses fronteras afuera se comportaran de igual manera que fronteras adentro, lo que persiguen hoy los documentos internacionales de lucha contra la corrupción es que las empresas de los Estados desarrollados utilicen las mismas pautas de comportamiento que usan en sus territorios en los países en vías de desarrollo, cuyos mercados quieren conquistar; lugares donde la permisividad hacia conductas venales es notablemente mayor que en los lugares más favorecidos económica y políticamente. Es por ello, que el Convenio de la OCDE incluye dentro de los pagos prohibidos por el art. 1.1, a través de la explicación ofrecida por sus Comentarios (N.º 7), todos los pagos otorgados a funcionarios públicos extranjeros o internacionales independientemente de “la percepción de estos hechos a la luz de las costumbres locales, la tolerancia de dichos pagos por las autoridades locales o la supuesta necesidad del pago”. No se pronuncian al respecto, sin embargo, ni el Convenio de la UE, ni la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. El Convenio penal del Consejo de Europa, por su parte, en lo que a mi juicio constituye una desafortunada elección, excluye del concepto de ventaja indebida, “los regalos socialmente aceptables” (Consejo de Europa, 1999, párr. 38), opción incomprensible en un documento internacional que trata de luchar contra todo tipo de corrupción ya sea nacional o transnacional pero que parece haber olvidado la esencia de la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros que ya manifestará la FCPA en 1977 o el Convenio de la OCDE en 1997.

13 Así se reclama, verbigracia, en los arts. 7.1, 8 y 12 de la Convención de la ONU contra la corrupción.

El destinatario del beneficio indebido

El art. 445 castiga al particular que ofrece, promete o concede un soborno a un funcionario público de otro Estado o de una organización internacional “en beneficio de éstos o de un tercero”, de acuerdo con los dictados del art. 1.1 del Convenio de la OCDE. La entrega de un soborno en beneficio del funcionario público o de una tercera persona se prevé también expresamente en los tipos delictivos del cohecho pasivo clásico desde la aprobación del Código Penal de 1995, a través de la expresión “en provecho propio o de un tercero”.

Teniendo en cuenta la redacción de los tipos penales de cohecho, la doctrina acepta sin discusión que hay delito cuando el beneficio pagado en concepto de soborno va a parar a un tercero, por ejemplo, un familiar, y no al servidor público (Muñoz, 2010, p. 990; Olaizola, 1999, pp. 355-357), si bien hay quien considera necesario que el servidor público se beneficie “en algo”, aunque solo sea de manera indirecta (Rodríguez, 1999, pp. 265-266). La polémica se presenta en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario público realiza un acto en el ejercicio de su cargo a cambio de un dinero que va a repercutir en el interés general, por ejemplo, en la construcción de un colegio o de un hospital. Aquí la doctrina se divide en dos posiciones: los que consideran que en este caso el principio de imparcialidad y objetividad que debe regir la actividad pública no se ve lesionado y los que consideran que sí se ve lesionado pues, como alegan, aunque el soborno vaya destinado incluso a fines benéficos, el servidor público que solicita tal soborno o que lo acepta a cambio de una ventaja para el particular o empresa que lo ofrece está dejando de actuar con la objetividad que la Constitución le exige.

También, la doctrina admite sin mayores problemas que ese tercero, al que puede ir dirigida la dádiva, no tiene por qué ser una persona física, sino que puede tratarse de un ente colectivo (Córdoba y García, 2004, p. 1998; Muñoz, 2010, p. 990; Olaizola, 1999, p. 355; Rodríguez, 1999, p. 265.), como por ejemplo, el partido político al cual pertenece el servidor público corrupto.

Todas las consideraciones mencionadas en las líneas precedentes referentes a la expresión “en provecho propio o de un tercero” de los preceptos sobre cohecho clásico son extensibles al art. 445. Por lo tanto, comete delito de corrupción de funcionario público extranjero o internacional quien entrega el soborno en beneficio de un tercero, persona física o jurídica, para que el funcionario público extranjero o internacional lleve a cabo determinada actuación o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de sus funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales. Así, supuestos en los que una empresa, con el objetivo de conseguir determinado contrato, entregara a un gobernante de otro país una cantidad de dinero en concepto de soborno destinado, por ejemplo, a financiar el partido político al que éste pertenece, se incluyen dentro del tipo del art. 445. Entiendo, además, que no es necesario que el soborno beneficie al funcionario público si quiera de manera indirecta, pues aun en los casos en los que el soborno se destine a satisfacer el interés general, el servidor público deja de actuar de acuerdo con los deberes de imparcialidad y objetividad que

deben presidir las relaciones entre la Administración Pública y los ciudadanos en Estados democráticos como el nuestro.

El tipo subjetivo

El dolo

El art. 445 admite únicamente su comisión dolosa, en sintonía con lo exigido en los diferentes instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción. Desterrado en la actualidad de nuestro Ordenamiento jurídico penal el sistema de incriminación abierta de las modalidades imprudentes existente antes del Código Penal de 1995, las acciones u omisiones imprudentes solo se castigan cuando expresamente lo dispone la Ley (art. 10 CP), configurándose así un sistema de *numerus clausus* de conductas imprudentes mucho más acordes con los principios de legalidad y *ultima ratio* sobre los que ha de asentarse el derecho penal de un sistema democrático como el nuestro.

La imposibilidad de la comisión imprudente del delito del art. 445 no deriva exclusivamente de su no tipificación expresa, sino también de la existencia en dicho tipo delictivo de un elemento subjetivo específico – “conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales” – que impide que este delito pueda ser perpetrado de manera imprudente.

La admisión o no del “dolo eventual” en el delito del art. 445 no está exenta de polémica, como no lo está respecto del cohecho de funcionarios nacionales¹⁴. De los convenios internacionales parece inferirse que el dolo eventual queda excluido pues los términos y expresiones utilizados (“deliberadamente”, “intencionalmente”) parecen exigir por parte del sujeto una total voluntariedad. En este sentido, solo podría corromper quien es totalmente consciente del contenido de su conducta. Sin embargo, en el comercio internacional son perfectamente imaginables situaciones en las que un representante de una empresa acepte realizar un pago a un funcionario público de otro Estado, dudando de si tal pago es debido o indebido; casos nada extraños pues entran en juego Ordenamientos jurídicos desconocidos para quien entrega el pago. Si dicho sujeto “tomó en serio” la posibilidad de que el pago fuera indebido y aun así lo entregó “conformándose”, “resignándose”, estaríamos ante un supuesto de dolo eventual que habría de caer dentro del art. 445.

14 Respecto del cohecho clásico, admitiendo su comisión con dolo eventual Morales y Rodríguez (2005, p. 1637); Olaizola (1999, p. 368); Rodríguez (1999, p. 250). No admitiéndolo, Morillas (2005, p. 901); Valeije (1995, p. 236, nota a pie 351). Respecto del cohecho de funcionario público extranjero e internacional, admitiendo su comisión con dolo eventual tener referentes como Cuesta y Blanco (2001-2002, p. 20); Díaz y Villarejo (2007, p. 5); Fabián (2010, p. 88); OCDE (2000, p. 3); Olaizola (1999, pp. 480); VV.AA. (2000, p. 1461).

El elemento subjetivo específico del injusto

El delito del art. 445 debe ser cometido con una finalidad concreta: “conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales”. Este elemento subjetivo específico del injusto del art. 445 coincide, literalmente, con lo exigido en el art. 1.1 del Convenio de la OCDE. Recuérdese que el objetivo de dicho Convenio era luchar contra el pago de sobornos en los negocios internacionales. Esta finalidad de marcado carácter económico no hace sino confirmar que el bien jurídico que pretende tutelar este tipo penal es, como ya tuvo ocasión de explicarse, la competencia leal en el mercado internacional pues, como se observa, únicamente interesan al art. 445 esas conductas que se producen en el marco de operaciones comerciales transnacionales, siendo atípicos los sobornos que se entreguen a funcionarios de otros países con objetivos diferentes, como por ejemplo, un soborno a un funcionario de policía para eludir el pago de una multa o un soborno a un juez para que no envíe a prisión a un amigo que tenemos en aquel país.

En cuanto al significado de la expresión “para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales”, es preciso señalar que los principales problemas aparecen a la hora de interpretar el adjetivo “irregular”, tomado del art. 1 del Convenio de la OCDE según la versión del “Instrumento de ratificación del Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”, hecho en París el 17 de diciembre de 1997 (BOE, 2002, Núm. 46, a pesar de que en el texto oficial se emplee la voz *improper* (indebido).

Los pronunciamientos doctrinales respecto de la voz “irregular” son escasos, y los jurisprudenciales inexistentes. Ha señalado Rodríguez Puerta que debe entenderse como sinónimo de “contrario a los deberes inherentes al cargo”, restringiéndose el ámbito de aplicación del art. 445, en su opinión, a los casos de cohecho propio (Rodríguez, 1999, p. 1319). Sin embargo, como se explicó supra, es intención del Convenio castigar tanto el cohecho propio, como el cohecho impropio, por lo que esta interpretación no serviría para dar cumplimiento al Convenio. Nótese, además, que los Comentarios al Convenio (N.º 4) indican que habrá delito “independientemente de que la sociedad en cuestión fuera o no el licitador mejor cualificado o de si el contrato podría haberle sido atribuido legalmente por cualquier otro medio”. Por tanto, aunque el sujeto “tuviera derecho” al contrato o beneficio, la conducta de pagar con ello debería considerarse delictiva, siempre de acuerdo con la interpretación que hacen del Convenio sus Comentarios. Cuestión diferente es la lesividad de estas conductas sobre el bien jurídico tutelado, la libre competencia, la cual no parece verse afectada cuando el sujeto tenía derecho a tal contrato o beneficio.

CONSIDERACIONES DE CARA AL FUTURO

La regulación actual del soborno transnacional en el derecho penal español cumple, en líneas generales, con lo exigido en el Convenio de la OCDE de 1997. Los diversos cambios legislativos operados en esta materia han contribuido, sin duda, a mejorar la regulación inicial, tan criticada tanto por el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre soborno transnacional, como por la propia doctrina española.

Con todo, existen otros documentos supranacionales en materia de corrupción que vinculan a España, y que le imponen obligaciones en relación con la regulación del soborno transnacional que aún no han sido satisfechas. Tal es el caso del Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europa, ratificado por España el 28 de abril de 2010. Incorporar al derecho español sus mandatos es uno de los grandes retos para el país, pues es un instrumento especialmente ambicioso por la variedad de conductas que exige a los Estados castigar como delito. Por un lado, en el campo del cohecho nacional exige a los Estados parte la tipificación como delito de la corrupción activa y pasiva de funcionarios públicos (arts. 2 y 3) y de miembros de asambleas parlamentarias (art. 4). Por otro lado, en materia de cohecho transnacional exige a los Estados parte tipificar como delito el cohecho activo y el cohecho pasivo de funcionarios públicos extranjeros (art. 5) y de miembros de asambleas públicas extranjeras (art. 6). Adviértase que la tipificación del cohecho pasivo transnacional es obligatoria según este instrumento, a diferencia del Convenio de la OCDE (donde se obvia) y de la Convención de Naciones Unidas (donde no es obligatorio)¹⁵. Además, la incriminación de estas modalidades de cohecho no tiene porqué estar en relación con actividades económicas internacionales, sino que se exige su castigo en cualquier supuesto, queriendo –según reza el Explanatory Report de dicho Convenio– “demostrar las solidaridades de la comunidad de Estados contra la corrupción donde quiera que esta ocurra” (Consejo de Europa, 1999, párr. 49). Aunque las intenciones del Convenio no son criticables (perseguir la corrupción en cualquier lugar del planeta), quizá sean poco realistas, ya que parecen obviar el principio básico de aplicación de la ley penal en el espacio que tradicionalmente ha recogido los ordenamientos internos de los Estados: el principio de territorialidad. Aunque quizá sea, precisamente, el mantenimiento de ese principio, un escollo fundamental en la lucha contra la criminalidad transnacional en general, y contra la corrupción transnacional en particular¹⁶. Y es que no le faltaba razón a Manfroni

15 El Convenio de la UE también obliga a castigar el cohecho pasivo transnacional, pero solamente respecto a funcionarios comunitarios o de Estados miembros de la Unión Europea.

16 Considerando que el principio de territorialidad debe ser interpretado, por ello, ampliamente en relación con la corrupción transnacional, Pieth (2000, p. 30). También el Convenio de la OCDE aboga por una interpretación extensa de ese principio. Así, señala el Comentario N.º 25 al Convenio de la OCDE que “La jurisdicción territorial deberá interpretarse en su sentido amplio, de manera que no exija una conexión física extensiva con la corrupción”.

al señalar que “no hay que forzar la aplicación de viejos principios a una nueva situación” (Manfroni, 1998, p. 46), como lo es el soborno transnacional.

El art. 9 del Convenio, por su parte, obliga a los Estados a castigar como delito el cohecho activo y pasivo de funcionarios de organizaciones internacionales o supranacionales en las que el Estado sea parte. Esta restricción del art. 9 in fine no aparece ni en el Convenio de la OCDE ni en la Convención de las Naciones Unidas. El Explanatory Report lo justifica indicando que pretenden evitarse así problemas relacionados con la inmunidad (Consejo de Europa, 1999, párr. 60), pero lo cierto es que puede llevar a situaciones difícilmente justificables. Por ejemplo, España debería castigar a quien soborna a un funcionario del Consejo de Europa, porque es parte en esta organización, pero no a quien soborna a un funcionario de la Organización de Estados Americanos, porque no es parte del mismo.

De igual modo, exige la Convención, castigar el soborno activo y pasivo de miembros de asambleas parlamentarias internacionales o supranacionales en las que el Estado sea parte (art. 10), por ejemplo, en el caso de España, diputados del Parlamento Europeo, así como de jueces y funcionarios de tribunales internacionales cuya jurisdicción haya aceptado el Estado parte (art. 11), por ejemplo, de la Corte Penal Internacional. Podrían plantearse aquí también situaciones como la descrita en el párrafo anterior.

Además, en virtud del “Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre la Corrupción” del año 2003 se exige también el castigo como delito de cohecho activo y pasivo de árbitros y jurados extranjeros.

Si se comparan las exigencias del Convenio Penal del Consejo de Europa con lo previsto en el Código Penal español, incluso tras la reforma del año 2010, se observa que este dista mucho de cumplir con los requerimientos del instrumento europeo, y ello a pesar de que el gobierno español ratificó el mencionado Convenio sin reservas relativas a la no tipificación de alguna de las conductas señaladas en él; opción por la podría haberse decantado.

Por lo expuesto, para dar cumplimiento a referido instrumento sería preciso, en primer lugar, que el Código Penal castigara el cohecho activo transnacional en cualquier situación, es decir, sin tener en cuenta el elemento subjetivo del actual art. 445 C.P. (conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades comerciales internacionales). Y en segundo lugar, serían necesarias otras reformas referidas a delitos que no son objeto de este trabajo, en concreto, la tipificación del tráfico de influencias en el ámbito internacional¹⁷.

La solución para dar cumplimiento al primer mandato podría ser la de hacer extensibles todos los tipos de cohecho clásico activo y pasivo a cualquier funcionario público de otro Estado (incluidos parlamentarios), de organizaciones internacionales (incluidas asambleas públicas internacionales), y a funcionarios y jueces de tribunales

17 Recomendaciones muy similares a éstas fueron realizadas por el Greco (2011, pp. 3-4).

internacionales. La extensión habría de afectar tanto a los tipos de cohecho propio como impropio, pues el castigo de este último también se exige en el Convenio penal del Consejo de Europa¹⁸. La extensión podría limitarse, sin embargo, al cohecho antecedente, pues el Explanatory Report señala que el cohecho subsiguiente no cae dentro de las conductas que se exigen tipificar de acuerdo con el Convenio (Consejo de Europa, 1999, párr. 43).

Introducida esta modificación en el Código Penal, habría que plantearse la eliminación del actual art. 445 C.P. pues las conductas que él castiga como delito quedarían incluidas en los nuevos tipos de cohecho transnacional, mucho más amplios que el actual art. 445 C.P. Y es que el art. 445 bien podría ser el protagonista de una crónica de una muerte anunciada, pues cuando se introdujo en el Código Penal en el año 2000 ya se habían adoptado el Convenio de la UE y el Convenio penal del Consejo de Europa, dos organizaciones supranacionales a las que pertenece España, con exigencias diferentes y más ambiciosas que las del Convenio de la OCDE.

Incluso dejaría de ser necesario el recientemente incorporado delito de corrupción en el ámbito de la Unión Europea (art. 427 C.P.), pues todas las conductas que cabrían en él ya quedarían cubiertas por el nuevo tipo de corrupción de funcionarios públicos extranjeros e internacionales.

Imprescindible sería recoger una definición de funcionario público extranjero e internacional aplicable al nuevo tipo penal, que podría ser la que aparece hoy en el párrafo tercero del art. 445, tomada del Convenio de la OCDE; una definición extensa y susceptible de abarcar un amplio número de sujetos capaces de solicitar o recibir sobornos, aunque debería reflexionarse en torno a la posibilidad de poder incluir a otros sujetos, como las llamadas personas del medio político o personas políticamente expuestas, miembros de partidos políticos y candidatos a cargos públicos.

En cuanto a la ubicación del nuevo tipo delictivo de corrupción transnacional, y teniendo en cuenta que el bien jurídico cumple una función de sistematización de la parte especial del Código Penal, podría ubicarse dentro del actual Título XIX “delitos contra la Administración pública”, pues estaríamos ante un delito contra la Administración pública, aunque en este caso, de terceros Estados y de organizaciones internacionales. Dentro de este Título XIX se situaría en un nuevo capítulo que, siguiendo la línea de los intitulados de los diferentes capítulos del mismo, debería llevar por nombre “del cohecho de funcionarios públicos extranjeros e internacionales”.

18 El cual utiliza la expresión, para referirse a la conducta del funcionario, “realizar o abstenerse de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones”, pero no exige que tal actuación u omisión sea “contraria a los deberes de su cargo” (Consejo de Europa, 1999, párr. 43).

REFERENCIAS

- Alcalá, R. (2015). La corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, 60, 207-215. Suplemento. Ejemplar dedicado a La armonización del derecho penal español: una evolución legislativa. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Berdugo, I. y Fabián, E. A. (2009). Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (81), 6-35.
- Cebada, A. (2002). La participación española en las acciones internacionales contra la corrupción. *Derecho de los Negocios*, 13(144), 24-32.
- Cerezo, A. I. (2001). La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa. *Actualidad Penal*, 21(21), 453-470.
- Cerina, G. D.M. (2010). Corrupción y cohecho. El derecho penal español de *iure condito* y de *iure condendo*, en E. A. Fabián Caparrós y A. I. Pérez Cepeda (coords.), *Estudios sobre corrupción* (pp. 75-11). Salamanca: Ratio Legis.
- Cockcroft, L. Globalización de los mercados y corrupción. El marco internacional de la lucha contra la corrupción internacional. *Información Comercial Española*, (741), 35-46.
- Comares, Granada. Ortiz, I. (2006). Tema 16. Delitos contra la Administración Pública, en J. M. Silva Sánchez (Dir.). *Lecciones de derecho penal. Parte especial* (pp. 303-329). Barcelona: Atelier libros jurídicos.
- Córdoba, J., y García, M. (Dir.). (2004). *Comentarios al Código Penal*. Parte especial. Tomo I, Madrid, Barcelona: Marcial Pon.
- Cuesta, J. L. de la y Blanco, I. (2001-2002). Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. *Revista de Ciencias Penales*, 4, 9-29.
- Cugat M., M. (2004). Corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. *Estudios de derecho judicial*, 61, pp. 325-346. Madrid CGPJ.
- Demetrio, E. (2003). Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública. En J.C. Ferré Olivé. *Fraude y corrupción* (pp. 173-191). Salamanca: Editorial Universidad Salamanca.
- Díaz-Maroto y Villarejo, J. (mayo-agosto, 2008). El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El artículo 445 del código penal español. *Icade*, 74, 199-223.
- Fabián, E. A. (2003). *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Glynn, P., Kobrin, S. J., y Naím, M. (1997). The Globalization of Corruption, en A. K. Elliot (Ed.). *Corruption and the global Economy* (pp. 2-27). Washington D.C.: Institute for International Economics.

- Heimann, F. y Hirsch, M. (2000). Cómo se combate la extorsión y el cohecho desde el frente de la empresa internacional: los esfuerzos contra la corrupción de la Cámara Internacional de Comercio. En VV.AA. (Ed.). *Las reglas del juego cambiaron: la lucha contra el soborno y la corrupción* (pp. 215-222). París: OCDE.
- Huber, B. (2003). La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional. (Trad. M. Ontiveros Alonso). *Revista Penal*, (11), 41-52.
- Kochi, S. (2002). Diseñando convenciones para combatir la corrupción: la OCDE y la OEA a través de la Teoría de las relaciones internacionales. *América Latina Hoy*, (31), 95-113.
- Korte, M. (1999). Der Einsatz des Strafrechts zur Bekämpfung der internationalen Korruption. *Wistra (Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht)*, Cuaderno 3, 81-88.
- Morales, F., y Rodríguez, M. J. (2005). Título XIX. Delitos contra la Administración Pública. En G. Quintero Olivares (Dir.) y F. Morales Prats (Coord.). *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*. (5ª ed.) (pp. 1549-1728). Navarra: Aranzadi, Elcano.
- Morillas, L. (2005). Delitos contra la Administración Pública (V). Cohecho. En M. Cobo del Rosal (Coord.). *Derecho penal español. Parte Especial* (2ª ed.) (pp. 897-906). Madrid: Dykinson.
- Muñoz, F. (2009). *Derecho penal. Parte Especial* (18ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nestler, C. (2010). Amtsträgerkorruption gemäss § 335 a (Entwurf) StGB. *Strafverteidiger*, (pp. 313-312).
- Nieto M., A. (2002). La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado). *Revista Penal*, (10), 55-69.
- Nieto M., A. (2003). La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo). *Revista Penal*, (12), 3-26.
- Nieto M., A. (2004). La corrupción en las transacciones comerciales internacionales, en A. Nieto Martín (Coord.). *Estudios de derecho penal* (pp. 47-151). Ciudad Real: Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional.
- OCDE (Grupo de Trabajo). (2006). *Spain. Phase 2. Report on the application of the Convention on Combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 Recommendation on Combating bribery in international business transactions*. París: OCDE.
- OCDE (Grupo de Trabajo). (2000). *Spain. Review of implementation of the Convention and 1997 Recommendation*. París: OCDE.
- Olaizola, I. (1999). *El delito de cohecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Olaizola, I. (2002). Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, en D. M. Luzón Peña. *Enciclopedia penal básica* (pp. 476-480).
- Orts, E. (2004). Delitos contra la Administración Pública (y II): Cohecho. Tráfico de influencias. Malversación. Fraudes y exacciones ilegales. Actividades prohibidas. Abusos en el ejercicio de la función pública. Corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. En T. S. Vives Antón, E. Orts Berenguer, J. C. Carbonell Mateu, J. L. González Cussac, C. Martínez-Buján Pérez. *Derecho penal. Parte Especial* (pp. 919-947). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pieth, M. (2000). International Efforts to Combat Corruption. En A. Alvazzi del Frate y G. Pasqua (Eds.). *Responding to the Challenges of Corruption* (pp. 21-32). Roma: UNICRI-ISPAC-CNPDS.
- Rodríguez, M. J. (1999). *El delito de cohecho. Problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Aranzadi.
- Rodríguez, M. J. (2011). Capítulo X. De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. En G. Quintero Olivares (Dir.) y F. Morales Prats (Coord.). *Comentario al Código Penal Español*, Tomo II, (6ª ed.) (pp. 1310-1321). Navarra: Aranzadi, Cizur Menor.
- Rose-Ackerman, S. (2001). *La corrupción y los gobiernos*. Causas, consecuencias y reforma. (Trad. A. Colondrón Gómez). Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores.
- Sacerdoti, G. (2000). ¿Sobornar o no sobornar? En VV.AA. *Las reglas del juego cambiaron: la lucha contra el soborno y la corrupción* (pp. 35-61). México: OCDE.
- Savona, E. U. y Mezzanote, L. (1998). *La corruzione in Europa*. Roma: Carocci Editore.
- Seminara, S. (2006). La corrupción en la Administración Pública (arts. 2-7). En L. Arroyo Zapatero y A. Nieto Martín (Coord.). *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude* (pp. 139-155). Cuenca: Ed. Universidad de Castilla-La Mancha.
- Serrano, A. y Serrano Maillo, A. (2008). *Derecho penal. Parte especial* (13ª ed.). Madrid: Dykinson.
- Stessens, G. (2001). The international fight against corruption. General Report. *Revue Internationale de Droit Pénal*, 72, 891-937.
- Valeije, I. (1995). *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Madrid: EDERSA.
- Vizueta, J. (2003). *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*. Granada: Comares.
- VV.AA. (2011). *Memento práctico*. Penal. Madrid: Francis Lefebvre.