

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXVI

■ Núm. 2148

■ Noviembre de 2012



ESTUDIO DOCTRINAL

¿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

PATRICIA FARALDO CABANA



ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-12-001-1

www.mjusticia.es/bmj

¿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*

PATRICIA FARALDO CABANA

Catedrática de Derecho penal. Facultad de Derecho. Universidade da Coruña

RESUMEN

En este estudio se analizan las exigencias de tipificación contenidas en el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales y su cumplimiento en el Derecho penal español. Para ello se tienen en cuenta las evaluaciones realizadas por el Grupo de Trabajo contra la corrupción y las subsiguientes reformas realizadas sobre el delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros y otros preceptos relacionados (relativos al comiso y a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fundamentalmente). El objetivo es determinar si la evaluación en fase 3, que tuvo lugar en julio de 2012, será positiva o pondrá reparos a las reformas realizadas.

ABSTRACT

The criminalization requirements contained in the OECD Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and compliance with this in Spanish criminal law are analyzed in this study. In doing this, account is taken of the evaluations carried out by the Working Group on Bribery in International Business Transactions and the subsequent reforms regarding the offence of bribery of foreign public officials and other related rules (relating to the confiscation and the criminal liability of legal persons, fundamentally). The objective is to ascertain whether the evaluation at phase 3, which took place in July 2012, will be positive or it will raise objections to the reforms carried out.

1

PALABRAS CLAVE

Corrupción internacional, comiso, responsabilidad penal de las personas jurídicas

KEY WORDS

International bribery, confiscation, criminal responsibility of corporations

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Las modificaciones introducidas en relación con la tipificación del delito
- III. Las modificaciones introducidas en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas
- IV. Las modificaciones introducidas en relación con las sanciones
- V. Conclusiones
- VI: Bibliografía

* Fecha de recepción: 13-7-2012. Fecha de aceptación: 4-9-2012

I. INTRODUCCIÓN

España firmó el 17 de diciembre de 1997 y ratificó el 3 de enero de 2000 (publicándose el Instrumento de ratificación en el BOE de 22 de febrero de 2002) el Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (en adelante, Convenio OCDE)¹, que recoge una serie de obligaciones para los Estados Parte en relación, por lo que aquí nos interesa, con la tipificación del delito², la responsabilidad de las personas jurídicas³ y las sanciones⁴. Unos días antes de la fecha de la ratificación (aunque la publicación, como se ha indicado, tuvo lugar dos años después) se modificó el Código penal de 1995 por la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, para introducir un nuevo Título XIX *bis*, con la rúbrica “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, con un único art. 445 *bis* CP, en el Libro II del Código penal de 1995, que contemplaba un delito de estas características⁵. De acuerdo con la Exposición de Motivos, “se pretende así complementar la

¹ Sobre los orígenes de la preocupación por la corrupción en el seno de la OCDE, vid. FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 64-71.

² Art. 1 del Convenio OCDE: “El delito de corrupción de agentes públicos extranjeros.

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

2. Cada Parte tomará todas las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la incitación, el auxilio, la instigación o la autorización de un acto de corrupción de un agente público extranjero. La tentativa y la confabulación para corromper a un agente público extranjero constituirán delitos en la misma medida que la tentativa y la confabulación para corromper a un agente público de esa Parte.

3. Los delitos expresados en los anteriores apartados 1 y 2 serán denominados en lo sucesivo “corrupción de un agente público extranjero”.

4. A los efectos del presente Convenio:

a. por “agente público extranjero” se entiende cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública; y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública;

b. por “país extranjero” se entienden todos los niveles y subdivisiones del gobierno, desde el nacional al local;

c. la expresión “actuar o abstenerse de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales” comprende cualquier uso de la posición del agente público tanto dentro como fuera de la competencia autorizada de ese agente”.

³ Art. 2 del Convenio OCDE: “Responsabilidad de las personas jurídicas. Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero”.

⁴ Art. 3 del Convenio OCDE: “Sanciones.

1. La corrupción de un agente público extranjero podrá castigarse con penas eficaces, proporcionadas y disuasorias. La escala de penas será comparable a las aplicables a la corrupción de los agentes públicos propios de la Parte y, en el caso de las personas físicas, incluirá la privación de libertad en el grado suficiente para permitir una asistencia judicial mutua efectiva y la extradición.

2. En caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, esa Parte velará por que éstas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones pecuniarias, por la corrupción de agentes públicos extranjeros.

3. Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias para disponer que el soborno y el producto de la corrupción de un agente público extranjero o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto, estén sujetos a embargo y confiscación, o para que sean aplicables sanciones pecuniarias de efecto comparable.

4. Cada Parte estudiará la imposición de sanciones civiles o administrativas adicionales a una persona susceptible de sanción por la corrupción de un agente público extranjero”.

⁵ Art. 445 *bis* CP según la redacción dada por la LO 3/2000, de 11 de enero: “Los que, con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieran o intentaran corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas

normativa penal, incluyendo los presupuestos de este Convenio que no podían ser previstos por el legislador de 1995, ante el fenómeno de la corrupción en las, cada día más frecuentes e intensas, transacciones comerciales internacionales. Para ello se ha considerado adecuado establecer un nuevo Título en el Código Penal, numerado como XIX *bis*, que protege el bien jurídico de la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales”.

Tras ser evaluada esta normativa penal en fase 1⁶ en el año 2000 se llegó a la conclusión de que cumplía el Convenio en términos generales. Ahora bien, en el informe se recogieron algunas observaciones relativas a las sanciones y a la responsabilidad de las personas jurídicas. Así, en relación con la primera cuestión, se expresaron temores relativos a que la remisión a las penas previstas en el art. 423 CP, en sus respectivos casos, suponía una complejidad añadida que resultaba innecesaria y podía dificultar en algún supuesto la aplicación del delito; y en relación con la segunda cuestión, se señaló que las penas podían no ser siempre eficaces, proporcionadas y disuasorias, como exigía el art. 3 del Convenio OCDE. En particular, suscitó dudas la referencia del art. 420 CP a “un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito”, pues se consideró que podía existir un ejercicio de discreción cubierto por el Convenio que, sin embargo, pudiera no considerarse un “acto injusto” de acuerdo con el art. 420 CP, y ello a pesar de que las autoridades españolas habían puntualizado que por “acto injusto” se entendía tanto una violación del Derecho administrativo o civil como la del estándar ético o el incumplimiento de deberes que conciernen al funcionario público⁷. Asimismo, se planteó que la inexistencia de una definición auténtica de “autoridad o funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales” en el propio Código penal podía llevar a que la jurisprudencia adoptara un concepto no acorde con el empleado en el Convenio OCDE, a pesar de que las autoridades españolas habían señalado al respecto que los jueces y tribunales aplicarían la definición contenida en el art. 1 del Convenio, sobre la base de lo previsto en el art. 96.1 de la Constitución española de 1978, según el cual “los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”. También la doctrina entendía que los tribunales habrían de acudir a lo dispuesto en el Convenio OCDE⁸. Ahora bien, fue más contundente la crítica que suscitó la cuestión relativa a la responsabilidad de las personas jurídicas, pues se señaló que España no cumplía los requisitos del art. 2 del Convenio OCDE, pese a la previsión de la prohibición de contratar con las Administraciones públicas aplicable a las personas, físicas o jurídicas, en “quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de falsedad, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, cohecho, malversación, tráfico de influencias, revelación de

para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos”.

Sobre este precepto y su adecuación al Convenio OCDE, vid. por todos CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., “La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa”, *Actualidad Penal* 2001-2, pp. 457 ss.; CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la/ BLANCO CORDERO, I., “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones económicas internacionales”, *Revista de Ciencias Penales* vol. 4, 2001-2002, pp. 9-29; FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción*, cit., pp. 81 ss.; NIETO MARTÍN, A., “La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)”, *Revista Penal* núm.12, 2003, pp. 18-26.

⁶ La OCDE contempla un mecanismo de seguimiento bastante exhaustivo para determinar el grado de cumplimiento de sus convenios. Vid. al respecto GARCIANDÍA GARMENDIA, R., “La aplicación española de las normas de Derecho internacional contra la corrupción”, *ADI* Vol. XXIV, 2008, pp. 241-268. El informe de la OCDE en fase 1 está disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/15/60/2389614.pdf>. En esta fase se trata de determinar si los sistemas legales nacionales son compatibles con los principios del Convenio. En caso de no serlo, se elaboran recomendaciones de reforma legal.

⁷ Señalan que “resulta realmente difícil de precisar qué actos del funcionario resultan abarcados por el art. 445 *bis*” CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la/ BLANCO CORDERO, I., “Los nuevos delitos”, cit., apartado 4.3, quienes puntualizan, no obstante, que podría entenderse que los casos en que un particular corrompe a un funcionario público extranjero o de una organización internacional para que éste ejerza un poder discrecional de modo que no constituya ni delito ni un acto injusto en la legislación del país del funcionario público extranjero serían subsumibles en los arts. 423 (corromper o intentar corromper a un funcionario público) o 425 (corromper a un funcionario público para que realice un acto propio del cargo o para recompensarle por el ya realizado), que servirían de referentes al art. 445 *bis* CP. En el mismo sentido, vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., “La adaptación”, cit., p. 462.

⁸ Así, entre otros, CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., “La adaptación”, cit., p. 458; FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción*, cit., pp. 98-101.

secretos, uso de información privilegiada, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores o por delitos relativos al mercado y a los consumidores”, prohibición de contratar que alcanzaba “a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas o en las que concurren las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo”, recogida en el art. 20 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas⁹, y a la posibilidad de exigir a la persona jurídica responsabilidad civil derivada del delito cometido por sus dirigentes y empleados de conformidad con los arts. 116 a 120 CP¹⁰. Por último, en cuanto al nivel de las sanciones, considerado bajo con carácter general, se apuntó en el informe que la pena prevista en el art. 421 CP (multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años) no permitía la asistencia judicial mutua ni la extradición, contraviniendo así lo previsto en el art. 3.1 del Convenio OCDE. Se puso de manifiesto también que la regulación del comiso en el art. 127 CP era insuficiente, al no permitir el comiso sustitutivo¹¹.

Como consecuencia de estas críticas, la LO 15/2003, de 25 de noviembre¹², derogó el art. 445 *bis* CP y dio nueva redacción al art. 445 CP, siendo destacable la introducción de un apartado segundo que permitía la aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 CP en los casos en que “el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades”¹³. La Exposición de Motivos de la LO 15/2003 no hizo alusión alguna a dichas modificaciones, que habían

⁹ Este texto estuvo vigente hasta el 22 de junio de 2000, fecha de entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que mantuvo dicha prohibición hasta su derogación el 30 de abril de 2008 por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la cual también la mantuvo en su art. 49.1 a) hasta su derogación el 16 de diciembre de 2011, fecha de entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que sigue recogiendo la prohibición en el art. 60.1 a).

¹⁰ Era de interés, en particular, el art. 120 CP, de acuerdo con el cual: “Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

... 3. Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

4. Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios...”

¹¹ Art. 127 CP, en la redacción original de 1995: “Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y en su defecto, se inutilizarán”.

¹² Artículo único de la LO 15/2003: “... Centésimo cuadragésimo segundo. Se añade un capítulo X al título XIX del libro II con la rúbrica siguiente: «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.»

Centésimo cuadragésimo tercero. Se modifica el artículo 445, que queda redactado como sigue:

«1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos.

2. Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código.»

¹³ Sobre esta redacción del precepto, vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del código penal español”, *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* núm.74, mayo-agosto 2008, pp. 199-223.

sido solicitadas por la doctrina¹⁴. El art. 129 CP, en su redacción original¹⁵ (fue objeto de una reforma por la LO 15/2003), contemplaba consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas y entes sin personalidad que, en su contenido, eran similares a las penas que tras la reforma operada por la LO 5/2010 cabe imponer a las personas jurídicas. Sin embargo, existen diferencias relevantes entre ambas regulaciones que serán comentadas en el apartado III.

La LO 15/2003 también modificó el ámbito y alcance del comiso¹⁶. Para ello se extendió el comiso a los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado el delito así como a las ganancias provenientes del mismo, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar, incluso si se hubieran transmitido a un tercero, salvo que éste

¹⁴ Vid. por ej. CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la/ BLANCO CORDERO, I., "Los nuevos delitos", cit., p. 25; FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción*, cit., p. 86.

¹⁵ Art. 129 CP, según la redacción original de 1995:

"1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.
- e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma".

¹⁶ Sobre este precepto vid., entre otros, ECHARRI CASI, F. J., *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003; RAMON RIBAS, E., *La persona jurídica en el derecho penal*, Comares, Granada, 2009. También FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., "Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP", en MORALES PRATS, F./ QUINTERO OLIVARES, G. (Coords.), *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 273-294; MARTÍNEZ RUIZ, J., "Naturaleza jurídica y criterios de aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 Cp", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* núm. 1, 1999.

Art. 127 CP, en la redacción otorgada por la LO 15/2003:

"1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

2. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

3. El juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

4. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán".

Sobre las modificaciones introducidas en la reforma de 2003, vid., entre otros, BLANCO CORDERO, I., "Comiso ampliado y presunción de inocencia", en PUENTE ABA, L. M. (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008, pp. 69-106; CORTÉS BECHIARELLI, E., "Valoración crítica de la reforma del comiso: LO 15/2003, de 25 de noviembre", *Revista General de Derecho Penal* núm. 8, 2007; RUEDA GARCÍA, L., "La reforma del comiso y su adaptación al derecho europeo", en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./ VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 215-230.

los hubiera recibido legalmente de buena fe (art. 127.1 CP). También se incorporó el comiso de bienes por valor equivalente (art. 127.2 CP), así como la posibilidad de acordarlo por el tribunal, incluso cuando no se imponga pena a alguno de los imputados por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita (art. 127.3 CP).

La evaluación de estas modificaciones en fase 2¹⁷ en el año 2006 no fue satisfactoria¹⁸, pues se entendió como un defecto importante que todavía no se hubiera implementado la posibilidad de exigir responsabilidad directa a las personas jurídicas, al considerarse insuficiente la posibilidad de imponer consecuencias accesorias¹⁹. Y ello pese a que en el ámbito internacional en otros sectores de la delincuencia se había considerado bastante la existencia del art. 129 CP a estos efectos. En relación con ello se recomendó la introducción de esa forma de responsabilidad penal, de manera que no fuera un prerrequisito la exigencia de responsabilidad penal a la persona física, que se regulara con carácter preceptivo, y no potestativo, y que se previeran multas u otras sanciones monetarias (recomendaciones 5 a) y b) y 6 d) en fase 2). Otras recomendaciones hacían referencia a la necesidad de introducir en el Código penal una definición auténtica de “autoridad o funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales”²⁰, evitando tener que acudir al Convenio para llenar de contenido estos conceptos (recomendación 4 a); a que se extendiera la tipificación a todos los sobornos que pudieran afectar a la actuación discrecional del funcionario público extranjero, con independencia de que se le ofrezcan “en relación con el ejercicio de funciones públicas” (recomendación 4 b); y a que se clarificara que la causa de levantamiento de la pena prevista entonces en el art. 427 CP²¹ no podría aplicarse a los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (recomendación 4 c). En relación con las sanciones, se recomendó de nuevo aumentar su nivel con el fin de permitir la asistencia judicial mutua y la extradición (recomendación 6 a). En particular, se pidió que España ponderara si prever sanciones similares a otros delitos económicos cuando se trata de grandes cantidades de dinero (recomendación 6 b). Además, se solicitó eliminar la reducción de la sanción para “los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos”, que de acuerdo con el art. 423.2 CP entonces vigente suponía “la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior”²², así como para la autoridad o funcionario público que no llega a ejecutar

¹⁷ En esta fase se pretende identificar los problemas que pueden surgir a la hora de asegurar el cumplimiento del Convenio. Se verifica que existan las estructuras necesarias para hacer cumplir las leyes y reglas del Convenio. Además, se comprueba su difusión, conocimiento y cumplimiento por parte de los sectores público y privado. Sobre los elementos que se integran en esta fase 2 vid. el documento guía de la OCDE disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/6/21/37916829.pdf>.

¹⁸ El informe está disponible en la página web <http://www.oecd.org/dataoecd/28/35/36392481.pdf>.

¹⁹ En la doctrina española predominaba la opinión, sin embargo, de que con la alusión a las consecuencias accesorias se soslayaban las deficiencias detectadas en la evaluación de la fase 1. Vid., por ej., DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “La corrupción”, cit., p. 206, quien puntualizaba, no obstante, que en el catálogo de las consecuencias accesorias no se incluye la multa, y que la aplicación, además, era potestativa y no obligatoria.

²⁰ A pesar de que las autoridades españolas habían afirmado que los tribunales debían aplicar en todo caso directamente la definición prevista en el Convenio OCDE, lo que se confirmaba en los comentarios doctrinales, como hemos visto. Vid. por ej. CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la/ BLANCO CORDERO, I., “Los nuevos delitos”, cit., apartado 3.3.3.

²¹ Art. 427 CP, en su redacción original, vigente hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio: “Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos”.

Un sector doctrinal sostenía que cuando el art. 445 *bis* CP se contenía en un Título XIX *bis*, la atenuación del art. 427 CP no le era aplicable por tratarse de un título distinto. Cfr. CERESO DOMÍNGUEZ, A. I., “La adaptación”, cit., p. 463; CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la/ BLANCO CORDERO, I., “Los nuevos delitos”, cit., apartado 7.2; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “La corrupción”, cit., p. 210; FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción*, cit., p. 123; OLAIZOLA NOGALES, I., “Los delitos contra la Administración pública”, en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dirs.), *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código penal de 1995*, Reus, Barcelona, 2006, p. 383. En cualquier caso, ese argumento perdió peso cuando la LO 15/2003 cambió la ubicación sistemática del precepto, integrándolo en el Título XIX. Cierto es, no obstante, que la tramitación parlamentaria evidenciaba la voluntad del legislador de no aplicar lo dispuesto en el art. 427 CP a los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, pero de todos es sabido que la “*voluntas legislatoris*” no es más que un dato más en la labor de interpretación, y no el más importante. Otros afirmaban, por el contrario, que cabría aplicarla sobre la base de una interpretación analógica *in bonam partem*. Así, por ej., MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 13ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 1039.

²² Téngase en cuenta que la doctrina estaba dividida en lo que respecta a si era aplicable o no. En contra, CERESO DOMÍNGUEZ, A. I., “La adaptación”, cit., p. 463.

el acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, prevista en aquel momento en el art. 420 CP (recomendación 6 c).

La LO 5/2010, de 22 de junio, introduce una amplia serie de reformas en el Código penal de 1995 que, al menos en parte, pretenden responder a las objeciones formuladas en las dos evaluaciones citadas. En relación con las modificaciones que experimenta el art. 445 CP, el Preámbulo de la LO 5/2010 indica que “lo cierto es que la configuración del tipo penal presenta deficiencias que demandan una nueva reforma que, de manera definitiva, acomode nuestro Derecho interno a los términos del Convenio, lo que obliga a dar una nueva redacción al art. 445 para que así quepa, de una parte, acoger conductas de corrupción que no están suficientemente contempladas en la actualidad, así como regular con precisión la responsabilidad penal de las personas jurídicas que intervengan en esa clase de hechos”. El objetivo de este trabajo es determinar si se ha conseguido, anticipando los resultados que cabe esperar de la evaluación en fase 3²³ realizada en julio de 2012.

II. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN RELACIÓN CON LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO

En cuanto a la tipificación del delito contenida en el art. 445 CP²⁴, se producen mejoras sustanciales. Así, en primer lugar, como hemos visto, el Grupo de Trabajo encargado de la evaluación en fase 2 manifestaba ciertas dudas sobre si determinadas conductas eran sancionables, puesto que aunque resultaban típicas conforme el art. 445 CP, no era seguro que pudieran considerarse cohecho activo de conformidad con el art. 423 CP. Se trataba de los supuestos de cohecho impropio, cohecho subsiguiente y cohecho en atención al cargo o función. Este problema ha desaparecido, no tanto porque se hayan reformado los delitos de

²³ En esta fase la evaluación se centra en la investigación de presuntos actos de corrupción, la implementación de la recomendación anticorrupción de 26 de noviembre de 2009 y el progreso en la implementación de las recomendaciones realizadas en fases anteriores. Sobre el proceso de evaluación en esta fase 3 vid. http://oecd.org/document/31/0,3343,en_2649_34859_44684959_1_1_1_1,00.html.

²⁴ Art. 445 CP, según la redacción otorgada por la LO 5/2010:

“1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio.

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

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

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

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 *bis*, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

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

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

cohecho²⁵ cuanto porque el art. 445 CP ya no se remite al art. 423 CP, sino que establece directamente la pena aplicable: prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio.

La eliminación de la remisión a las penas del art. 423 CP en sus respectivos casos produce otros efectos que suponen, asimismo, el cumplimiento de sendas recomendaciones. Así, atendiendo la recomendación realizada en su momento, da lugar a que no se distinga a efectos de pena entre quienes acceden a la solicitud del funcionario y quienes toman la iniciativa y le hacen la propuesta²⁶. Además, al independizarse por completo de los delitos de cohecho ya no es aplicable la causa de levantamiento de la pena prevista actualmente en el art. 426 CP (antes en el art. 427 CP) para el particular que, habiendo accedido ocasionalmente al pago, colabora con la Administración de Justicia en un plazo que ahora es de dos meses (antes, de diez días)²⁷. Al respecto, sin embargo, hay que apuntar que esta causa de levantamiento de la pena puede resultar útil a la hora de ofrecer un incentivo al particular para denunciar la corrupción del funcionario público, rompiendo la solidaridad que suscita la amenaza de pena para ambos.

En segundo lugar, se elimina la referencia a que el funcionario público actúe en el ejercicio de su cargo. El que el funcionario actuara en el ejercicio del cargo era uno de los argumentos empleados para justificar que no se tipificara la corrupción pasiva, pues se entendía mayoritariamente que para su enjuiciamiento debería tener preferencia el Estado para el que desarrolla su actividad funcional²⁸. Este argumento decae tras la reforma de 2010, a lo que se añade que, como veremos, otros compromisos internacionales asumidos por España obligarán a la tipificación de la corrupción pasiva.

En tercer lugar, la referencia que se hace en el art. 445 CP a que el beneficio obtenido puede ser “pecuniario o de otra clase” aclara cualquier duda que se pudiera producir sobre la inclusión en el tipo de los beneficios o ventajas de carácter no patrimonial²⁹. Esto tiene relación también con la desvinculación respecto de los delitos de cohecho, pues hasta la reforma de 2010 predominaba entre los monografistas una interpretación de los términos “dádiva, presente, ofrecimiento o promesa” en términos económicos³⁰.

En cuarto lugar, se elimina la alusión alternativa a las “autoridades” y se incluye una definición auténtica de “funcionario público extranjero”, aspecto éste último que había sido reclamado por el Grupo de Trabajo en sus informes. El art. 445.3 CP define el funcionario público extranjero como “a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección. b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa

²⁵ En efecto, como apunta ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Delitos contra la Administración pública”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2011, p. 659, aunque la LO 5/2010 ha pretendido acabar con todas y lagunas de punición relativas al cohecho activo, “no lo ha conseguido”.

²⁶ Esta cuestión ha suscitado opiniones variadas, pues hay quien entiende que se trata de una regulación inadecuada, por injusta, pues “la reprochabilidad de quien incita *motu proprio* y la de quien accede a la propuesta no es la misma” (ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Delitos”, cit., p. 660), y quienes parten de que se trata de una equiparación perfectamente coherente, pues en ambos casos se afecta al correcto funcionamiento de la Administración pública.

²⁷ Lo que da lugar a una disparidad de tratamiento que resulta difícilmente justificable más allá del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ratificación del Convenio OCDE entre quien corrompe o intenta corromper a un funcionario nacional y quien lo hace con uno extranjero. Así lo señalaba ya ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R., “La corrupción de agente público extranjero en las transacciones comerciales internacionales”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* año 60, número extra 2015, 2006, p. 212.

²⁸ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción*, cit., p. 89.

²⁹ Como señalan ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Delitos”, cit., p. 660; PALOMO DEL ARCO, A., “Artículo 445”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 1647.

³⁰ Vid. entre otros, OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 322 ss.; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 189 ss.; VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Edersa, Madrid, 1996.

pública. c) Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública³¹. Si el Grupo de Trabajo se da por satisfecho con esta definición, que se adecua literalmente a lo establecido en el art. 1.4 a) del Convenio, lo cierto es que también podría haberlo hecho con la definición de funcionario público prevista en el art. 24 CP, a la cual se remitía el gobierno español a la hora de interpretar el concepto de funcionario público extranjero³². Y es que alcanzan al mismo grupo de casos³³. No obstante, así quedan solucionadas las dudas que podían plantear los casos en los que se encuentran implicadas personas que prestan servicios en empresas de creación, titularidad y gestión pública pero que desempeñan su actividad económica (prestando servicios públicos o no) con formas e instrumentos propios del Derecho privado, o en entidades privadas que ejercen funciones públicas por delegación de una institución pública³⁴.

III. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Una de las modificaciones más importantes es la que tiene relación con la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Recuérdese que la posibilidad de imponer las consecuencias accesorias para personas jurídicas³⁵ y entes sin personalidad, prevista en el art. 445 a partir de la reforma de 2003, no fue considerada suficiente a efectos de entender cumplido el art. 2 del Convenio OCDE. Pues bien, uno de los aspectos más destacados de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, es la incorporación al Ordenamiento jurídico español de la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas³⁶. Esta reforma supone un cambio de modelo con respecto al anteriormente adoptado, por cuanto se pretende abandonar el modelo de las consecuencias accesorias, que suponía una responsabilidad indirecta accesoria de la de la persona física, para pasar a un modelo de responsabilidad penal directa de la persona jurídica, que se quiere que sea compatible con la propia de la persona física y, al mismo tiempo, independiente de ella. En efecto, no se exige una previa declaración de responsabilidad penal de la persona física como requisito necesario para exigir responsabilidad a la persona

³¹ La doctrina entiende que a efectos de interpretar el concepto de “funcionario público extranjero” son aplicables los comentarios al Convenio. CERESO DOMÍNGUEZ, A. I., “La adaptación”, cit., p. 458; FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción*, cit., p. 100; PALOMO DEL ARCO, A., “Artículo 445”, cit., p. 1647. Estos comentarios al Convenio de la OCDE fueron adoptados por la Conferencia negociadora el 21 de noviembre de 1997. No poseen carácter vinculante, pero sirven para interpretar las disposiciones del Convenio.

³² En este sentido, por ej., ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R., “La corrupción”, cit., p. 211.

Curiosamente, en el Informe de evaluación relativo a España Incriminación (ETS 173 y 191, GPC 2) (Tema 1), adoptado por el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) en su 42ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 11-15 de mayo de 2009), disponible en la página web [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3\(2008\)3_Spain_One_ES.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(2008)3_Spain_One_ES.pdf), se indica, respecto de la definición de “empleado público extranjero” que “el Código Penal español no establece una definición independiente del término “empleado extranjero”. A este respecto, las autoridades indicaron que la definición de empleado público del artículo 24 CP no puede extrapolarse a los empleados públicos extranjeros”. Parece que las autoridades adoptaron una posición distinta según con qué organismo evaluador estuvieran tratando.

³³ Como apunta ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Delitos”, cit., p. 664.

³⁴ Cfr. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “Delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal 2011*, Francis Lefebvre, Santiago de Compostela, 2011, p. 1459; del mismo autor, “La corrupción”, cit., p. 208.

³⁵ De acuerdo con el art. 35 CC, “Son personas jurídicas:

1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley.

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”.

³⁶ La regulación de esta responsabilidad se contiene fundamentalmente en los arts. 31 *bis*, que contiene las bases de la imputación, 33.7, que recoge las penas aplicables a las personas jurídicas, 52 y 53, sobre la pena de multa, 66 *bis*, sobre determinación de la pena, 116.3, que declara que a la responsabilidad penal de la persona jurídica va unida la civil, y 130.2 CP, según el cual la transformación, fusión, absorción o escisión de la persona jurídica no extingue su responsabilidad penal. Hay que añadir los diferentes delitos que prevén la posibilidad de que por ellos responda también la persona jurídica, ya en el Libro II del Código penal.

jurídica³⁷, pero esa independencia es solo parcial, ya que no hay un hecho propio de la persona jurídica, pues responde del hecho realizado por la persona física, a lo que se añade que es obligatoria la modulación de las cuantías de las penas de multa impuestas respectivamente a la persona física y a la jurídica por los mismos hechos³⁸. Ello puede dar lugar a que el Grupo de Trabajo entienda que no se ha seguido adecuadamente la recomendación relativa a la necesidad de desvincular la exigencia de responsabilidad penal a la persona física y a la jurídica. Por su parte, la posibilidad de imponer las consecuencias accesorias depende de la imposición de una pena o medida a la persona física, puesto que ni era ni es posible aplicarlas al margen de la de una pena o medida³⁹, es decir, solo pueden decretarse en caso de una sentencia condenatoria en la que se imponga a una persona física alguna pena o medida de seguridad⁴⁰. Ciertamente es que el art. 129 CP no vinculaba expresamente la imposición de estas consecuencias accesorias a la previa imposición de la pena a una persona física. La cuestión era y es controvertida en la doctrina, encontrándose autores que se manifiestan a favor de su vinculación a la pena⁴¹ y otros en contra⁴². Si se analiza la regulación de las consecuencias accesorias en la Parte especial se advierte que, en ocasiones, se exige de modo expreso la previa imposición de una pena⁴³; en otros casos lo que se requiere es una condena⁴⁴, con lo que las consecuencias accesorias podrían imponerse cuando la persona física carece de culpabilidad, por ej., siéndole impuesta una medida de seguridad; existiendo, por último, otros supuestos en los que no se alude ni a una ni a otra⁴⁵. La cuestión, por tanto, estaba y sigue estando abierta.

Una mejora considerable en relación con la regulación de las consecuencias accesorias radica en que las penas aplicables a personas jurídicas son de obligatoria imposición en los supuestos en que esté prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mientras que las consecuencias accesorias son de aplicación potestativa, pudiendo el Juez o Tribunal, además, decidir imponer una o varias. Ello supone satisfacer otra de las recomendaciones del Grupo de Trabajo.

Además, en el catálogo de penas para las personas jurídicas, previsto en el art. 33.7 CP, se incluye la multa por cuotas o proporcional junto con otras sanciones como la disolución, la suspensión de actividades o la intervención judicial. El art. 445.2 CP prevé en concreto la imposición obligatoria de la “la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada”, satisfaciendo así otra de las recomendaciones del Grupo de Trabajo, en concreto la relativa a la necesidad de aumentar la

³⁷ El art. 31 bis 2 CP dispone claramente que “la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”, por ej., por haber premuerto.

³⁸ Art. 31 bis 2 último inciso: “Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [persona física y jurídica] la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”.

³⁹ Cfr. GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Vol. I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 666.

⁴⁰ Cfr. GUINARTE CABADA en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), *Comentarios, I*, cit., pp. 665-666.

⁴¹ Así, entre otros, LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6ª ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 127; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 3ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 509.

⁴² Por todos, JORGE BARREIRO, A., “El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, *ADPCP* Vol. XLIX, Fasc. II, 1996, p. 375, para quien “la aplicación de estas consecuencias accesorias han de presuponer la comisión de un hecho típicamente antijurídico por parte de las personas físicas que actúan en representación de la empresa o sociedad”, de lo que se deduce que aunque la persona física esté exenta de responsabilidad criminal por tratarse de un inimputable estas medidas serían aplicables. También AYO FERNÁNDEZ, M., *Las penas*, cit., p. 271; BACIGALUPO SAGGESE, S., “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal de 1995”, en BACIGALUPO ZAPATER, E. (Dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p. 79; BOLDOVA PASAMAR en GRACIA MARTÍN, L., y otros, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 462; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia. Tomo I*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 1563-1564.

⁴³ Así, vid. los arts. 294 (“además de las penas previstas... podrá decretar alguna de las medidas”), 298 (“se impondrá la pena... además... podrán acordar la medida”) y 302 CP (“además de las penas... podrán decretar asimismo alguna de las medidas”).

⁴⁴ Así, vid. los arts. 271 y 276 CP, que hablan del “condenado”.

⁴⁵ En este sentido, vid. la redacción de los arts. 288 y 299 CP.

cuantía de la multa en casos en que el beneficio indebido fuera cuantioso. Además, se permite también “imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”⁴⁶.

El art. 31 *bis* CP establece dos categorías de sujetos que pueden determinar la exigencia de responsabilidad penal a la persona jurídica y precisa los presupuestos para que ello suceda. Puede tratarse de un delito cometido por el administrador o representante legal de la sociedad, en cuyo caso se exige que haya actuado en nombre y por cuenta de la sociedad, y en su provecho, o de un delito cometido por un empleado sometido al control del administrador o representante de la sociedad, que haya podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control⁴⁷. El primer supuesto se refiere a los representantes legales y administradores de hecho o de derecho. La referencia expresa a la representación tiene

⁴⁶ Art. 33.7 CP: “Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

Multa por cuotas o proporcional.

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

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

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

⁴⁷ Con ello se acomoda a lo previsto en la Guía de buenas prácticas sobre la aplicación de determinados artículos del convenio sobre lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, incluida como anexo 1 de la Recomendación del Consejo para reformar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, adoptada por el Consejo el 26 de noviembre de 2009 (disponible en la página web <http://www.comercio.gob.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/convenio-ocde-lucha-contra-conrрупcion/PDF/convenio-ocde-lucha-contra-conrрупcion/Recomendaciones.pdf>). En relación con el art. 2 del Convenio OCDE se señala lo siguiente: “Los sistemas de los países Miembros sobre responsabilidad de las personas jurídicas por corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales deberían adoptar uno de los siguientes enfoques:

- a) el nivel jerárquico de la persona cuya conducta produzca la responsabilidad de la persona jurídica es lo suficientemente flexible y refleja la gran diversidad de los sistemas de decisión en vigor en el seno de las personas jurídicas; o
- b) un enfoque funcionalmente equivalente al anterior, aunque la responsabilidad solo se produce por actos de personas del nivel jerárquico superior de la dirección porque se cubren los siguientes casos:
 - una persona del nivel jerárquico superior de la dirección ofrece, promete o concede un soborno a un funcionario público extranjero;
 - una persona del nivel jerárquico superior de la dirección da la instrucción o la autorización a una persona de rango jerárquico inferior para que ofrezca, prometa o conceda un soborno a un funcionario público extranjero; y
 - una persona del nivel jerárquico superior de la dirección se abstiene de impedir que una persona de rango jerárquico inferior corrompa a un funcionario público extranjero, incluso absteniéndose de supervisar a dicha persona o absteniéndose de aplicar los programas o medidas apropiadas en materia de control interno, de deontología y de conformidad”.

por objeto evitar lagunas de punibilidad en aquellos casos en que se ejercen tareas de representación sin que legalmente se hable de administración, por ej. en la liquidación de la sociedad. Debe advertirse que estos supuestos podrían subsumirse en el concepto de administradores de hecho o de derecho⁴⁸. El segundo supuesto se refiere a determinados trabajadores de la sociedad (vinculados con ella por contrato laboral, siendo más dudoso que sea admisible el contrato mercantil): “quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior [representantes legales y administradores de hecho o de derecho], han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso” (art. 31 *bis* 1 segundo párrafo CP). Es razonable pensar que se trate exclusivamente de los mandos intermedios, y no de cualquier empleado, en la medida en que se entienda que solo éstos están sometidos a la autoridad directa de los administradores, pero en mi opinión la respuesta definitiva ha de depender de la estructura societaria que exista en cada caso, que puede ser de mayor o menor complejidad.

Dicho esto, hay que destacar que un aspecto que probablemente suscite recelos en la evaluación es la limitación de las personas jurídicas que pueden ser declaradas penalmente responsables. Y es que en el modelo español no todas las personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad penal. El art. 31 *bis* 5 CP contiene una cláusula de exclusión de la responsabilidad penal de determinadas personas jurídicas, pues declara que “Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”. En el caso del Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales⁴⁹ o los organismos reguladores, así como las organizaciones internacionales de derecho público, “se estima inadecuado detraer fondos de una serie de entidades que tienen por objeto el cumplimiento de fines públicos, ya que el incumplimiento de éstos podría ser la última consecuencia” (Preámbulo de la LO 5/2010). A continuación se enumera otro grupo de entidades en el que estas finalidades orientadas al interés general están más diluidas, como las agencias y entidades públicas empresariales o las sociedades mercantiles estatales, respecto de las cuales se pretende, sin embargo, que el Convenio tenga aplicación, por lo que esta limitación será criticada. Finalmente, el tercer grupo de entidades exentas (partidos políticos y sindicatos) no desarrolla intereses públicos en sentido estricto, pero canaliza el ejercicio de determinados derechos fundamentales.

Otra cuestión que puede suscitar objeciones, y que en la doctrina española ya había sido apuntada hace años por NIETO MARTÍN⁵⁰, es la relativa a la determinación de la responsabilidad de las empresas matrices por los hechos cometidos por las filiales, puesto que la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas nada indica respecto de los grupos de sociedades y otras formas de uniones de empresas, de modo que la personalidad jurídica, salvo que se trate de una mera sociedad de pantalla, se convierte en un obstáculo insalvable a la hora de pretender extender la responsabilidad penal a la sociedad matriz.

⁴⁸ En cualquier caso, la normativa mercantil señala que “en la sociedad de capital la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos”, sin perjuicio de que “en el caso de consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto” (art. 233 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC). De esta forma, trasladando esto al Derecho penal resulta que los representantes a que alude el art. 31 *bis* CP serían los apoderados generales, no los singulares.

⁴⁹ Cuya mención expresa es innecesaria, puesto que forman parte del Estado.

⁵⁰ NIETO MARTÍN, A., “La corrupción”, cit., p. 25.

Con esta excepción, pues, la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se acomoda a lo dispuesto en el art. 2 del Convenio, el cual, conviene recordar, no exige que la responsabilidad sea penal. De hecho, en los Comentarios al Convenio se señala expresamente que “si en el ordenamiento jurídico de una parte no se aplica responsabilidad penal a las personas jurídicas, dicha parte no se verá obligada a establecer dicha responsabilidad penal”, de forma que la responsabilidad de las personas jurídicas podía ser penal o administrativa. Elegida la penal, las únicas objeciones podrían venir motivadas, en primer lugar, por el hecho de que para hacer responsable a la persona jurídica es necesario un hecho de referencia, esto es, la comisión de un delito por una persona física, si bien lo cierto es que no se exige una condena a una persona física, ni siquiera que se haya identificado a dicha persona física⁵¹; y por que se contemple que no cabe exigir responsabilidad penal a ciertas entidades que forman parte de la organización territorial del Estado o tienen vinculación con él.

IV. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN RELACIÓN CON LAS SANCIONES

Tal y como se había recomendado⁵², el legislador español elimina la remisión a las penas del art. 423 CP en sus respectivos casos, optando por establecer directamente para la persona física una pena de prisión de dos a seis años y una de multa de doce a veinticuatro meses, salvo cuando el beneficio sea superior al monto de la multa así determinada, en cuyo caso se opta por una multa del tanto al duplo de dicho beneficio. Téngase en cuenta que, de acuerdo con el sistema de días multa, “la cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de cuatrocientos euros, excepto en el caso de las multas impositivas a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de treinta y un máximo de cinco mil euros” (art. 50.4 CP). Ante estos límites, resulta razonable que se contemple la aplicación de una multa proporcional al beneficio irregular obtenido (que no pretendido). Se responde así, además, a una de las recomendaciones realizadas por el Grupo de Trabajo.

Por lo que respecta a la pena de prisión, ha aumentado considerablemente su duración respecto de la redacción anterior, lo que, si bien responde a las recomendaciones realizadas en orden a facilitar la asistencia judicial mutua y la extradición, supone castigar más algunas formas de corrupción en las transacciones comerciales internacionales que en el ámbito estatal, como ocurre, por ej., con el cohecho para un acto propio del cargo, que se castiga con prisión de dos a seis años en el ámbito internacional y de dos a cuatro en el estatal (art. 420 CP). Y, sin embargo, cuando se trata de una conducta contraria a los deberes inherentes al cargo la conducta del funcionario público extranjero resulta privilegiada en comparación con la del funcionario estatal, pues si la primera se castiga con pena de prisión de dos a seis años la segunda lo está con pena de prisión de tres a seis años (arts. 419 y 424 CP)⁵³. Se producen así unas disparidades valorativas que resultan llamativas.

La reforma de 2010 introduce nuevas penas, cumpliendo también así otra recomendación del Grupo de Trabajo: “además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un período de siete a doce años” (art. 445.1 2º párrafo CP). En cuanto a la pena de prohibición de contratar, resultaba innecesaria su previsión expresa, ya que existe una prohibición de índole administrativa. La contratación con las Administraciones Públicas viene regulada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. De acuerdo con el art. 60.1 LCSP, “no podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra

⁵¹ Así, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “Delito”, cit., p. 1458; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Delitos”, cit., pp. 662-663.

⁵² Vid. al respecto ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R., “La corrupción”, cit., p. 216; PALOMO DEL ARCO, A., “Artículo 445”, cit., p. 1649.

⁵³ Considera que se trata de un privilegio injustificado RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español. Tomo II (Artículos 234 a DF. 7ª)*, 6ª ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 1320.

alguna de las circunstancias siguientes: a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de... corrupción en transacciones económicas internacionales... La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas, o en las que concurren las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo”.

En cuanto a 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, como se puede observar, se trata de una inhabilitación especial de contenido multiforme. Así, en primer lugar, se puede privar al condenado de la posibilidad de obtener subvenciones y ayudas públicas. En el art. 2.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, existe un concepto normativo de “subvención”, a pesar de lo cual parte de la doctrina mantiene que se debe manejar un concepto penal de subvención más amplio, en los siguientes términos: un acto dispositivo realizado por la Administración pública, del que deriva un beneficio económico para el particular, que no genera en el beneficiado la obligación de devolver lo recibido⁵⁴. En lo que respecta a la referencia a las “ayudas públicas”, término que no cuenta con una definición técnico-legal, resulta evidente la voluntad del legislador de incluir “cualquier forma de intervención pública en la economía a través de la asignación de prestaciones o auxilios, directos o indirectos, de carácter evaluable”, para lo cual se utiliza un concepto carente de significación jurídica precisa, con el que se pretende “superar los problemas derivados de la falta de unanimidad en cuanto al concepto de subvención pública”⁵⁵. En cuanto a la privación del derecho a gozar de beneficios e incentivos fiscales, se trata de conceptos que tampoco cuentan con una definición normativa. Hay que tener en cuenta, en efecto, que la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, solo define el concepto de “exención tributaria” en su art. 22, donde señala que “son supuestos de exención aquellos en que, a pesar de realizarse el hecho imponible, la Ley exime del cumplimiento de la obligación tributaria principal”, pudiendo ser entendidos los beneficios e incentivos fiscales como una especie de este género. No obstante, queda claro que no toda exención tributaria puede integrar el contenido de esta inhabilitación especial, de suerte que aquí entendemos que el objeto de la privación de derechos viene constituido por aquellos incentivos que, por razones de política fiscal, económica o social, estén dirigidos a potenciar el desarrollo de una actividad económica concreta y no, por consiguiente, por aquellas exenciones tributarias que tengan por objeto adecuar la obligación tributaria a la capacidad económica del sujeto (en este sentido, no puede entenderse que la inhabilitación especial se extiende, por ej., al mínimo exento de tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas). También se debe privar al condenado del derecho a gozar de beneficios e incentivos de la Seguridad Social. La normativa que regula estos beneficios e incentivos es muy casuística, de modo que habrá que recurrir a dicha dispersa regulación para integrar el contenido de la pena aquí comentada.

Por lo que se refiere a la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública, lo primero que conviene dejar claro es que no se trata de una pena idéntica en su contenido a la de prohibición de contratar con el sector público, dado que esta última también se impone cumulativamente en este precepto, de suerte que forzosamente ha de otorgársele un sentido diverso. No existiendo una definición normativa de qué sean las “transacciones comerciales de trascendencia pública”, aquí se parte que el contenido de esta pena viene constituido por todas aquellas transacciones comerciales, tanto en el ámbito público como privado, que afecten a sectores estratégicos de la economía del Estado (materias primas, por ej.) o que, de algún modo, tengan por objeto (o puedan afectar a) bienes de interés público. Asimismo, podría aplicarse esta prohibición a supuestos en los que la transacción comercial adquiere trascendencia pública no tanto por el objeto sobre el que recae cuanto por el volumen de dinero comprometido, esto es, aquellos casos en que tiene unas dimensiones que exigen una especial supervisión por parte de las Administraciones Públicas.

⁵⁴ Sobre estos elementos, vid. ampliamente GÓMEZ RIVERO, M. C., *El fraude de subvenciones*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 39 ss.

⁵⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 76.

Por su parte, se modifica también la regulación del comiso. Se mejora lo relativo a la privación de las ganancias de la corrupción mediante la incorporación al art. 127 CP de la figura del comiso ampliado de ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal y la creación de una Oficina de Recuperación de Activos a la que el Juez, a instancia del Ministerio Fiscal, puede encomendar la localización, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal (nuevo art. 367 *septies* LECrim). Ahora bien, aunque es cierto que en la mayoría de los casos de corrupción se puede apreciar alguna trama organizada, es de criticar que no se hayan previsto estos instrumentos, además de para el crimen organizado y el terrorismo, también de manera específica para los delitos de corrupción en los que no se observe la presencia de una organización criminal.

En cualquier caso, tanto la cuantía del soborno como el producto de la corrupción o los bienes cuyo valor se corresponda con el de esos conceptos están sujetos a comiso, esto es, al “embargo y confiscación” que exige el Convenio⁵⁶.

V. CONCLUSIONES

Las modificaciones operadas por la LO 5/2010 tanto en el propio texto del art. 445 CP como en otros preceptos del Código penal (en particular los relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y al comiso) satisfacen las recomendaciones del Grupo de Trabajo de la OCDE en lo que se refiere a las cuestiones de índole penal⁵⁷. No obstante, pueden aparecer nuevas objeciones, como las que eventualmente se deriven, por ej., de la extensión de lo dispuesto a efectos de los delitos de cohecho a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión por el art. 427 CP, tras la modificación realizada por la LO 5/2010⁵⁸. Y ello puesto que se plantean relaciones concursales con el art. 445 CP que son de difícil resolución, pudiendo dejar en papel mojado parte de los

⁵⁶ Así, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “Delito”, cit., p. 1460.

⁵⁷ Cfr. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “Delito”, cit., p. 1456.

⁵⁸ Art. 427 CP, reformado por la LO 5/2010:

“1. Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión.

A estos efectos se entenderá que es funcionario de la Unión Europea:

1. toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea;
2. toda persona puesta a disposición de la Unión Europea por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de la Unión Europea;
3. los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea no les sea aplicable.

Asimismo, se entenderá por funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión el que tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro.

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 *bis* una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

- a. Multa de dos a cinco años, o del triple al quintuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b. Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.
- c. Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

objetivos conseguidos modificando el texto de este último precepto. Entre otras cuestiones, piénsese que si se considera que el art. 427 CP es preferente en el concurso de leyes por especialidad (al ser los funcionarios de la Unión Europea o los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión una especie de los funcionarios públicos extranjeros), entonces resurgen en este caso los problemas relativos a la duración de las sanciones en algunos casos o a la posibilidad de aplicar al particular la causa de levantamiento de la pena por la denuncia, entre otros.

Sin embargo, la regulación española muestra un déficit sustancial de aplicación⁵⁹: no se conoce una sola sentencia condenatoria (ni absolutoria) por este delito, lo cual no significa, obviamente, que no se cometa. Por supuesto, esto no significa que no sea importante elaborar leyes y reglas adecuadas. “Ese es el primer paso, y quizá deba pasar algún tiempo, antes de que muestre sus efectos. Lo que sí es necesario enfatizar es que la labor de aplicación real es aún más importante que la introducción de nuevas reglas”⁶⁰. Ahí es donde hay que poner ahora el punto de mira, con independencia de que no se pueden entender terminadas las modificaciones legislativas de los delitos que nos ocupan. Y es que más allá de la adecuación ya en buena medida conseguida al Convenio de la OCDE, hay que tener en cuenta que España ha ratificado por Instrumento de 26 de enero de 2010 el Convenio penal sobre la Corrupción (Convenio núm.173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, así como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003 por Instrumento de 9 de junio de 2006, lo que obligará a seguir modificando el texto del art. 445 CP. Así, por ej., habrá que tipificar el cohecho pasivo del funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales, puesto que el art. 427 CP únicamente extiende lo dispuesto en los artículos precedentes “a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión”, dejando al margen, pues, a los funcionarios extranjeros de países no pertenecientes a la Unión Europea⁶¹. De igual manera, se habrá de tipificar la corrupción activa de empleados públicos extranjeros e internacionales para que abarque las transacciones comerciales nacionales, actualmente impune. O la corrupción activa y pasiva de árbitros y jurados extranjeros, pues también es impune en estos momentos, salvo cuando puedan incluirse en la referencia del art. 445 CP a “cualquier persona que ejerza una función pública”⁶².

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 *bis*, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

⁵⁹ Por ello es todavía más llamativa la amplia bibliografía existente respecto de estos delitos.

⁶⁰ BOEHM, F./ GRAF LAMBSDORF, J., “Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional”, *Revista de Economía Institucional* Vol. II, núm.21, 2009, p. 60.

⁶¹ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., “De los delitos”, cit., pp. 1315-1316. Se trata de una de las recomendaciones contenidas en el Informe de evaluación relativo a España adoptado por el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) el 15 de mayo de 2009. Ciertamente es que el funcionario puede ser considerado inductor del particular, pero ello no satisface plenamente la exigencia de incriminación. Piénsese que para sancionarle es necesario que el particular haya iniciado la ejecución, por ej.

⁶² Como apunta PALOMO DEL ARCO, A., “Artículo 445”, cit., p. 1650.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R., “La corrupción de agente público extranjero en las transacciones comerciales internacionales”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* año 60, número extra 2015, 2006, pp. 207-216.

BACIGALUPO, S., “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal de 1995”, en BACIGALUPO ZAPATER, E. (Dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 65-86.

BLANCO CORDERO, I., “Comiso ampliado y presunción de inocencia”, en PUENTE ABA, L. M. (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008, pp. 69-106.

BOEHM, F./ GRAF LAMBSDORF, J., “Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional”, *Revista de Economía Institucional* Vol. II, núm.21, 2009, pp. 45-72.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., “La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa”, *Actualidad Penal* 2001-2, pp. 453-470.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia. Tomo I*, Trivium, Madrid, 1999.

CORTÉS BECHIARELLI, E., “Valoración crítica de la reforma del comiso: LO 15/2003, de 25 de noviembre”, *Revista General de Derecho Penal* núm. 8, 2007.

CUESTAARZAMENDI, J. L. de la/ BLANCO CORDERO, I., “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones económicas internacionales”, *Revista de Ciencias Penales* vol. 4, 2001-2002, pp. 9-29.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del código penal español”, *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* núm.74, mayo-agosto 2008, pp. 199-223.

- “Delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal 2011*, Francis Lefebvre, Santiago de Compostela, 2011.

ECHARRI CASI, F. J., *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP”, en MORALES PRATS, F./ QUINTERO OLIVARES, G. (Coords.), *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 273-294.

GARCIANDÍA GARMENDIA, R., “La aplicación española de las normas de Derecho internacional contra la corrupción”, *Anuario de Derecho Internacional* Vol. XXIV, 2008, pp. 241-269.

- GÓMEZ RIVERO, M. C., *El fraude de subvenciones*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- GRACIA MARTÍN, L., y otros, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- JORGE BARREIRO, A., “El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, *ADPCP* Vol. XLIX, Fasc. II, 1996, pp. 327-384.
- KOS, D., “Seguimiento de los esfuerzos contra la corrupción en Europa”, *Revista Penal* núm.16, julio 2005, pp. 54-60.
- LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6ª ed. Tecnos, Madrid, 2005.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social*, Tecnos, Madrid, 1995.
- *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 3ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MARTÍNEZ RUIZ, J., “Naturaleza jurídica y criterios de aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 Cp”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* núm. 1, 1999.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 13ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- NIETO MARTÍN, A., “La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)”, *Revista Penal* núm. 12, 2003, pp. 3-26.
- OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- “Los delitos contra la Administración pública”, en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dirs.), *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código penal de 1995*, Reus, Barcelona, 2006, pp. 361-403.
- ORTIZ DE URBINAGIMENO, I., “Delitos contra la Administración pública”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2011.
- PALOMO DEL ARCO, A., “Artículo 445”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.
- RAMON RIBAS, E., *La persona jurídica en el derecho penal*, Comares, Granada, 2009.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español. Tomo II (Artículos 234 a DF. 7ª)*, 6ª ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- RUEDA GARCÍA, L., “La reforma del comiso y su adaptación al derecho europeo”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./ VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 215-230.

VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Edersa, Madrid, 1996.

VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Vol. I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

