

ESTUDIO SOBRE LOS DELITOS DE COHECHO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS COMUNITARIOS, EXTRANJEROS Y DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN

Demelsa Benito Sánchez

Profesora Investigadora. Universidad de Salamanca

BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el Derecho penal alemán. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2013, núm. 15-04, p. 04:1-04:27. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-04.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 15-04 (2013), 10 feb]

RESUMEN: Alemania fue uno de los primeros Estados europeos en adaptar su legislación a las demandas internacionales en materia de corrupción de funcionarios públicos, no sólo nacionales, sino también comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales. El presente trabajo examina las

leyes a través de las cuales se produjo esa adaptación, a saber, la Ley de lucha contra la corrupción, la Ley contra la corrupción en la Unión Europea y la Ley contra la corrupción internacional. El estudio finaliza con unas conclusiones en donde se exponen una serie de propuestas que debería tener en cuenta el país si desea estar a la vanguardia de la lucha contra la corrupción..

PALABRAS CLAVE: Corrupción transnacional, Derecho penal alemán, funcionario comunitario, funcionario extranjero, funcionario internacional, soborno transnacional.

Fecha de publicación: 10 febrero 2013

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes. La Ley de lucha contra la corrupción. 3. La Ley sobre el Protocolo de 27 de septiembre de 1996 al Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. 3.1. Introducción. Las obligaciones penales impuestas por la Unión Europea en materia de corrupción pública. 3.2. Análisis de la Ley sobre el Protocolo de 27 de septiembre de 1996 al Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. 3.2.1. Ámbito de aplicación. 3.2.2. Tipificación exclusiva del cohecho antecedente. 3.2.3. Tipificación exclusiva del cohecho propio. 3.2.4. Las reglas de jurisdicción. 4. La Ley sobre el Convenio de 17 de diciembre de 1997 de la lucha contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros en el tráfico comercial internacional. 4.1. Introducción. Las obligaciones penales impuestas por el Convenio de la OCDE en materia de corrupción pública. 4.2. Análisis de la Ley sobre el Convenio de 17 de diciembre de 1997 de la lucha contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros en el tráfico comercial internacional. 4.2.1. El concepto de funcionario público extranjero e internacional. 4.2.2. La exclusiva tipificación del cohecho activo propio antecedente. 4.2.3. La tipificación expresa del cohecho de miembros de asambleas parlamentarias extranjeras e internacionales. 4.2.4. Las reglas de jurisdicción. 4.2.5. La corrupción de funcionarios públicos extranjeros e internacionales como delito previo al blanqueo de capitales. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción

La corrupción, entendida comúnmente como el uso desviado del poder público para la obtención de un beneficio privado, ha sido una práctica constante a lo largo de la historia. Sin embargo, en las últimas décadas ha adquirido unas magnitudes desorbitadas. En la actualidad, los comportamientos corruptos no conocen fronteras. La corrupción campa a sus anchas por el planeta afectando a países en desarrollo y a países industrializados, a regímenes autoritarios y a democracias consolidadas, a economías planificadas y a economías de libre mercado. Como señala el preámbulo de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (en adelante, CNUCC)¹, “la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías”. Dada esta nueva dimensión *transnacional* de la corrupción, las iniciativas meramente nacionales para luchar contra ella se muestran insuficientes, siendo indispensable una respuesta coordinada de todos los Estados de la aldea global. Conscientes de esta necesidad, desde mediados de la década de los noventa, diversas organizaciones internacionales y regionales han ido adoptando textos vinculantes con el objetivo de reducir este mal que azota a la sociedad actual, pues su total eliminación quizá sea aún un objetivo imposible de alcanzar².

La mencionada CNUCC, adoptada en el año 2003, no es sino el broche final a toda una larga lista de instrumentos supranacionales vinculantes en materia de corrupción³. Referidos instrumentos centran su atención en la nueva dimensión,

¹ La CNUCC fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003 en Nueva York y se abrió a la firma los días 9 a 11 de diciembre de 2003 en Mérida (México). Entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. Alemania firmó la Convención en Mérida, sin embargo, no la ha ratificado aún (última consulta realizada el 21 de julio de 2012). Respecto de España, la Convención entró en vigor el 19 de julio de 2006 (BOE n.º 171 de 19 de julio de 2006).

² NIETO GARCÍA (2003), “¿Es inevitable la corrupción?”, en: VV.AA. *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol. IV, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, p. 101.

³ A saber:

Convención interamericana contra la corrupción, hecha en Caracas (Venezuela) el 29 de marzo de 1996. Entró en vigor, de forma general, el 6 de marzo de 1997.

Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 27 de septiembre de 1996 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, en adelante, DOCE, n.º C 313, de 23 de octubre). Entró en vigor, de forma general, incluyendo a Alemania y a España, el 17 de octubre de 2002.

Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Convenio establecido sobre la base de la letra c del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 26 de mayo de 1997 (DOCE n.º C 195, de 25 de junio). Entró en vigor, de forma general, incluyendo a Alemania y a España, el 28 de septiembre de 2005.

Segundo Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 19 de junio de 1997 (DOCE n.º C 221, de 19 de julio). Entró en vigor, de forma general, incluyendo a Alemania y a España, el 19 de mayo de 2009.

Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, adoptado en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

transnacional, de la corrupción, aunque sin olvidarse de la corrupción *clásica*, la que acontece fronteras adentro de los Estados. Dentro de la dimensión transnacional, los convenios anti-corrupción existentes exigen a los Estados parte tipificar como delito una serie de conductas que se han dado en denominar *corrupción de funcionarios públicos extranjeros e internacionales*, o para el ámbito concreto de la Unión Europea, *corrupción de funcionarios públicos comunitarios y de Estados miembros de la Unión*.

El presente artículo examina la legislación penal alemana relativa a estas nuevas modalidades de corrupción por haber sido Alemania uno de los primeros Estados en adaptar su ordenamiento jurídico a las exigencias supranacionales en la materia, a la vez que hoy en día es, junto con Estados Unidos, el país con mayor número de casos de corrupción transnacional investigados por sus autoridades policiales y judiciales, de acuerdo con los informes que anualmente publica *Transparencia Internacional*⁴. Con todo, se aprecian ciertas deficiencias en su legislación que deberían ser subsanadas con urgencia si el país quiere seguir a la vanguardia en la lucha contra la corrupción.

El presente trabajo se divide, a partir de la introducción, en cuatro secciones, comenzando con un breve estudio de la *Ley sobre la lucha contra la corrupción* del año 1997, primer gran impulso contra la corrupción en Alemania. Posteriormente, la atención se centra en las dos leyes que adaptaron su ordenamiento jurídico a las exigencias supranacionales en materia de corrupción transnacional: la *Ley contra la corrupción en la Unión Europea* y la *Ley contra la corrupción internacional*. Finalmente, se ofrecen unas consideraciones sobre la situación actual de Alemania en la lucha contra la corrupción y sobre los pasos que habría de dar en el futuro para cumplir totalmente con los requerimientos supranacionales en esta materia.

el 21 de noviembre de 1997, abierto a la firma el 17 de diciembre de 1997. El Convenio entró en vigor, de forma general, incluyendo a Alemania y a España, el 15 de febrero de 1999.

Convenio penal sobre la corrupción, adoptado por el Consejo de Europa el 27 de enero de 1999. Entró en vigor de forma general, el 1 de julio de 2002. Alemania firmó el documento en el momento de su adopción pero no lo ha ratificado aún (última consulta realizada el 28 de diciembre de 2012). Respecto de España, el Convenio entró en vigor el 1 de agosto de 2010 (BOE n.º 182 de 12 de julio de 2010).

Convenio civil sobre la corrupción, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1999. Entró en vigor, de forma general, el 1 de noviembre de 2003. Alemania firmó el documento en el momento de su adopción pero no lo ha ratificado aún (última consulta realizada el 28 de diciembre de 2012). Respecto de España, el Convenio entró en vigor el 16 de diciembre de 2009 (BOE n.º 78 de 31 de marzo de 2010).

Protocolo Adicional al Convenio penal sobre la corrupción, adoptado por el Consejo de Europa el 15 de mayo de 2003. Entró en vigor, de forma general, el 1 de febrero de 2005. Alemania firmó el documento en el momento de su adopción pero no lo ha ratificado aún (última consulta realizada el 28 de diciembre de 2012). Respecto de España, el Protocolo entró en vigor el 1 de mayo de 2011 (BOE n.º 56 de 7 de marzo de 2011).

Convención para la prevención y lucha contra la corrupción, adoptada en el marco de la Unión Africana en Maputo (Mozambique), el 11 de julio de 2003. Entró en vigor el 4 de agosto de 2006.

⁴ Véase el más reciente de esos informes: HEIMANN, DELL and MCCARTHY (2012), *Exporting corruption? Country Enforcement of the OECD Anti-bribery Convention Progress Report 2012*, Transparency International, p. 9. *Transparencia Internacional*, fundada en 1993 por Peter Eigen, antiguo responsable del Banco Mundial, es la principal ONG dedicada a la lucha contra la corrupción. Todas sus publicaciones pueden consultarse en <http://www.transparency.org/> (última consulta realizada el 11 de enero de 2013).

2. Antecedentes. La Ley de lucha contra la corrupción

El combate a conciencia contra la corrupción comienza en Alemania en el año 1997, con la aprobación de la *Ley sobre la lucha contra la corrupción*⁵ (en adelante, *KorrBG*); una norma adoptada en respuesta no sólo a las exigencias de la práctica penal del momento en Alemania, sino también, en respuesta a las exigencias que ya comenzaban a vislumbrarse en los incipientes instrumentos supranacionales contra la corrupción que habrían de vincular al país en el futuro⁶.

La referida ley introdujo modificaciones significativas en los diversos tipos penales del cohecho clásico, albergados en la sección trigésima de la parte especial del Código Penal alemán (en adelante, *StGB*). Se ha considerado adecuado exponer muy sucintamente, a continuación, cómo quedó regulado el cohecho en el *StGB* tras la aprobación de esa ley pues ello facilitará la posterior explicación de los tipos penales referidos a la corrupción de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros e internacionales. El § 331 *StGB* tipifica la llamada “aceptación de ventaja” (*Vorteilsannahme*) por parte del funcionario público, mientras que el § 333 castiga la “concesión de ventaja” (*Vorteilsgewährung*) a un funcionario público. Estos dos tipos penales no exigen del funcionario público una actuación contraria a los deberes de su cargo⁷. Las novedades que dentro de estos tipos se incorporaron a través de la *KorrBG* fueron principalmente dos. En primer lugar, la ventaja – el soborno – ya no necesitaba estar referida a una determinada actuación del funcionario público (*Diensthandlung*) sino, simplemente, al ejercicio de funciones públicas en general (*Dienstausübung*) dado que con frecuencia resultaba difícil demostrar a qué actuación funcional concreta se refería la ventaja. En segundo lugar, con la incorporación de la expresión “para sí o para un tercero” (*für sich oder einen Dritten*), se ponía de manifiesto que ya no sería necesario que el soborno beneficiase al funcionario público, ni siquiera de manera indirecta, pudiendo resultar beneficiado un tercero⁸.

Por su parte, los §§ 332 y 334 *StGB* recogen, respectivamente, el cohecho pasivo propio (*Bestechlichkeit*) y el cohecho activo propio (*Bestechung*). En estos casos, la ventaja debe estar orientada a conseguir del funcionario público una infracción de

⁵ *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption - KorrBG*, de 13 de agosto de 1997, Bundesgesetzblatt (en adelante, BGBI.) I 1997, p. 2038.

⁶ BANNENBERG (2002), *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle. Eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse*, Luchterhand, Neuwied- Kriftel, p. 17.

⁷ Estamos ante el llamado, en nuestra tradición jurídica, cohecho *impropio*. La doctrina española ha distinguido, tradicionalmente, dos modalidades de cohecho según el acto que realiza el funcionario público sea conforme a derecho o no. El cohecho propio es aquel que tiene por objeto la obtención de un acto propio del cargo, contrario al ordenamiento jurídico, mientras que el cohecho impropio es aquel que tiene por objeto un acto propio del cargo, conforme objetivamente a derecho. Véase MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (2011), “Título XIX. Delitos contra la Administración Pública”, en QUINTERO OLIVARES (dir.) y MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, 6ª edición, Aranzadi, Elcano, p. 1211.

⁸ DÖLLING (2000), “Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption”, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 112, pp. 343-345.

los deberes de su cargo (*Verletzung der Dienspflicht*)⁹. Se exige, además, en estos casos, que tal infracción se refiera a una actuación concreta por parte del funcionario (*Diensthandlung*), no siendo suficiente el ejercicio de funciones públicas en general (*Dienstausübung*).

El § 335 contempla un tipo agravado para los casos en los que la cuantía del soborno sea muy elevada, para los casos en los que el autor acepte continuamente ventajas que él ha solicitado como contraprestación por realizar determinada actuación funcional en el futuro, y para los casos en los que el autor actúe profesionalmente o como miembro de una banda organizada para la comisión continuada de tales hechos.

El § 336 equipara, a efectos de aplicar los §§ 331-335, la omisión de funciones públicas a la realización de las mismas por parte del funcionario público.

El § 337 aclara que la compensación a un árbitro sólo constituye “ventaja” en el sentido de los §§ 331-335 cuando éste la exija, la acepte o acepte la promesa de la misma a espaldas de la otra parte, o cuando una parte, a espaldas de la otra, se la ofrezca, prometa u otorgue a dicho árbitro.

El último de los preceptos referidos al cohecho es el § 338, el cual recoge indicaciones sobre la pena pecuniaria y el comiso a aplicar en los casos de cohecho pasivo y activo propio.

Los preceptos mencionados se aplican cuando están involucrados funcionarios públicos, jueces y árbitros. Sin embargo, los miembros de asambleas parlamentarias (*Abgeordnete*) no están incluidos dentro de ese grupo de personas pues no tienen la condición de funcionario público (*Amtsträger*) conforme al § 11 *StGB*, al contrario de lo que sucede, por ejemplo, en la legislación penal española (art. 24.1 CP¹⁰). A referidas personas, en el ordenamiento jurídico alemán, les es aplicable en materia de corrupción el § 108e *StGB* (*Abgeordnetenbestechung*: cohecho activo de diputados), precepto que castiga a quien trate de comprar o vender un voto para una elección o votación al Parlamento Europeo, a una cámara de representantes federal o de Estados federados de Alemania, a un ayuntamiento o a una asociación de municipios. Es decir, el soborno de parlamentarios únicamente es punible cuando tiene por objeto la compra-venta de votos (*Stimmenkauf, Stimmenverkauf*) para una determinada elección. Nótese, además, que quedan fuera del ámbito de aplicación de este precepto los sobornos inmateriales¹¹.

Por último, y aunque sólo sea objeto de estudio en este trabajo la corrupción pú-

⁹ Esta infracción de los deberes del cargo supone que la actuación del funcionario (no la mera aceptación de ventajas) atenta contra leyes, reglamentos u otras normas. LACKNER y KÜHL (2004), *Strafgesetzbuch kommentar*, C.H. Beck, München, pp. 1388.

¹⁰ Art. 24.1 CP: “(...) 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 (...)”.

¹¹ SÁNCHEZ-HERMOSILLA (2003), “Rechtspolitik zur Korruptionsbekämpfung”, en *Kriminalistik* 57, p. 77.

blica, es digno mencionar que la *KorrBG* también incorporó al texto punitivo alemán la denominada corrupción privada o corrupción entre particulares¹², en la sección vigesimosexta de la parte especial de dicho texto normativo, intitulada “delitos contra la competencia” (*Straftaten gegen den Wettbewerb*). Los incisos (1) y (2) del § 299 albergan, respectivamente, los tipos penales de corrupción pasiva y activa en el tráfico comercial (*Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*). Se convertía así Alemania en uno de los primeros países de la Unión Europea en adaptar su texto punitivo a las futuras exigencias supranacionales en la materia¹³. Al § 299 se le incorporó en el año 2002 un párrafo tercero conforme al cual se hacían extensibles los párrafos 1 y 2 a los comportamientos relacionados con la competencia en el ámbito internacional¹⁴.

Como se ha indicado, las modificaciones incorporadas por la *KorrBG* daban muestra de los derroteros por los que empezaba a caminar la lucha supranacional contra la corrupción a mediados de la década de los noventa. Así, nótese que durante los once meses anteriores a la aprobación de la *Ley sobre la lucha contra la corrupción*, en el seno de la UE ya se habían adoptado tres documentos en esta materia que habrían de obligar a Alemania en el futuro¹⁵. Además, sólo cuatro meses después de la entrada en vigor de la *KorrBG* se abrió a la firma en París el *Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales* (en adelante, *Convenio OCDE*), adoptado en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

Con todo, las reformas introducidas por la *KorrBG* eran evidentemente insufi-

¹² El tipo penal de corrupción entre particulares fue incorporado al CP español a través de la *LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal* (BOE n.º 152 de 23 de junio de 2010), dando así cumplimiento a compromisos adquiridos por España años atrás. Concretamente, la tipificación de la corrupción entre particulares ya se demandaba en la *Acción Común 98/742/JAI adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado*, de 22 de diciembre de 1998 (**DOCE n.º L 358 de 31 de diciembre de 1998**); sustituida por la *Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado* de 22 de julio de 2003 (DOUE n.º L 192/54 de 31 de julio de 2003).

¹³ Así, la *KorrBG* vio la luz un año antes de la adopción de la *Acción Común sobre la corrupción en el sector privado* referida *supra* en la nota a pie 12.

¹⁴ La incorporación tuvo lugar través de la *Ley relativa al cumplimiento del Segundo Protocolo de 19 de junio de 1997 al Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de la Acción Común relativa a la corrupción en el sector privado de 22 de diciembre de 1988 y de la Decisión Marco de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro*, de 22 de agosto de 2002 (*Gesetz zur Ausführung des Zweiten Protokolls vom 19. Juni 1997 zum Übereinkommen den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, der Gemeinsamen Maßnahmen betreffend die Bestechung im privaten Sektor vom 22. Dezember 1998 und des Rahmenbeschlusses vom 29. Mai 2000 über die Verstärkung des mit strafrechtlichen und anderen Sanktionen bewehrten Schutzes gegen Geldfälschung im Hinblick auf die Einführung des Euro*, de 22 de agosto de 2002 (BGBl. I, p. 3387).

¹⁵ A saber, los ya mencionados *supra* nota a pie 3, *Protocolo Adicional al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*, *Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea* y *Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*.

cientes para dar cumplimiento a las exigencias de esos nuevos instrumentos supranacionales en materia de corrupción transnacional¹⁶, por lo que el *Bundestag* hubo de aprobar dos nuevas normas. A su estudio se dedican los dos epígrafes siguientes.

3. La Ley sobre el Protocolo de 27 de septiembre de 1996 al Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas

3.1. Introducción. Las obligaciones penales impuestas por la Unión Europea en materia de corrupción pública

Las primeras iniciativas comunitarias en materia de corrupción aparecieron ligadas a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Es el *Protocolo Adicional del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas* (en adelante, *Protocolo PIF*) el primer instrumento que obligó a los Estados miembros a castigar penalmente los actos de corrupción pasiva y activa de funcionarios públicos nacionales, de funcionarios de otros Estados miembros y de funcionarios comunitarios cuando causaran o pudieran causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas. El Preámbulo de dicho documento justificaba la tipificación de esas conductas aduciendo que “los intereses financieros de las Comunidades Europeas pueden verse afectados o amenazados por otras infracciones penales, en especial, las constituidas por actos de corrupción cometidos por o respecto de funcionarios nacionales o comunitarios responsables de la percepción, la gestión o el desembolso de los fondos comunitarios sometidos a su control”. La corrupción pasiva se definió como “el hecho intencionado de que un funcionario, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o no cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función, que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas” (art. 2). Y la corrupción activa como “el hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario, para éste o para un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas” (art. 3).

No obstante, la necesidad de otorgar un tratamiento más amplio al problema de la corrupción en el ámbito comunitario, más allá de la protección de los intereses financieros, motivó la adopción de un nuevo documento, el *Convenio relativo a la*

¹⁶ Destacándolo, WOLF (2006), “Modernization of the German Anti-Corruption Criminal Law by International Legal Provisions”, en *German Law Journal* 9, pp. 785-786.

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 (en adelante, *Convenio UE*). Inspirado en el *Protocolo PIF*, este Convenio tiene un ámbito de aplicación mayor, pues no se limita a supuestos que lesionen los intereses financieros de la Unión. Así, las definiciones de corrupción pasiva y activa son las mismas que las del *Protocolo PIF* omitiendo la locución “que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas”.

Para dar cumplimiento a esta exigencia, Alemania adoptó el 10 de septiembre de 1998 la *Ley sobre el Protocolo de 27 de septiembre de 1996 del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*¹⁷ (en adelante, *EUBestG*), que se analiza en el siguiente apartado. Alemania se convertía así en uno de los primeros países europeos en adaptar su legislación a las demandas comunitarias. El *Protocolo PIF* entró en vigor en el año 2002 y el *Convenio UE*, en 2005. España, sin embargo, no adaptaría su legislación a los requerimientos de estos instrumentos hasta el año 2010, cuando la *LO 5/2010*, de 22 de junio, modificó el art. 427 CP haciendo extensibles todos los tipos penales de cohecho a los casos que afecten a funcionarios comunitarios o de Estados miembros de la Unión.

3.2. Análisis de la Ley sobre el Protocolo de 27 de septiembre de 1996 al Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas

3.2.1. Ámbito de aplicación

El art. 2 de la Ley establece las disposiciones que trasponen el *Protocolo PIF* a la legislación alemana. Así, el § 1 de dicho artículo asimila los funcionarios comunitarios y los funcionarios de Estados miembros de la Unión Europea a los funcionarios nacionales alemanes para la aplicación de los §§ 332, 334-336 y 338 *StGB*. Con todo, la asimilación se produce, únicamente, cuando el cohecho esté relacionado con una actuación futura por parte del juez o servidor público (*für eine künftige richtliche Handlung oder Diensthandlung*). En otras palabras, extiende los tipos penales del cohecho pasivo y activo propio antecedente¹⁸ a los supuestos en

¹⁷ *Das Gesetz zu dem Protokoll vom 27. September 1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, EU-Bestechungsgesetz, EUBestG*, de 10 de septiembre de 1998 (BGBl. II p. 2340), modificada por Ley de 21 de julio de 2005 (BGBl. I p. 763). Sobre esta ley, véase ampliamente, KORTE (1999), “Der Einsatz des Strafrechts zur Bekämpfung der internationalen Korruption”, en *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, Heft 3, pp. 83-85; ZIESCHANG (1999), “Das EU-Bestechungsgesetz und das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 2, pp. 105-106.

¹⁸ La doctrina ha distinguido, tradicionalmente, entre el cohecho antecedente y el cohecho subsiguiente en función del momento en el cual se lleva a cabo el acuerdo entre el funcionario público y el particular. El cohecho antecedente es aquél que tiene lugar antes de adoptarse el concreto acto objeto de soborno, y el cohecho subsiguiente, también llamado cohecho como recompensa, es aquél en el que el acuerdo o intento de acuerdo entre ambas partes se produce una vez que el funcionario público ya ha adoptado el acto propio del cargo. Véase, por todos, Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011): “Título XIX. Delitos contra la Administración Pública”, *op. cit.*, p. 1211.

los que estén implicados funcionarios comunitarios o de Estados miembros de la Unión.

Sin embargo, la *EUBestG* no limita su ámbito de aplicación a lo exigido por el *Protocolo PIF*, es decir, a conductas que causen o puedan causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, sino que va más allá, no exigiendo esa puesta en peligro o lesión para los intereses financieros comunitarios. En definitiva, su ámbito de aplicación se corresponde, realmente, con lo que exigiría el *Convenio UE*, que ya había sido adoptado cuando se aprobó la *EUBestG*. Con todo, ésta siguió refiriéndose en su intitulado al *Protocolo PIF*, no al Convenio de 1997.

3.2.2. Tipificación exclusiva del cohecho antecedente

Los §§ 332 y 334 *StGB* castigan de igual manera el cohecho antecedente y el subsiguiente¹⁹. Sin embargo, la *EUBestG* limita la aplicación de esos preceptos a hechos que el funcionario público realice en el futuro. En otras palabras, el cohecho subsiguiente de funcionarios comunitarios o de Estados miembros de la Unión Europea no es punible según el Derecho alemán, mientras que sí lo es el cohecho subsiguiente de funcionarios nacionales.

La razón para esta diferenciación estriba en que en el marco de la Unión Europea no es obligatorio el castigo de tales conductas. En este sentido, señala el informe explicativo al *Protocolo PIF*²⁰ en su apartado 2.5 que: “Es esencial que la solicitud o la aceptación sean anteriores al acto o abstención ofrecida o aceptada por el funcionario. El texto es inequívoco: ‘el hecho... de que un funcionario... solicite, o reciba ventajas... o el hecho de aceptar la promesa... por cumplir o no cumplir...’. Así, resulta claro que, desde un punto de vista cronológico, debe producirse primero la solicitud o aceptación y después el acto o la abstención del mismo por parte del funcionario. Por consiguiente, un beneficio recibido después del acto, pero sin que haya una solicitud o aceptación previa, no genera responsabilidad penal según

¹⁹ La tipificación del cohecho subsiguiente no está exenta de polémica pues difícilmente puede afirmarse que la entrega de la dádiva produzca una vulneración del principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública (bien jurídico tutelado en éstos delitos), ya que no se habría producido ninguna interferencia en el proceso de toma de decisiones pues el acuerdo corrupto es posterior a la realización del acto por parte del servidor público. Su castigo está orientado, más bien, a superar problemas probatorios que acontecen en los supuestos en los que lo único que queda probado es la entrega de la dádiva posterior a la ejecución del acto, y no queda probado el acuerdo previo. Véase, entre otros, ORTIZ DE URBINA GIMENO (2006), “Tema 16. Delitos contra la Administración Pública”, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. parte especial*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, p. 314; MUÑOZ CONDE (2010), *Derecho penal. Parte especial*. 18ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 990; SEMINARA (2006), “La corrupción en la Administración Pública (arts. 2-7)”, en ARROYO ZAPATERO y NIETO MARTÍN (coord.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, p. 145. De otra opinión, CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN (dir.) (2004), *Comentarios al Código penal. parte especial. Tomo I*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 2026-2027.

²⁰ Informe explicativo del Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (Texto aprobado por el Consejo el 19 de diciembre de 1997) (DOCE n° C 011 de 15 de enero de 1998, pp. 5-12).

el Protocolo. Además, el artículo no se aplica a los regalos que no estén relacionados con alguna actuación posterior del funcionario realizada en cumplimiento de sus obligaciones”. El informe explicativo del *Convenio UE* señala, por su parte, además de lo anterior, que nada impide a los Estados miembros que así lo deseen “tipificar como delito penal la corrupción consistente en recibir una ventaja solicitada o aceptada una vez que el funcionario ha cometido la acción contraviniendo sus obligaciones oficiales”²¹. Sin embargo, no ha sido ésta la opción que eligió el legislador penal alemán, a diferencia de lo que hizo, por ejemplo, su homólogo español. Así, desde la entrada en vigor de la mencionada *LO 5/2010*, de 22 de junio, el art. 421, que tipifica el cohecho subsiguiente, es también aplicable a aquellos hechos en los que se vean implicados funcionarios de la Unión Europea o de Estados miembros de la Unión (art. 427 CP).

3.2.3. Tipificación exclusiva del cohecho propio

La extensión de los tipos de cohecho a los casos que afecten a funcionarios comunitarios y de Estados miembros de la Unión Europea que realiza la *EUBestG* no se refiere a los §§ 331 y 333 *StGB*, en donde se regula la aceptación de ventajas por parte de funcionarios públicos y la concesión de ventajas a los mismos (cohecho impropio). Se trata, como se indicó *supra*, de dos tipos penales en los que no es necesario que el funcionario público lleve a cabo un acto contraviniendo los deberes del cargo, sino que basta con que tales ventajas se soliciten o se entreguen al servidor público para el ejercicio de las funciones propias del cargo. La no criminalización de estas conductas choca frontalmente con lo exigido en el *Protocolo PIF* y en el *Convenio UE*, pues como puede leerse en los informes explicativos de ambos instrumentos “los Derechos de algunos Estados miembros incluyen los casos en que un funcionario, en contra de la obligación de su cargo de actuar imparcialmente, recibe una ventaja por actuar de conformidad con sus funciones (por ejemplo, dar un trato preferente acelerando o suspendiendo la tramitación de un asunto). El presente artículo cubre estos casos”²². Incumple, por tanto, Alemania, con este mandato, por lo que debería revisar su legislación en este punto.

El legislador español, por su parte, sí ha satisfecho tal requerimiento pues la extensión que prevé el art. 427 CP se refiere a todos los tipos penales del cohecho, ya sea propio o impropio.**3.2.4. El concepto de funcionario público. Especial referencia a los miembros de asambleas parlamentarias**

El § 1 del art. 2 de la *EUBestG* define qué ha de entenderse por juez y por fun-

²¹ Véase Informe explicativo sobre el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (Texto aprobado por el Consejo el 3 de diciembre de 1998) (DOCE, n° C 391 de 15 de diciembre de 1998), p.5 (punto 2.5). Nótese lo dispuesto en el art. 11 del Convenio: “Ninguna disposición del presente Convenio impedirá a los Estados miembros adoptar disposiciones de Derecho interno cuyo alcance sea mayor que el de las obligaciones que se derivan del presente Convenio”.

²² Confróntese, en ambos informes explicativos, el punto 2.6.

cionario público a efectos de aplicar los §§ 332, 334-336 y 338 *StGB*. Conviene recordar aquí que tanto el *Protocolo PIF* como el *Convenio UE* no ofrecen una definición autónoma de “funcionario nacional” de un Estado miembro, sino que habrá de estarse a lo dispuesto en el Derecho del Estado miembro en cuestión a efectos penales. En cambio, ambos documentos sí ofrecen una definición autónoma de funcionario comunitario²³. Así las cosas, el legislador alemán consideró lo siguiente: será “juez” un juez de otro Estado miembro de la Unión Europea y un miembro de un Tribunal de las Comunidades Europeas; será “funcionario público” un funcionario público de otro Estado miembro de la Unión Europea en cuanto que su cargo se corresponda con el de *Amtsträger* en el sentido del § 11 (1) 2 del *StGB*²⁴, un funcionario comunitario en el sentido del art. 1 del *Protocolo PIF*, y un miembro de la Comisión o del Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas.

Hay que destacar en este punto que a pesar de la extensión del concepto de *Amtsträger* que hace la *EUBestG*, dentro de tal concepto no tienen, en general, cabida los miembros de asambleas parlamentarias, si bien, es preciso distinguir aquí entre los miembros del Parlamento Europeo, por un lado, y los miembros de las asambleas parlamentarias de los Estados miembros de la Unión, por otro. Respecto de los primeros, el cohecho sí es punible de acuerdo con el § 108e *StGB*, quien se refiere a ellos expresamente. No obstante, recuérdese que la única conducta punible es la compraventa de votos para una elección. En este punto cumple Alemania con los requerimientos del *Protocolo PIF* y del *Convenio UE* pues a pesar de esa limitación, mencionados instrumentos (art. 4 de ambos) contienen un principio de asimilación, conforme al cual “los Estados miembros deberán otorgar

²³ Artículo 1 Convenio UE. Definiciones.

“A los efectos del presente Convenio se entenderá por:

a. *funcionario*: todo funcionario, tanto comunitario como nacional, así como todo funcionario nacional de otro Estado miembro;

b. *funcionario comunitario*: toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas, toda persona puesta a disposición de las Comunidades Europeas por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado, que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de las Comunidades Europeas.

Se asimilarán a los funcionarios comunitarios los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas no les sea aplicable;

c. *funcionario nacional*: el *funcionario* o el *empleado público* tal como se defina ese concepto en el Derecho nacional del Estado miembro en que la persona de que se trate tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro.

No obstante, cuando se trate de diligencias judiciales en las que esté implicado un funcionario de un Estado miembro incoadas por otro Estado miembro, éste sólo deberá aplicar la definición de *funcionario nacional* en la medida en que esa definición sea compatible con su Derecho nacional”.

²⁴ Dentro del concepto de *Amtsträger* del § 11 (1) 2 *StGB* se incluye a quien según el Derecho alemán es funcionario público o juez (a), a quien ocupa cualquier otra relación de Derecho público (b), y a quien ha sido nombrado para ejercer las tareas públicas en un organismo u otra entidad, o por encargo de ella, sin perjuicio de la forma seleccionada para cumplir dichas tareas (c).

las mismas cualificaciones por los delitos cometidos por o contra miembros de la Comisión Europea, del Parlamento Europeo, del Tribunal de Justicia de la Comunitàes Europeas y del Tribunal de Cuentas que las que aplican a los miembros de sus gobiernos nacionales, de sus parlamentos nacionales, de sus máximos órganos jurisdiccionales o de sus Tribunales de Cuentas”. Teniendo en consideración este precepto, cabe concluir que cumple Alemania con ese mandato de asimilación al haber otorgado el mismo tratamiento a los miembros del Parlamento Europeo que a los parlamentarios alemanes²⁵.

Sin embargo, Alemania debería plantearse una reforma de su legislación penal para dar castigo a las conductas de soborno de miembros de asambleas parlamentarias de los Estados miembros de la Unión, pues la *EUBestG* no da cabida a estos supuestos en tanto que hace extensible el término de *Amtsträger* a quien lo sea según la legislación de su Estado – como podía ser el caso de los parlamentarios en muchos Estados miembros – pero establece un límite: tiene que corresponderse con lo estipulado en el § 11 (1) 2 del *StGB*, el cual, como ya se ha señalado, no considera *Amtsträger* a los parlamentarios. A este respecto es preciso señalar que los instrumentos de la UE permiten esta posibilidad al disponer, en ambos, el art. 1 *in fine* que “cuando se trate de diligencias judiciales en las que esté implicado un funcionario de un Estado miembro incoadas por otro Estado miembro, éste sólo deberá aplicar la definición de *funcionario nacional* en la medida en que esa definición sea compatible con su Derecho nacional”. No obstante, una lucha conjunta contra la corrupción precisaría, a mi juicio, más uniformidad a la hora de decidir qué conductas van a ser punibles y cuáles no, careciendo de sentido el hecho de que los Estados miembros de la Unión vinculados por los mismos instrumentos comunitarios traten de manera diferente supuestos idénticos, castigando unos sí y otros no la entrega de un soborno a un parlamentario.

3.2.4. *Las reglas de jurisdicción*

El § 2 del art. 2 *EUBestG* hace referencia a las reglas de jurisdicción. Es preciso recordar en este punto que nos hallamos ante delitos que pueden ser cometidos fronteras afuera del Estado que los tipifica. Es por ello que el clásico principio de territorialidad que ha regido desde antiguo en la aplicación de la ley penal en el espacio se muestra insuficiente en la lucha contra este tipo de comportamientos²⁶. Conscientes de ello, tanto el Protocolo como el Convenio (arts. 6 y 7, respectivamente) establecen una reglas de jurisdicción que los Estados miembros han de tener en consideración. Así, cada Estado habrá de ser competente para perseguir los

²⁵ Así, KORTE, “Der Einsatz...”, *op. cit.*, p. 84; MÖHRENSCHLAGER (2004), “Die Struktur des Straftatbestandes des Abgeordnetenbestechung auf dem Prüfstand – Historisches und Künftiges”, en HEINRICH, Bernd et al. (eds.): *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Gieseking Verlag, Bielefeld, pp. 227-228.

²⁶ En este sentido, ha señalado Manfroni que “no hay que forzar la aplicación de viejos principios a una nueva situación”. MANFRONI (1998), *Soborno transnacional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 46.

delitos tipificados de acuerdo con el Convenio cuando la infracción se haya cometido total o parcialmente en su territorio (art.7.1.a) (principio de territorialidad), cuando el infractor sea uno de sus nacionales o de sus funcionarios (art.7.1.b) (principio de personalidad activa), cuando la infracción se cometa contra un funcionario o un miembro de una institución comunitaria que sea a su vez nacional de ese Estado (art.7.1.c) (principio de personalidad pasiva), o cuando el autor de la infracción sea un funcionario comunitario al servicio de una institución de la Comunidad Europea o de un organismo creado de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, que tenga su sede en el Estado miembro de que se trate (art.7.1.d).

Partiendo de este mandato²⁷, el § 2 del art. 2 *EUBestG* señala que a la hora de aplicar los §§ 332 y 334-336 a hechos en los que estén implicados funcionarios comunitarios o de Estados miembros de la UE será irrelevante que el hecho se haya cometido en el extranjero si el autor es alemán al tiempo de la comisión del hecho, es extranjero pero es funcionario público en el sentido del § 11 (1) 2 *StGB*, o es extranjero pero es funcionario comunitario en el sentido del § 1 (1) 2 letra b del mismo artículo y pertenece a una institución establecida de conformidad con un Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas que tenga su sede en Alemania. Finalmente, también se aplicarán los párrafos 332 y 334-336 *StGB* cuando el delito se cometa contra un juez, contra un funcionario público o persona asimilada según el § 1 (1) del art. 2, siempre que sean alemanes.

Con respecto a la legislación española en este punto, es preciso señalar que los criterios de atribución de competencia de las letras a) y b) se cumplen en nuestro Derecho a través de los clásicos principios de territorialidad y personalidad activa que albergan los párrafos 1 y 2 del art. 23 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de las letras c) y d), que demandan una reforma del referido precepto para poder perseguir hechos cometidos fuera de España por ciudadanos no españoles cuando la infracción se cometa contra un funcionario o un miembro de una institución comunitaria que sea a su vez español, y cuando el autor de la infracción sea un funcionario al servicio de una institución u organismo comunitario con sede en España²⁸.

²⁷ El mandato no es, en todo caso, obligatorio pues los propios preceptos permiten a los Estados miembros declarar, en el momento de la notificación, que no aplicarán una o varias de las reglas previstas en la letras b, c y d, o que sólo las aplicarán en casos o condiciones particulares.

²⁸ Al respecto, véase la propuesta de reforma presentada por GARCÍA ALBERO y CUGAT MAURI (2006), “Corrupción en el sector público”, en *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, Año 60, nº 2015 (Suplemento. Ejemplar dedicado a: *La armonización del derecho penal español: una evolución legislativa*), p. 204.

4. La Ley sobre el Convenio de 17 de diciembre de 1997 de la lucha contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros en el tráfico comercial internacional

4.1. *Introducción. Las obligaciones penales impuestas por el Convenio de la OCDE en materia de corrupción pública*

Ya en la década de los setenta, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico se interesó por la lucha contra la corrupción transnacional. Así, sus *Líneas directrices para empresas multinacionales* les recomendaban no entregar pagos ilícitos o ventajas indebidas para obtener o conservar un contrato u otra ventaja ilegítima en el comercio internacional. Sin embargo, las tensiones políticas y económicas de la Guerra Fría impidieron que en el seno de dicha organización se siguiera trabajando en la búsqueda de un instrumento vinculante en esta materia. Así, hasta 1989 no se creó un grupo de trabajo sobre soborno con el objetivo de luchar contra la corrupción en el comercio internacional y diseñar unas condiciones de competencia iguales para todas las empresas participantes en él. Los trabajos culminaron con la adopción por parte del Consejo de la *Recomendación para combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales* el 27 de mayo de 1994²⁹, un texto sin carácter vinculante pero que contenía un compromiso de revisión, fruto del cual nació la *Recomendación revisada sobre el combate del cohecho en las transacciones comerciales internacionales*, adoptada por el Consejo el 23 de mayo de 1997³⁰, en la cual se instaba a los Estados miembros, de manera general, a tomar “medidas eficaces para desalentar, prevenir y combatir la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en el marco de las transacciones comerciales internacionales” (Recomendación I), y de manera particular, a criminalizar “la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros de manera eficaz y coordinada” (Recomendación III). También se les recomendaba eliminar la posibilidad de deducir fiscalmente los sobornos pagados a servidores públicos extranjeros en el transcurso de operaciones comerciales transnacionales³¹ (Recomendación IV).

A la *Recomendación revisada* se añadieron unos “elementos comunes acordados”, elaborados por el grupo de trabajo sobre soborno, que habrían de constituir la base de una convención internacional sobre la penalización del soborno a servidores públicos extranjeros. Poco tiempo después, el grupo de trabajo, transformado en Conferencia Negociadora, adoptó el 21 de noviembre de 1997 el *Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, cuyo objetivo fue la instauración de unas reglas de juego comunes para que todas las empresas multinacionales participaran en el mercado

²⁹ C (94) 75 FINAL.

³⁰ C (97) 123 FINAL.

³¹ Como señalaba la *Recomendación sobre la posibilidad de deducir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros*, adoptada por el Consejo un año antes, el 11 de abril de 1996 (C (96) 27/FINAL).

global respetando la libre competencia³². Así, el Convenio obliga a los Estados parte a tipificar como delito el cohecho activo de agentes públicos extranjeros e internacionales en las transacciones comerciales internacionales, es decir, “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” (art. 1.1 del Convenio³³).

El documento ofrece, además, una interpretación auténtica del concepto de “agente público extranjero” en la letra a) del párrafo 4 del art. 1: “A los efectos del presente Convenio: 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”.

Para dar cumplimiento a la exigencia expresada por este documento, Alemania aprobó la *Ley relativa al Convenio de 17 de diciembre de 1997 sobre la lucha contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros en el tráfico comercial internacional* (en adelante, *IntBestG*), el 10 de septiembre de 1998³⁴. Las disposiciones concretas de dicha ley se analizan a continuación.

³² PIETH (1998), “Die Strafbarkeit der activen Bestechung ausländischer Beamter”, en PIETH y EIGEN (eds.), *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr. Bestandsaufnahmen, Bekämpfung, Prävention, Luchternahd*, Frankfurt am Main, p. 344; PRÜFER (2004), *Korruptionssanktionen gegen Unternehmen. Regelungsdefizite / Regelungsalternativen*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, p. 41; WEIGEND (2007), “Internationale Korruptionsbekämpfung – Lösung ohne Problem?”, en PAWLIK y ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Heymanns, Colonia, 2007, p. 750.

³³ Texto extraído de la versión del *Convenio OCDE* publicada en el BOE n.º 46, de 22 de febrero de 2002. Las versiones auténticas del documento en francés e inglés están disponibles en:

<http://www.oecd.org/daf/brbriberyinternationalbusiness/oecdantibriberyconvention.htm> (última consulta realizada el 7 de enero de 2013).

³⁴ *Gesetz zu dem Übereinkommen vom 17. Dezember 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr*, de 10 de septiembre de 1998 (BGBl. II p. 2327). Sobre esta Ley, véase ampliamente KORTE, “Der Einsatz...”, *op. cit.*, pp. 85-88; ROCHOW (2006), “Die Maßnahmen von OECD und Europarat zur Bekämpfung der Bestechung”, en TIETJE, KRAFT y SETHE, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, Martin-Luther-Universität, Halle-Wittenberg, Heft 56, pp. 17-18; TASCHKE (2001), “Die Bekämpfung der Korruption in Europa auf Grundlage der OECD-Konvention”, en *Strafverteidiger* 1, pp. 78-80.

4.2. Análisis de la Ley sobre el Convenio de 17 de diciembre de 1997 de la lucha contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros en el tráfico comercial internacional

4.2.1. El concepto de funcionario público extranjero e internacional

El art. 2 § 1 asimila los funcionarios públicos extranjeros e internacionales a los funcionarios nacionales alemanes para la aplicación del § 334 *StGB* (y de los §§ 335, 336 y 338 párrafo segundo *StGB* cuando entren en relación con aquél), siempre que el acto de soborno se refiera a un comportamiento que habrá de realizarse *en el futuro y con el objetivo de conseguir o asegurar para quien soborna o para un tercero un contrato u otra ventaja indebida en el tráfico comercial internacional*. Mencionado precepto ofrece, además, una definición de funcionario público extranjero e internacional a la hora de aplicar el § 334. Así, será “juez” quien sea juez de un Estado extranjero y quien sea juez de un tribunal internacional. Será “funcionario público” quien sea funcionario público de un Estado extranjero, toda persona encargada por una autoridad de un Estado extranjero para desempeñar funciones en una empresa pública con sede en el extranjero o para desempeñar otras funciones públicas para un Estado extranjero, y todo funcionario o agente de una organización pública o persona autorizada para el desempeño de funciones en ella. Asimismo, será “soldado de las fuerzas armadas federales” quien sea soldado de un Estado extranjero o soldado autorizado para el desempeño de funciones en una organización internacional.

Es decir, se extiende el concepto de juez, de funcionario y de militar alemán a quien lo sea en un Estado extranjero, y también, a quien sea juez de una corte internacional de justicia, a quien sea funcionario de una organización internacional y a quien sea miembro de las fuerzas armadas autorizado para el desempeño de tales funciones en una organización internacional.

El concepto elaborado por el legislador alemán difiere del contenido en el art. 1.4.a) del *Convenio OCDE*, pues el art. 2 § 1 *IntBestG* se remite a la definición de funcionario público del Estado en cuestión, mientras que el citado precepto del *Convenio OCDE* alberga una definición autónoma. Es por ello que el *Bundesgerichtshof*, en el caso *Siemens (Enel)*, señaló que “el término ‘funcionario público’ según el art. 2 de la Ley sobre la lucha contra el soborno internacional (*IntBestG*) no debe interpretarse en el sentido del ordenamiento jurídico nacional correspondiente, sino autónomamente sobre la base del Convenio OCDE de lucha contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros en el tráfico comercial internacional³⁵”.

El legislador español, por su parte, ignoró durante diez años una definición de

³⁵ Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 29 de agosto de 2008 (2StR 587/07), publicada en *BGHSt*, 52, pp. 323 y ss.

funcionario público extranjero e internacional. No sé incorporó al antiguo art. 445 bis, precepto que tipificó inicialmente el delito de corrupción transnacional y que fue introducido en el código penal a través de la *LO 3/2000*, de 11 de enero. Tampoco se incorporó cuando la *LO 15/2003*, de 25 de noviembre, modificó ese precepto, convirtiéndolo en el art. 445. La solución que las autoridades españolas propusieron en su día al Grupo de Trabajo de la OCDE en su evaluación a nuestro país fue la de considerar directamente aplicable la definición de “agente público extranjero” contenida en el art. 1.4.a de su Convenio³⁶, apoyándose para ello en el art. 96.1 de la Constitución española³⁷. Sin embargo, el Grupo de Trabajo de la OCDE criticó esta solución, en primer lugar, porque esa técnica podía actuar en perjuicio del acusado³⁸: piénsese que un ciudadano español no sólo tendría que conocer la legislación interna española sino además todas las normas contenidas en tratados internacionales que le obligan directamente; y en segundo lugar, porque su definición podía entrar en contradicción con lo recogido en otros convenios internacionales de lucha contra la corrupción también vinculantes para España³⁹.

Ante estas críticas y para dar cumplimiento a las recomendaciones del Grupo de Trabajo de la OCDE⁴⁰, el legislador español, a través de la *LO 5/2010*, de 22 de junio, añadió un párrafo tercero al art. 445 definiendo el concepto de funcionario público extranjero de manera idéntica a como lo hace el *Convenio OCDE*⁴¹.

4.2.2. *La exclusiva tipificación del cohecho activo propio antecedente*

A diferencia de lo que disponía la *EUBestG*, en el caso que ahora nos ocupa, la asimilación de funcionarios públicos extranjeros e internacionales a los funcionarios públicos nacionales se produce, únicamente, respecto del cohecho activo (§ 334) pues es ésta la única exigencia del *Convenio OCDE*. La asimilación se realiza, además, exclusivamente respecto de las actuaciones del funcionario o del juez contrarias a los deberes del cargo (§334, cohecho propio), pero no en otro caso (§ 333, cohecho impropio). Con todo, como ya tuve ocasión de razonar⁴², no hay duda de que el *Convenio OCDE* cubre los casos en los que el funcionario es sobornado para realizar un acto propio del cargo, salvo – como señalaron inicialmente los

³⁶ OCDE (Grupo de Trabajo) (2006), *Spain. Phase 2. Report on the application of the Convention on Combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 Recommendation on Combating bribery in international business transactions*, p. 35.

³⁷ Art. 96.1 CE: “Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno (...)”.

³⁸ OCDE (Grupo de Trabajo) (2006), *Spain. Phase 2...*, *op. cit.*, p. 35.

³⁹ *Ibid.*, p. 35.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 52.

⁴¹ Sobre los problemas que puede suscitar esa definición y sobre las carencias de la misma, véase, ampliamente, BENITO SÁNCHEZ (2012), *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Iustel, Madrid, pp. 205-209.

⁴² BENITO SÁNCHEZ (2012), *El delito de corrupción... op. cit.*, pp. 230 y ss.

Comentarios al Convenio – que se trate de “pequeños pagos de facilitación”⁴³. Es decir, se establece un límite cuantitativo, si bien, totalmente indeterminado, lo que conduce a una completa inseguridad jurídica. Quizá por esa razón, quizá por otras apuntadas por la doctrina⁴⁴, el grupo de trabajo sobre soborno de la OCDE ha cambiado de parecer en los últimos tiempos, y en una nueva recomendación del año 2009⁴⁵ insta a los Estados parte en el Convenio de 1997 a revisar su política en relación con los pequeños pagos de facilitación dados los efectos corrosivos que éstos generan, particularmente, “sobre el desarrollo económico sostenible y sobre el Estado de Derecho”, y a que “prohíban o ahuyenten a las empresas del uso de estos pagos (...) reconociendo que suelen ser ilegales en los países en donde se hacen”. En definitiva, si la intención del *Convenio OCDE* es sancionar este tipo de pagos, debería plantearse el legislador alemán extender también la aplicación del § 333 *StGB* a hechos en los que estén implicados funcionarios públicos extranjeros e internacionales orientados a conseguir o conservar un contrato u otra ventaja indebida en el tráfico comercial internacional⁴⁶.

Un tema que preocupó especialmente al grupo de trabajo de la OCDE encargado de redactar el Convenio fue el de los pagos cuestionables entregados para la reali-

⁴³ Los *Comentarios* al Convenio son un documento adoptado por la misma Conferencia Negociadora que adoptó el Convenio pero sin valor vinculante. Es decir, son una suerte de guía interpretativa, aunque no auténtica. SACERDOTI, “¿Sobornar o no sobornar?”, en OCDE (ed.) (2000), *Las reglas del juego cambiaron: La lucha contra el soborno y la corrupción*, OCDE, México, p. 41. Los *Comentarios* pueden consultarse en la web citada *supra* nota a pie 29.

En concreto, indica el *Comentario* n.º 9 que “los pequeños pagos llamados de facilitación no constituyen pagos para obtener o conservar un contrato u otro beneficio irregular en el sentido del apartado 1, y por lo tanto, no constituyen delito. Tales pagos, que se realizan en algunos países para inducir a los funcionarios públicos a ejercer sus funciones, en particular, a la hora de expedir una autorización o permiso, suelen ser ilegales en el país extranjero en cuestión. Los demás países pueden y deberían combatir este fenómeno corrosivo con medidas como el apoyo a programas de buen gobierno. Sin embargo, la tipificación como delito por parte de los demás países, no parece ser una medida complementaria práctica o eficaz”.

⁴⁴ Señala Rose-Ackerman que los pagos de facilitación, lejos de aumentar la eficacia burocrática de la Administración Pública, como suele pensarse, pueden proporcionar a los funcionarios un incentivo para crear más retrasos y trámites burocráticos, y para favorecer a las personas acomodadas y sin escrúpulos. Por ello, insta a su castigo. ROSE-ACKERMAN (2001), *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, p. 23. MANACORDA (1999), *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica*, Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli, Nápoles, pp. 260-261.

⁴⁵ *Recomendación del Consejo para un mayor combate del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales* (C (2009) 159).

⁴⁶ El grupo de trabajo de la OCDE encargado de supervisar la implantación del Convenio en Alemania así lo consideró en su informe de 2011. Confróntese, OCDE (Grupo de trabajo sobre soborno) (2011), *Germany: Phase 3. Report on the application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 2009 Revised Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions*, pp. 11 y 20-21. Disponible en:

http://www.oecd.org/document/44/0,3746,en_2649_34859_44576364_1_1_1_1,00.html (última consulta realizada el 7 de enero de 2013).

La doctrina alemana no comparte esta opinión y entiende que no hay necesidad de extender la aplicación del § 333 para dar cumplimiento al Convenio, véase BANNENBERG, *Korruption...*, *op. cit.*, pp. 36-37; KORTE, “Der Einsatz...”, *op. cit.*, p. 86; y la propia fundamentación de la *IntBestG*.

zación por parte del funcionario público de actos discrecionales⁴⁷. En este sentido, refiere el *Comentario* n.º 4 que “es un delito dentro del significado del párrafo 1 [del art. 1] 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 este respecto, señala la fundamentación de la *IntBestG* que estos pagos orientados a lograr actos discrecionales se incluyen dentro de las conductas típicas del § 334, por lo que, por extensión, son delito también cuando estén implicados funcionarios públicos extranjeros o internacionales.

Por otra parte, la *IntBestG* (art. 2 § 1) limita el ámbito de aplicación del § 334 del *StGB* al cohecho *antecedente*, no siendo punible el cohecho *subsiguiente* de funcionarios públicos extranjeros e internacionales⁴⁸. Sobre este punto, ni el *Convenio OCDE* ni sus *Comentarios* se pronuncian expresamente. No obstante, las expresiones empleadas (“con el fin de...”, “para...”) parecen referirse en exclusiva a conductas futuras, por lo que puede concluirse que no hay necesidad de tipificar el cohecho activo subsiguiente en el tráfico comercial internacional⁴⁹.

En tercer lugar, y a diferencia de lo que sucedía con la *EUBestG*, la ampliación del tipo penal del § 334 a conductas en las que estén involucrados funcionarios extranjeros e internacionales no se realiza respecto de cualquier actuación, sino únicamente respecto de aquéllas en las que el soborno esté *orientado a la consecución o conservación de un contrato u otra ventaja indebida en el tráfico comercial internacional*. Esta finalidad no es sino un elemento subjetivo específico del injusto que debe estar presente en el dolo del autor al realizar la conducta típica y que pone de manifiesto que este tipo penal, lejos de tutelar el correcto funcionamiento de la Administración Pública del Estado para el cual el funcionario público desempeña sus funciones, protege la libre competencia en el mercado internacional, que se ve alterada cuando se introducen en el mismo elementos ajenos a libre juego de la oferta y la demanda, como son los sobornos⁵⁰.

En último lugar, es preciso mencionar que la criminalización del cohecho activo de funcionario públicos extranjeros e internacionales tendrá lugar respecto de

⁴⁷ Se entiende por potestad discrecional aquella que posee la Administración para incluir en el proceso aplicativo de la ley una estimación subjetiva de la propia Administración, en contraposición a los actos reglados, en los que la ley no deja lugar a juicio subjetivo alguno, sino que sólo se permite la constatación o verificación del supuesto de hecho para contrastarlo con el tipo legal. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2006), *Curso de Derecho Administrativo I*, 13ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, p. 459.

⁴⁸ Recuérdese que el § 334 tipifica el cohecho activo tanto antecedente como subsiguiente.

⁴⁹ En el mismo sentido, FABIÁN CAPARRÓS (2003), *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 111; NIETO MARTÍN (2003), “La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del Derecho Penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)”, en *Revista Penal*, nº 12, pp. 16.

⁵⁰ Véase un amplio análisis sobre el bien jurídico tutelado por el tipo penal de corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales del art. 445 del CP español en BENITO SÁNCHEZ, *El delito de corrupción...*, *op. cit.*, pp. 145 y ss.

funcionarios de *cualquier Estado* – no sólo de aquellos que hayan ratificado el Convenio⁵¹ – y respecto de *cualquier organización internacional pública* formada por Estados u otras organizaciones internacionales públicas, cualesquiera que sea su forma de organización y ámbito de competencia, incluidas, por ejemplo, las organizaciones de integración económica regional tales como las Comunidades Europeas⁵².

Para el caso español, aunque el precepto no lo especifica, se entiende incluido dentro del art. 445 tanto el cohecho activo *propio* como *impropio*. No obstante, igual que en el caso alemán, también se plantearon problemas respecto de los sobornos por actos discrecionales. Según nuestro texto punitivo, el pago de un soborno a un funcionario público para obtener de éste un determinado acto discrecional, así como la solicitud o aceptación por aquél de un pago para realizar ese tipo de actos, podría ser calificado, en ocasiones, de cohecho impropio y, en ocasiones, de cohecho propio (por ejemplo, si el acto es constitutivo de delito o es un acto injusto)⁵³. Habiéndose superado ya los problemas que la redacción del anterior art. 445 suscitaba en punto a la criminalización o no de la entrega de ventajas para lograr del funcionario público un acto discrecional⁵⁴, hay que concluir que el ofrecimiento, la promesa o la concesión de ventajas indebidas para que el funcionario extranjero realice un acto discrecional caen dentro del ámbito de aplicación del art. 445.

4.2.3. *La tipificación expresa del cohecho de miembros de asambleas parlamentarias extranjeras e internacionales*

El Art. 2 § 2 *IntBestG* crea un nuevo tipo penal: el soborno activo de parlamentarios relacionado con el tráfico comercial internacional. Como ya se mencionó *supra*, la definición de agente público extranjero que alberga el art. 1.4.a) del *Convenio OCDE* incluye, *inter alia*, a “cualquier persona que ostente un cargo legislativo”. Como también se puntualizó, el § 334 *StGB* (cohecho activo) no es aplicable a los parlamentarios alemanes, sino que a éstos se les aplica, en materia de cohecho, el § 108e *StGB*, que castiga a quien trate de comprar o vender un voto para una elección o votación al Parlamento Europeo, a una cámara de representantes federal o de un Estado federado de Alemania, o a un ayuntamiento o a una asociación de municipios. El castigo del cohecho, en ese § 108e, se limita a la compra-venta de votos. Sin embargo, el art. 1 del *Convenio OCDE* se refiere a cualquier comporta-

⁵¹ Destacándolo, ZIESCHANG, “Das EU-Bestechungsgesetz...”, *op. cit.*, p. 107.

⁵² Confróntese, *Comentario n.º 17 al Convenio OCDE*.

⁵³ CEBADA ROMERO, “La participación española en las acciones internacionales contra la corrupción” en *Derecho de los Negocios*, año 13, n.º 144, septiembre 2002, p. 28.

⁵⁴ Teniendo en cuenta la regulación anterior a la *LO 5/2010*, de 22 de junio, el Grupo de Trabajo de la OCDE había reprochado a España la dificultad para sancionar conforme al art. 445 los sobornos entregados para lograr actos discrecionales dado el sistema de remisiones que se preveía en dicho precepto. OCDE (Grupo de Trabajo): *Spain. Phase 2. Report on the application...*, *op. cit.*, p. 35-37

miento en conexión con las relaciones comerciales transnacionales. Para dar cumplimiento a esa exigencia del Convenio, no podía el legislador alemán limitarse a ampliar el ámbito de aplicación del § 108e a aquellos casos en los que el parlamentario implicado fuera extranjero o de una organización internacional, pues no habría sido suficiente⁵⁵. Esta es la razón por la cual se creó un nuevo tipo penal (en el art. 2 § 2 de la ley) que castiga a quien con la intención de conseguir o asegurar un contrato u otro beneficio irregular en el tráfico comercial internacional para sí o para un tercero, ofrece, promete o concede a un miembro de un órgano legislativo de un Estado extranjero o a un miembro de una asamblea parlamentaria de una organización internacional, una ventaja para dicho miembro o para un tercero, como contraprestación para que lleve a cabo en el futuro una acción u omisión relacionada con su mandato o con sus funciones⁵⁶.

Con respecto a la situación en España, hay que señalar que no se plantea este problema pues el art. 445.3 contiene una definición de funcionario público extranjero que incluye a “cualquier persona que ostente un cargo legislativo”.

4.2.4. *Las reglas de jurisdicción*

El art. 2 § 3 *IntBestG* incorpora al ordenamiento alemán nuevas disposiciones referentes a la aplicación de la ley penal en el espacio. En este punto, es preciso recordar que el § 3 *StGB* consagra el principio de territorialidad en la aplicación de la ley penal alemana y el § 7 (2) 1 del mismo cuerpo legislativo recoge el principio de personalidad activa, si bien, limitado a hechos cometidos por alemanes en el extranjero cuando también constituyan delito en el lugar de comisión de los hechos o cuando se cometen en lugares no sujetos a jurisdicción penal alguna. Por su parte, el art. 4.4 del *Convenio OCDE* señala que “cada parte examinará si su base actual de jurisdicción es eficaz para luchar contra la corrupción de agestados públicos extranjeros y, en caso negativo, tomará las medidas oportunas para subsanarlo”. Así las cosas, parece que el legislador alemán dedujo que su base actual de jurisdicción no era lo suficientemente eficaz y por ello introdujo este § 3 en el art. 2 *IntBestG*, más amplio que el mencionado § 7 (2) 1 *StGB* y que permite aplicar el principio de personalidad activa respecto de ciudadanos alemanes por los hechos descritos en los párrafos anteriores de la ley cuando sean perpetrados en el extranjero; sin más límites. Es decir, no es necesario que tal conducta esté tipificada como delito en el ordenamiento jurídico de lugar donde se producen los hechos.

Para el caso español, cuando las conductas del art. 445 sean cometidas en el te-

⁵⁵ Así lo ponen de manifiesto, BANNENBERG, *Korruption...*, *op. cit.*, p. 37; KORTE, “Der Einsatz...”, *op. cit.*, p. 87; OCDE (Grupo de trabajo sobre soborno), *Germany. Review...*, *op. cit.*, p. 3; ROCHOW, “Die Maßnahmen...”, *op. cit.*, p. 18; ZIESCHANG, “Das EU-Bestechungsgesetz...”, *op. cit.*, p. 107.

⁵⁶ Criticando la diferencia de trato que produce esta ley entre parlamentarios nacionales (solo se penaliza la compra-venta de votos) y parlamentarios extranjeros y de asambleas internacionales (se penaliza cualquier conducta), véase DÖLLING, “Die Neuregelung...”, *op. cit.*, p. 354; WOLF, “Modernization...”, *op. cit.*, p. 790.

territorio del Estado para el cual desempeña sus funciones el servidor público corrompido, será de aplicación el párrafo segundo del art. 23 LOPJ (principio de personalidad activa), si bien, no debería exigirse el requisito de la doble incriminación respecto del delito de corrupción transnacional, siendo suficiente con que en el otro país la conducta constituya un delito de cohecho *clásico*.

4.2.5. *La corrupción de funcionarios públicos extranjeros e internacionales como delito previo al blanqueo de capitales*

El §4 del art. 2 *IntBestG* da cumplimiento a lo dispuesto en el art. 5 del *Convenio OCDE*. Así, este precepto encomienda a los Estados parte que hayan tipificado como delito previo, a efectos de la aplicación de su legislación sobre blanqueo de capitales, la corrupción de los funcionarios públicos nacionales, que hagan lo mismo respecto a la corrupción de funcionarios extranjeros e internacionales. Es por ello que la *IntBestG* señala que el § 261 (1) frase 2 n.º 2 letra a del *StGB* (blanqueo de capitales procedentes del cohecho pasivo y activo) se aplicará también con respecto al cohecho activo de funcionarios públicos extranjeros e internacionales. Al respecto, las autoridades alemanas ante la evaluación del grupo de trabajo de la OCDE hicieron la siguiente precisión: aunque el § 261 (8) *StGB* exige que el delito previo al blanqueo sea punible según el Derecho extranjero cuando se comete fuera de Alemania, no es necesario, para aplicar las disposiciones de la *IntBestG*, que cuando el soborno de agentes públicos extranjeros se lleve a cabo en otro país, éste sea un delito también en dicho país, sino que, con toda lógica, basta con que lo sea el soborno de funcionarios públicos nacionales⁵⁷.

En el caso español, cualquier delito – ya no es necesario que sea grave – puede ser delito previo al blanqueo, luego cumple el país con lo requerido por el *Convenio OCDE* en ese punto.

5. Conclusiones

A lo largo de este trabajo se ha mostrado cuál fue la reacción del legislador alemán ante la nueva dimensión que la corrupción comenzó a alcanzar a finales del pasado siglo. Alemania, como se ha señalado, fue uno de los primeros países europeos en adaptar su legislación a las demandas internacionales y comunitarias en materia de soborno a funcionarios públicos. Así, a través de la *KorrBG* del año 1997 introducía las reformas pertinentes en su código penal en punto al cohecho de funcionarios públicos nacionales, mientras que la *EUBestG* y la *IntBestG*, ambas del año 1998, hacían lo propio respecto de los funcionarios comunitarios y de Estados miembros de la Unión Europea, y respecto de funcionarios extranjeros y de organizaciones internacionales, respectivamente.

⁵⁷ OCDE (Grupo de trabajo sobre soborno), *Germany. Review...*, *op. cit.*, pp. 12-13.

La *EUBestG* hacía extensible la aplicación de los tipos penales de cohecho pasivo y activo propio a supuestos en los que estuvieran implicados funcionarios comunitarios o de Estados miembros de la Unión Europea, dando cumplimiento así a las exigencias del *Protocolo PIF* y del *Convenio UE*. Con todo, como se ha comentado, Alemania debería revisar esta ley en punto a la tipificación del cohecho impropio, que según los informes explicativos de referidos instrumentos comunitarios debe ser objeto de sanción penal, cuestión que ha sido ignorada por el legislador alemán.

La *IntBestG*, por su parte, amplió la aplicación del tipo penal de cohecho activo propio a conductas referidas a funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales siempre que el soborno estuviera orientado a conseguir o asegurar un contrato u otra ventaja indebida en el tráfico comercial internacional, siguiendo los dictados del *Convenio OCDE* de 1997. También en este caso optó el legislador alemán por hacer extensible a estos supuestos únicamente el tipo penal de cohecho propio, olvidando el impropio, lo que constituye en mi opinión un desacierto en tanto que el *Convenio OCDE* exige el castigo de ambas modalidades de cohecho, como explican sus *Comentarios*.

Quizá sea por esta regulación existente en materia de corrupción, quizá sea por esa probidad cuasi innata con la que suele identificarse a ciudadanos y servidores públicos de países del norte de Europa, que Alemania se ha situado siempre en posiciones nada desdeñables dentro del *Índice de Percepción de la Corrupción* que elabora anualmente *Transparencia Internacional*, un ranking que clasifica a los países según el grado de corrupción que se percibe como existente entre sus funcionarios públicos y políticos. Así, en los últimos cinco años, donde el número de países participantes en ese *ranking* ronda los 180, Alemania se ha movido entre los puestos 13 y 15, con notas alrededor de los ocho puntos. España se ha situado entre los puestos 28 y 31, con notas alrededor del seis y medio.

Alemania es también uno de los países más cumplidores del *Convenio OCDE*, como lo pone de manifiesto el informe titulado *Exporting Corruption? Country Enforcement of the OECD Anti-bribery Convention Progress Report 2012*⁵⁸. De acuerdo con el mismo⁵⁹, Alemania estaba investigando, hasta el año 2011, 176 casos de soborno transnacional; cifra muy superior a la del resto de países⁶⁰. Sirvan como ejemplo, España con 3 casos, Italia con 32 y Francia con 24.

Sin embargo, y teniendo presentes estos precedentes, es difícil entender por qué Alemania no ha ratificado aún la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, máximo exponente de la lucha global contra la corrupción, ni los instrumentos sobre la materia elaborados en el seno del Consejo de Europa. Así, es

⁵⁸ La propia OCDE encarga anualmente a *Transparencia Internacional* realizar un seguimiento paralelo del cumplimiento de su Convenio.

⁵⁹ HEIMANN, DELL and MCCARTHY (2012), *Exporting corruption?...*, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁰ Con la excepción de Estados Unidos, donde el número de casos asciende a 275.

el único país de la Unión Europea que no ha ratificado la *Convención de las Naciones Unidas*, y junto a Austria e Italia, el único que no ha ratificado la *Convención penal sobre la Corrupción* del Consejo de Europa. Las razones para esta ausencia de ratificación parecen estribar en la amplitud de ambos documentos en cuanto a las conductas que exigen tipificar, especialmente, en lo referido al cohecho activo y pasivo de miembros de asambleas parlamentarias nacionales e internacionales. Como se ha puesto de manifiesto, el *StGB* sólo castiga la compra-venta de votos para una elección, tipificación insuficiente para dar cumplimiento a lo requerido por los dos instrumentos mencionados y que ha llevado al gobierno alemán a tomar la decisión de no vincularse por los mismos⁶¹.

Los intentos por adaptar la legislación alemana a las exigencias de estos instrumentos se plasmaron en dos proyectos de ley, de 2006 y 2007 respectivamente⁶², a través de los cuales se pretendía incorporar al texto punitivo alemán un nuevo § 335a referido a funcionarios públicos extranjeros e internacionales⁶³. Sin embargo, tales intentos fracasaron y aún hoy, Alemania continua sin incorporar a su Derecho penal las modificaciones pertinentes que le permitirían ratificar la *Convención de las Naciones Unidas* y el *Convenio penal* del Consejo de Europa.

Le urge, por tanto, al país, si quiere estar a la vanguardia de la lucha contra la corrupción, adaptar su legislación a los mandatos de ambos instrumentos y proceder a la ratificación de los mismos. En concreto, es necesario que Alemania revise, en primer lugar, su legislación actual en materia de cohecho activo y pasivo de miembros de asambleas parlamentarias alemanas, pues según el art. 2 de la *Convención de las Naciones Unidas*, por funcionario público se entenderá “i) toda persona que ocupe un cargo legislativo (...)”. Y según el art. 15 de dicho documento, los Estados parte deben tipificar como delito el cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos⁶⁴, siendo, sin embargo, que el *StGB* únicamente penaliza la compra-venta de votos para determinada elección, pero no penaliza la entrega o solicitud de sobornos para otros fines.

De igual modo, es preciso, de conformidad con el art. 5 del *Convenio penal del Consejo de Europa*, que el legislador alemán tipifique como delito el cohecho

⁶¹ Véase MÖHRENSCHLAGER, “Die Struktur...”, pp. 229-230.

⁶² “*Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption*” de 19 de septiembre de 2006 y “*Entwurf eines ... Strafrechtsänderungsgesetzes*” de 4 de octubre de 2007 (BR-Druck 16/6558).

⁶³ Véase, ampliamente, sobre el nonato § 335a, NESTLER (2009), “*Amtsträgerkorruption gemäß § 335a (Entwurf) StGB*”, en *Strafverteidiger* 5, pp. 313-320. También, WOLF (2007), “*Modernization of the German Anti-Corruption Criminal Law: The Next Steps*”, en *German Law Journal* 8, pp. 295-302.

⁶⁴ Art. 15 *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*: “Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”.

activo de funcionarios públicos extranjeros *sin limitarse al ámbito de las relaciones comerciales internacionales*, misma reforma que, por otra parte, debería llevar a cabo el legislador español pues nuestro país ha ratificado este convenio y sin embargo, la regulación actual no cubre estos supuestos. Asimismo, y de acuerdo con los arts. 9 y 11 de referido instrumento, debería también constituir delito el soborno activo y pasivo de funcionarios de organizaciones internacionales, y de jueces y agentes de tribunales internacionales, de nuevo, si límites relacionados con el tráfico comercial internacional. El *Convenio penal*, por otra parte, también insta a los Estados parte, y tanto Alemania como España deberían tenerlo en cuenta, a castigar como delito el cohecho pasivo de funcionarios extranjeros (art.5), el cohecho activo y pasivo de parlamentarios extranjeros (art. 6), y el cohecho activo y pasivo de miembros de asambleas parlamentarios internacionales (art. 10), si bien respecto de estos últimos preceptos los Estados parte pueden emitir reservas exonerándose de dichas obligaciones.

6. Bibliografía

- Britta Bannenberg (2002), *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle. Eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse*, Luchterhand, Neuwied- Kriftel.
- Demelsa Benito Sánchez (2012), *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Iustel, Madrid, 2012.
- Alicia Cebada Romero, “La participación española en las acciones internacionales contra la corrupción” en *Derecho de los Negocios*, año 13, n.º 144, septiembre 2002, pp. 24-32-
- Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán (dir.) (2004), *Comentarios al Código penal. Parte especial. Tomo I*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- Dieter Dölling (2000), “Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption”, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 112, pp. 334-355.
- Eduardo A. Fabián Caparrós (2003), *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Ramón García Albero y Miriam Cugat Mauri (2006), “Corrupción en el sector público”, en *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, Año 60, nº 2015 (Suplemento. Ejemplar dedicado a: *La armonización del derecho penal español: una evolución legislativa*), pp. 199-206.
- Fritz Heimann, Gillian Dell and Kelly McCarthy (2012), *Exporting corruption? Country Enforcement of the OECD Anti-bribery Convention Progress Report 2012*, Transparency International.
- Matthias Korte (1999), “Der Einsatz des Strafrechts zur Bekämpfung der internationalen Korruption”, en *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, Heft 3, pp. 81-88.
- Stephen D. Krasner (2007), “Leistungsfähigkeit internationaler Antikorruptionsregime”, en Sebastian Wolf, *Der Beitrag internationaler und supranationaler Organisationen*

- zur Korruptionsbekämpfung in den Mitgliedstaaten*, Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyor, pp. 22-58.
- Karl Lackner y Kristian Kühl (2004), *Strafgesetzbuch kommentar*, C.H. Beck, München.
- Stefano Manacorda (1999), *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica*, Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli, Nápoles.
- Carlos A. Manfroni (1998), *Soborno transnacional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Fermín Morales Prats y M.^a José Rodríguez Puerta (2011), “Título XIX. Delitos contra la Administración Pública”, en Gonzalo Quintero Olivares (dir.) y Fermín Morales Prats (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, 6^a edición, Aranzadi, Elcano, pp. 1131-1321.
- Manfred Möhrensclager (2004), “Die Struktur des Straftatbestandes des Abgeordnetenbestechung auf dem Prüfstand – Historisches und Künftiges”, en Heinrich, Bernd et al. (eds.): *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Giesecking Verlag, Bielefeld, pp. 217-233.
- Francisco Muñoz Conde (2010), *Derecho penal. Parte especial*. 18^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Cornelius Nestler (2009), “Amtsträgerkorruption gemäß § 335^a (Entwurf) StGB”, en *Strafverteidiger* 5, pp. 313-321.
- Alejandro Nieto García (2003), “¿Es inevitable la corrupción?”, en: VV.AA. *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol. IV, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 112-114.
- Adán Nieto Martín (2003), “La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del Derecho Penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)”, en *Revista Penal*, n^o 12, pp. 3-26.
- Ocde (Grupo de trabajo sobre soborno) (2011), *Germany: Phase 3. Report on the application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 2009 Revised Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions*.
- Ocde (Grupo de Trabajo) (2006), *Spain. Phase 2. Report on the application of the Convention on Combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 Recommendation on Combating bribery in international business transactions*.
- Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno (2006), “Tema 16. Delitos contra la Administración Pública”, en Jesús M.^a Silva Sánchez (dir.): *Lecciones de Derecho penal. parte especial*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, pp. 303-329.
- Mark Pieth (1998), “Die Strafbarkeit der activen Bestechung ausländischer Beamter”, en Mark Pieth y Peter Eigen (eds.), *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr. Bestandsaufnahmen, Bekämpfung, Prävention*, Luchterhand, Frankfurt am Main, pp. 341-353.
- Geralf Prüfer (2004), *Korruptionssanktionen gegen Unternehmen. Regelungsdefizite / Regelungsalternativen*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin.
- Marius Rochow (2006), “Die Maßnahmen von OECD und Europarat zur Bekämpfung der Bestechung”, en Christian Tietje, Gerhard Kraft y Rolf Sethe (eds.), *Beiträge zum*

- Transnationalen Wirtschaftsrecht*, Martin-Luther-Universität, Halle-Wittenberg, Heft 56.
- Susan Rose-Ackerman (2001), *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid (traducción de Alfonso Colodrón Gómez).
- Giorgio Sacerdoti (2000), “¿Sobornar o no sobornar?”, en Oede (ed.), *Las reglas del juego cambiaron: La lucha contra el soborno y la corrupción*, OCDE, México, pp. 35-61.
- Fernando Sanchez-Hermosilla (2003), “Rechtspolitik zur Korruptionsbekämpfung”, en *Kriminalistik* 57, pp. 74-79.
- Sergio Seminara (2006), “La corrupción en la Administración Pública (arts. 2-7)”, en Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín (coord.), *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 139-155
- Jürgen Taschke (2001), “Die Bekämpfung der Korruption in Europa auf Grundlage der OECD-Konvention”, en *Strafverteidiger* 1, pp. 78-80.
- Thomas Weigend (2007), “Internationale Korruptionsbekämpfung – Lösung ohne Problem?”, en Michael Pawlik y Reiner Zaczyk (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Heymanns, Colonia, pp. 747-765.
- Sebastian Wolf (2006), “Modernization of the German Anti-Corruption Criminal Law by International Legal Provisions”, en *German Law Journal* 9, pp. 785-792.
- Sebastian Wolf (2007), “Modernization of the German Anti-Corruption Criminal Law: The Next Steps”, en *German Law Journal* 8, pp. 295-302.
- Frank Zieschang (1999), “Das EU-Bestechungsgesetz und das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 2, pp. 105-107.