

**GLOBALIZACIÓN, CORRUPCIÓN
INTERNACIONAL Y DERECHO PENAL.
UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A
LA REGULACIÓN PENAL DE DICHO
FENÓMENO CRIMINAL TRAS LA LO 1/2015*.**

Prof. Dr. Alfonso Galán Muñoz

Profesor Titular de Derecho penal
Universidad Pablo de Olavide

Resumen: El presente trabajo analiza los efectos que ha tenido la todavía reciente reforma, realizada sobre el Código penal por la LO 1/2015, sobre la regulación penal de la corrupción internacional. Con tal fin se analizan tanto los cambios introducidos en el delito de corrupción en transacciones económicas internacionales, como los producidos en la regulación de los delitos generales de cohecho que han tenido incidencia en la regulación de dicho fenómeno criminal internacional, poniendo de manifiesto los múltiples problemas y cuestiones que ambos cambios han venido a plantear.

Recibido: mayo 2016. Aceptado: octubre 2016

* Este trabajo se ha desarrollado en el seno del **Proyecto Excelencia del Ministerio de Economía y Competitividad** titulado “Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción”, con Referencia. DER2014-53159P.

Palabras claves: Corrupción pública, Corrupción en transacciones económicas internacionales, Cohecho, Derecho penal económico, Concepto penal de funcionario público.

Abstract: In this paper are analysed the outcomes that the still recent reform, made in the spanish Criminal Code by the LO 1/2015, has had in the criminal regulation of the international corruption. With this goal, are studied the changes produced in the offence of corruption in international business as well as in the regulation of the general offences of bribery, which have influenced in the regulation of this international criminal matter, while is bringing forward the numerous problems and questions that these legal changes have raised.

Keywords: Public Corruption, Corruption in International Business, Bribery, Financial Criminal law, Criminal Concept of Public Servant.

1. Criminalidad de los poderosos y globalización como factor expansivo de la regulación internacional anticorrupción.

Según los últimos sondeos la corrupción ha pasado a convertirse en una de las principales preocupaciones de los españoles¹. Posiblemente hayan tenido mucho que ver en el aparentemente imparable ascenso en la conciencia social sobre la importancia de este fenómeno delictivo, tanto el incesante goteo de casos de corrupción destapados por nuestros tribunales y publicitados por la prensa y que han afectado incluso a las más altas instancias e instituciones de nuestro Estado, como el hecho de que la crisis económica que nos ha tocado vivir en los últimos años nos haya hecho darnos cuenta de los muy perjudiciales

1 Así lo indica, por ejemplo, FERNÁNDEZ PUNSET, J. quien destaca que las últimas encuestas y sondeos realizados tanto nivel nacional como europeo reflejan este incremento de la concienciación y preocupación social. En "El Estado de Derecho y la lucha contra la corrupción pública", Revista Jurídica de Asturias, nº 38, 2015, p. 52 y ss.

efectos que la implantación y generalización de la corrupción puede tener en nuestras vidas².

Así, y frente a aquellos que han sostenido y todavía sostienen que la corrupción pública puede llegar a ser incluso beneficiosa para la económica y la sociedad en la medida en que agiliza los en ocasiones tremendamente engorrosos trámites y los largos plazos administrativos que habrían de seguir para conseguir emprender cualquier actividad económica y empresarial³, la realidad nos ha venido a demostrar que la utilización y generalización de la corrupción en las administraciones tienen, a medio y largo plazo, toda una serie de efectos sociales perniciosos que aconsejan combatirla y prevenirla utilizando todos los instrumentos de los que dispone el Estado, incluido el del Derecho penal.

En tal sentido, en primer lugar y por lo que se refiere a su incidencia sobre el sistema económico, resulta indudable que la utilización de la corrupción y especialmente de sobornos como método de facilitación de los trámites, gestiones y decisiones de la administración no solo puede y suele repercutir en un incremento injustificado de los precios de los materiales y servicios que requiere y adquiere el sector público, como consecuencia de que quienes pagan sobornos suelen repercutir su coste en los precios que posteriormente cobrarán por sus servicios a las administraciones, sino que además también generará

-
- 2 En tal sentido, señala DE LA CUESTA AGUADO, P. M. que la crisis económica ha hecho despertar o ha incrementado significativamente la sensibilidad de la opinión pública respecto a las conductas poco respetuosas con el interés general de las autoridades y cargos públicos. En “Sujetos y autores en los delitos de funcionarios: Dos reflexiones teóricas con incidencia práctica”, en *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. Ed. Constitutio Criminales Carolina, 2013, p. 175
 - 3 MURIEL PATINO, M. V. “Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción” en *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2004, p. 32 Ponen precisamente como ejemplo de este hecho Al desarrollo producido en los países del este de Asia, pese a su corrupción FISHMAN, R. y MIGUEL, E. en *Foreign Policy Edición Española*, n° 29, 2008. p. 72.

un efecto de desaliento sobre los emprendedores cumplidores de la legalidad, quienes, al ver como los que no lo son obtienen evidentes e injustas ventajas competitivas precisamente como consecuencia de actuar al margen de la legalidad vigente y no por ofrecer mejores servicios que ellos, previsiblemente optarán por cambiar de aires en busca de otros mercados menos corruptos y jurídicamente más seguros en los que desarrollar su actividad o decidirán incorporar la utilización de sistemas corruptores a su política comercial e industrial para poder subsistir⁴.

La utilización de la corrupción repercutirá, por tanto, en una disminución de la competencia y competitividad empresarial del país en que se desarrolla. Pero es que además, si dicho sistema se generaliza y se consolida como una corrupción realmente sistémica se llegará a que sean los propios funcionarios los que busquen, creen y ofrezcan “posibilidades de negocio” para quienes emplean dichos medios, lo que llevará a la aparición de una espiral corruptora en los sectores menos controlados y más proclives a generar riqueza mediante decisiones administrativas, que podrá dar lugar o podrá favorecer la aparición o el fomento de las peligrosas “burbujas” económicas, como la denominada “burbuja inmobiliaria”, que en gran parte dio origen a la última gran crisis financiera que ha sufrido España y que muy probablemente habría sido imposible de generar sin la colaboración interesada de amplios sectores de la propia Administración⁵.

4 Así lo señalan, por ejemplo, FABIÁN CAPARRÓS, E. A. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 33 y 34 o BENITO SÁNCHEZ, D. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Ed. Iustel, Madrid, 2012, p. 45 y 46. En el mismo sentido, se manifiesta este último autor, también en “Prevenición y sanción de la corrupción de funcionarios públicos extranjeros e internacionales en los instrumentos legales supranacionales”, en *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2016 p. 187.

5 En tal sentido, afirma FERNÁNDEZ PUNSET, J. que la elevada discrecionalidad, el enorme impacto económico que tienen las decisiones administrativas referidas al urbanismo y el relajamiento de los controles, fueron ingredientes perfectos para la aparición de prácticas corruptas en dicho sector,

Sin embargo, los negativos y peligrosos efectos derivados de la corrupción no solo tienen naturaleza económica. De hecho, este fenómeno atenta contra la propia base estructural del funcionamiento del sistema democrático, ya que, al hacer que los integrantes y responsables de la administración pasen a centrarse en la búsqueda de su enriquecimiento o beneficio personal y no en el interés general, llevará a que el Estado deje de servir al interés de todos o de la mayoría, para pasar a hacerlo al de aquellos pocos que tengan o dispongan del suficiente poder y/o dinero como para estar en situación de mover los hilos del aparato administrativo corrupto, con lo que se pervertirá completamente la propia esencia y fundamento de la democracia⁶.

El peligro que ello representa es innegable. La corrupción pone a la administración pública al servicio de unos pocos y no de la mayoría. En concreto y sobretodo, al servicio de los más ricos y poderosos que son, sin duda, quienes gozan de mayores capacidades para emplear sus influencias personales y económicas como eficaz instrumento de “engrase” o manipulación del sistema administrativo en su favor, pudiendo incluso llegar a que esos pocos sean quienes determinen las grandes decisiones políticas y económicas de un país, lo que cuestionará el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y ante la Administración, pero también y como ya hemos indicado, pondrá en cuestión el propio mantenimiento y funcionamiento del sistema democrático.

especialmente en el ámbito municipal, destacando como en un informe realizado por el Círculo de empresarios del año 2005, ya se puso de manifiesto que el hecho de que los ayuntamientos vieran en las calificaciones y recalificaciones de suelo una fuente extraordinaria de obtención de ingresos que desligaron las decisiones administrativas de los objetivos de racionalidad y llevaron a producir un constante incremento del precio de las viviendas y de los bienes inmuebles, En Op. cit. ant. 56 y 57.

- 6 FABIÁN CAPARRÓS, E. A. *La corrupción de agente público extranjero e internacional...* cit., ant. p. 28 y ss; BENITO SÁNCHEZ, D. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales...* cit. ant. p. 41 y 49 y ss.

co que ha de darse en todo verdadero Estado de Derecho, como desgraciadamente han demostrado algunos ejemplos históricos⁷.

Es evidente entonces, que el mayor peligro que genera la corrupción para la democracia procede de lo que se ha dado en llamar la “gran corrupción”. Esto es, de aquella forma de corrupción que incide directamente en los más altos niveles del poder e influye en las grandes decisiones que adoptan nuestros poderes legislativo, ejecutivo o judicial. Una forma de corrupción que por naturaleza se incluye en lo que podríamos denominar como criminalidad de los poderosos⁸, ya que, indudablemente no serán personas con problemas de socialización y escasos recursos económicos los que podrán corromper a los altos cargos, funcionarios y autoridades públicas que se encuentran en dichas instancias y por ello tienen la capacidad de determinar las decisiones políticas y económicas de todo un país, sino sujetos con importantes contactos sociales y grandes medios económicos, algo que, sin duda, dificultará su persecución y sanción penal, entre otra razones, por el hecho de que dichas personas gozarán de unas condiciones económicas y materiales que les permitirá actuar más allá de las fronteras el país en que se encuentran, lo que planteará serios problemas a los tradicionales sistemas penales, marcadamente nacionales, a la hora de perseguirlos y sancionarlos⁹.

7 BENITO SÁNCHEZ, D. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales...* cit. ant. p. 49

8 En tal sentido se manifiesta, por ejemplo, SÁNCHEZ BERNAL, J. “Delincuencia de los poderosos y cohecho. Modificaciones previstas en el proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 2013”, en *El proyecto de reforma del Código penal de 2013, a debate*. Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2012, p. 178, destacando NIETO MARTÍN, A. que, en la gran corrupción los actores implicados pertenecen al mundo de la económica y de la alta política, lo que obliga a desvincular los instrumentos de lucha contra dicho fenómeno de los avatares políticos de cada país. En “La corrupción en el comercio internacional (o cómo de la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando un efecto positivo)”, RP nº 12, 2003, P. 14.

9 De hecho, la existencia de estos sujetos y de la globalización no solo representa un problema para el sistema penal sino que, como señala BECK, U. pone en cuestión todos los pilares básicos de la autoridad nacional de los

Así, por ejemplo, resulta indudable que la existencia de dichos sujetos y de las multinacionales que controlan y que gozan de un potencial económico que puede incluso superar con creces al de muchos Estados y operan además en varios ellos de forma indistinta por tener completamente deslocalizada su actividad, puede generar y de hecho genera el peligro de que puedan emplear su enorme y globalizada capacidad corruptora para incidir sobre la política que seguirán los gobiernos o las administraciones de países que están a miles de kilómetros de distancia del lugar en el que adopten sus decisiones y realicen sus actividades, lo que les permitirá, gracias a las nuevas formas de comunicación y pago existentes en la sociedad globalizada en la que vivimos, instalarse y realizar operaciones corruptoras, sin problema alguno, desde aquel Estado que tuviese una legislación más laxa en materia de lucha contra dicho fenómeno criminal, gozando así de una suerte de opción a la elección de la jurisdicción (*jurisdiction shopping*) que favorecería notablemente la posible impunidad de sus conductas¹⁰.

Se generará así el peligro de que aparezca una lista de verdaderos “paraísos” o “puertos seguros” para la corrupción transnacional o globalizada, lo que a su vez podrá dar lugar a que los países que actúen como tales gocen de una ventaja competitiva ilegítima a la hora de atraer inversiones con respecto a aquellos otros que fuesen más rigurosos en la lucha contra dicha forma de criminalidad, haciendo al mismo tiempo que todos los esfuerzos de estos últimos Estados realicen por combatir dentro de sus fronteras la corrupción y sus perniciosos efectos puedan terminar resultando absolutamente ineficaces, dado que, por más

Estados (policial, fiscal, de defensa, etc...) como consecuencia de estar los Estados nacionales tradicionales muy apegados a un lugar concreto, mientras que la sociedad globalizada y especialmente los grandes vencedores de la globalización, los ricos, traspasan sin problema con su actividad las fronteras territoriales del Estado. En *¿Qué es la globalización?*. Ed. Paidós, Barcelona, 2008, p. 21 y ss y 116 y ss.

- 10 FABIÁN CAPARROS, E. A. *La corrupción de agente público extranjero e internacional...* cit., ant. p. 37.

que persiguiesen a sus corruptos y corruptores internos, tendrían serios problemas para poder hacerlo de forma efectiva con aquellos que actuasen desde alguno de los citados lugares.

Todos estos factores llevaron a los Estados a tomar conciencia de que en un mundo globalizado la estrategia contra la corrupción y, especialmente, contra la “gran corrupción” también tiene necesariamente que ser globalizada y no meramente nacional¹¹; conciencia que les ha hecho desarrollar desde hace ya algún tiempo una intensa labor normativa tendente a armonizar los sistemas jurídico penales nacionales en esta materia y también a fortalecer los instrumentos inter- y supranacionales de colaboración en la lucha contra dicha forma de criminalidad. Todos estos instrumentos constituyen sin duda referentes ineludibles a la hora de entender e interpretar la evolución normativa española de lucha contra la corrupción y, en concreto y especialmente, el último paso que nuestro legislador ha decidido dar (por el momento) en dicha lucha, el que ha dado mediante la re-

11 OTERO GONZÁLEZ, P. “Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015”. (Análisis de cuestiones concretas de los art. 286 bis y ter CP)” en *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Ed. Atelier. Barcelona, 2016, p. 457. Sobre la situación a que ello ha llevado en los diferentes ordenamientos jurídicos y el acercamiento normativo que está generando resulta interesante ver lo comentado con respecto al alemán, por ejemplo, por PIETH, M. EIGEN, P. *Korruption im Internationalen Geschäftsverkehr. Bestandaufnahme, Bekämpfung, Prävention. V. Luchternahd*, Frankfurt am Main, 1998, p. 228 y ss; NETSLER, C. “Amtsträgerkorruption gemäss § 335 a StGB”, en StV, 2009, p. 315; o lo más recientemente expuesto con respecto a la cercana reforma realizada por la ley de lucha contra la corrupción, de 20 de noviembre de 2015, por PAPATHANASIOU, K. “Amtsträgerkorruption unter Beteiligung ausländischer und internationaler Bedienstete - die neue Gleichstellungsklausel des § 335a StGB”, en Wistra, nº. 5, 2016, págs. 175 y ss. También resulta interesante ver lo señalado con respecto a otros ordenamientos latinoamericanos y la influencia que ha tenido sobre los mismos la concención interamericana contr la corrupción por BARAGLI, N. RAIGORODSKY, N. *Convención interamericana contra la corrupción: implementación de un eficaz instrumento internacional de lucha contra la corrupción*, Ed. Oficina Anticorrupción, Ministerio de Justicia y Derechos humanos. Buenos Aires, 2004.

forma efectuada por la LO 1/2015, en cuyos principales aspectos y novedades vamos a centrar nuestra atención en este trabajo.

2. La normativa internacional anticorrupción y su incidencia en la normativa penal española.

Es un punto comúnmente aceptado por la doctrina el entender que el origen histórico de la lucha contra la corrupción internacional se encuentra en la aparición de diversos casos desgraciadamente celebres de dicha clase de delincuencia en los Estados Unidos durante los años 70 y, en especial, en el de la empresa Lockheed, una compañía norteamericana de aviación cuyos representantes sobornaron a los funcionarios de otros países (Bélgica, Italia o Japón, entre otros) para conseguir la venta de aviones a dichos Estados, utilizando así la corrupción internacional como un instrumento habitual de su política comercial¹².

Fue precisamente este caso el que llevó a que los Estados Unidos de América se replanteasen la permisiva política que hasta ese momento habían estado siguiendo en relación con este tipo de actuaciones, optando por aprobar una ley contra las mismas, -la celebre *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 (FCPA)-, que rápidamente se convirtió en un referente mundial de la lucha contra la comentada forma de corrupción¹³.

De hecho, ya durante su propia gestación legislativa se puso de manifiesto que la existencia de dicha ley obligaba a los

12 FABIÁN CAPARRÓS, E. A. Op. cit. ant. p. 37, NIETO MARTÍN, A. Op. cit. ant. p. 7, BENITO SÁNCHEZ, D. “Prevención y sanción de la corrupción de funcionarios públicos extranjeros e internacionales... cit. ant. p.194, OTERO GONZÁLEZ, P. Op. cit. ant. p. 453, entre otros

13 Sobre el nacimiento y desarrollo de esta ley, véase, lo comentado, por ejemplo, por NIETO MARTÍN, A. Op. cit. ant. p. 6; BENITO SÁNCHEZ, D. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales...* cit. ant. p. 53 y ss o al mismo autor, en “Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo”, en Estudios Deusto, V. 63/1, 2015 p. 207 y ss, entre otros.

Estados Unidos a tratar de extender la lucha contra la corrupción internacional al resto de países, ya que, como manifestó un importante sector de empresarios norteamericanos, lo contrario podría situar a sus compañías y empresas en una situación de inferioridad competitiva en el mercado mundial con respecto a las de otros países industrializados que no persiguiesen tan severamente dicho tipo de prácticas¹⁴.

Inicialmente las pretensiones expansivas norteamericanas de la normativa anticorrupción solo quedaron plasmadas en la aparición de diversos instrumentos internacionales de *soft law*, carentes de carácter vinculante, como, por ejemplo, la Recomendación de la OCDE para combatir el cohecho en transacciones comerciales internacionales, de 27 de mayo de 1994¹⁵; instrumentos estos que sirvieron, sin embargo, de semilla para que poco tiempo después se aprobase el primer texto normativo internacional vinculante con influencia directa en el ordenamiento jurídico penal español en materia de lucha contra la corrupción internacional. Hablamos, en concreto, del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, adoptado en París el 17 de diciembre de 1997, que entró en vigor en España el 4 de marzo de 2000¹⁶.

Este convenio obligaba, entre otras cosas, a todos los Estados firmantes del mismo a tipificar como delito el ofrecer, prometer o conceder “...*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*”

14 NIETO MARTÍN, A. Op. cit. ant. p. 12, BENITO SÁNCHEZ, D. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales...* cit. ant. p. 56 o al mismo autor, en “Análisis de las novedades...” cit. ant. p. 208

15 FABIÁN CAPARRÓS, E. A. Op. cit. ant. p. 65 o BENITO SÁNCHEZ, D. “Análisis de las novedades...” cit. ant. p. 209.

16 Así lo afirma el propio instrumento de ratificación, atendiendo a lo establecido en el artículo 15 del convenio, peor que curiosamente no fue publicado en el BOE sino hasta el 22 de febrero de 2002.

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”.

Ello suponía una primera exigencia o compromiso normativo para España, como Estado firmante, de tipificación y castigo de una modalidad de corrupción realizada no frente a sus propios funcionarios, sino ante los de otros países; exigencia que, si bien era muy limitada, ya que solo obligaba a castigar la corrupción activa (la de los particulares) que tendiese además a afectar a las actividades económicas internacionales y no a otros sectores o materias¹⁷, no era satisfecha por nuestro ordenamiento en aquel momento, lo que hizo que el legislador patrio tuviese que reformar nuestro Código penal para darle cumplimiento, mediante la aprobación de la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, que añadió un nuevo Título XIX bis al Libro II del Código penal, intitulado “*De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*”, en el que se introdujo un nuevo tipo delictivo (el contemplado en el nuevo art. 445 bis CP) que precisamente trataba de dar respuesta las exigencias contenidas en el referido tratado de la OCDE.

Pese a ello, ya en la primera revisión que realizó el grupo de trabajo del referido Convenio sobre su efectiva implantación en España atendiendo a lo establecido en su art. 12, se puso de manifiesto que, si bien la nueva normativa penal española respondía de forma general a las exigencias del Convenio, presentaba algunas lagunas y problemas, (como, por ejemplo, no contener una definición de funcionario o autoridad extranjero o de organismos internacionales ajustada a lo exigido por el re-

17 En esta misma línea también se encuentran las exigencias de la posterior Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003, ya que aunque contempla la posible tipificación de la corrupción pasiva, no la considera obligatoria para los Estados firmantes; convención que ha sido comentada, por ejemplo, por FABIÁN CAPARRÓS, E. A. Op. cit. ant. p. 53 y ss o BENITO SÁNCHEZ, D. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales...* cit. ant. p. 120 y ss o al mismo autor en “Análisis de las novedades...” cit. ant. p. 212.

ferido texto internacional), que debían ser subsanados¹⁸, lo que dio lugar a que una nueva reforma de nuestro Código penal, la realizada por el LO 15/2003, de 23 de noviembre, modificase el texto del comentado delito, introduciendo una nueva redacción para el mismo en el nuevo art. 445 CP.

No fue éste, sin embargo, ni mucho menos el último avatar que sufrió la regulación penal española de este comportamiento como consecuencia de lo establecido en la citada norma internacional y sus diferentes fases de revisión y así, el hecho de que la segunda revisión realizada por el citado grupo de trabajo en el año 2006 pusiera de nuevo de manifiesto que seguían existiendo una serie de deficiencias en nuestro ordenamiento que debían ser corregidas, llevó a que se volviese a reformar el delito de corrupción en transacciones económicas internacionales, mediante la aprobación de la LO 5/2010, de 22 de junio, que, además de reformar los tradicionales delitos de cohecho, entre otras cosas, desvinculó completamente la pena aplicable al autor del delito de corrupción en transacciones internacionales de la fijada para el delito de cohecho activo propio, previó expresamente la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas por su realización e introdujo, finalmente, una definición propia de lo que había de entenderse por funcionario público extranjero a efectos del mismo¹⁹.

Ahora bien, paralelamente, otras instituciones y organizaciones inter- y supranacionales también habían comenzado a ocuparse del tema y a aprobar normativa directamente orientada

18 Sobre esta evaluación y los problemas que detectó, véase, por ejemplo, lo comentado por FARALDO CABANA, P. “¿Se adecua el Derecho penal español al convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales? Avance de resultados de la evaluación en fase 3” *BMJ* n° 2148, 2012, p. 3.

19 Sobre esta reforma DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Ed. Civitas, Madrid, 2011, p. 608 y ss y FARALDO CABANA, P. Op. cit. ant. p.7 y ss.

a luchar contra determinadas manifestaciones de corrupción de la que nos venimos ocupando.

Así sucedió, por ejemplo, con la Unión Europea.

En un principio, la normativa comunitaria apareció como un instrumento exclusivamente tendente a proteger los intereses financieros de la Unión²⁰, pero poco a poco y atendiendo precisamente al indudable efecto desestabilizador que podía tener en el mercado interior la existencia de diferentes regulaciones nacionales referidas a la corrupción extendió su ámbito de protección, lo que desembocó en la aprobación del Convenio penal 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, realizado en Bruselas, el 26 de mayo de 1997²¹; convenio que también tuvo una influencia inmediata y directa en el desarrollo de la normativa penal española referida a dicha forma de criminalidad.

De hecho, fue precisamente su ratificación, que obligaba a los Estados miembros, entre otras cosas, a tener que extender la protección que brindaban sus regulaciones penales referidas a la corrupción interna a los actos de corrupción realizados tanto

20 Véase a este respecto el primer Protocolo adicional del convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades europeas, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1996 que, como su propio nombre indica solo perseguía los actos de corrupción que pudiesen afectar a los intereses de dicho Organismo Supranacional. GARCÍA ALBERO, R. / CUGAT MAURI, M. “Corrupción en el sector público” BMJ nº extra 2015, 2006, p. 202, BENITO SÁNCHEZ, D. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales...* cit. ant. p. 88.

21 Sobre esta evolución, véase, por ejemplo lo comentado por GARCÍA ALBERO, R. / CUGAT MAURI, M. Op. cit. ant. p. 199 y ss, BENITO SÁNCHEZ, D. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales...* cit. ant. p. 85 y ss FABIÁN CAPARRÓS, E. A. Op. cit. ant. p. 56 y ss. Con respecto a la futura evaluación de la regulación comunitaria en esta materia atendiendo a su actual base competencial para regularla penalmente, fundamentada tanto en el art. 336 y 86.1 TFUE resulta interesante la lectura, por ejemplo, de MAPELLI MARCHENA, C. *El modelo penal de la Unión europea*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014 p. 169 y ss 218 y ss.

sobre los funcionarios de la Unión como sobre los funcionarios de otros países miembros de dicha organización supranacional, la que determinó que el legislador español optase en la reforma penal realizada por la LO 5/2010 por modificar el artículo 427 de nuestro Código penal, para ampliar el ámbito típico de los diferentes delitos de cohecho contemplados en el mismo a aquellos casos en que su comisión estuviese referida a dichos funcionarios, que además aparecían definidos y delimitados expresamente en el primer apartado del comentado precepto²².

Con ello, y a nuestro modo de ver, se produjo un cambio trascendental en la estrategia penal seguida hasta ese momento contra la corrupción internacional, ya que se extendió la posible sanción por la comisión de dichos actos a algunos funcionarios extranjeros y no solo a los particulares responsables de tales hechos, al tiempo que se desgajó la posible relevancia penal de los comportamientos de corrupción de unos y otros de la posible incidencia u orientación que su ejecución pudiera tener en el funcionamiento de los mercados internacionales, pasando, por tanto, a reconocerse implícitamente que los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión y, entre ellos, el español, ya no solo habrían de tutelar el correcto funcionamiento o la imparcialidad de su propia administración frente a los sobornos, sino que también tendrían que hacerlo con los de las de la propia Unión y los de las de sus Estados miembros, algo que, a juicio de algunos, llevó a que se plantearan difíciles problemas concursales en los casos en que los actos corruptores realizados con respecto a alguno de sus funcionarios se efectuasen, precisamente, con el fin de obtener alguna ventaja comercial internacional, ya que ello abriría las puertas a la simultánea apreciación del correspondiente delito de cohecho y del por aquel entonces todavía vigente delito del artículo 445 CP²³.

22 Sobre dicho precepto véase, lo comentado por ejemplo, por POZUELO PÉREZ, L. “Los delitos contra la administración pública”, en *Estudios sobre las reformas del código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Ed. Civitas, Madrid, 2011, p. 594 y ss.

23 FARALDO CABANA, P. Op. cit. ant. p. 15 y ss.

Sin embargo, la incidencia de la normativa internacional en la expansión de la persecución penal de la corrupción con trascendencia transnacional no terminó aquí. Todavía hubo otro organismo internacional que generó normativa con indudable trascendencia en la evolución de la regulación penal española de lucha contra el referido fenómeno delictivo.

Se trató, en concreto, del Consejo de Europa, organización que el 27 de enero de 1999 aprobó un convenio, -el Convenio penal sobre corrupción (Convenio 173), ratificado por España instrumento de 28 de enero de 2010-, que dando un paso más en el cambio de estrategia emprendido en la lucha contra la mencionada forma de corrupción ya en el Convenio de la UE anteriormente mencionado, obligó a todos los Estados partes a tener que castigar penalmente tanto la corrupción activa como la pasiva referida a todos los agentes públicos extranjeros con total independencia de que dicha corrupción se efectuase o no para obtener alguna ventaja en transacciones económicas de carácter internacional.

La ampliación que dicha exigencia normativa representaba era evidentemente enorme, ya que obligaba a castigar todas las conductas corruptoras realizadas por o frente a los funcionarios públicos de cualquier país, y no solo ante los europeos, con total independencia de la finalidad que el acto corruptor buscarse; algo que, por ejemplo, el ordenamiento jurídico español, pese a todas las reformas que se habían ido produciendo a lo largo de los años con respecto a dicha materia, no había llegado a prever, por lo que no puede sorprender que la nueva reforma realizada por la todavía cercana aprobación de la LO 1/2015 haya tenido precisamente entre sus objetivos, como veremos a continuación, el de responder a tales exigencias internacionales²⁴.

24 En este sentido, ya señalaba BENITO SÁNCHEZ, D. que las modificaciones realizadas hasta 2010 no respondían a las exigencias del citado convenio “Análisis de las novedades...” cit. ant. p. 219 y 220, por lo que DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J . ya anticipaba la necesidad de la reforma de esta materia a resultas de la ratificación de dicho Convenio y del protocolo adicional hecho al mismo en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003, Op. cit. ant. p. 610 .

3. La corrupción internacional tras la reforma efectuada por la LO 1/2015.

La todavía reciente aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha venido a efectuar varias importantes modificaciones en materia de lucha contra la corrupción pública en general y contra la corrupción internacional en particular. En concreto, y por lo que se refiere a esta última ha efectuado dos cambios que, a nuestro modo de ver, tienen una enorme trascendencia.

En primer lugar, ha ampliado el concepto de funcionario público a efectos de los delitos generales de cohecho; mientras que, por otra parte y simultáneamente, ha procedido a extraer el precepto que regulaba el delito de corrupción en transacciones económicas internacionales de entre los delitos contra la Administración Pública para ubicarlo entre los que atentan contra el Mercado y los consumidores, realizando además significativas modificaciones sobre su redacción.

Ambas reformas tendrán importantes efectos en la materia que nos ocupan, pero también han planteado difíciles problemas técnicos e interpretativos que han de ser analizados.

3.1. La ampliación del concepto de funcionario Público del art. 427 CP.

Como es sabido el Derecho penal mantiene un concepto funcional de funcionario o autoridades públicos a los efectos que le ocupan, que resulta mucho más amplio que el que se sostiene por parte de otras ramas del ordenamiento jurídico. En concreto, lo hace en el artículo 24.2 CP, donde se establece que *“...Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.”*²⁵

25 Resulta necesario señalar que el referido artículo 24 CP contiene, junto a esta definición otra, en su apartado primero, en la que delimita lo que debería entenderse por “autoridad”, señalando que *“1. A los efectos penales se*

De este modo, y como señala, por ejemplo, JAVATO MARTÍN, siguiendo la postura absolutamente mayoritaria, el Derecho penal, a diferencia del Derecho administrativo, no requiere que una persona se incorpore con carácter permanente, voluntaria y profesionalmente a la Administración para considerarle funcionario, sino que lo considera como tal desde el mismo momento en que ejerce funciones públicas gozando de una habilitación que le permita hacerlo. Esto es, tal y como señala el art. 24.2 CP, siempre que la participación en el ejercicio de las funciones públicas se realice por alguno de los siguientes títulos: por disposición de la ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente²⁶.

Esto lleva a que el concepto penal de funcionario público sea un concepto material y no formal y significativamente más amplio que el administrativo, ya que a diferencia de esta última rama del ordenamiento, lo que la penal pretende es que se puedan sancionar todas las conductas que puedan llegar a afectar al correcto funcionamiento de la función pública con total independencia de si quien las realizó tenía una vinculación permanente o no con la administración.

reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.”; algo que como bien señala JAVATO MARTÍN, A. M. viene a configurar a las autoridades como una simple especie o tipo de lo que sería el género de los funcionarios definidos en el apartado 2 del referido precepto; clase de funcionarios que se diferencian del resto tan solo por tener mando o ejercer jurisdicción, en “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, RJCL nº 22, 2011, p. 167 y ss.

- 26 JAVATO MARTÍN, A. M. Op. cit. ant. p. 153 y 155 JAREÑO LEAL, A. “Los delitos contra la administración y la contratación pública: Reformas legislativas y aplicación jurisprudencial”, en *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Ed. Atelier. Barcelona, 2016, p. 528. Sobre la evolución de este concepto resulta interesante la lectura de DE LA CUESTA AGUADO, P. M. Op. cit. ant. p. 178.

Esta definición, sin embargo, se enfrenta a serios problemas interpretativos precisamente como consecuencia, entre otras cosas, de la indeterminación y amplitud de sus elementos configuradores, cuestionándose, por ejemplo, cuando podría apreciarse que habría el ejercicio de la función pública de la que la misma habla.

Así, por ejemplo, una interpretación restrictiva del concepto de ejercicio de la función pública que entendiéndose que solo se podría considerar que la ejerce quien ejecuta funciones o prestaciones que corresponde brindar a la administración pública, actuando además en el seno de un ente público, sometido por tanto a Derecho público, llevaría a que se redujese el ámbito de apreciación del concepto penal de funcionario, manteniendo al margen del mismo, a todos aquellos sujetos que actuaran desde o en el seno de los, por otra parte, cada vez más frecuentes, organismos, empresas o entes públicos sometidos a régimen jurídico privado o los que ejerciesen una simple concesión de servicios públicos²⁷.

Sin embargo, y frente a dicha interpretación, ya hace bastante tiempo que nuestro Tribunal Supremo dejó claro que, a su modo de ver, lo importante a efectos de la definición penal del funcionario no será el “ropaje externo” jurídico que se otorgue a la participación de dichos sujetos en el ejercicio de la función pública, sino que se dé efectivamente la ejecución material de ésta. Esto es, que el sujeto u organismo en cuestión realice o suministre alguno de los servicios o prestaciones que corresponden a la administración, lo que podría realizarse directa o

27 Esta concepción que es calificada como mixta por JAVATO MARTÍN, A. M. Op. cit. ant. p. 160, es sostenida, entre otros, por VIVES ANTÓN, S. “*Detenciones ilegales*”, en *La detención: delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes: detenciones ilegales, la detención gubernativa y la detención judicial*, Ed. Bosch, Barcelona, 1977, p. 51 y ss; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *El delito de prevaricación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 87 u OLAIZOLA NOGALES, I *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 134 y ss.

indirectamente por ésta, por ejemplo, utilizando cualquier organismo o entidad intermediarios públicos o privados²⁸.

Esta interpretación amplia y material abrió las puertas a que fuese posible considerar como funcionario público a efectos penales, por ejemplo, a las personas que ejerciesen dichas actividades en el seno de empresas públicas o cuando menos públicamente participadas, por más que tuviesen una forma privada, eso sí, siempre y cuando, y esto no debe olvidarse nunca, lo hiciesen habiendo accedido al ejercicio de dicha función mediante alguno de los títulos habilitantes previstos en el art. 24 CP, entre los que se incluye el nombramiento, título este último que, a su vez, cobra enorme importancia en relación a la calificación de quienes actúan en el seno de las referidas empresas, por cuanto una vez que nuestro Alto Tribunal ha entendido que lo importante para poder apreciar la presencia de dicho título no es que el sujeto en cuestión hubiese sido formalmente nombrado por la Administración correspondiente, sino que materialmente hubiese sido ésta quien hubiese determinado que se le otorgase su cargo dentro de la entidad, se amplía aún más el número

28 En este sentido, parece claro que el Tribunal supremo se ha decantado por una concepción que podríamos llamar teleológica-objetiva conforme a la cual lo determinante a la hora de apreciar el ejercicio de la función pública que define al funcionario a efectos penales y no la naturaleza del órgano o entidad mediante el cual los realice. Así lo afirma, por ejemplo, la STS 166/2014, de 28 de febrero, en donde se señala que el concepto de funcionario público “se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o en el ropaje externo jurídico administrativo”, con lo que “no puede quedar encorsetada esa noción por la reglamentación administrativa. Hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado”, con lo que se puede entender, como de hecho hace VALEIJE ÁLVAREZ, J., que lo que define a la función pública es el que estemos ante una actividad que sea titularidad de la administración, siendo indiferente al concreta forma en que haya decidido llevarla a cabo “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública”” CPC, nº 62, 1997, p. 491 y 492. En términos similares se manifiesta JAVATO MARTÍN, A. M. Op. cit. ant. p. 160 o 155; JAREÑO LEAL, A. Op. cit. ant. p. 527.

de posibles sujetos integrados en empresas mixtas calificables como funcionarios públicos a efectos penales²⁹.

Ahora bien, pese a lo amplio de este concepto y de las sucesivas interpretaciones extensivas que ha mantenido nuestra jurisprudencia con respecto a sus elementos configuradores, lo cierto y verdad es que el mismo, como ya vimos, no consiguió dar respuesta adecuada a las sucesivas exigencias represivas internacionales relativas a la corrupción de agentes y funcionarios extranjeros, por cuanto estaba exclusivamente referido a los funcionarios pertenecientes a la administración pública española³⁰, lo que obligó a hacer sucesivas ampliaciones legales de dicho concepto en relación a diversos delitos, como vimos sucedió,

29 VALEIJE ÁLVAREZ, J. “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público...” cit ant. p. 493. Sobre los diferentes títulos habilitantes para poder ser considerado como funcionario y sus peculiaridades, véase, por ejemplo, JAVATO MARTÍN, A. M. Op. cit. ant. p. 163 y ss o RAMÓN RIBAS, E., quien se muestra crítico con la corriente jurisprudencial que ha optado por adoptar también una concepción material con respecto al título referido al nombramiento por parte de la autoridad competente, entendiendo lo importante es quien toma de facto esa decisión y no quien formalmente efectúa el nombramiento, algo que a juicio del referido autor vulnera abiertamente lo establecido en el art. 24 CP, ya que considera que “*proponer para un nombramiento no es lo mismo que nombrar*” dado que por más que en un caso concreto pueda considerarse que la propuesta realizada por una autoridad es casi como si nombrara, al ser habitualmente acatada y seguida por el organismo que nombraba (p. ej. el consejo de administración de una empresa mixta), en realidad, eran éstos últimos y no aquel (el proponente) quien nombraba, “La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)” EPC, V. XXXIV, 2014, p. 189 y ss y 215.

30 En efecto, antes de la reforma ahora analizada había total consenso doctrinal a la hora de entender que el art. 24.2 CP solo contemplaba y permitía sancionar a los funcionarios de las administraciones públicas españolas. Así lo señalaba, por ejemplo VALEIJE ÁLVAREZ, J. “Cohecho (art. 419 y ss.)” en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 p. 1179; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. *Comentarios a la parte Especial del Derecho penal*. Ed. Aranzadi, Cizur Meno, 2011, p. 1856 o BENITO SÁNCHEZ, D. quien señalaba que la definición del art. 24 solo incluiría a los miembros del parlamento europeo, pero no al resto de funcionarios de los diversos organismos de la UE, en “Análisis de las novedades...” cit. ant. p. 219, entre otros.

por ejemplo, con el mantenido en relación al delito de corrupción en transacciones económicas internacionales a resultados de los exigido en el Convenio OCDE, o con el utilizado en el art. 427 CP respecto a los delitos generales de cohecho en razón a lo establecido en el Convenio anticorrupción de la UE.

Precisamente esto último es lo que ha vuelto a hacer la reforma efectuada por la LO 1/2015. Ha vuelto a ampliar la definición de funcionario dada por el art. 427 CP a efectos de los delitos generales de cohecho al establecer que lo dispuesto en relación a dichos delitos será aplicable “*cuando los hechos sean imputados o afecten a:*

- a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.
- b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.
- c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública.”

Este precepto, como se puede comprobar, extiende la consideración como posible sujeto activo o destinatario de los delitos generales de cohecho a algunos que inicialmente no tenían acomodo en los tipos de injustos de tales delitos, precisamente, por no ser susceptibles de ser considerados como funcionarios conforme a lo establecido en el art. 24 CP ni en la anterior versión del art. 427 CP.

Dicha extensión se ha efectuado, evidentemente, con el fin de responder a lo exigido por el Convenio penal sobre corrupción del Consejo de Europa, para lo cual el legislador ha optado

por importar a la definición de los funcionarios públicos a efectos de los delitos generales de cohecho, el estilo de redacción de la definición que se utilizaba en la anterior versión del delito de corrupción en transacciones económicas internacionales del ya derogado art. 445.3 ACP con respecto a los funcionarios extranjeros³¹, tratando de combinarla, eso sí, con lo establecido en el anterior art. 427 ACP, con lo que, si bien trata de extender la relevancia típica de todas las modalidades de los cohechos, (propio, impropio, subsiguiente o de mero favorecimiento, tanto en sus formas activas como pasivas) a los actos corruptores realizados por o frente funcionarios de cualquier país extranjero u organización pública internacional, europeos o no, también y como tendremos ocasión de comprobar en el siguiente apartado de este trabajo, pretende asegurarse de que la referida delimitación pueda simultáneamente servir para que el nuevo delito del art. 286 ter CP responda a lo exigido por el convenio OCDE en el que tiene su origen³².

De esta forma, se ha establecido una definición amplia de los funcionarios extranjeros que parece puede dar respuesta a las exigencias de ambos convenios, aunque se ha hecho delimitándolos de una forma cuestionable y no plenamente coincidente con lo establecido en el art. 24 CP con respecto a los españoles. Así, por ejemplo y en tal sentido, llama la atención que la nueva redacción dada al art. 427 CP haga factible que se puedan predicar los diferentes tipos de cohecho con respecto a quienes ostenten un cargo administrativo, judicial o legislativo en un país extranjero, cuando los ostenten por nombramiento o por elección, pero no mencione expresamente a la ley como posible título habilitante para gozar de dicho carácter, lo que parece querer dejar claro que su consideración como tales no dependerá de la legalidad o ilegalidad de la adjudicación del cargo ejercido conforme a la legislación del país en que el sujeto

31 Así lo afirmaba, SÁNCHEZ BERNAL, J. Op. cit. ant. p. 192.

32 Así lo señalan, por ejemplo, MORALES PRATS, F./ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. *Comentarios al Código penal Español. T. II*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016, p. 1400.

actúe como tal, pero se aleja notablemente de lo establecido con carácter general en el art. 24 CP³³.

Sin embargo, y pese a la extensión de esta inicial definición, la letra b) del precepto ahora comentado amplía aún más su campo de aplicación al considerar como posible funcionario, autor o destinatario de delitos de cohechos, a “*cualquier persona que ejerza una función pública*” para una país extranjero, (incluido un organismo o una empresa pública), o para una organización internacional pública (no ONGs, ni otro tipo de organizaciones de carácter privado)³⁴, sin exigir en modo alguno que dicho ejercicio se realice mediante ninguno de los títulos habilitantes anteriormente señalados, lo que, dada la interpretación amplia que, como ya vimos, ha realizado nuestra jurisprudencia con respecto a la posible apreciación del ejercicio de dichas funciones en especial con respecto a las empresas e instituciones mixtas que la Administración puede utilizar para ejercitarla³⁵, podría llevar, por ejemplo, a que se pudiesen consi-

33 VALEIJE ÁLVAREZ, J. “Cohecho (art. 419 y ss.)” cit. ant. p. 1181.

34 La referencia a las organizaciones internacionales resulta fundamental, tal y como pone de manifiesto BENITO SÁNCHEZ, D. por cuanto si no existiese la misma las conductas realizadas con respecto a sus agentes quedarán en la más absoluta impunidad al no tener las mismas códigos penales que aplicarles., “Prevención y sanción de la corrupción de funcionarios públicos extranjeros e internacionales... cit. ant. p. 186.

35 De hecho esta definición amplia y material del concepto de empresa pública que, como ya hemos visto sostiene nuestra jurisprudencia y ha sido criticada por parte de nuestra jurisprudencia, se ajusta a la mantenida con respecto al mismo en los comentarios al Convenio OCDE, cuyo apartado 14, establece que se habrá de entender por empresa pública “...*cualquier empresa, independientemente de su figura legal, sobre la cual un gobierno o gobiernos puedan directa o indirectamente ejercer una influencia dominante. Éste se considera debe ser el caso, inter alia, cuando el gobierno, o gobiernos, es el tenedor de la mayor parte del capital suscrito de la empresa, controla la mayoría de los votos suscritos a las acciones emitidas por la empresa, o puede nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de supervisión, del órgano administrativo o directivo de la empresa.*” Señalando el apartado 15 a continuación que “*Deberá considerarse que un servidor de una empresa pública cumple una función pública a menos que la empresa opere en forma comercial normal en el mercado del sector; es decir, de una*

derar como funcionarios, a efectos de los delitos de cohecho, a los simples empleados de cualquier empresa mixta extranjera en la que se efectúe alguna de dichas funciones, algo que evidentemente resulta desmedido y no tendría cabida en el art. 24 CP, por lo menos, mientras dichos sujetos no hubiesen sido nombrados conforme a alguno de los títulos habilitantes anteriormente mencionados³⁶.

Pero es que, además y por otra parte, en su empeño por establecer una definición global de funcionarios extranjeros que pueda responder simultáneamente a lo exigido por los citados convenios internacionales referidos a la materia, el legislador también ha decidido extender la posible aplicación de los delitos de corrupción en el apartado c) del nuevo 427 CP a los funcionarios o agentes de la Unión Europea o de cualquier organización pública internacional. Esto, como bien señala VALEIJE ÁLVAREZ, incluirá a cualquier organización de dicha naturaleza con independencia de su forma de organización o su ámbito competencial, pudiendo tener naturaleza meramente regional, sin que, además, el funcionario o agente en cuestión tenga que tener nacionalidad española³⁷, y sin requerir tampoco que la organización en cuestión tenga que ser una de la que España sea miembro³⁸.

manera sustancialmente equivalente a la de una empresa privada, sin subsidios preferenciales ni otros privilegios.”, lo que de hecho determina que prácticamente queden tan solo al margen del concepto de empresa pública aquellas que, como ya señalaba JAVATO MARTÍN, A. M. persigan una finalidad exclusivamente mercantil. Op. cit. ant. p. 160 y sin ningún tipo de privilegio

36 No les faltaba razón, por tanto, a CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M. cuando cuestionaban la inclusión en el art. 24 CP de algunos de los sujetos a los que trataba como tales el Convenio OCDE, en el que tiene origen la redacción del precepto ahora analizado. *Comentarios al Código penal Parte Especial*. T. II. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004. p. 2122.

37 Así lo señala VALEIJE ÁLVAREZ, J. “Cohecho (art. 419 y ss.)” cit. ant. p. 1182.

38 Es significativo en este sentido que el legislador español haya ido incluso más allá de lo exigido por el convenio del Consejo de Europa que, si bien y como ya comentamos, exige que los Estados firmantes castiguen penalmen-

La amplitud de la definición utilizada para estos últimos sujetos como se puede comprobar es enorme, pero además y a nuestro modo de ver, resulta absolutamente innecesaria, por cuando una vez que la amplia delimitación de los sujetos susceptibles de cometer o ser objeto de un delito de cohecho contenida en el apartado b) del nuevo art. 427 CP se ha extendido tanto a los que ejercen funciones públicas para cualquier Estado extranjero como en cualquier organización pública internacional, nos resulta difícil imaginar algún caso en que los sujetos de los que habla el apartado c) de dicho precepto no pudiesen ser ya considerados como incluidos en el concepto definido por el apartado que lo precede, lo que nos lleva a pensar que, tal vez, el empeño del legislador por mantener una estructura en este precepto similar a la que tenía el anterior artículo 445.3 ACP y que conservará al mismo tiempo los aspectos más importantes de la que se contenía en el anterior art. 427 CP, le haya llevado a incurrir en una redundancia normativa con respecto a tales sujetos del todo innecesaria.

Sea como sea, lo cierto y verdad es que la modificación realizada por la LO 1/2015 ha venido a extender de forma significativa el ámbito de aplicación de los delitos generales de cohecho de los art. 419 y siguientes del CP, haciendo así que pasen a

te tanto la corrupción o el cohecho activo como el pasivo de funcionarios extranjeros o de funcionarios de organismos internacionales, solo exige en su artículo 9 que se sancione aquellos actos que se efectúen con respecto a funcionarios o agentes de organizaciones internacionales de las que sea miembro el Estado firmante; restricción esta última que nuestro legislador ha decidido omitir, posiblemente para conseguir que la definición ahora comentada sirva tanto para dar respuesta a las exigencias de este convenio, como a las del Convenio OCDE a cuyas exigencias trata de responder el delito del art. 286 ter CP; precepto que, como veremos, define los funcionarios con respecto a los cuales se puede cometer mediante una remisión precisamente a los que define el artículo 427 CP del que nos venimos ocupando, lo que, como afirma, VALEIJE ÁLVAREZ, J. determina que la nueva redacción del art. 427 CP trate de compatibilizar la noción de funcionarios aportada por el Convenio OCDE, con la otros instrumentos internacionales sobre la materia que han vinculado a España. “Cohecho (art. 419 y ss.)” cit. ant. p. 1180.

tutelar no solo el correcto funcionamiento de la administración pública española, sino también el de las administraciones del resto de países y organizaciones públicas internacionales, lo que amplía su ámbito de protección y al mismo tiempo redimensiona el contenido propio de su bien jurídico protegido, haciendo que ya no esté exclusivamente referido al funcionamiento de la Administración nacional, sino también al de cualquier Estado extranjero u organización internacional a la que el acto corruptor realizado pueda llegar a afectar, lo que, como veremos a continuación, tendrá importantes efectos.

3.2. La reforma del delito de corrupción en transacciones económicas internacionales.

Como ya hemos anticipado, la otra gran novedad de la reforma realizada por la LO 1/2015 ha incidido sobre la regulación del delito de corrupción en transacciones económicas internacionales.

Lo primero que llama la atención de la modificación de este delito, junto al incremento punitivo que la reforma realizada ha supuesto para las conductas de las que se ocupa y que no deja de ser sino una muestra más de la tendencia punitivista general mantenida en toda la ley³⁹, ha sido su cambio de ubicación, ya que la referida figura ha pasado de contemplarse entre los delitos contra la Administración Pública a estarlo entre los delitos contra el Mercado y los Consumidores; cambio que ha sido satisfactoriamente recibido por la doctrina, de forma prácticamente unánime, por considerar que su nueva localización se adecua mucho mejor a la verdadera naturaleza de este delito y especialmente al bien jurídico que vendría a proteger atendiendo a su especial

39 Así lo señala, por ejemplo, MIRÓ LLINARES, F. “Delito contra bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas” en *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 655. En similares términos BENITO SÁNCHEZ, D. “Análisis de las novedades...” cit. ant. p. 225 y ss.

configuración subjetiva, que no sería otro que la competencia leal en las transacciones comerciales internacionales⁴⁰.

Ahora bien, no ha sido ésta la única modificación relevante realizada por la comentada reforma. Además de reubicar este delito en el referido título, también se ha procedido a reformar significativamente su redacción, introduciendo, según nos dice la Exposición de Motivos de la propia LO 1/2015, “... mejoras técnicas en la regulación de estos delitos que tienen por objeto garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que mediante, el pago de sobornos, en beneficio propio o ajeno, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas”.

Con dicho fin, nuestro legislador ha establecido en el nuevo artículo 286 ter CP que “1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja

40 Así se desprende, a su modo de ver, del hecho de que el citado delito se distinga del resto de las figuras de corrupción por el hecho de exigir que el acto de corrupción realizado se tenga que efectuar precisamente con la finalidad de afectar al normal y leal funcionamiento de dichas operaciones para poder ser apreciado, lo que sin duda colorea su injusto típico dotándolo de contenido claramente lesivo para dicho valor, lo que ha llevado a la mayor parte de la doctrina recibir de forma satisfactoria dicho cambio. Así, por ejemplo, lo señalan, por ejemplo, BENITO SÁNCHEZ, D. quien de hecho consideraba que su inclusión en el Título XIX del Libro II, del Código penal era injustificada, en “Análisis de las novedades...” cit. ant. p. 221, OTERO GONZÁLEZ, P. Op. cit. ant. p. 452, MIRÓ LLINARES, F. quien afirmaba que dicho cambio representa una mejora sistemática, Op. cit. ant. p. 653; PUENTE ABA, L. M. “Corrupción en transacciones económicas internacionales (art. 286 ter CP)”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 924. De otra opinión, sin embargo, GARCÍA ALBERO, R. que apuntaba que la extensión del concepto de funcionario de los delitos contra la administración que había realizado el art. 427 CP, ya comentado acaso haría más justificable el mantenimiento del delito de corrupción internacional entre los delitos contra la administración. “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho” en *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 574 o RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. quien señala que la separación del resto de figuras de cohecho no resulta necesaria ni justificada, en *Comentarios al Código penal español. Tomo II*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 430.

indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentan corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público 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, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de prisión de tres a seis años, 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 triplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso 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.

2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427.”

Si bien es cierto que esta figura mantiene muchas de las características de su predecesora, ya que, además de continuar castigando solo la corrupción activa (la del particular)⁴¹, tanto cuando se hace directamente como a través de intermediario, –lo que tiene importantes efectos a la hora de delimitar la autoría de este delito⁴², pero también, y a nuestro modo de ver, puede y ha

41 Así lo señala de forma unánime la doctrina. Véase en tal sentido, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 456; OTERO GONZÁLEZ, P. Op. cit. ant. p. 483; GARCÍA ALBERO, R. Op. cit. ant. p. 575; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. *Comentarios al Código penal...* cit. ant. p. 432; MIRÓ LLINARES, F. Op. cit. ant. p. 654; PUENTE ABA, L. M. . Op. cit. ant. p. 924, entre otros

42 Así lo afirmaba, por ejemplo, ya en relación a la redacción originaria de este delito FABIÁN CAPARRÓS, E. A. que dicha expresión legislativa op-

de tenerlos en otros aspectos, como, por ejemplo, a la hora de fijar el lugar de realización del delito⁴³-, sigue conservando su configuración como delito de emprendimiento que castiga con la misma pena la efectiva consecución de la corrupción del funcionario y el mero intento de conseguirla⁴⁴, ello no puede ocultar y eso no puede pasarse por alto, que ha venido simultáneamente a introducir significativas modificaciones en su redacción típica que deben ser muy tenidas en cuenta a la hora de delimitar su injusto.

Así, y por ejemplo, llama especialmente la atención que el legislador haya decidido delimitar de forma diversa la exigencia subjetiva que precisamente caracteriza a este delito como una figura lesiva para la leal competencia transnacional. En concreto, lo ha hecho al establecer que el mismo se dará cuando se corrompa o se intente corromper a funcionarios “...*con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio*

ta por elevar a la categoría de autor, a quien solo sería, en realidad, un mero partícipe del delito cometido, el intermediario utilizado para ofrecer el soborno Op. cit. ant. p. 94; postura que compartían, entre otros, BENITO SÁNCHEZ, D. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales...* cit. ant. p. 242 o DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J. Op. cit. ant. p. 624;., indicando, por su parte, OTERO GONZÁLEZ, P. que el mantenimiento de dicha expresión en la nueva redacción de este delito trata de preservar dicho efecto. En Op. cit. ant. p. 487.

43 En este sentido, compartimos plenamente las palabras de OTERO GONZÁLEZ, P. cuando afirmaba que la previsión de la que nos venimos ocupando, que determina que quien usa al intermediario sea también autor del delito será la que impida que la conducta realice por alguien extranjero actuando en el extranjero (el intermediario) pudiese dar lugar a la impunidad de quien le motive a realizar tal actuación, ya que en caso de que a este último sujeto solo se le pudiese considerar como inductor se carecería de jurisdicción para poder castigarle en España por el hecho realizado fuera de nuestras fronteras. Op. cit. ant. p. 487.

44 Aunque admiten dicha continuidad, se muestran críticos con esta decisión legislativa, sin embargo, BENITO SÁNCHEZ, D. “Análisis de las novedades...” cit. ant. p. 227 u OTERO GONZÁLEZ, P. Op. cit. ant. p.480, por considerar que el mantenimiento de dicha expresión resulta paradójica una vez que se ha eliminado desde la LO 5/2010 con respecto a los delitos generales de cohecho. Op. cit. ant. p. 482.

de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales”.

Este especial elemento subjetivo del injusto continúa configurando a esta figura como un verdadero delito de tendencia interna trascendente y resultado cortado que solo se podrá apreciar cuando la actuación que contempla se realice con dicha finalidad subjetiva⁴⁵, sin que sea, sin embargo, necesario que quien la ejecute tenga que llegar a conseguir el objetivo que perseguía para producir la consumación formal de su injusto⁴⁶. Sin embargo, lo hará de forma diversa a como lo hacía su redacción anterior por cuando, en primer lugar, establece que el autor de este delito no tendrá ya que tender con su actuación a buscar la consecución o el mantenimiento de un “contrato” o un “beneficio” para poder ser considerado como tal, sino un “negocio” o “cualquier otra ventaja competitiva”, mientras que, por otra parte, tampoco exigirá que dichos posibles objetivos tengan que ser “irregulares” para que su búsqueda pueda dar lugar a su apreciación.

El primero de los referidos cambios determina una evidente ampliación del tipo de esta figura por cuanto mientras la expresión “negocio” resulta mucho más amplia que la de “contrato”, el cambio del término “beneficio” por el de “ventaja competitiva” también llevará a que este delito se pueda aplicar a actuaciones que, si bien no tienden a obtener un enriquecimiento económico directo (un beneficio), sí que darán lugar a una injustificada mejora de la posición competitiva del corruptor con respecto al resto de empresarios (p. ej. la concesión de una licencia, de un permiso de explotación o la modificación de una normativa que le favorezca con respecto a otras empresas)⁴⁷.

45 BENITO SÁNCHEZ, D. “Análisis de las novedades...” cit. ant. p. p. 224 o OTERO GONZÁLEZ, P. Op. cit. ant. p. 482.

46 OTERO GONZÁLEZ, P. Op. cit. ant. p. 482.

47 BENITO SÁNCHEZ, D., por su parte, consideraba que ya anterior expresión de “beneficio” podía englobar, precisamente, la persecución de un per-

Mientras tanto y por lo que se refiere al segundo, es evidente que la eliminación de la exigencia de que el negocio o ventajas perseguidas tengan que ser “irregulares” permite que nuestra legislación penal pueda responder, por fin, a lo exigido por el Convenio OCDE, dado que, como los propios comentarios dedicados al mismo afirman, se debía entender que conforme a lo en él establecido habría de ser delito “...*sobornar para obtener o quedarse con negocios o con otras ventajas indebidas, ya sea que la compañía interesada fuera o no el licitante mejor calificado; o de lo contrario, una compañía a la que se le hubiera adjudicado debidamente el negocio*”.

A pesar de tal exigencia, parecía evidente que al castigar la anterior regulación penal española tan solo los actos de corrupción tendentes a obtener contratos o beneficios que fueran irregulares, solo podían sancionarse aquellos que buscasen unos cuya concesión, en caso de alcanzarse, no se ajustaría objetivamente a la legalidad o a los deberes que correspondían a los funcionarios y autoridades públicos que podían otorgarlos, lo que además de obligar a analizar la regularidad o irregularidad de la conducta que se pretendía que estos últimos sujetos realizaran gracias al soborno atendiendo a la normativa del país del funcionario en cuestión, algo indudablemente problemático y que además no terminaba de ajustarse a lo exigido por el Convenio conforme a lo afirmado en sus Comentarios⁴⁸, también determi-

miso de explotación, en *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales...* cit. ant. p. 266, algo que parte de una interpretación amplia del concepto de beneficio que, a nuestro juicio, no se ajustaba al carácter económico patrimonial que había de darse a dicho término conforme a la legislación anterior y que obligaba a considerar el beneficio perseguido tuviese un contenido directamente económico y no de mero favorecimiento de su posible obtención posterior o indirecta, como permite la actual referencia a la obtención de una mera “ventaja competitiva”.

48 En este sentido, afirmaba ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R. que la OCDE siempre ha mantenido que no debe acudir a la legislación extranjera para poder aplicar el delito de corrupción de funcionario público extranjero como, de hecho, queda reflejado en los Comentarios al Convenio adoptados por la propia comisión negociadora del mismo el 21 de noviembre de 1997.

naba que la comentada figura no pudiese aplicarse a los cohechos activos impropios internacionales⁴⁹ y dificultaría notablemente que se pudiese utilizar en relación a los que se realizasen para incidir en las, siempre cuestionablemente calificables como regulares o irregulares, decisiones administrativas adoptadas en el ejercicio de competencias de carácter discrecional⁵⁰.

“La corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”, BMJ n° extra 2015, 2006, p. 209.

49 Así lo entendía, por ejemplo, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. *Comentarios a la parte Especial del Derecho penal...* cit. ant. p. 186. De otra opinión, sin embargo, era BENITO SÁNCHEZ, D., quien consideraba que, precisamente para atender a lo exigido por el convenio era necesario interpretar que por irregular se habría de entender simplemente que el negocio o ventaja se hubiese obtenido mediando soborno. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales...* cit. ant. p. 266. En idénticos términos e manifestaba también CUGAT MAURI, M. “Corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica* Estudios de Derecho Judicial, n° 62, CGPJ, Madrid, 2004 p. 340 y ss.

50 En este sentido resulta significativo que, como señala BENITO SÁNCHEZ, D., que el grupo de trabajo encargado de la elaboración del convenio OCDE pusiese de manifiesto en los comentarios al mismo que el delito que los Estados firmante debían crear para responder a lo en él exigido tenía que incluir a los pagos que tendiesen a la realización por parte del funcionario de un acto discrecional, en “Estudio de los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el Derecho penal alemán”, RECPC 15.05 (2013), p. 04:19; algo que, sin embargo, resultaba difícil de cumplir por la anterior versión del delito que venimos comentando, ya que era muy cuestionado por la doctrina que los actos pretendidos de los funcionarios pudiesen llegar a ser considerados como irregulares, dado que al no estar sometidos a una reglamentación tajante que determinase en qué sentido debía emitir su resolución el funcionario en cuestión, como sucedía con los “actos reglados” y depender en gran medida del juicio subjetivo y de la propia voluntad del funcionario, resultaba muy complicado determinar cuando se le podría calificar como contrarios a los deberes de su cargo y, por tanto, se los podría tener por irregulares. En este sentido, ha existido una viva polémica doctrinal a la hora de fijar cuando la persecución mediante soborno de actos discrecionales de los funcionarios podría dar lugar a la apreciación del delito de cohecho propio o del cohecho impropio, esto es, del que castigaría la persecución de la realización por su parte de un acto conforme a los deberes que le correspondían o de uno que no lo fuese. Sin ánimo alguno de realizar una exposición completa de dicha

Precisamente y a juicio de algunos, todos estos hechos han sido los que han llevado a que el legislador se haya decidido finalmente a prescindir de dicha exigencia en el nuevo texto del delito del art. 286 ter CP⁵¹; decisión que elimina la necesidad de comprobar la regularidad o irregularidad del comportamiento

polémica, si que nos gustaría destacar que, frente a quienes sostienen que no existen parámetros objetivos susceptibles de servir para valorar dicha adecuación, como por ejemplo, hace MANSO PORTO, T. “Corrupción y “compraventa” de voto en los diputados y demás mandatarios políticos a luz del Derecho penal español y alemán: los “casos Wuppertal Camas y Arrecife”” en *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción.*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 401; a nuestro modo de ver, el hecho de que los actos discrecionales otorguen un margen de decisión subjetiva al funcionario o autoridad, no implica en modo alguno que no tenga también criterios objetivos que permitirían apreciar su regularidad o irregularidad. En este sentido, entendemos, tal y como mantiene RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., que habrá que considerar que el acto discrecional perseguido no se ajustará a los deberes del cargo del que emite en la medida en que no responda objetivamente al objetivo que debería perseguir su adopción que no es otro que el interés público o general, algo que habrá de deducirse atendiendo a la forma seguida para adoptar el acuerdo, al procedimiento seguido para hacerlo y , como no a la adecuada motivación de la decisión adoptada *El delito de cohecho; Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Cizur Menor, 2007, p. 226 y ss. En términos muy similares se pronuncia también, por ejemplo, COMES RAGA, I. “El acto del cargo en el delito de cohecho pasivo propio antecedente”, *RGDP*, 22 (2014), p. 37 y ss. Este criterio permitiría por tanto, diferenciar actos discrecionales regulares e irregulares, algo que, sin embargo, y tras la reforma del delito de corrupción en transacciones internacionales, resulta ya innecesario de hacer con respecto al delito del art. 286 ter CP, ya que tanto los unos como los otros tendrían perfecta cabida en su tipo delictivo. Respecto a este tipo de actos, resulta interesante la propuesta realizada por VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. quien, considera que la persecución mediante pagos indebidos de decisiones administrativas discrecionales debería ser castigadas con mayor pena que la de actos reglados, ya que dejaría a la ciudadanía en una situación de mayor indefensión que éstas, en “Política criminal del cohecho impropio: presupuestos para su reforma en el Código penal español”, *Diario La Ley*, nº 8526, 2015, en <http://diariolaley.laley.es/> (últ. vis. 27-4-2016), en similares términos se manifestaba también el mismo autor en “Sobre el cohecho por “actos propios del cargo” y sus relaciones con el delito de exacciones ilegales”, en *CPC*, nº 116, 2015, p. 143 y 153.

51 BENITO SÁNCHEZ, D. “Análisis de las novedades...” cit. ant. p. 225.

que se pretendiese obtener del funcionario mediante el acto de corrupción propio de este delito conforme a la normativa nacional que le correspondiese, con lo que, aunque se sigue manteniendo a los cohechos activos subsiguientes y a los de mero favorecimiento al margen del tipo de este delito, ya que aluden a conductas que, por definición, no tenderán a conseguir la ejecución de ningún acto concreto posterior a su realización por parte del funcionario frente al que se efectúen, sí que se abrirá las puertas de par en par a que esta figura pueda, por fin, utilizarse para sancionar tanto las conductas que tiendan a influir en el futuro ejercicio de competencias discrecionales como aquellos otros que tratasen de conseguir actos correctos o “regulares” por parte de los funcionarios a los que se dirigiesen (los cohechos impropios)⁵².

52 Así lo entienden, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F. Op. cit. ant. p. 457; OTERO GONZÁLEZ, P. Op. cit. ant. p. 482; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. *Comentarios al Código penal...* cit. ant. p. 435 o GARCÍA ALBERO, R. quien excluye la posibilidad de que este delito se pueda aplicar a los sobornos que no estén conectados a actuaciones concretas del funcionario (el cohecho de favorecimiento a las que él denomina como cohecho impropio) y a las que sean recompensa del actos ya realizados (el cohecho subsiguiente). En Op. cit. ant. p. 574. De hecho, y en relación con el cohecho de favorecimiento, el realizado en consideración al cargo, hay que indicar que su inclusión en este delito estaba expresamente excluida por los Comentarios al Convenio OCDE en el que encuentra su origen, estableciendo su apartado 9 que *“Los ‘pagos de facilitación no constituyen pagos hechos para obtener o quedarse con negocios o con otra ventaja indebida’ dentro del significado del párrafo 1 y, por consiguiente, tampoco son un delito. Esos pagos que en algunos países se hacen para inducir a los servidores públicos a cumplir con sus funciones, como expedir licencias o permisos, en general son ilegales en el país extranjero en cuestión. Los demás países pueden y deben atacar este fenómeno corrosivo mediante otros recursos, como el apoyo a los programas de buena gobernanza. Sin embargo, la tipificación como delito por parte de otros países no parece una medida complementaria práctica ni eficaz.”*; aunque tal y como indica BENITO SÁNCHEZ, D. parece que dicha institución ha variado notablemente su postura inicial frente a dicho tipo de prácticas, al establecer en el apartado VI de su Recomendación (C(209)105) de 29 de noviembre de 2009, que, dado que los mismos pueden tener “efectos corrosivos sobre el desarrollo económico sostenible y el Estado de Derecho”, se recomienda a los Estados que revisen su política

Ahora bien, algunos autores han considerado que esta última ampliación típica también está lejos de estar exenta de problemas, ya que, si bien es indudable que la realización de una conducta de corrupción efectuada ante un funcionario para que realice una actuación que es propia de su cargo y, por tanto, sería “regular” por corresponderse con la que tendría que efectuar, condiciona o puede condicionar su voluntad y en consecuencia también la imparcialidad y buen funcionamiento de la administración, resulta difícil de mantener que cuando se tiene o se corrompa a dichos sujetos para que, por ejemplo, otorguen un contrato o asignen una concesión a quien, de hecho, había presentado la mejor oferta para obtenerlos, se esté poniendo en tela de juicio en modo alguno “*las normas de la competencia que rigen las relaciones comerciales internacionales*”, esto es, la leal competencia internacional que define el otro bien jurídico protegido por este delito; circunstancia que, precisamente y en opinión de los referidos autores, debería impedir que esta última clase de actuaciones pudiesen ser subsumidas en su tipo de injusto⁵³.

Esta posible crítica olvida, sin embargo y a nuestro modo de ver, que nos encontramos ante un delito que ni exige que su ejecución llegue objetiva y efectivamente a producir un cambio o alteración sobre el precio o las operaciones que se habrían producido en el mercado de no haberse realizado el acto corruptor que vendría a castigar, produciendo así una operación alterada que lesione efectivamente a algún competidor, ni tampoco requiere que se constate que dicho acto era, por lo menos, idóneo, desde un punto de vista *ex ante*. En realidad, estamos ante una figura que tan solo requiere que se constate que la ejecución de su conducta típica tendía subjetivamente a asegurar la obtención o conservación de un contrato o de una ventaja competitiva de

frente a dicho tipo de pagos e incentivos a las compañías para que los prohibían, reconociendo que son ilegales en país en que se efectúan, en “Análisis de las novedades...” cit. ant. p. 225

53 OTERO GONZÁLEZ, P. Op. cit. ant. p. 482 y ss.

carácter transnacional, para poder apreciar su realización; lo que denota, a nuestro modo de ver, que nos encontramos ante un delito que parte de la base de quien soborna o trata de sobornar a un funcionario para conseguir un negocio o una ventaja competitiva realiza una actuación que automática y necesariamente lesiona la leal competencia que debe regir en el mercado, ya que se asegura o trata de asegurarse una posición predominante con respecto a la posible obtención de dicha transacción económica, mediante una conducta que nada tiene que ver con la calidad o el precio que tendrían sus servicios o productos frente a los de sus competidores. Esto es, con una conducta que lo que trata es precisamente de evitar que la concesión del negocio o ventaja en cuestión se rija por las reglas generales que deberían determinarla en un mercado en el que prime la leal y libre competencia.

No habrá, por tanto, problema alguno para que este delito castigue a quien realiza un acto de soborno para obtener un contrato que habría obtenido de cualquier forma, bien porque su oferta fuese la mejor, bien porque fuese la única presentada, ya que ninguno de dichos hechos impide, a nuestro modo de ver, que se pueda y se tenga que considerar que quien corrompe o intenta corromper a un funcionario para obtener un negocio o una ventaja competitiva, siempre obtiene o trata de obtener su concesión vulnerando las normas de competencia que deberían regirla en los mercados internacionales.

Ahora bien, si ha habido una novedad en la reforma que ha planteado dudas a la doctrina que se ocupado de ella, ésta ha sido la derivada del cambio de definición de los funcionarios a los efectos de este delito que ha efectuado el apartado 2 del artículo que venimos comentado; precepto que establece que, a los efectos del comentado artículo, “...*se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427.*”

Con ello, se asimila el grupo de posibles sujetos destinatarios de las conductas corruptoras que castiga el delito de corrupción del art. 286 ter CP y sus posibles tipos cualificados del art. 286 *quater* CP, a los que, como ya vimos, delimita a los

posibles funcionarios destinatarios o responsables de los delitos generales de cohecho que castigan los artículos 419 y siguientes del Código penal, incluyéndose así en el delito de corrupción en transacciones económicas internacionales no solo a los funcionarios de Estados extranjeros o de organizaciones internacionales, sino también a los nacionales, algo que indudablemente extiende la protección del comentado delito al funcionamiento de tales administraciones, haciendo así que parte de su injusto se confunda y solape con el propio las figuras de cohecho activo, lo que dará lugar a que se presenten variados, numerosos y muy controvertidos problemas de los que nos pasamos a ocupar.

4. Problemas y cuestiones abiertos por la nueva regulación penal de la corrupción internacional

Como ya hemos visto, la reforma realizada por la LO 1/2015 ha representado una notable ampliación del arsenal punitivo español existente contra la corrupción de carácter internacional, por cuando, por una parte, ha venido a asimilar el tratamiento penal de dicha forma de delincuencia al de la nacional, mediante la ampliación que el art. 427 CP ha realizado del concepto de funcionario, mientras que, por otra, también ha extendido el ámbito de aplicación del delito de corrupción en transacciones económicas internacionales del nuevo artículo 286 bis CP a los actos de corruptores que tiendan a afectar a dichas operaciones que se efectúen ante funcionarios pertenecientes a la administración española y no solo a la de otros países u organismos inter- o supranacionales.

Con ello, ambas figuras pueden castigar los actos corruptores realizados con respecto a las mismas administraciones, hecho que ha llevado a que algunos autores consideren que continuar manteniendo el tratamiento separado y diferenciado de esta última forma de corrupción internacional con respecto al resto de las castigadas en los delitos generales de cohecho carece ahora de todo sentido, por cuando una vez que estos últi-

mos delitos pueden castigar de forma general todas las posibles manifestaciones de corrupción nacional o internacional, la especial regulación de la corrupción en transacciones económicas internacionales deviene prácticamente superflua e innecesaria, dando, además, lugar su existencia a la aparición de problemas difícilmente solventables⁵⁴.

Así, por ejemplo, resulta evidente que, tras la reforma, la realización de las conductas de corrupción activa contempladas en el art. 286 ter CP, tanto si se efectúan ante funcionarios nacionales como si se hace ante extranjeros, podrá ser castigada también mediante la apreciación de los delitos de cohecho activo propio o impropio, contemplados en los apartados 1 y 2 del art. 424 CP; delitos éstos sobre los que, sin embargo, la figura del art. 286 ter CP tendrá preferente aplicación tanto por prever mayor pena, incluso si cuando los cohechos se apreciaran en su modalidad cualificada contemplada en el art. 424.3 CP, lo que convertiría al art. 286 ter.1 CP en preferentemente aplicable atendiendo a la cláusula concursal contenida en dicho precepto⁵⁵, como por contemplar una figura más especial, al estar el

54 En este sentido, prácticamente toda la doctrina que se ha ocupado del tema ha entendido que la nueva redacción dada al comentado precepto dará lugar a complejos problemas concursales. Así, por ejemplo, OTERO GONZÁLEZ, P. Op. cit. ant. p. 488 y ss; BENITO SÁNCHEZ, D., quien considera que podría llegar a eliminarse este delito una vez que se han ampliado los delitos generales de cohecho, a no ser que se considere que el del nuevo art. 286 ter CP protege que tutela un bien jurídico diferente a dichos delitos, en “Análisis de las novedades...” cit. ant. p. 223 y 227 o PUENTE ABA, L. M. quien entiende que habría sido conveniente mantener dentro del delito del 286 ter CP tan solo a los funcionarios extranjeros o de organizaciones internacionales, precisamente para evitar dichos solapamientos. Op. cit. ant. p. 926.

55 Debe tenerse en cuenta, en tal sentido que, pese a que este delito tiene prevista la misma pena de prisión que el cohecho pasivo propio, establece una mayor pena de inhabilitación y una posible mayor multa para sus autores, lo que unido a su mayor especialidad (solo a los casos de corrupción en transacciones económicas internacionales) determina su preferente aplicación, incluso cuando se pudiera apreciar el delito de cohecho general en su modalidad cualificada. Así lo entienden, por ejemplo, GARCÍA ALBERO, R.

referido delito exclusivamente referido a los actos de corrupción que representen ataques subjetivamente dirigidos contra la leal competencia comercial internacional y no a los que busquen cualquier otro posible fin⁵⁶.

Sin embargo, incluso en estos casos que parecen claramente resueltos se plantean ya algunas cuestiones y problemas a los que es difícil responder.

Así y en primer lugar, resulta difícil de explicar cuál habría sido la razón por la que nuestra nueva regulación penal vendría a castigar con la misma pena abstracta al particular que trate o consiga corromper a un funcionario público para que realice un acto propio de su cargo y a aquel otro que lo hubiese hecho tratando o consiguiendo que el funcionario en cuestión efectuase

Op. cit. ant. p. 554 y 57, MUÑOZ CONDE, F. Op. cit. ant. p. 457. OTERO GONZÁLEZ, P., . Op. cit. ant. p. 484, entre otros.

- 56 Por la especialidad del art. 286 ter CP se decanta, por ejemplo, OTERO GONZÁLEZ, P., quien señala que esta situación ha cuestionado la operatividad del tipo de corrupción internacional al convertirlo en ley especial frente a los cohecho general, afirmando que la regla concursal de la alternatividad contenida en el propio 286 ter CP solo pretende garantizar que la corrupción tenga siempre mayor pena cuando se realice en el marco de una actividad profesional Op. cit. ant. p. 485. También aprecia la especialidad del art. 286 ter CP, , en relación al cohecho activo propio del tipo cualificado del art. 424.3 CP BENITO SÁNCHEZ, D., ya que considera que este último tipo tiene la misma pena que el delito del art. 286 ter CP, lo que, a mi modo de ver, olvida, en primer lugar que el delito de corrupción en transacciones internacionales no solo se puede apreciar cuando se realiza para obtener un contrato público o una subvención, sino también cualquier otra ventaja competitiva, término éste que engloba muchas más posibilidades que dichos posibles objetivos y que convierten al tipo delictivo del art. 286 ter CP en un tipo mucho más amplio que el contemplado en el 424.3 CP con lo que habrá ocasiones en que su apreciación solo pueda concurrir con la del tipo básico del 424 CP y no con dicho tipo cualificado, teniendo por tanto, preferente aplicación por tener una pena mayor. Pero es que, además y por otra parte, también parece olvidar que el art. 286 ter 1 CP contempla para sus autores una pena de inhabilitación de inhabilitación más amplia y grave que la que contempla el 424.3 CP para suyos, lo que siempre llevará a que el delito de corrupción en transacciones internacionales siempre tenga preferente aplicación sobre el delito de cohecho activo propio, aún cuando éste se pueda llegar a cualificar.

un acto contrario a los deberes que le correspondían, si ambos sujetos actuaron con finalidad de obtener o mantener una ventaja competitiva transnacional, mientras establece, sin embargo, que quienes efectúen una de tales conductas corruptoras, pero lo hagan con cualquier otra finalidad (p. ej. con la de conseguir que no se le multase o incluso con la de incidir en la adjudicación de un contrato público sin trascendencia para la competencia internacional), tendrán que ser castigados con una pena notablemente diferente atendiendo a lo establecido en el art. 424 CP⁵⁷. ¿Acaso ambas conductas no representan una afección diferente respecto al correcto funcionamiento de la Administración Pública y por ello se tratan de forma diferente en los delitos de cohecho? Entonces, si esto es así, ¿por qué el legislador ha decidido tratarlas por igual cuando se efectúen como medio de ataque contra la leal competencia en los mercados internacionales y de forma diferente cuando no lo hacen? ¿Ello no supone una incongruencia normativa que pone de manifiesto una evidente infracción de los principios de proporcionalidad y de igualdad al tratar por igual dos situaciones que son de por sí claramente diferentes?

En un intento de salvar esta última aparente contradicción punitiva, BENITO SÁNCHEZ afirmó que este diverso tratamiento tal vez podría justificarse haciendo hincapié en los diferentes bienes jurídicos que protegen los delitos del art. 286 ter CP (la competencia leal en el comercio internacional) y el del art. 424 CP (el correcto funcionamiento de la administración pública el otro) lo que podría dar lugar a la apreciación de un concurso de delitos y no de leyes entre ambas figuras cuando concurriesen respecto a un mismo supuesto de hecho⁵⁸. Sin embargo y a nuestro modo de ver dicha supuesta solución resulta

57 BENITO SÁNCHEZ, D. “Análisis de las novedades...” cit. ant. p. 223 y ss o RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. quien habla de dislate valorativo atendiendo a este aspecto de la reforma *Comentarios al Código penal...* cit. ant. p.435

58 Así lo indica BENITO SÁNCHEZ, D., si bien el propio autor termina señalando que dicha solución será de difícil aceptación “Análisis de las novedades...” cit. ant. p. 224

imposible de sostener, por lo menos de *lege lata* y atendiendo a la actual configuración de estos delitos, dado que al haber extendido el nuevo art. 427 CP, como hemos visto, la protección de los tipos generales de cohecho al correcto funcionamiento de cualquier administración nacional o extranjera y representar la realización de los actos de corrupción en transacciones económicas internacionales del art. 286 ter CP un acto que, por más que se efectuó con finalidad de afectar al correcto y leal funcionamiento de los mercados internacionales, también y necesariamente pondrá en tela de juicio la imparcialidad y objetividad de alguna de dichas administraciones, se hace evidente que la ejecución de esta última figura siempre supondrá la simultánea realización del ataque propio de los delitos de cohecho⁵⁹, con lo su apreciación conjunta con alguno de estos delitos respecto a un único hecho contrariaría el principio de *ne bis in idem*.

Por otra parte, tampoco parece muy razonable que la comentada solución concursal en favor del delito del art. 286 ter CP lleve también a que, mientras que el particular que cometa un delito de cohecho activo contemplado en el art. 424 CP pueda beneficiarse de la posible exención de responsabilidad establecida en el art. 426 CP prevista para quienes, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva realizada por un funcionario público, denunciaren el hecho a la autoridad competente para su averiguación antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hubiesen transcurrido más de dos meses desde la realización de los hecho, el que lo haga con la finalidad de incidir en las transacciones económicas internacionales que caracteriza y diferencia al delito del art. 286 ter CP

59 Así lo entienden por ejemplo GARCÍA ALBERO, R. quien le atribuye, correctamente a nuestro modo de ver, naturaleza de delito pluriofensivo y destaca que la cláusula concursal contemplada en dicho precepto, solo puede entenderse precisamente en el sentido de evitar la apreciación de un posible concurso ideal de delitos, en Op. cit. ant. p. 574 u OTERO GONZÁLEZ, P. Op. cit. ant. p. 458 ya lo mantenía con respecto a su anterior versión, por ejemplo, DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J. Op. cit. ant. p. 612.

frente a los de generales cohecho, no pueda gozar de tal posible exención.

Esto es lo que se deduce, a nuestro juicio, tanto del hecho de que el cambio de ubicación de este último delito haga aún más patente que su localización anterior, la clara voluntad legislativa de excluir la posible aplicación de la citada excusa absolutoria al mismo, como de que dicha decisión legislativa sea plenamente congruente con lo exigido en las recomendaciones realizadas durante la fase 2 de evaluación realizada por el grupo de trabajo del Convenio OCDE y, en concreto, con su recomendación 4 c) en la que se requería a España para que dejase claro que la referida causa de levantamiento de la pena prevista para los cohechos no podía ser aplicada a los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales⁶⁰, algo que, a nuestro modo de ver, queda fuera de toda duda tras el referido cambio de ubicación que manifiesta la rotunda oposición del legislador a considerar esta figura como próxima, análoga o similar a las de cohecho para las que dicha cláusula está expresamente prevista, con lo que cierra incluso la posibilidad de que la misma se pueda aplicar a los casos castigados por el art. 286 ter CP ni tan siquiera de forma analógica⁶¹.

60 Sobre esta exigencia y como incidió en el ordenamiento jurídico penal español previo a la reforma de la LO 1/2015, llevando a la independencia de las penas previstas para este delito y las de los de cohecho, véase lo comentado por ejemplo, por FARALDO CABANA, P. Op. cit. ant. p. 6 y 8; ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R. Op. cit. ant. p. 212. Sobre el proceso legislativo que ya desde el primer momento, llevó a descartar la aplicación de dicha excusa a los casos de los que hoy se ocupa el actual 286 ter CP, véase lo comentado por FABÍAN CAPARRÓS, E. quien señalaba que, precisamente, el hecho de que el grupo parlamentario popular se opusiera a la aplicación de dicha excusa absolutoria a este delito durante la tramitación de la LO 3/2000, por entender que la misma carecería de fundamento cuando la autoridad que puede perseguir al funcionario corrupto y al particular corruptor es diferente, como sucedía en dicha figura, fue el que llevó a que s incluyese en un título separado del de las figuras de cohecho Op. cit. ant. p. 122 y. ss.

61 Esto de hecho fue propuesto por VALEIJE ÁLVAREZ, I. quien señalaba que la aplicación analógica de la causa absolutoria prevista en el art. 426 CP a las conductas castigadas por el delito del art. 286 ter CP no sería el

En cualquier caso y pese a que esta clara decisión legislativa pueda estar motivada por las referidas exigencias internacionales, ello no impedirá que su establecimiento ahonde aún más en la ya de por sí cuestionable disparidad o asimetría de tratamientos punitivos previstos para los particulares que se ven envueltos en la comisión de cohechos activos y los que lo hacen en delitos de corrupción en transacciones internacionales⁶²; disparidad que aún se ahondará más, como consecuencia de otros efectos punitivos indirectos que se pueden llegar a dar en relación a otros delitos, como sucede, por ejemplo, con el de blanqueo, ya que, al haberse extraído el delito de corrupción en transacciones económicas internacionales de entre los delitos contra la Administración que castiga el tipo cualificado del art. 301.1 CP, se llegará a la paradójica situación de que el blanqueo pase a castigar más gravemente al particular que blanquee lo obtenido como consecuencia de la realización de un acto general de cohecho nacional o internacional que a aquel otro que haga lo mismo con lo obtenido tras cometer el delito del art. 286 ter CP, pese a que tanto la naturaleza pluriofensiva que este último delito presenta, como con su supuesta mayor gravedad con respecto a las más generales parecen indicar que debería suceder justo lo contrario.

Ahora bien, el mantenimiento de este tratamiento separado y distinto para los delitos de corrupción en transacciones económicas internacionales y los delitos generales de cohecho,

primer caso de aplicación de aplicación de dicho tipo de cláusulas a casos no previstos en las mismas que realizan nuestros tribunales, por considerarlas como beneficiosas para el reo, indicando, por ejemplo, que así sucedió con respecto a la aplicación de la cláusula de parentesco del art. 268 CP a los delitos societarios. En “Cohecho (art. 419 y ss.)” cit. ant. p. 1174.

62 Esto ya lo apuntaba, por ejemplo, ALCALÁ PÉREZ-FLORES quien consideraba, con respecto a la anterior versión del delito de corrupción en transacciones internacionales, que la exclusión de la aplicabilidad de esta cláusula de excusa absolutoria a los casos castigados por dicho delito era difícilmente justificable ya que llevaba a que se diese un diferente tratamiento punitivo a los cohechos simplemente dependiendo de si se realizaban ante funcionario nacional o extranjero. Op. cit. ant. p. 212.

todavía plantea otros problemas que no se deben olvidar, como sería, por ejemplo, el relativo a cuál habría de ser la calificación que se habría de dar, precisamente, a las actuaciones realizadas por los funcionarios o autoridades públicos que estuviesen implicados en alguna de las conductas de corrupción del art. 286 ter CP, bien por haber aceptado la propuesta realizada por el particular, bien por haber sido los que le hubiesen solicitado el soborno en cuestión.

Atendiendo a lo establecido en la regulación anterior de este delito, la mayoría de la doctrina consideró que el hecho de que el legislador hubiese decidido contemplar solo como típica del mismo la modalidad activa corrupción, esto es, la realizada por el particular, sin sancionar de forma expresa la pasiva o de funcionario, como sí había hecho en otras figuras de corrupción y participación necesaria, como el cohecho, indicaba que había optado por mantener al margen de su tipo de injusto principal y también de los accesorios que podrían derivarse de la participación en su realización (p. ej. inducción o cooperación necesaria), a las actuaciones que pudiesen realizar tales sujetos, entre otras razones, por las dificultades que tendría la persecución de los funcionarios y autoridades extranjeros implicados en tales conductas⁶³.

63 RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. señalaba que mientras la estructura de delito de participación necesaria de estos delitos condicionaba la aplicación de las reglas generales de participación y el principio de coherencia del ordenamiento jurídico impediría tratar de forma diferente la conducta del funcionario en el cohecho y en la corrupción en transacciones económicas internacionales, castigándolo, por ejemplo, por inducción o cooperación en dicho delitos, el hecho de que los delitos generales de cohecho y el de corrupción en transacciones internacionales definiesen a sus funcionarios de forma diferente (nacionales y de la UE, los primeros, extranjeros los segundos) impediría que los tipos generales de cohecho se pudiesen aplicar a los funcionarios implicados en los casos de corrupción del, en aquel momento vigente art. 445 CP, en *Comentarios a la parte Especial del Derecho penal...* cit. ant. p. 1860. También excluían dicha posibilidad, por ejemplo, FABÍAN CAPARRÓS, E. Op. cit. ant. p. 88 y ss o BENITO SÁNCHEZ, D. quien, si bien señalaba que nada impediría, desde un punto de vista puramente teórico, atribuir al particular que realizase la propuesta corruptora

Lo mismo parece que se puede afirmar ahora tras la reforma realizada por la LO 1/2015 con respecto al comentado delito, por cuanto, de nuevo el legislador ha decidido no tipificar de forma expresa las conductas de los funcionarios en dicha figura, lo que vuelve a contraponerse con que lo ha hecho en los tipos generales de cohecho y vuelve a ser una clara muestra de su intención de no incluir la actuación de estos sujetos en el ámbito típico del delito del art. 286 ter CP ni por vía directa, ni tampoco de forma accesoria mediante la posible apreciación de su participación en el mismo⁶⁴.

Sin embargo, este hecho no debe hacernos olvidar que tras la entrada en vigor de la citada reforma, como hemos visto en el epígrafe precedente y a diferencia de lo que sucedía con anterioridad, no habrá ya problema alguno para que las conductas de los funcionarios implicados en dichas formas de corrupción internacional no solo puedan, sino que deban ser subsumidas dentro de los tipos de los delitos generales de cohecho pasivo de los artículos 419 y siguientes del Código penal, una vez que el ya comentado art. 427 CP ha extendido la aplicación de dichas figuras a las actividades corruptoras realizadas por los funciona-

al funcionario, la condición de inductor en el delito, dicha opción no resulta aceptable desde el punto de vista político-criminal *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales...* cit. ant. p. 294 y 295.

64 Así lo señalan, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F. Op. cit. ant. p. 456; OTERO GONZÁLEZ, P. Op. cit. ant. p. 483 y ss; GARCÍA ALBERO, R. Op. cit. ant. p. 575, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. *Comentarios al Código penal...* cit. ant. p. 433; MIRÓ LLINARES, F. Op. cit. ant. p. 654, entre otros. De hecho, esta posibilidad que fue planteada algún autor en la doctrina, llevaría de nuevo al sin sentido de que dos conductas que son castigadas de forma equivalente en el delito de cohecho pasivo (el solicitar y el aceptar la oferta o dádiva al o del particular), pasasen a poder ser sancionadas en relación con el delito de corrupción del art. 286 ter CP de forma diversa, por cuando mientras la solicitud de soborno del funcionario podría ser considerada como constitutiva de una inducción en dicho delito y, por tanto, podría ser castigada con la misma pena prevista en el mismo para su autor, la aceptación del soborno ofrecido por el particular solo podría ser castigada con la establecida para el cohecho lo que podría determinar, en su caso, que se sancionase a su autor, por ejemplo, con la menor pena prevista para el cohecho impropio.

rios de cualquier Estado extranjero u organización internacional, algo que, si bien parece puede servir para evitar la posible impunidad de tales sujetos, también dará lugar a que se planteen situaciones que son muy difíciles de comprender.

Así, por ejemplo, resulta realmente difícil de entender que, una vez que se ha afirmado que la mayor pena y también la mayor especialidad del delito del art. 286 ter CP con respecto al delito de cohecho activo general del art. 424 CP determinarán su preferente aplicación a los particulares implicados en este tipo de conductas y paralelamente se ha considerado que los funcionarios implicados en tales actuaciones no podrán responder ni siquiera como partícipes de tal delito, pero sí que podrán y tendrán que hacerlo por los delitos de cohecho de los art. 419 y siguientes de nuestro Código penal, se llega a la paradójica situación de que el particular implicado en dichos hechos siempre termine recibiendo mayor pena que el funcionario que también lo esté (la del delito de corrupción en transacciones económicas internacionales, no la del cohecho), pese a que resulta evidente que, al tener este último sujeto un mayor deber de fidelidad con respecto a la administración pública para la que trabajaba realizará una actuación que, como mínimo, debería ser considerada igual o algo más lesiva y grave respecto al correcto funcionamiento de dicha institución que la de aquél, mientras que, por otra parte, también afectará cuando menos en la misma medida, si no de forma más grave, que la del particular al otro valor que la comisión del delito de corrupción cuestiona, la leal competencia en el mercado internacional, dado que la posición que ostenta y la capacidad de decisión de la que goza con respecto a la posible consecución de la operación económica pretendida, le convertirá, sin duda, en el dominador último de su posible lesión⁶⁵.

65 De hecho OTERO GONZÁLEZ, P. señala acertadamente, a nuestro modo de ver, que es una verdadera disfunción que el particular que intervenga en estos delitos reciba mayor pena que el funcionario que lo cometa. Op. cit. ant. p. 485.

Si esta evidente contradicción punitiva ya es llamativa, no lo será menos aquella que se deriva del hecho de que, pese a que el legislador haya decidido extender la posible aplicación de los delitos generales de cohecho pasivo a los funcionarios extranjeros, no haya optado, sin embargo, por hacer lo mismo paralelamente con las reglas que deberían permitir la persecución de los sujetos que cometen tales delitos cuando los hubiesen realizado allende de nuestras fronteras; decisión que llevará a que mientras el principio de justicia universal establecido en el art. 23.4 n) LOPJ para el delito de corrupción en transacciones internacionales permita que se pueda perseguir a aquel particular que haya cometido dicho delito aun cuando lo hubiese hecho en el extranjero, no se pueda hacer lo propio con el funcionario que tome parte en un acto de corrupción internacional fuera de nuestras fronteras y afectando a una administración no nacional, ya que al ser su conducta, como ya hemos señalado atípica conforme a dicho delito, por más que sea relevante atendiendo a los de cohecho de los art. 419 y siguientes del Código penal, sólo se le podrá perseguir en la medida en que la hubiese cometido dentro del territorio nacional o siendo un funcionario al que se pudiese perseguir atendiendo al principio de personalidad⁶⁶.

Demasiados problemas, por tanto, y pocas soluciones efectivas. Ese sería, entonces, el balance global de la reforma realizada.

5. Retos y propuestas de la futura política criminal referida a la corrupción internacional.

A lo largo de este trabajo hemos podido comprobar, como la reforma realizada por la LO 1/2015 ha venido a dar un paso más en el cambio de estrategia que nuestra legislación penal, de forma acorde con la normativa internacional en la materia,

⁶⁶ Así lo señala, por ejemplo, GARCÍA ALBERO, R. Op. cit. ant. p. 575 u OTERO GONZÁLEZ, P. Op. cit. ant. p. 486, entre otros.

ha emprendido en su lucha contra la corrupción transnacional. En concreto, lo ha hecho ampliando la protección de los delitos generales de cohecho extendiéndola no solo a las administraciones nacionales o europeas, sino también a todas las del resto de países extranjeros u organizaciones públicas internacionales, en lo que supone una decisión claramente tendente a responder a las exigencias protectoras establecidas en el Convenio contra la Corrupción internacional del Consejo de Europa.

Sin embargo, dicha decisión político criminal se ha llevado a cabo de tal forma que generará problemas de todo tipo en el seno de nuestro ordenamiento penal. En primer lugar y entre otras cosas, por haberse efectuado manteniendo un separado y asimétrico tratamiento normativo para los delitos generales de cohecho internacional y para los que estén dirigidos a incidir en el correcto funcionamiento de las transacciones económicas internacionales. Un tratamiento separado y diferenciado que, a nuestro modo de ver y frente a lo que piensa gran parte de la doctrina, parece ser más una consecuencia o efecto derivado del proceso histórico de reformas acumuladas que se han ido realizando en nuestro ordenamiento en respuesta a los diferentes aldabonazos político-criminales que han ido dando los diversos tratados internacionales referidos a esta materia, que el resultado de una meditada y reflexiva decisión legislativa que hubiese tenido en cuenta todos los efectos, beneficios y problemas que el mantenimiento de tal separación habría de tener.

Es por ello, por lo que consideramos que sería conveniente replantearse si resulta realmente adecuado seguir sustentando la autonomía normativa del delito de corrupción en transacciones económicas internacionales o si, por el contrario, no sería mucho más correcto decantarse por entender que dicha forma de corrupción debería ser tratada, todo lo más, como una simple modalidad específica pero integrada en la más amplia categoría criminal de los delitos contra la Administración pública, lo que debería llevar a que su regulación apareciese incluida dentro del título dedicado a los mismos y, en particular, se contemplase

como un específico tipo cualificado predicable respecto a los delitos de cohecho propios e impropios, tanto activos como pasivos⁶⁷.

Esta última posibilidad presenta, a nuestro modo de ver, evidentes ventajas, lo que nos lleva a considerarla como la más acertada.

Así y en primer lugar, permitiría solventar varias de las incongruencias punitivas a las que, como hemos visto, lleva el tratamiento separado actualmente vigente, por cuanto serviría para que todas las modalidades de corrupción internacional castigasen, por lo menos de forma equivalente, tanto al particular como al funcionario implicado en su realización y lo hiciesen, además, diferenciando el tratamiento punitivo previsto para aquellos actos corruptores tendentes a conseguir comportamientos irregulares de estos últimos sujetos y los que buscasen, simplemente, que actuasen como deberían haberlo hecho en caso de no existir soborno alguno. Pero es que, además y por otra parte, dicha opción también haría factible que todas las referencias contenidas en otros preceptos del Código a los actos de corrupción pública, –como la contemplada en el ya citado tipo cualificado de blanqueo–, abarcasen todas sus posibles manifestaciones y no excluyesen de forma, a nuestro modo de ver, arbitraria e injustificada, como sucede en la actualidad, precisamente a aquellas que, por tener trascendencia para las operaciones comerciales internacionales, se consideran como las más graves y peligrosas.

Ahora bien, esta posible y, a nuestro juicio, completamente deseable modificación no conseguiría solventar todos los problemas e incongruencias que genera nuestra actual regula-

67 En tal sentido, compartimos la postura manifestada por MUÑOZ CONDE, F. cuando señalaba que la única razón de ser de la nueva incriminación separada de este tipo de conductas es la castigarlas más gravemente que al resto de cohechos, *Op. cit. ant. p. 457*, lo que nos lleva a considerar que la mejor opción para conseguir tal fin y no provocar todos los problemas que hemos señalado, es convertir su previsión en un tipo cualificado específico de los delitos generales de cohecho.

ción penal referida a los supuestos de corrupción internacional. Todavía quedarían otras importantes decisiones que adoptar, para conseguir que el sistema penal de lucha dicha forma de delincuencia responda de forma no solo coherente, sino también eficaz a tal fenómeno criminal.

Así, por ejemplo y a nuestro modo de ver, dicho objetivo solo se podrá alcanzar en la medida en que el legislador se replantee, en primer lugar, eliminar la excusa absolutoria prevista para los delitos de cohecho activo, contemplada en el vigente artículo 426 CP, no solo con respecto a la corrupción en transacciones económicas internacionales, como sucede en la actualidad, sino en relación a cualquier otra forma de corrupción, por representar su existencia un poco productivo y hartamente cuestionable privilegio para los particulares que toman parte en la realización de dichos hechos⁶⁸, y, por otra parte y paralelamente, opte también por extender la aplicación de la cláusula jurisdicción universal prevista en el art. 23.4 n) LOPJ para la corrupción en transacciones económicas internacionales a todas las posibles manifestaciones de corrupción internacional; decisión que, además de permitir que el sistema represivo general referido a dichas actuaciones mantenga la coherencia interna, también evitará que la nueva represión de los funcionarios extranjeros pueda quedar en un mero “brindis al sol” o en una muestra más del denominado Derecho penal simbólico, carente de cualquier efectividad real, como de hecho lo ha sido, por lo menos hasta

68 En tal sentido, compartimos el parecer de MUÑOZ CONDE, F. cuando señala, de forma general con respecto a la existencia de esta excusa absolutoria que “ *a pesar de que algún sector doctrinal ve justificada la existencia de este precepto e incluso considera que carece de sentido castigar al particular que se limita a aceptar la solicitud del funcionario, el problema consiste en que con él se puede atrapar a algún funcionario corrupto, pero se deja impune al gran corruptor (empresario importante, intermediarios profesionales, etc.) que puede utilizarlo cuando le convenga o como venganza contra el funcionario que le pide más de la cuenta o cuyo apoyo ya no le interesa, o simplemente como una forma de evadir su responsabilidad cuando vea que el hecho va a ser descubierto.*” En Op. cit. ant. p. 881.

el momento, la previsión del castigo de la corrupción en transacciones económicas internacionales⁶⁹.

Junto a todos estos problemas, el legislador también debería resolver de una vez por todas y de una forma clara otros más generales y que podrán tener incidencia tanto en el tratamiento penal de la corrupción internacional como en el de la nacional, como sucederá, por ejemplo, con el relativo al establecimiento de una más precisa y segura definición de las personas susceptibles de ser considerados como funcionarios a efectos de los delitos que sancionan y persiguen dichas formas de criminalidad. Una definición que, como hemos visto, incurre, en la actualidad y en relación a la delimitación de los funcionarios extranjeros, en evidentes e innecesarias redundancias, pero que, además y por otra parte, tampoco consigue concretar de forma clara la calificación que se habría de dar a aquellos sujetos que ejerzan funciones públicas en el seno de empresas u organismos de naturaleza mixta o privada, algo que sigue siendo objeto de una enorme controversia e inseguridad, pese a que sin duda tiene una enorme trascendencia práctica, ya que la inclusión o exclusión de dichos sujetos en el concepto de funcionario puede llevar, de hecho, a que los actos en los que se vean envueltos puedan ser considerados como constitutivos de alguna modalidad de cohecho, internacional o no, o como un simple y mucho menos grave delito de corrupción privada del art 286 bis CP.⁷⁰

69 En tal sentido, y como señala BENITO SÁNCHEZ, D. “Análisis de las novedades...” cit. ant. p. 226, llama poderosamente la atención que no haya habido ni una sola condena por la comisión de este delito desde su introducción en nuestro ordenamiento jurídico en el año 2000, lo que ha llevado a la OCDE a señalar que España no se toma en serio la persecución y el castigo de dicho delito y llevó a OTERO GONZÁLEZ, P. a considerar que para frenar este tipo de corrupción el legislador ha realizado avances teóricos simbólicos que no se han visto acompañados de una aplicación eficiente Op. cit. ant. p. 481 y ss y 492.

70 Hay que recordar, en tal sentido que la amplia definición legal vigente de los funcionarios, unida a la extensión que de la misma ha hecho la jurisprudencia, llevará a que en muchas ocasiones se pueda tener a muchos directivos de las empresas mixtas como tales a efectos penales, lo que, como señalaba

Todas estas tareas han de ser afrontadas por el legislador lo antes posible, no solo porque ello resulte completamente necesario para conseguir dotar al sistema penal español referido a la corrupción, en general, y a la corrupción internacional, en particular, de una coherencia interna y de instrumentos eficaces a la hora de luchar contra dicha forma de criminalidad, sino también porque su acometimiento resulta absolutamente fundamental para conseguir que la regulación penal referida esta materia goce de la seguridad y precisión que resulta exigible a cualquier normativa penal de un verdadero Estado de Derecho.

Los retos y cuestiones relativas a este tema, como se pude comprobar, son múltiples y están ya planteados. Esperemos que el futuro legislador que surja de nuestra, por otra parte, últimamente bastante convulsa vida política, decida afrontarlos y los solvante de forma coherente, meditada y completa y no poniendo parches parciales o meros paños calientes que solo traten de responder, precipitadamente y de forma en la mayoría de las ocasiones meramente aparente, a las exigencias represivas internacionales que se le planteen sin analizar siquiera cómo pueden interactuar las mismas con lo ya establecido en nuestro ordenamiento, como por desgracia hemos visto que han venido realizando todos los que le han precedido hasta la fecha en dicha responsabilidad y también ha hecho el que ha efectuado la reforma a cuyo análisis hemos dedicado este trabajo. La efectuada por la muy cuestionada y, a nuestro modo de ver, hartamente cuestionable LO 1/2015.

OTERO GONZÁLEZ, P., si bien se adecuaba a lo afirmado en la Exposición de motivos de la LO 5/2010 que expresamente señalaba que las conductas de corrupción realizados por quienes actúan en empresas públicas o mixtas debían quedar sometidas a la disciplina del cohecho, no excluye, en modo alguno, la posibilidad de que también se les pueda tener como posibles autores del delito de corrupción en los negocios del art. 286 bis CP, Op. cit. ant. p. 460 y ss. Esto dará lugar a una situación concursal compleja que debería ser resuelta de forma clara y contundente por nuestro legislador en el futuro.

Bibliografía

- ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R., “La corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”, *BMJ*, nº extra 2015, 2006.
- BARAGLI, N. RAIGORODSKY, N., *Convención interamericana contra la corrupción: implementación de un eficaz instrumento internacional de lucha contra la corrupción*, Ed. Oficina Anticorrupción, Ministerio de Justicia y Derechos humanos. Buenos Aires, 2004.
- BECK, U., *¿Qué es la globalización?*, Ed. Paidós, Barcelona, 2008.
- BENITO SÁNCHEZ, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Ed. Iustel, Madrid, 2012.
- “Estudio de los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el Derecho penal alemán”, *RECPC* 15.05 (2013).
- “Prevención y sanción de la corrupción de funcionarios públicos extranjeros e internacionales en los instrumentos legales supranacionales”, en *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2016.
- COMES RAGA, I., “El acto del cargo en el delito de cohecho pasivo propio antecedente”, *RGDP*, 22 (2014).
- CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código penal Parte Especial*. T. II. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- CUGAT MAURI, M., “Corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica* Estudios de Derecho Judicial, nº 62, CGPJ, Madrid, 2004.
- DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Sujetos y autores en los delitos de funcionarios: Dos reflexiones teóricas con incidencia práctica”, en *Estudios penales en homenaje a*

- profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Ed. Constitutio Criminales Carolina, 2013.*
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Ed. Civitas, Madrid, 2011
- FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- FARALDO CABANA, P., “¿Se adecua el Derecho penal español al convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales? Avance de resultados de la evaluación en fase 3” *BMJ* n° 2148, 2012.
- FERNÁNDEZ PUNSET, J., “El Estado de Derecho y la lucha contra la corrupción pública”, *Revista Jurídica de Asturias*, n° 38, 2015.
- FISHMAN, R. y MIGUEL, E., *Foreign Policy Edición Española*, n° 29, 2008.
- GARCÍA ALBERO, R., *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015
- GARCÍA ALBERO, R. / CUGAT MAURI, M., “Corrupción en el sector público” *BMJ* n° extra 2015, 2006
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- JAVATO MARTÍN, A. M., “El concepto de funcionario y auto-ridad a efectos penales”, *RJCL* n° 22, 2011
- MANSO PORTO, T., “Corrupción y “compraventa” de voto en los diputados y demás mandatarios políticos a a luz del Derecho penal español y alemán: los “casos Wuppertal Camas y Arrecife”” en *La intervención penal en supuestas de fraude y corrupción.*, Ed. Bosh, Barcelona, 2015.
- NETSLER, C., “Amststrägerkorruption gemäss § 335 a StGB”, en *StV*, 2009

- MAPELLI MARCHENA, C., *El modelo penal de la Unión europea*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- MIRÓ LLINARES, F., “Delito contra bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas” en *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- MORALES PRATS, F./ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios al Código penal Español. T. II*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016
- MURIEL PATINO, M. V., Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción” en *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2004.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- NIETO MARTÍN, A., “La corrupción en el comercio internacional (o cómo de la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando un efecto positivo)”, RP nº 12, 2003.
- OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
- OTERO GONZÁLEZ, P., “Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015”. (Análisis de cuestiones concretas de los art. 286 bis y ter CP)” en *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Ed. Atelier. Barcelona, 2016.
- PAPATHANASIOU, K., “Amtsträgerkorruption unter Beteiligung ausländischer und internationaler Bedienstete - die neue Gleichstellungsklausel des § 335a StGB”, en *Wistra* nº. 5, 2016.
- PIETH, M. EIGEN, P., *Korruption im Internationalen Geschäftsverkehr. Bestandaufnahme, Bekämpfung, Prävention. V. Luchternahd*, Frankfurt am Main, 1998.
- POZUELO PÉREZ, L., “Los delitos contra la administración pública”, en *Estudios sobre las reformas del código*

- penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Ed. Civitas, Madrid, 2011.
- PUENTE ABA, L. M., “Corrupción en transacciones económicas internacionales (art. 286 ter CP)”. en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- RAMÓN RIBAS, E., “La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)” EPC, V. XXXIV, 2014.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. , *El delito de cohecho; Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Cizur Menor, 2007
- Comentarios a la parte Especial del Derecho penal*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011
- Comentarios al Código penal español. Tomo II*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- SÁNCHEZ BERNAL, J., “Delincuencia de los poderosos y cohecho. Modificaciones previstas en el proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 2013”, en *El proyecto de reforma del Código penal de 2013, a debate*. Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2012.
- VALEIJE ÁLVAREZ, J., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública”” CPC, nº 62, 1997.
- “Cohecho (art. 419 y ss.)” en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Política criminal del cohecho impropio: presupuestos para su reforma en el Código penal español”, *Diario La Ley*, nº 8526, 2015, en <http://diariolaley.laley.es/> (últ. vis. 27-4-2016).
- “Sobre el cohecho por “actos propios del cargo” y sus relaciones con el delito de exacciones ilegales”, en CPC, nº 116, 2015.
- VIVES ANTÓN, S., “*Detenciones ilegales*”, en *La detención: delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el*

ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes: detenciones ilegales, la detención gubernativa y la detención judicial, Ed. Bosch, Barcelona, 1977.