

GRECO
Grupo de estados contra la corrupción
Consejo de Europa

Dirección General de Derechos Humanos y Asuntos Jurídicos
Dirección de Control

Estrasburgo, 15 de Mayo de 2009

Tercera Ronda de Evaluación

Informe de evaluación relativo a España
Incriminación (ETS 173 y 191, GPC 2)
(Tema 1)

Adoptado por el GRECO
En su 42 Reunión Plenaria
(Estrasburgo, 11-15 Mayo 2009)

I. INTRODUCCIÓN

1. España se adhirió al GRECO en 1999. El GRECO adoptó el Informe de la Primera Ronda de Evaluación (Greco Eval I Rep (2001) 1E) relativa a España en su 5º Reunión Plenaria (11-15 Junio 2001) y el Informe de la Segunda Ronda de Evaluación (Greco Eval II Rep (2004) 7E) en su 23ª Reunión Plenaria (17-20 Mayo 2005). Dichos informes, así como sus correspondientes Informes de Cumplimiento, están disponibles en la página del GRECO (<http://www.coe.int/greco>).
2. La actual Tercera Ronda de Evaluación del GRECO) iniciada el 1 de Enero de 2007) trata de los siguientes temas:
 - **Tema I – Incriminaciones:** Artículos 1a y 1b, 2-12, 15-17, 19 párrafo 1 del Convenio Penal sobre la Corrupción (ETS 173), Artículos 1-6 de su Protocolo Adicional (ETS 191) y Principio Director 2 (criminalización de la corrupción)
 - **Tema II – Transparencia en la financiación de partidos:** Artículos 8, 11, 12, 13b, 14 y 16 de la Recomendación Rec (2003)4 sobre Normas Comunes contra la Corrupción en la Financiación de los Partidos Políticos y las Campañas Electorales y, de manera más general, Principio Director 15 (financiación de partidos políticos y campañas electorales).
3. El equipo de evaluación del GRECO para el Tema I (en adelante denominado “EEG”), que visitó España del 22 al 23 de septiembre de 2008, estaba compuesto por D. Atle ROALDSØY, Consejero (Senior Adviser), Ministerio de Justicia, Departamento de Policía (Noruega) y D. Anton TRONIN, Jefe de la Sección de Verificación de Aplicaciones en materia penal, Departamento del Representante de la Federación Rusa en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia (Federación Rusa). El EEG contó con el apoyo de Dña. Laura SANZ-LEVIA del Secretariado del GRECO. Antes de la visita se facilitó al EEG una detallada respuesta al cuestionario de evaluación (documento GRECO Eval III (2008) 3E, Tema I), así como extractos de la legislación pertinente.
4. El EEG se reunió con funcionarios de las siguientes instituciones gubernamentales: Ministerio de Justicia (Secretaría de Estado de Justicia, Dirección General de Política Legislativa y Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional), y Ministerio del Interior. El EEG también se reunió con representantes del Ministerio Fiscal (incluida la Fiscalía Especial anticorrupción y contra el crimen organizado), jueces y representantes del Consejo General del Poder Judicial. Por otra parte, el EEG también se reunió con Transparency International, representantes del mundo académico, los medios de comunicación y abogados criminalistas.
5. El presente informe sobre el Tema I de la Tercera Ronda de Evaluación del GRECO – “Incriminations”- se ha elaborado en base a las respuestas al cuestionario y a la información proporcionada durante la visita. El principal objetivo del informe es evaluar la eficacia de las medidas adoptadas por las autoridades españolas con el fin de cumplir con las exigencias derivadas de las disposiciones indicadas en el párrafo 2. El informe contiene una descripción de la

situación, seguida de un análisis crítico de la misma. Las conclusiones incluyen una lista de recomendaciones efectuadas por el GRECO y dirigidas a España a fin de mejorar su nivel de cumplimiento con las disposiciones estudiadas.

6. El informe sobre el Tema II – “Transparencia en la financiación de partidos” – se expone en el documento Greco Eval III Rep (2008) 3E, Tema II.

II. INCRIMINACIONES

a. Descripción de la situación

7. España firmó el Convenio Penal sobre Corrupción (ETS 173) el 10 de mayo de 2005; aún no ha sido ratificado. España no ha firmado ni ratificado el Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre Corrupción (ETS 191).

Corrupción de empleados públicos nacionales (Artículos 1-3 y 19 del ETS 173)

Definición del delito

8. La tipificación de la corrupción está contemplada en los artículos 419 a 427, Capítulo V del Título XIX, del Código Penal español (CP). Las disposiciones relativas al cohecho pasivo distinguen cinco tipos de situaciones según la clase de acto (lícito/ilícito) que se espera del empleado público sobornado (cohecho propio/cohecho impropio); cada una de dichas situaciones se castiga con un grado de sanción diferente dependiendo de si:

- (i) la acción/omisión que se espera del empleado público es constitutiva de delito (artículo 419):

Artículo 419, Código Penal: cohecho pasivo (acciones/omisiones constitutivas de delito)

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa.

- (ii) la acción/omisión que se espera del empleado público es un “acto injusto” (Artículo 420). Existe una extensa jurisprudencia¹ sobre la definición de “acto injusto” que ha sido repetidamente entendido como cualquier acto realizado por un empleado público “contrario a lo que es debido”.

¹ Por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Criminal: STS 1096/2006 de 16 de noviembre 2006, STS 1076/2006 de 27 octubre 2006, STS 893/2002 de 16 mayo 2002, STS de 24 septiembre 2001.

Artículo 420, Código Penal: cohecho pasivo (acciones/omisiones que suponen un acto injusto)

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegara a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá, además, la multa del tanto al triple del valor de la dádiva.

(iii) el empleado público deja de realizar (omisión) un acto que debería haber hecho (artículo 421):

Artículo 421, Código Penal: cohecho pasivo (omisión de actos inherentes a las funciones del empleado público)

Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de 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.

(iv) el empleado público realiza un acto inherente a sus funciones oficiales (artículo 425); el soborno ha sido solicitado o aceptado antes/después de realizar el acto oficial (lícito o ilícito)(cohecho antecedente/cohecho subsiguiente):

Artículo 425, Código Penal: cohecho pasivo (comisión de actos inherentes a las funciones de empleado público)

1. La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triple del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. **(actos lícitos)**

2. En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años.**(actos ilícitos)**

(v) el empleado público acepta un soborno en base a su status de funcionario público (en consideración a su cargo) o por un acto que no esté prohibido legalmente (artículo 426)

Artículo 426, Código Penal: cohecho pasivo (soborno ofrecido en consideración a su cargo o por la realización de un acto lícito)

La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses.

9. El cohecho activo de empleados públicos nacionales viene tipificado en el artículo 423 del Código Penal, el cual se remite a las disposiciones sobre cohecho pasivo para determinar el grado de las sanciones (penas menos severas en los casos en que el particular no toma la iniciativa de sobornar al empleado público sino que responde a la solicitud de éste). La interpretación de los diferentes elementos del cohecho pasivo incluidos en los artículos 419 a 421 (es decir, directa o indirectamente, en provecho propio, como recompensa por un acto oficial) será, por lo tanto, de aplicación para el cohecho activo. Ha habido mucho debate a nivel doctrinal sobre si el artículo 423 del Código Penal, relativo al cohecho activo, contemplaría los casos de corrupción de los artículos 425 (actos inherentes a las funciones del empleado público) y 426 (actos no inherentes a las funciones del empleado público pero en consideración a su cargo no prohibidos legalmente). A este respecto, la jurisprudencia² ha venido a confirmar que el artículo 423 del Código Penal sí contemplaría los actos de un empleado público especificados en los artículos 425 y 426 CP (“cohecho impropio”); la referencia del artículo 423 CP *in fine* a las disposiciones precedentes solo serviría a efectos punitivos para la determinación de la sanción aplicable.

Artículo 423, Código Penal: cohecho activo

1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que éstos.

2. Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior.

² Sentencias del Tribunal Supremo: STS 545/1998 de 13 de enero 1999, ATS 1178/1998 de 29 de abril 1998, STS 692/1997 de 7 de noviembre 1997.

10. Está en marcha una reforma del Código Penal³ que contiene importantes modificaciones en relación con los delitos de corrupción. En particular, se prevé una simplificación de los tipos de conducta que dan lugar al delito de corrupción pasiva; se propone que los cinco diferentes tipos de conducta arriba descritos queden reducidos a tres categorías: (i) cohecho impropio (actos ilícitos); (ii) cohecho propio (actos lícitos); y (iii) soborno aceptado en base al cargo del empleado público. De igual forma, las modificaciones del Código Penal propuestas prevén un delito de cohecho activo autónomo que ya no remite a las disposiciones pertinentes sobre cohecho pasivo y que es inequívocamente aplicable tanto a los actos lícitos como a los ilícitos.

Elementos del delito

“Empleado público nacional”

11. El concepto de “empleado público” se desarrolla en el artículo 24 CP de la siguiente manera:

Artículo 24, Código Penal: autoridades y empleados públicos

1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

12. En concreto, el término “autoridad” se refiere a autoridades elegidas, incluyendo a los miembros del Parlamento (Congreso de los Diputados y Senado), de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo, así como a los miembros de la judicatura (jueces y otros titulares de cargos jurídicos⁴, ya sea mediante elección o nombramiento) y funcionarios del Ministerio Fiscal.
13. El término “empleado público” se entiende en sentido amplio en base a una definición basada en el estatus, según la cual es necesario que exista una relación formal con la administración pública (*todo el que, por disposición inmediata de la*

³ Las autoridades indicaron que, el 14 de noviembre de 2008, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica sobre la Reforma del Código Penal. A continuación, dicho anteproyecto fue enviado al Consejo General del Poder Judicial y a la Fiscalía General del Estado para que hicieran sus observaciones; después (en breve) será devuelto al Consejo de Ministros y, luego, será enviado al Parlamento para posteriores consultas y para su aprobación a su debido tiempo.

⁴ Por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo, STS 636/2006 de 8 de junio 2006.

Ley o por elección o nombramiento), que se complementa con elementos funcionales, sobre todo, basándose en el carácter público de la función realizada por la persona en cuestión (*participe en el ejercicio de la función pública*).

14. Además, existe una extensa jurisprudencia⁵ (y múltiples estudios académicos) que reflexionan sobre la noción de empleado público y confirman que, en el marco de la legislación penal, este término debe interpretarse en su sentido más amplio (aparte del derecho administrativo). En este contexto, no sólo incluiría a aquellas personas que desempeñan una función pública en la administración del Estado – tanto en la administración central como en la autonómica o la local – sino también a los particulares investidos (por ley, por elección o por nombramiento) de autoridad pública para desempeñar ciertas funciones dentro de la administración del Estado (por ejemplo, empleados de empresas públicas, empleados de empresas a las que se haya concedido oficialmente determinados derechos o licencias para realizar servicios públicos, etc.), independientemente del tipo de contrato que tengan o del carácter temporal/permanente de las funciones que realicen.
15. Finalmente, las modificaciones del Código Penal propuestas prevén específicamente que los artículos correspondientes relativos a las disposiciones sobre corrupción activa y pasiva de empleados públicos nacionales serán de aplicación a los funcionarios de las Comunidades Europeas y a los empleados públicos extranjeros de otros países de la Unión Europea a los efectos de trasponer 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 Europea⁶.

“Prometer, ofrecer u otorgar” (cohecho activo)

16. Los elementos “prometer”, “ofrecer” y “otorgar”, aunque no traspuestos textualmente, están incluidos en el artículo 423 CP que sanciona la corrupción o el intento de corromper a un empleado público mediante dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas. El Tribunal Supremo ha interpretado los verbos “*corromper o intentar corromper*” en un sentido amplio de forma que incluya las acciones dirigidas a inducir al empleado público a actuar, ya sea de manera lícita o ilícita (“cohecho activo propio/cohecho activo impropio”)⁷ mediante dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas.

“Solicite o reciba, acepte la oferta o promesa” (cohecho pasivo)

17. Los elementos “solicite”, “reciba” o “acepte” están incluidos en las disposiciones pertinentes relativas a la corrupción pasiva de un empleado público por la realización de un acto ilícito (“cohecho propio”), es decir, en los artículos 419 a

⁵ Por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal: STS 1590/2003 de 22 abril 2004, STS 68/2003 de 27 enero 2003, STS 537/2002 de 5 abril 2002, STS 2361/2001 de 4 diciembre 2001.

⁶ Acto del Consejo de 26 de mayo de 1997 por el que se establece, sobre la base del artículo K.3 (2) (c), del Tratado de la Unión Europea, la Convención sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios de las Comunidades Europeas o funcionarios de los Estados miembros de la Unión Europea [Diario Oficial C 195 de 25 de junio de 1997].

⁷ Sentencias del Tribunal Supremo: STS 545/1998 de 13 enero 1999, ATS 1178/1998 de 29 abril 1998, STS 692/1997 de 7 noviembre 1997.

421 CP. Mientras que en los artículos 419 y 420 CP se hace referencia expresa a dichos términos, el término “accepte la oferta o promesa” no se utiliza en el artículo 421 CP, pero está incluido en la noción de estar “prometida”.

18. Las disposiciones relativas a la influencia que se ejerce para la realización de un acto lícito (“cohecho impropio”) no incluyen de manera sistemática las diferentes conductas de corrupción contempladas en el Convenio Penal sobre la Corrupción (ETS 173). En concreto, el artículo 425 CP (comisión de actos inherentes a una función pública) no se refiere específicamente al término “recibir” sino que éste se considera comprendido en la noción de “admitir”. El artículo 426 CP (soborno aceptado por la realización de un acto que no está prohibido legalmente o en consideración a la condición de empleado público) se refiere únicamente a “admitir dádivas o presentes”. Sin embargo, los tribunales han entendido que la admisión de un ofrecimiento/promesa también estaría incluida en el artículo 426 CP⁸; aquí, una vez más, el término “recibir”, aunque no traspuesto de manera expresa, estaría incluido en la noción de “admitir”.
19. Según jurisprudencia muy consolidada, es posible sancionar no sólo los supuestos en que la corrupción sea consecuencia de un pacto⁹ (carácter bilateral del delito), sino también aquellos en que la solicitud sea unilateral¹⁰, con independencia de que la solicitud por parte del empleado público llegue a ser aceptada por el particular, de que llegue a recibirse el soborno, o de que la acción/omisión llegue a materializarse posteriormente. Además, puesto que el interés jurídico que el Código Penal español pretende proteger en los delitos de corrupción es la confianza de los ciudadanos en la imparcialidad de la administración pública, el destino final del soborno resulta irrelevante (por ejemplo, si el empleado público se lo queda o si lo dona para obras de caridad¹¹).

“Cualquier ventaja indebida”

20. Las disposiciones del Código Penal relativas a la corrupción no utilizan el término “indebida”. Por lo general, la jurisprudencia fija un límite para las dádivas que no debe exceder lo que podría considerarse como un detalle de cortesía; sin embargo, serán los tribunales quienes fijarán los criterios para determinar si una dádiva o presente es aceptable en cada caso concreto (por ejemplo, un caso recientemente juzgado trataba del soborno a un examinador para la obtención del permiso de conducir consistente en varias cajas de botellas de vino¹²). En cualquier caso, los representantes entrevistados por el EEG confirmaron que se entiende que cualquier “dádiva o regalo” (tanto debido como indebido) puede quedar dentro del ámbito del delito si tiene un carácter de recompensa cuyo propósito es influir en la actuación del empleado público de servicio¹³.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal: STS 636/2006 de 8 junio 2006

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal: STS 504/2003 de 2 abril 2003

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal: STS 1096/2006 de 16 noviembre 2006, STS 636/2006 de 8 junio 2006, STS 2052/2001 de 7 noviembre 2001, STS 776/2001 de 8 mayo 2001, STS 20/2001 de 28 marzo 2001, STS 1114/2000 de 12 junio 2000

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal: ATS 20637/2006 de 1 de junio 2007 y 27 septiembre 2007

¹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal: STS 513/2008 de 23 de julio 2008

¹³ Ver también Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía: STJ 6/2007 de 20 de marzo 2007

21. El término “dádiva o presente” es comúnmente interpretado como cualquier beneficio material que puede cuantificarse en términos pecuniarios. La valoración económica del beneficio también parece ser el principio para la determinación de la pena cuando ésta consista en una multa; es decir, la multa ha de ser fijada por el tribunal competente en base al valor de la dádiva/presente. Las modificaciones del Código Penal propuestas incorporan una nueva definición de los términos utilizados para definir el provecho obtenido de forma que se refiera tanto a un beneficio material como inmaterial (“*dádiva, favor o recompensa de cualquier naturaleza*”). Además, la referencia a multas mensuales en las sanciones elimina cualquier alusión a una valoración puramente económica del soborno.

“Directa o indirectamente”

22. Estas nociones (y por lo tanto, por ejemplo, la corrupción a través de intermediarios) se mencionan explícitamente en los artículos 419 y 420 CP. Aunque los artículos 423, 425 y 426 CP no contienen específicamente los términos “directa o indirectamente”, los tribunales han interpretado las últimas disposiciones de una manera amplia a fin de incluir tales supuestos. Esto fue posteriormente confirmado por los profesionales de la abogacía entrevistados por el EEG durante la visita.
23. Las modificaciones del Código Penal propuestas hacen mención explícita de las nociones “directa o indirectamente” en todas las disposiciones que se refieren al cohecho a fin de evitar el riesgo de que se malinterpreten en el futuro, lo que limitaría el alcance de los delitos de cohecho en cuestión.

“Para sí mismo o para algún otro”

24. Los delitos de cohecho también son de aplicación cuando la dádiva beneficia a un tercero (para su propio beneficio o para el de terceros). Como en el caso anterior, aunque solo se hace mención expresa de los terceros beneficiarios en los artículos 419 y 420 CP, la jurisprudencia interpreta que los artículos 423, 425 y 426 CP también incluyen tales supuestos.¹⁴
25. Las modificaciones del Código Penal propuestas se refieren explícitamente a terceros beneficiarios en todas las disposiciones relativas al cohecho con el fin de evitar cualquier riesgo de mala interpretación en el futuro, lo que limitaría el alcance de los delitos de cohecho en contra de la intención del legislador.

“Con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones”

26. Los delitos de cohecho incluyen de forma expresa tanto las “acciones” como las “omisiones” cometidas por el empleado público en el pasado o en el futuro

¹⁴ Ver, por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal: ATS 692/1997 de 7 de noviembre 1997 donde, respecto a un posible delito de corrupción del artículo 426 CP, se dice que es irrelevante el uso que se haga del soborno; si el beneficio lo disfruta la persona sobornada o si, por ejemplo, lo dona para obras de caridad.

(“cohecho subsiguiente”¹⁵). Más concretamente, se refieren a actos cometidos en relación con el ejercicio de sus obligaciones/funciones oficiales. Esta relación se entiende en un sentido amplio: incluye actos que forman parte de las facultades específicas y de la autoridad del funcionario (aunque no estén explícitamente establecidas en la legislación), así como los supuestos ajenos a la autoridad formal del funcionario (por ejemplo, actos discrecionales y políticos)¹⁶. Se extiende, además, a aquellas situaciones donde el soborno se ofrece en consideración al cargo del empleado público (artículo 426 CP). El elemento decisivo del delito no es si el empleado público tiene o no discreción para actuar según lo solicitado por quien lo soborna, sino si se ha propuesto, ofrecido u otorgado un soborno a fin de obtener algo de él/ella y, por lo tanto, para comprometer su imparcialidad¹⁷. Puede que incluso el que soborna no sepa si el funcionario tiene o no discreción para actuar como aquél desea¹⁸. Según la jurisprudencia, en este campo, las disposiciones sobre cohecho del Código Penal tratan de salvaguardar los principios de igualdad, imparcialidad y objetividad de la administración pública que se verían significativamente socavados aun cuando el empleado público hubiera actuado de la misma manera sin mediar soborno.

27. Finalmente, para que se dé un delito de cohecho no es preciso que el acto o la omisión inducidos supongan un incumplimiento de las funciones del empleado público o un acto ilegal como tal (artículo 425(1) y 426 CP); sin embargo, la comisión/omisión de un acto ilícito conlleva sanciones más severas (artículos 419, 420 y 425(2) CP), pues se considera un agravante.

“Cuando se cometa intencionalmente”

28. Un principio básico del Código Penal es que los actos cometidos por negligencia no son punibles a no ser que así se especifique expresamente en la tipificación del correspondiente delito (artículo 12 CP). Por lo tanto, como las disposiciones sobre cohecho no mencionan que puedan producirse por negligencia, se puede inferir que solo podrán cometerse intencionalmente.
29. La aceptabilidad o no-aceptabilidad de la dádiva o presente en una situación de cohecho se valora dependiendo de si el beneficio pretendía influir en los actos del funcionario (y, por tanto, comprometer la necesaria imparcialidad y objetividad de la administración pública), independientemente de si el beneficio llegó a influir realmente en el servicio prestado por el funcionario en cuestión. Por el contrario,

¹⁵ Las autoridades explicaron que la introducción del cohecho a posteriori, el denominado “cohecho subsiguiente” (es decir, supuestos de cohecho donde se solicita o se acepta un soborno después de la realización del acto oficial) sirve a un propósito procesal puesto que permite imponer una sanción con la prueba del manejo del dinero y del comportamiento del agente público sin tener que probar el ofrecimiento, solicitud o aceptación previos (es decir, el denominado *pactum sceleris*). En cualquier caso, la recompensa establece una conexión entre el agente público que pone en riesgo el principio de imparcialidad de la administración pública. El nexo fundamental es que, de una manera imprecisa, se pone en peligro la imparcialidad del agente público en relación con futuros actos sin determinar.

¹⁶ Por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal: STS 440/2007 de 21 mayo 2007, STS 1096/2006 de 16 noviembre 2006, STS 636/2006 de 8 de junio 2006, STS 504/2003 de 2 de abril 2003, STS 20/2001 de 28 marzo 2001, STS 2052/2001 de 7 noviembre 2001, STS 701/1994 de 4 abril 1994.

¹⁷ Por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal: STS 440/2007 de 21 mayo 2007, STS 1076/2006 de 27 octubre 2006.

¹⁸ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal: STS 293/2007 de 10 abril 2007, STS 587/2007 de 28 junio 2007.

si el ofrecimiento o la promesa no pretenden influir en el funcionario para que actúe ilegalmente, el particular no puede ser considerado responsable de proponer, ofrecer u otorgar un soborno¹⁹.

Sanciones

30. La gravedad de las penas disponibles para los supuestos de cohecho pasivo depende de la naturaleza legal o ilegal del acto (acción/omisión) realizado por el empleado público sobornado:

- si la esperada acción/omisión del empleado público es constitutiva de delito: de dos a seis años de prisión, multa del tanto al triplo del valor del soborno, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años (artículo 419 CP);
- si la acción/omisión esperada del empleado público es un “acto injusto” no constitutivo de delito:
 - i) si el empleado público ejecuta el “acto injusto”: de uno a cuatro años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años,
 - ii) si el empleado público no ejecuta el “acto injusto”: de uno a dos años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

En ambos casos, la multa a imponer junto con las mencionadas penas va del tanto al triplo del valor de la dádiva (artículo 420 CP);

- si el empleado público deja de realizar (omisión) un acto que debe realizar: multa del tanto al duplo del valor del soborno e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años (artículo 421 CP);
- si el empleado público realiza un acto inherente a sus funciones (artículo 425 CP):
 - i) si el soborno se recibe para que el empleado público realice un acto inherente a sus funciones o como recompensa por un acto ya realizado: multa del tanto al triplo del valor del soborno e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años (artículo 425(1) CP);
 - ii) si la recompensa se ofrece en relación con un acto ya realizado que constituye un delito: de uno a tres años de prisión, multa de seis a diez meses²⁰ e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años (artículo 425(2) CP);
- si el empleado público acepta un soborno por un acto no prohibido legalmente o en consideración a su condición de empleado público: multa de seis a diez meses (artículo 426 CP).

31. El cohecho activo generalmente se castiga con el mismo nivel de sanciones que el cohecho pasivo (aquí no se aplica la excepción de la inhabilitación especial para

¹⁹ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal: STS 636/2006 de 8 de junio 2006, STS 188/1994 de 2 de febrero de 1994.

²⁰ En España las multas se basan en un sistema de días-multa; el número de días se determina en función del grado de culpabilidad del autor y de las circunstancias del delito, y la cantidad en función de la situación económica del autor. En la práctica, un multa de seis a diez meses se traduce en 90 a 180 cuotas diarias; las cuotas diarias varían desde 2 a 400 euros (artículo 50(4) CP)

empleo o cargo público). Sin embargo, en los casos en que el soborno se da/ofrece/promete en respuesta a una solicitud de un empleado público, se impondrán las penas inferiores en un grado a las señaladas para el cohecho pasivo (artículo 423(2) CP – circunstancia atenuante). De conformidad con el artículo 70 CP el límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley reducido en un día; el límite mínimo será la mitad de dicho mínimo²¹.

32. La siguiente tabla ilustra de manera esquemática las sanciones previstas para el cohecho activo y pasivo:

Artículo CP	Delito	Sanción (acumulativa)			Posible extradición
		Prisión	Multa	Inhabilitación profesional	
Cohecho pasivo					
Art 419	Acto oficial constitutivo de delito	2 – 6 años	1-3 veces el valor del soborno	7 -12 años	Si
Art 420	El acto oficial es un “acto injusto				
	- ejecutado	1 -4 años	1-3 veces el valor del soborno	6 -9 años	Si
	- no ejecutado	1 -2 años	1-3 veces el valor del soborno	3 -6 años	Si
Art 421	Abstenerse de realizar un acto oficial	No	1-2 veces el valor del soborno	1 -3 años	No
Art 425	Acto oficial inherente a las funciones (soborno solicitado o aceptado <u>antes/después</u> de la realización del acto oficial)				
	(1) No constitutivo de delito	No	1-3 veces el valor del soborno	6 meses – 3 años	No
	(2) Constitutivo de delito	1 -3 años	90-180 cuotas diarias	10 -15años	Si
Art 426	Soborno ofrecido en consideración a cargo oficial o para realizar un acto no prohibido por la ley	No	90-180 cuotas diarias	No	No
Cohecho activo					
Art 423	(1) Corromper o intentar corromper por medio de dádivas, ofrecimientos o promesas	Mismas penas que cohecho pasivo		No aplicable	Si/No (Ver arriba cohecho pasivo: Arts 425(1) y 426)
	(2) En respuesta a solicitud del empleado público	Pena inferior en un grado a las establecidas para cohecho pasivo		No aplicable	Si/No (Ver arriba cohecho pasivo: Arts 421, 425(1) y 426; 420, 425(2))

²¹ Por ejemplo, a efectos de cálculo, si la pena es de 4 a 8 años de prisión, la correspondiente pena inferior en grado será de 2 a 4 años de prisión.

33. Como comparación, el fraude contra un organismo público conlleva una pena de prisión de uno a tres años (artículo 436 CP). La malversación de fondos públicos, pena de entre tres y seis años; en los casos agravados, el tiempo de prisión podría incrementarse hasta un máximo de ocho años (artículo 432 CP)
34. Las modificaciones del Código Penal proponen un sistema punitivo diferente basado exclusivamente en multas-día (es decir, las sanciones ya no se determinan en función del valor económico del soborno). Además, se agravan las penas mínimas de prisión establecidas para los delitos de cohecho pasivo: tres años de prisión para actos oficiales ilícitos (en lugar de dos) y dos años de prisión para actos oficiales lícitos (en lugar de uno o ninguno). En lo que se refiere al cohecho activo, las sanciones previstas son las mismas que las establecidas para aquellos que comenten cohecho pasivo (con la excepción de la inhabilitación especial para empleo o cargo público), así como inhabilitación para licitaciones públicas, contratos con la administración y rebajas fiscales.

Resoluciones judiciales y estadísticas

35. Existe un vasto corpus de resoluciones judiciales en relación con el cohecho de varias categorías de empleados públicos (por ejemplo; jueces y personas que desempeñan cargos judiciales, alcaldes, médicos y enfermeras, empleados de empresas privadas que desempeñan funciones de naturaleza pública, etc.). La interpretación de los elementos clave (por ejemplo, definición de empleado público, objeto de corrupción, alcance del acto oficial) contenidos en los correspondientes delitos de cohecho se ha ido desarrollando en dichas resoluciones según se ha descrito en los párrafos anteriores.
36. Los informes anuales de la Fiscalía General del Estado indican que, en el año 2006, se instruyeron 89 diligencias previas relacionadas con supuestos de cohecho (un 50% más que en el año 2005); en el año 2007, se incoaron 47 diligencias previas por delitos de tráfico de influencias. El último informe de la Fiscalía General del Estado (2008) destaca que, desde la creación de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y el Crimen Organizado en 1996, se han pronunciado 64 sentencias relacionadas con casos de corrupción (54 condenas y 10 absoluciones).

Corrupción de miembros de asambleas públicas nacionales (Artículo 4 del ETS 173)

37. De acuerdo con el artículo 24(1) CP, aquellos que por sí solos o como miembros de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tengan mando o ejerzan jurisdicción propia serán considerados “autoridades” y, por lo tanto, les afectarán las correspondientes disposiciones sobre corrupción. El Código Penal también se refiere, concretamente, a los miembros elegidos de las asambleas legislativas, incluyendo a los miembros del Parlamento (Congreso de los Diputados y Senado), de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. No hay referencia expresa a los miembros de otras asambleas públicas nacionales tales como las asambleas públicas en el ámbito

local (incluidas las de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla) o de asambleas que no tengan facultades legislativas. Sin embargo, las autoridades afirman que la definición del término “autoridades” del artículo 24(1) CP es lo suficientemente amplia como para incluir también a los miembros de cualquier otro órgano representativo, incluso en el ámbito local, que hayan sido elegidos o nombrados y que ejerzan funciones legislativas o administrativas. Los elementos del delito y las sanciones previstas para los delitos de corrupción de empleados públicos nacionales serán, por lo tanto, de aplicación a los delitos de corrupción de miembros de asambleas públicas nacionales.

38. Un número cada vez mayor de resoluciones judiciales tratan sobre corrupción de miembros de asambleas públicas nacionales; concretamente, sobre las decisiones tomadas por miembros de ayuntamientos locales en relación con la planificación, concesión de licencias y ordenación del territorio, así como sobre supuestos de transfuguismo político, como, por ejemplo, Caso 1125/2007 de 12 diciembre 2007, Caso 1617/2005 de 7 diciembre 2005 y Caso 1952/2000 de 19 diciembre 2000. Los últimos casos se dictaron en relación con el artículo 420 CP (acciones/omisiones de empleados públicos que constituyen un “acto injusto”), y las sentencias impuestas consistieron en penas de prisión de uno a tres años, multas de hasta 180.300 Euros e inhabilitación especial para cargo o empleo público.

Corrupción de empleados públicos extranjeros (artículo 5 del ETS 173)

39. Con el fin de aplicar las obligaciones contraídas por la firma del Convenio OCDE de lucha contra la corrupción de empleados públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales²², se introdujo una nueva disposición, el artículo 445, en el Capítulo X, Título XIX del Código Penal español.

Artículo 445, Código Penal: corrupción en relaciones comerciales internacionales

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.

²² España firmó el Convenio OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales el 17 de diciembre de 1997, y depositó el instrumento de ratificación el 14 de enero de 2000.

Elementos del delito

“Empleado público extranjero”

40. 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.
41. Las modificaciones del Código Penal propuestas incorporan una definición autónoma de empleado público extranjero que comprende cualquier persona que desempeñe un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, bien por nombramiento o por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluidos los organismos públicos y las empresas públicas; y cualquier funcionario o empleado de un organismo internacional público (es decir, una trasposición literal del Convenio OCDE).

“Proponer, ofrecer u otorgar” (cohecho activo)

42. Los elementos “proponer”, “ofrecer” y “otorgar” están incluidos en el artículo 445 CP, que sanciona la corrupción o el intento de corrupción de un empleado público extranjero mediante dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas. También delinquirá el particular que “satisfaga” las “demandas” de soborno de un empleado público extranjero según lo descrito anteriormente (en el caso de que fuera el empleado público quien solicitara el soborno, el particular tendrá una pena reducida de conformidad con el artículo 423(2) CP – más detalles en el párrafo 31). Sin embargo, el cohecho activo de un empleado público extranjero sólo está tipificado en el caso de que el acto oficial (tanto legal como ilegal) se cometa en el contexto de transacciones comerciales internacionales (con el fin de obtener o retener algún negocio o cualquier otra ventaja indebida en la gestión de negocios internacionales).

“Solicitar o recibir, aceptar una oferta o promesa” (cohecho pasivo)

43. El cohecho pasivo de empleados públicos extranjeros no está tipificado como delito en España.

“Directa o indirectamente”

44. Estas nociones (y por lo tanto, por ejemplo, la corrupción por medio de intermediarios) se mencionan explícitamente en el artículo 445 CP.

“Para sí mismo o para algún otro”

45. Los delitos de cohecho también son de aplicación cuando la dádiva beneficia a terceros (*en beneficio de éstos o de un tercero*).

Otros elementos

46. Lo descrito en relación con otros elementos/conceptos específicos del delito (“*ventaja indebida*”, “*realizar o abstenerse de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones*”, “*cometido intencionalmente*”) referidos a la corrupción de empleados públicos nacionales también será de aplicación en lo concerniente a la corrupción de empleados públicos extranjeros.

Sanciones

47. Conforme al artículo 445 CP, las penas que se contemplan en el artículo 423 CP para el cohecho activo de empleados públicos valdrán también para el cohecho activo de empleados públicos extranjeros en el contexto de transacciones comerciales internacionales. A este respecto, el artículo 423 CP remite a las disposiciones pertinentes relativas al cohecho pasivo para determinar la sanción requerida (para más detalles, ver párrafos 30 a 32).
48. Ha habido cierta controversia sobre si el artículo 423 CP puede también aplicarse en relación no sólo a las precedentes disposiciones sobre cohecho: artículos 419, 420 y 421 CP (actos oficiales constitutivos de delito o un “acto injusto”), sino también a los artículos 425 y 426 CP (actos oficiales lícitos). Los juristas parecen tener puntos de vista contradictorios a este respecto (que se han puesto de relieve en los correspondientes informes de la OCDE sobre España²³), pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁴ ha confirmado que el artículo 423 CP sí sería aplicable, tanto cuando la persona que soborna pretende conseguir un acto oficial ilícito (artículos 419, 420, 421 CP), como lícito (artículos 425 y 426 CP).
49. Las modificaciones del Código Penal propuestas establecen un delito autónomo para la corrupción activa de empleados públicos extranjeros cuya sanción consiste en penas de prisión de entre tres y seis años, una multa de 12 a 24 meses, e inhabilitación para contratos/licitaciones públicas. La multa puede aumentarse para tomar en cuenta el beneficio obtenido de la comisión del delito.

Resoluciones judiciales

50. No hay resoluciones judiciales relativas a supuestos de corrupción de empleados públicos extranjeros.

²³ España: Informes de la Fase I y Fase 2 relativos a la Aplicación del Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

²⁴ Sentencias del Tribunal Supremo: STS 545/1998 de 13 de enero 1999, ATS 1178/1998 de 29 abril 1998, STS 692/1997 de 7 noviembre 1997.

Corrupción de miembros de asambleas públicas extranjeras (artículo 6 del ETS 173)

51. Los miembros de las asambleas públicas extranjeras no están incluidos en las disposiciones sobre corrupción del Código Penal español.

Corrupción en el sector privado (artículos 7 y 8 del ETS 173)

52. El Código Penal español no criminaliza la corrupción en el ámbito privado. Puesto que no existe el delito de corrupción privado, la definición de “empleado público” se ha convertido en el factor clave para criminalizar la mayor parte de las situaciones que dan lugar a un delito de corrupción; permitiría, por ejemplo, sancionar supuestos de corrupción dentro de empresas estrictamente privadas pero que continúan estando controladas por el Estado (por ejemplo, Caso No. 2052/2001). La estrategia punitiva más segura en relación con la corrupción en el ámbito privado es, probablemente, la representada por los delitos de malversación/mala administración, en los casos en que el empleado (o el gerente que recibe el soborno) formaliza un contrato que daña financieramente a la empresa. En el ámbito del derecho civil, la corrupción privada está prohibida por la Ley de Competencia Desleal, que prohíbe expresamente “la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores”. Aunque la Ley de Competencia Desleal proporciona exclusivamente instrumentos de naturaleza civil, existe la posibilidad de imponer una sanción administrativa (artículo 7 de la Ley de Protección a la competencia) en los casos en que la práctica desleal consistente en el pago de un soborno tenga la suficiente importancia como “para distorsionar gravemente la competencia en el mercado” y que dicha distorsión afecte “el interés público”.
53. Las modificaciones del Código Penal propuestas introducen el delito de corrupción en el sector privado con el fin de adaptarse a las exigencias de la Unión Europea que emanan de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

Corrupción de funcionarios de organismos internacionales (artículo 9 del ETS 173)

54. La corrupción activa de funcionarios de organismos internacionales se tipifica en el artículo 445 CP. La corrupción pasiva de esta categoría de funcionarios no está tipificada como delito en el Código Penal español. Los elementos del delito y las sanciones aplicables que se detallan para la corrupción de empleados públicos extranjeros serán, por consiguiente, de aplicación para la corrupción de funcionarios internacionales. No hay sentencias judiciales ni jurisprudencia sobre corrupción de funcionarios internacionales.

Corrupción de miembros de asambleas parlamentarias internacionales (artículo 10 del ETS 173)

55. El Código Penal español sólo tipifica como delito la corrupción activa y pasiva de miembros del Parlamento Europeo, quienes están explícitamente incluidos en el término “autoridades públicas” según el artículo 24(1) CP. Por lo tanto, serán de aplicación los elementos del delito y las sanciones previstas para la corrupción de empleados públicos nacionales. No hay sentencias judiciales ni jurisprudencia relativa a miembros del Parlamento Europeo.
56. Los miembros de otras asambleas parlamentarias internacionales no están incluidos en las disposiciones pertinentes relativas a delitos de corrupción.

Corrupción de jueces y empleados de tribunales internacionales (artículo 11 del ETS 173)

57. La corrupción de jueces y empleados de tribunales internacionales no está tipificada como delito en el Código Penal español, con la única excepción de la corrupción de los empleados de la Corte Penal Internacional. A este respecto, de conformidad con el artículo 471.b. del Código Penal, el cohecho activo y pasivo de empleados de la Corte Penal Internacional se castiga con penas de prisión de 2 a 5 años y multa de hasta el triplo del valor del soborno.

Tráfico de influencias (artículo 12 del ETS 173)

Definición del delito

58. El tráfico de influencias está contemplado en los artículos 428 – 430 del Capítulo VI, Título XIX del Código Penal español. Las disposiciones relativas al tráfico de influencias pasivo (aceptar o solicitar una ventaja para ejercer una influencia indebida) distinguen dos principales tipos de conductas:
- (1) ejercer una influencia indebida. En este caso el Código Penal establece una distinción basada en la naturaleza pública/privada del que ejerce el tráfico de influencias: (a) una autoridad o empleado público (artículo 428 CP) y (b) un particular (artículo 429 CP);

Artículo 428, Código Penal: Influencia indebida ejercida por autoridad o empleado público

El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

Artículo 429, Código Penal: Influencia indebida ejercida por un particular

El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior

(2) la solicitud o aceptación de dádivas/presentes y cualquier otro tipo de remuneración a fin de ejercer una influencia indebida (artículo 430 CP).

Artículo 430, Código Penal: Solicitud/aceptación de dádivas/presentes/otro tipo de remuneración por ejercer una influencia indebida

Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años

59. El tráfico de influencias activo (por ejemplo, prometer, dar u ofrecer una ventaja indebida al que ejerce el tráfico de influencias) no está tipificado como delito principal.

Elementos del delito

“que afirme o confirme ser capaz de ejercer influencia sobre las decisiones de [empleados públicos]”

60. Este concepto no está traspuesto tal cual, es decir, el que ejerce el tráfico de influencias no tiene que afirmar o confirmar específicamente que no es capaz de ejercer una influencia indebida. A este respecto, la legislación española penaliza los supuestos en que el que ejerce el tráfico de influencias se aprovecha (“prevalimiento”) de su relación personal/jerárquica con el empleado público a fin de ejercer una influencia indebida sobre las decisiones de éste. El interés jurídico protegido es el mismo que en los delitos de corrupción: la transparencia e imparcialidad de las decisiones de la administración pública.

61. Para que se produzca un delito de tráfico de influencias no es necesario que dicha influencia llegue a ejercerse realmente y que produzca el resultado esperado; la mera afirmación del que ejerce el tráfico de influencias de que es capaz de ejercer tal influencia bastará para cometer el delito.
62. Más controvertidos son los casos de presunta influencia. En este contexto, anteriores sentencias del Tribunal Supremo han insistido en la necesidad de que la influencia sea real y que, de hecho, permita al que ejerce el tráfico de influencias tener el poder de intervenir o influir indebidamente en las decisiones; de otro modo, el autor sería procesado por fraude (por ejemplo, Caso 8900/1992 de 4 de diciembre 1992). Sin embargo, una sentencia más reciente del Tribunal Supremo confirma que los supuestos de presunta influencia también estarían incluidos en las disposiciones pertinentes sobre tráfico de influencias (Caso 335/2006 de 24 de marzo 2006).

Otros conceptos/elementos

63. Los elementos constitutivos de los delitos de corrupción son, en gran parte, aplicables a los artículos 428 a 430 CP. Concretamente, la intencionalidad es un componente implícito de los diversos delitos. La naturaleza directa o indirecta de la intermediación se incluye implícitamente. El beneficiario de la ventaja indebida puede ser el propio que ejerce el tráfico de influencias o un tercero.
64. Las disposiciones del Código Penal relativas al tráfico de influencias no utilizan el término “indebida” para calificar la ventaja. A este respecto, se entiende que cualquier “dádiva, presente o cualquier otra remuneración” (artículo 430 CP) o “cualquier beneficio económico” (artículos 428-429 CP), ya sean debidos o indebidos, pueden estar dentro del ámbito del delito si su propósito es influir en las decisiones de algún empleado público. El Tribunal Supremo ha interpretado en una reciente sentencia que el concepto “cualquier otra remuneración” trasciende la naturaleza económica de la ventaja recibida. En concreto, en el Caso 335/2006 de 24 de marzo de 2006, la ventaja recibida por el que ejerce el tráfico de influencias fue un contrato de trabajo para su mujer. Parece, sin embargo, que, al igual que con los otros delitos de corrupción, al final se podría valorar cuantitativamente la ventaja en términos pecuniarios.

Sanciones

65. Las penas establecidas para el tráfico de influencias pasivo son: a) pena de prisión de seis meses a un año; b) multa del tanto al duplo del valor del beneficio; y c) inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años (esta última pena no se aplica cuando quien ejerce el tráfico de influencias es una persona particular). Las penas se aplicarán en su mitad superior cuando el beneficio esperado se consiga realmente.

Resoluciones judiciales

66. Diversas resoluciones judiciales han clarificado las disposiciones sobre tráfico de influencias del Código Penal español según se ha ilustrado anteriormente (por ejemplo, Caso 335/2006 de 24 marzo 2006, Caso 480/2004 de 7 abril 2004, etc.)
67. Los informes anuales de la Fiscalía General del Estado indican que, en el año 2006, se incoaron 24 diligencias previas relativas a casos de tráfico de influencias (un aumento del 100% en comparación con datos del año 2005); en el año 2007, se incoaron 82 diligencias previas sobre delitos de tráfico de influencias.

Corrupción de árbitros nacionales (artículo 1, párrafos 1 y 2 y artículos 2 y 3 del ETS 191)

68. De conformidad con el artículo 422 CP, los árbitros nacionales está expresamente incluidos en las disposiciones sobre corrupción pasiva de los artículos 419 y 420 CP (actos oficiales ilícitos). En consecuencia, los elementos del delito y las sanciones aplicables que se detallan para la corrupción de empleados públicos nacionales les serán de aplicación.

Artículo 422, Código Penal

Lo dispuesto en los artículos precedentes [artículos 419, 420 y 421 CP] será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública

69. Las disposiciones sobre corrupción pasiva para actos oficiales lícitos (por ejemplo, actos discrecionales), es decir, los artículos 425 y 426 CP, no son aplicables respecto de los árbitros nacionales. La corrupción activa de árbitros se castiga en cuanto que esta categoría de personas tiene la consideración de oficiales públicos que ejercen una función pública al amparo del artículo 24 CP.
70. Ha habido un caso de corrupción de árbitro nacional que ha dado lugar a una condena: en el Caso Nº 1096/2006 de 16 noviembre 2006, un síndico de quiebra y su intermediario fueron hallados culpables de un delito de corrupción pasiva (artículo 420 CP: “actos injustos”) por solicitar y aceptar una cantidad de entre 3.600 y 5.000 Euros. Ambos fueron condenados a un año de prisión, inhabilitación por un periodo de tres años y multa de 3.606 Euros. El particular acusado de cohecho activo (artículo 423 CP en relación con el artículo 420 CP) fue condenado a seis meses de prisión y multa de 1.202 Euros.

Corrupción de árbitros extranjeros (artículo 4 del ETS 191)

71. La corrupción de árbitros extranjeros no está expresamente tipificada como delito en el Código Penal español. Sin embargo, las autoridades indican que a *sensu contrario*, nada impide hacer una interpretación más amplia del concepto de

árbitro de forma que incluya a personas extranjeras. Esto, además, sería posible de conformidad con la noción de árbitro que establece la Ley 60/2003 sobre Arbitraje, donde se estipula que personas tanto nacionales como extranjeras pueden actuar como árbitros.

Corrupción de jurados nacionales (artículo 1, párrafos 3 y 5 del ETS 191)

72. Conforme al artículo 422 CP, los jurados nacionales están expresamente incluidos en las disposiciones sobre corrupción pasiva de los artículos 419 y 420 CP (actos oficiales ilícitos). En consecuencia, los elementos del delito y las sanciones aplicables que se detallan para la corrupción de empleados públicos nacionales les serán de aplicación.

Artículo 422, Código Penal

Lo dispuesto en los artículos precedentes [artículos 419, 420, 421 CP] será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública

73. Las disposiciones sobre corrupción pasiva para actos oficiales lícitos (por ejemplo, actos discrecionales), es decir, los artículos 425 y 426 CP, no son aplicables respecto de los árbitros nacionales. La corrupción activa de árbitros se castiga en cuanto que esta categoría de personas tiene la consideración de oficiales públicos que ejercen una función pública al amparo del artículo 24 CP.
74. No hay resoluciones judiciales ni jurisprudencia relativas a jurados nacionales.

Corrupción de jurados extranjeros (artículo 6 del ETS 191)

75. La corrupción de jurados extranjeros no está tipificada como delito en el Código Penal español.

Otras cuestiones

Actos de participación (artículo 15 del ETS 173)

76. Según el artículo 27 CP, son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices. Además, según el artículo 28 CP, se incluye entre los autores: a) los que inducen directa o indirectamente a otro u otros a cometer un delito, y b) los que cooperan a la ejecución de un delito con un acto sin el cual no se habría cometido (artículo 28 CP). Los cómplices son los que, no hallándose comprendidos en el artículo 28 CP, cooperan a la ejecución del delito con actos anteriores o simultáneos (artículo 29 CP).

77. Los que cometen un delito conjuntamente con los autores estarán sujetos a las mismas penas que éstos (artículo 28 CP), mientras que a los cómplices se les impondrá la pena inferior en grado a la que hubieran recibido de haber sido los autores (artículo 63 CP).

Competencia (artículo 17 del ETS 173)

78. Las normas sobre la jurisdicción española se establecen en el Título I de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 21 a 25). En concreto, el artículo 23 establece la jurisdicción española sobre los actos cometidos en territorio español (principio de territorialidad); aunque no se especifica si los delitos deben haberse cometido total o parcialmente en territorio español y, por lo general, se entiende que la jurisdicción territorial rige para los delitos que se cometan tanto total como parcialmente en territorio nacional.
79. Además, la jurisdicción española será competente en los actos delictivos cometidos en el extranjero cuando ciudadanos españoles (o ciudadanos extranjeros que hayan adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho) sean los autores o las víctimas del delito (principio de nacionalidad). La jurisdicción española será competente en los actos cometidos por nacionales españoles que sean, al mismo tiempo, funcionarios de organizaciones internacionales, miembros de alguna asamblea parlamentaria internacional o empleados de algún tribunal internacional. Por otra parte, las autoridades confirmaron que la jurisdicción española rige para los empleados públicos nacionales y para los miembros de asambleas públicas nacionales que no sean españoles en virtud de su vínculo profesional/funcional con la administración pública española. Finalmente, los tribunales españoles también serán competentes para conocer de los delitos que afectan a los intereses nacionales españoles, independientemente de si los que los cometen son nacionales españoles o extranjeros.
80. Para ser competente en aquellos actos cometidos en el extranjero es preciso que exista doble incriminación. Por lo tanto, el autor de un delito podrá ser enjuiciado siempre y cuando su conducta constituya un delito en el país en que se haya cometido (artículo 23(2)a de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Sin embargo, de conformidad con el artículo 23(4)i de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es posible una jurisdicción universal sobre actos cometidos fuera del territorio español si la incriminación del acto es consecuencia de un tratado internacional ratificado y promulgado por España.

Extradición

81. En España los delitos castigados con al menos un año de privación de libertad podrán dar lugar a extradición.

Prescripción

82. El plazo de prescripción depende del tiempo máximo de sanción que puede imponerse para el delito en cuestión así como de su carácter “grave/menos grave”. En concreto, los delitos sancionados con un periodo máximo de prisión/inhabilitación de más de cinco años y menos de diez prescribirán a los diez años. Los delitos sancionados con un periodo máximo de prisión/inhabilitación de más de tres años y menos de cinco prescribirán a los cinco años. Todos los demás delitos “menos graves” prescribirán a los tres años (artículo 131 CP).
83. La siguiente tabla ilustra los plazos de prescripción aplicables a los delitos de corrupción y tráfico de influencias incluidos en el Código Penal:

Artículo	Delito	Prisión	Inhabilitación	Prescripción
Corrupción en el sector público				
Art 419	Acto oficial constitutivo de delito	2 – 6 años	7 -12 años	15 años
Art 420	El acto oficial es un “acto injusto”			
	- ejecutado	1 -4 años	6 -9 años	10 años
	- no ejecutado	1 -2 años	3 -6 años	10 años
Art 421	Abstenerse de realizar un acto oficial	No	1 -3 años	3 años
Art 425	Acto oficial inherente a sus funciones (soborno solicitado o aceptado antes/después realizar acto oficial)			
	(1) No constitutivo de delito	No	6 meses – 3 años	3 años
	(2) Constitutivo de delito	1 -3 años	10 -15años	15 años
Art 426	Soborno ofrecido en consideración a cargo oficial o para realizar un acto no prohibido por la ley	No	No	3 años
Tráfico de influencias				
Art 428	Influencia indebida ejercida por empleado público	6 meses – 1 año	3 – 6 años	10 años
Art 429	Influencia indebida ejercida por particulares			
Art 430	Solicitud/aceptación de ventaja para ejercer influencia indebida		6 meses – 3 años	3 años

84. Estos periodos empiezan a contar desde el momento que se comete el delito. En el caso de un delito “continuado”, el periodo se calcula desde el momento en que tuvo lugar el último de ellos, y, en el caso de un delito “permanente”, se calcula desde la fecha en que cesó la actividad ilegal (artículo 132(1) CP).

Eximentes

85. Una persona que haya cometido un delito de corrupción activa puede acogerse al eximente de arrepentimiento real. Para ello, el artículo 427 CP dispone lo siguiente:

Artículo 427, Código Penal

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.

86. Este eximente sólo será posible si: (1) el soborno fue solicitado; (2) el sobornador denuncia voluntariamente los hechos a la autoridad responsable de su investigación; (3) la denuncia se hace antes de transcurridos diez días desde la comisión de los hechos. Si la eximente de arrepentimiento real se admite, el autor quedará exento de castigo.

III. ANÁLISIS

87. España es uno de los pocos miembros del GRECO que no han ratificado el Convenio Penal sobre la Corrupción (ETS 173) (en adelante: el Convenio). En lo que se refiere al Protocolo Adicional al Convenio (ETS 191), tampoco ha sido ratificado por España. A pesar de ello, España, como cualquier otro miembro del GRECO, está sujeta a evaluación por sus iguales de conformidad con los criterios del Convenio y su Protocolo Adicional, que están siendo examinados en la Tercera Ronda de Evaluación (ver más detalles en párrafo 2). El EEG señala que España fue uno de los miembros fundadores del GRECO; sin embargo, no llegó a firmar el Convenio hasta el 10 de mayo de 2005. El EEG también señala que España ratificó, el 19 de junio de 2006, el Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC) que, en lo relativo a los delitos de corrupción, abarca aproximadamente el mismo terreno y está inspirado en la misma filosofía que el Convenio del Consejo de Europa. Cuando el EEG indagó sobre el tema pendiente de la ratificación del Convenio, así como de la firma y posterior ratificación de su Protocolo Adicional, las autoridades expresaron su intención de convertirse en estados parte de dichos instrumentos, pero no se concretó una fecha para ello. El EEG recomienda **proceder urgentemente a la ratificación del Convenio Penal contra la Corrupción (ETS 173), así como a la firma y ratificación de su Protocolo Adicional (ETS 191)**. En este sentido, se quiere llamar la atención sobre el Llamamiento formal efectuado por el Comité de Ministros a los Estados, durante su 103ª Sesión Ministerial, en ocasión de la adopción del texto del Convenio Penal contra la Corrupción (4 de noviembre de 1998), para que limitaran en lo posible las reservas declaradas conforme al Convenio, cuando expresaran su consentimiento a quedar obligados por el mismo. En esa misma ocasión, el Comité de Ministros apeló a aquellos Estados que “a pesar de todo se ven obligados a formular reservas, para que procuren por todos los medios retirarlas lo antes posible”. Las recomendaciones contenidas en los párrafos 93, 94, 95, 96 y 98 de este informe se hacen sin perjuicio del derecho que asiste a España a formular declaraciones y reservas de conformidad con el artículo 37 del Convenio.

88. En España, el marco legislativo que posibilita criminalizar los delitos de corrupción presenta algunas deficiencias importantes, cuyos detalles se examinarán a continuación. Además, a pesar de las diferentes revisiones de las pertinentes disposiciones del Código Penal relativas a los delitos de corrupción y, aunque se han logrado considerables mejoras- de las que se han hecho eco tanto fuentes gubernamentales como no-gubernamentales – con respecto, por ejemplo, a la creación de la Fiscalía Especial contra la corrupción y el crimen organizado (y sus correspondientes unidades territoriales), da la impresión de que la corrupción sigue siendo un problema perceptible, especialmente a nivel local (en cuestiones, por ejemplo, de ordenamiento urbano y concesión de licencias), y que se necesita un esfuerzo mayor para reducir su incidencia de manera significativa. Dicho esto, hay que admitir que un número no desdeñable de casos se han enjuiciado en España en las dos últimas décadas sobre la base del Código Penal existente; los profesionales del derecho no sólo han adquirido una buena experiencia en este tipo de casos, sino que, de forma general y pragmática, también han hecho grandes aportaciones a la interpretación de las disposiciones penales en vigor. El posterior papel desempeñado por el Tribunal Supremo a la hora de ampliar y consolidar una interpretación aún más flexible de las disposiciones existentes sobre corrupción (que en muchos casos va más allá de su estricto sentido literal) ha permitido que proliferen la jurisprudencia en esta materia. En este sentido, el EEG desea agradecer la valiosa contribución aportada por los profesionales del derecho entrevistados durante la visita de evaluación, quienes, con sus explicaciones, demostraron claramente su profundo conocimiento de las disposiciones penales sobre corrupción – y de la jurisprudencia al respecto – fruto de su experiencia práctica procesando y enjuiciando esta categoría de delitos.
89. Por otra parte, el Código Penal está siendo objeto de una revisión que incluye una serie de cambios de gran calado en las disposiciones sobre corrupción. El EEG fue informado de que uno de los propósitos de dichos cambios es adaptar la legislación nacional a las exigencias internacionales/europeas en el ámbito de la lucha contra la corrupción. Durante la visita, el EEG tuvo conocimiento, en términos generales, de varios acontecimientos que se esperaba tuvieran lugar en el contexto de la reforma del Código Penal prevista. Las autoridades proporcionaron al EEG, después de la visita, el texto de las modificaciones propuestas, que ha sido esbozado en la parte descriptiva de este informe y que parece ir en la dirección correcta. Sin embargo, puesto que el Parlamento aún no ha aprobado tales modificaciones, el presente informe sólo puede basarse en la legislación vigente en el momento de la adopción del informe. El EEG confía en que las autoridades tendrán en cuenta los asuntos tratados en este informe y que éstos se verán reflejados próximamente en la reforma del Código Penal en curso.
90. En lo que se refiere a la categoría de personas incluidas en los delitos de corrupción/ tráfico de influencias, se insistió repetidamente durante la visita que el concepto de “empleado público/autoridad” definido en el artículo 24 del Código Penal (CP) es extremadamente amplio y flexible. El término “autoridad” del Artículo 24(1) CP se refiere a los miembros de una corporación, tribunal o cualquier otro órgano colegiado que ejerza “jurisdicción” propia (es decir, que tenga la facultad oficial de tomar decisiones); la definición incluye a los

miembros de las asambleas públicas nacionales (que ejerzan tanto funciones legislativas como administrativas) así como a los que desempeñen funciones jurídicas (incluidos los fiscales). Según las explicaciones dadas al EEG, sobre la base de numerosos ejemplos desarrollados por la jurisprudencia, la noción de “empleado público” definida en el artículo 24(2) CP comprendería a cualquier persona que desempeñara funciones públicas tanto a nivel estatal como de comunidad autónoma o local. A diferencia de otras áreas del ordenamiento jurídico, el concepto de empleado público en el derecho penal no requiere su incorporación o permanencia en el servicio público, sino, más bien, su “participación en la vida pública”, a cuyo acceso se puede llegar por una de las tres formas previstas en la ley: por disposición legal, por elección o por nombramiento. Las autoridades resaltaron el hecho de que los tribunales han venido interpretando el término “empleado público” de manera muy amplia puesto que han llegado a la opinión de que lo importante en los delitos de corrupción es conseguir una eficaz protección de la función pública, así como de los intereses de la administración pública en sus diferentes facetas y modos de funcionamiento. Por este motivo, muy diversas categorías de personas entrarían dentro de las disposiciones relativas a la corrupción en el sector público. Se incluiría, por ejemplo, los examinadores del permiso de conducir, médicos que desempeñan funciones públicas, empleados de empresas que proporcionan servicios públicos mediante concesión, empleados de empresas públicas, etc. El EEG aplaude este enfoque flexible y concluye que el concepto de empleado público/autoridad – tal y como se entiende en la legislación penal y en la jurisprudencia al respecto – es conforme con el artículo 1(a) y (b) (empleado público) y con el artículo 4 (miembros de asambleas públicas nacionales) del Convenio.

91. La definición de los delitos relativos a la corrupción en el sector público a nivel nacional está contenida en los artículos 419, 420, 421, 425 y 426 CP referidos al cohecho pasivo y en el artículo 423 que habla del cohecho activo. En relación al cohecho pasivo, hay cinco disposiciones centrales basadas en los diferentes tipos de acciones/omisiones que se esperan del empleado público involucrado y en su naturaleza lícita o ilícita. Si el empleado público realiza un acto contrario a la ley o, por el contrario, omite llevar a cabo un acto al que está obligado debido a sus funciones, el delito debe castigarse según los artículos 419, 420 o 421 CP (“cohecho propio”). Si acepta el soborno para realizar un acto que no está prohibido legalmente, se aplicarán los artículos 425 o 426 CP (“cohecho impropio”). La definición básica del delito de corrupción está contenida en el artículo 419 (acto criminal) y en los artículos 420 /421 CP (acto injusto/omisión injusta) sobre cohecho pasivo como recompensa por un acto ilícito, donde se incorporan los diferentes elementos constitutivos que el Convenio requiere, es decir: criminalización de la solicitud o admisión, aceptación de un ofrecimiento o promesa, comisión directa o indirecta, beneficiarios (terceros incluidos), intención, actos/omisiones corruptos realizados en el ejercicio de funciones oficiales. El EEG fue informado de que todas las demás disposiciones sobre corrupción y, en particular, los elementos constitutivos (que a veces no están sobre el papel) han de entenderse de conformidad con los artículos 410 y 420 CP; las autoridades facilitaron abundante jurisprudencia que confirmaba esta interpretación *in extenso*. El EEG advirtió que el Código Penal español va más allá de lo exigido por el Convenio puesto que también criminaliza la recepción de

un beneficio después de que el empleado público haya realizado el acto, sin ofrecimiento, solicitud o aceptación anterior, es decir, el denominado cohecho *a posteriori* (“cohecho subsiguiente”). Con respecto al cohecho activo, el EEG observa que no hay una definición auto-determinante de cohecho activo en el Código Penal español; el cohecho activo del artículo 423 CP se considera “una falta” sobre la base de las disposiciones correspondientes relativas al cohecho pasivo. Esto, a su vez, ha generado múltiples discrepancias de interpretación. Ha habido mucho debate, por ejemplo, sobre si el artículo 423 CP también contemplaría los casos en que se ofrece un soborno a un empleado público por actos que no suponen un incumplimiento del deber, tal y como se expone en los artículos 425 y 426 CP; el derecho positivo y los profesionales del derecho siempre han estado divididos a este respecto. El asunto parece haber quedado zanjado mediante un número de decisiones del Tribunal Supremo donde se confirmaba la aplicabilidad del artículo 423 CP (y, consecuentemente, del artículo 445 CP sobre corrupción activa de empleados públicos extranjeros en el contexto de transacciones comerciales internacionales que se refiere al artículo 423 CP), no sólo a todas las conductas a las que se refieren los artículos 419-421 CP (actos oficiales ilícitos; “*cohecho propio*”), sino también a las de los artículos 425 y 426 CP (actos oficiales lícitos; es decir, actos discrecionales; “*cohecho impropio*”). Gran número de interlocutores sugirieron que las disposiciones sobre corrupción podrían volver a estructurarse y redactarse de nuevo, a fin de crear un marco más sencillo y coherente; las modificaciones del Código Penal propuestas van en esa dirección puesto que clasifican los delitos de corrupción pasiva en tres disposiciones que tratan de actos oficiales ilícitos, actos oficiales lícitos y de las situaciones donde se acepta el soborno en atención al cargo del empleado público, y puesto que clasifica a todos ellos como delitos autónomos (detallando los diferentes elementos constitutivos en cada caso). Al EEG sólo le resta animar a las autoridades a que continúen con sus planes de simplificar la clasificación de los delitos de corrupción y de armonizar su redacción, puesto que con ello se contribuirá a reforzar la seguridad jurídica en relación con los profesionales del derecho y del público en general.

92. Con respecto a la ventaja indebida, las disposiciones pertinentes sobre corrupción se refieren a los términos “dádiva o presente”, tanto debidos como indebidos, en tanto en cuanto su aceptación tiene relación con la futura/pasada conducta del empleado público. En cuanto a la naturaleza material/inmaterial de la ventaja, el EEG se encontró con puntos de vista enfrentados durante la visita de evaluación. Aunque el concepto de ventaja (“dádiva o presente”) que aparece en las disposiciones sobre corrupción no excluye literalmente las ventajas inmateriales, la determinación de la sanción – cuándo ésta consiste en una multa – se basa en su cuantificación en términos económicos. Mientras algunos profesionales del derecho consideraban que este asunto podría tener un mayor desarrollo mediante la interpretación de los tribunales, otros (incluido el mundo académico) sostenían la opinión de que no se deberían incluir los beneficios no pecuniarios. El EEG comprobó numerosos ejemplos de ventajas inmateriales/intangibles, por ejemplo, favores sexuales, títulos honoríficos, pertenencia a alguna red o club social restringido, transferencias horizontales de puestos en una organización, etc., pero no pudo obtener una respuesta inequívoca que viniera a confirmar que todas esas ventajas estuvieran realmente contempladas en las disposiciones pertinentes. Después de la visita se facilitaron algunos ejemplos de decisiones sobre delitos de

corrupción donde el soborno consistía en favores sexuales. Para aclarar el asunto, las modificaciones del Código Penal propuestas introducen una definición más amplia de la noción de ventaja (“*dáviva, favor o recompensa de cualquier naturaleza*”); de igual modo, la incorporación de un sistema de multas mensuales en el borrador elimina cualquier referencia a una valoración puramente económica del soborno. El EEG aplaude este enfoque y, por lo tanto, recomienda **aclarar definitivamente que las ventajas inmateriales están contempladas en las disposiciones del Código Penal relativas a corrupción.**

93. En cuanto a la dimensión internacional de la corrupción, la corrupción de empleados públicos extranjeros y de funcionarios de organismos internacionales está definida como delito en una disposición específica; el artículo 445 CP. No obstante, esta disposición se limita al cohecho activo (por lo tanto, en el derecho español no es posible procesar los delitos de corrupción pasiva de empleados públicos extranjeros ni de funcionarios internacionales); y, dado que éstos se cometen en el contexto de transacciones comerciales internacionales, en realidad no se estaría conforme al Convenio cuyo ámbito de aplicación es mucho mayor. A este respecto, aunque es posible que algunos casos de corrupción transfronteriza impliquen transacciones comerciales, hay situaciones donde este delito no sería de aplicación (por ejemplo, el soborno de un empleado de policía de tráfico extranjero para evitar pagar una multa). Por otra parte, no le quedó claro al EEG qué categorías de empleados públicos extranjeros estarían contempladas en el artículo 445 CP, puesto que las autoridades señalaron que la definición de empleado público contenida en el artículo 24 CP, no podría usarse a ese respecto. Algunos interlocutores sugirieron que la definición de empleado público extranjero debería desarrollarse mediante la interpretación de los tribunales. Otros interlocutores arguyeron que el artículo 4(a) del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de empleados públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales podría ser directamente aplicable. Hasta el presente, no ha habido jurisprudencia que avale estos puntos de vista. Para superar la presente incertidumbre terminológica, las modificaciones del Código Penal propuestas incorporan una trasposición literal de la definición de empleado público extranjero utilizada en el Convenio de la OCDE (y, por lo tanto, incluiría a cualquier persona que desempeñe un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, bien por nombramiento o por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluidos los organismos públicos y las empresas públicas; y cualquier funcionario o empleado de un organismo internacional público). Finalmente, los miembros de asambleas públicas extranjeras no están contemplados en las disposiciones del Código Penal relativas a corrupción. El mismo vacío existe con respecto a la corrupción de miembros de asambleas parlamentarias internacionales – aparte de los miembros del Parlamento Europeo, que sí están expresamente contemplados en las disposiciones sobre corrupción - y de los jueces y empleados de tribunales internacionales, con la única excepción de aquellos que sirven en la Corte Penal Internacional que podrían ser sancionados por delitos de corrupción de conformidad con el artículo 471 bis del Código Penal. En base a todo lo anterior, el EEG recomienda (i) **clarificar la noción de empleado público extranjero;** (ii) **ampliar el ámbito de aplicación del artículo 445 CP relativo a la corrupción activa de empleados públicos extranjeros y funcionarios de organismos internacionales de forma que abarque no sólo las**

situaciones que impliquen transacciones comerciales internacionales; (iii) criminalizar la corrupción activa de empleados públicos extranjeros y funcionarios de organismos internacionales; y (iv) asegurar que se criminaliza la corrupción de miembros de asambleas públicas extranjeras, asambleas parlamentarias internacionales (aparte de los miembros del Parlamento Europeo), así como la de jueces y empleados de tribunales internacionales (además de los que sirven en la Corte Penal Internacional).

94. Por lo que se refiere a los jurados y árbitros nacionales, estas categorías de personas están contempladas en el artículo 422 CP que se refiere expresamente a los artículos 419, 420 y 421 CP para la corrupción pasiva por actos oficiales ilícitos. Por lo tanto, el artículo 422 CP no contempla situaciones donde estas categorías de personas son sobornadas para cometer actos en el ejercicio de sus funciones, que no suponen un incumplimiento del deber (actos discrecionales, por ejemplo), según lo establecido en los artículos 425 y 426 CP. Por otra parte, la corrupción activa de jurados y árbitros quedaría fuera del ámbito de aplicación del artículo 422 CP (puesto que no se hace mención expresa al artículo 423 CP en la lista de delitos aplicables del artículo 422 CP). Algunos interlocutores arguyeron que la pertinente disposición relativa a la corrupción activa y pasiva de empleados públicos sería totalmente aplicable a los jurados y árbitros puesto que se los considera empleados públicos en el ejercicio de funciones públicas. El EEG encuentra difícil aceptar este razonamiento, especialmente debido a que parece que el legislador español hubiera optado por regular la corrupción de jurados y árbitros mediante una disposición específica independiente en el Código Penal (el artículo 422). El EEG también apunta que, incluso si se admitiera dicho razonamiento, la legislación española no contemplaría todo el ámbito de aplicación del Convenio puesto que, por ejemplo, dejaría fuera a los árbitros que actúan en base a un acuerdo de arbitraje entre particulares (arbitraje comercial). Se expresaron puntos de vista contradictorios con respecto a este último asunto: las autoridades inicialmente indicaron que la corrupción de jurados y árbitros nacionales está tipificada como delito si se comete en el ejercicio de funciones públicas, pero no cuando sólo están colaborando en el ejercicio de dichas funciones o cuando sólo actúan en el ámbito de las relaciones privadas; posteriormente, las autoridades arguyeron que también estarían contemplados incluso los casos de arbitraje comercial. En aras de la seguridad jurídica, el EEG considera que sería conveniente disponer de forma explícita la criminalización de la corrupción activa de jurados y árbitros nacionales. Además, la corrupción de jurados y árbitros extranjeros no está específicamente contemplada. No obstante, algunos interlocutores indicaron que no hay nada que impida hacer una más amplia interpretación del concepto de árbitro/jurado del artículo 422 CP de forma que incluya a personas extranjeras. Añaden, además, que, en el caso de los árbitros, tal interpretación sería posible de conformidad con la definición de árbitro que se incluye en la Ley 60/2003 de Arbitraje, donde se estipula que personas tanto nacionales como extranjeras pueden actuar como árbitros. Estas opiniones no fueron unánimemente compartidas por los diferentes representantes entrevistados por el EEG durante la visita de evaluación y no hay jurisprudencia que pueda aportar más luz sobre esta cuestión. Por este motivo, el EEG sigue sin estar convencido de que, con el actual marco legislativo, sea posible imputar a estas categorías de personas delitos de corrupción. Además, el EEG apunta que, con respecto a la aclaración hecha por las autoridades en

relación con los árbitros extranjeros, éstos sólo estarían incluidos en el caso en que aplicaran la ley española. En vista de lo anterior, el EEG recomienda **(i) revisar el artículo 422 (corrupción de jurados y árbitros) del Código Penal para asegurar que la criminalización de la corrupción de jurados y árbitros es conforme al Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre la Corrupción (ETS 191); y (ii) criminalizar la corrupción de árbitros y jurados extranjeros.** Esto, con toda seguridad, facilitaría la ratificación del Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre la Corrupción (ETS 191), según lo recomendado en el párrafo 87.

95. La corrupción en el sector privado no está tipificada como delito en España. Desde el punto de vista del EEG es esencial criminalizar la corrupción en el sector privado de conformidad con los artículos 7 y 8 del Convenio puesto que las funciones públicas y privadas parecen interrelacionarse cada vez más y cada día resulta más difusa la distinción entre estos sectores. Con respecto a esto, el EEG reconoce el hecho, repetidamente subrayado por las autoridades, de que en España la noción de empleados públicos es de una naturaleza tan amplia que incluye a muchas personas que, en la mayoría de los demás países, estarían consideradas como pertenecientes al sector privado. Dicho esto, criminalizar la corrupción en el sector privado sigue siendo crucial, especialmente debido a que esta forma de corrupción puede causar importantes daños a la sociedad en su conjunto dado el valor de las cantidades (y potenciales sobornos) que suelen manejarse en las transacciones comerciales. Además, el EEG advierte que las modificaciones del Código Penal propuestas introducen el delito de corrupción en el sector privado con el propósito de adaptarse a las exigencias de la UE que emanan de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. El EEG aplaude la intención de las autoridades de regular esta área y, por lo tanto, recomienda **criminalizar la corrupción en el sector privado de conformidad con los artículos 7 y 8 del Convenio Penal sobre la Corrupción (ETS 173).**
96. El tráfico de influencias está tipificado como delito en los artículos 428, 429 y 430 CP. Aun reconociendo la solidez del sistema español, según lo desarrollado por la jurisprudencia, con respecto al tráfico de influencias (por ejemplo, la posibilidad de sanción incluso en los casos en que no se ha ejercido la influencia, la inclusión de la influencia tanto real como presunta), el EEG identificó tres deficiencias. En primer lugar, todos los interlocutores coincidieron en que, aunque el concepto de “ventaja indebida” se describe en términos más amplios que en lo que concierne a los delitos de corrupción (la disposición sobre tráfico de influencias se refiere a “*dádivas, presentes o cualquier otra remuneración*”), por lo general se entiende como cualquier ventaja (tanto debida como indebida) de índole económica o que, al menos, pueda ser cuantificada en términos económicos; sin embargo existía la duda de si incluiría ventajas no materiales. Se proporcionaron algunos ejemplos, después de la visita, relativos a resoluciones judiciales donde el beneficio consistía en cierto tipo de ventajas no materiales, como, por ejemplo, favores sexuales. En segundo lugar, el EEG observó que mientras que el sistema penal español criminaliza el tráfico de influencias pasivo, no menciona ejemplos de tráfico de influencias activo. A este respecto, da la impresión de que las disposiciones del CP relativas al tráfico de influencias están más dirigidas a castigar el hecho de ejercer influencia, que el propio tráfico de

influencias en sí mismo. Concretamente, prometer, ofrecer u otorgar una ventaja indebida a quien ejerce el tráfico de influencias no está criminalizado como delito principal. Las autoridades explicaron que, en principio, sería posible sancionar a un individuo que prometiera, ofreciera u otorgara una ventaja indebida como instigador, de conformidad con las normas generales sobre participación contenidas en el artículo 28 CP. El EEG observó, sin embargo, que, en última instancia, no se citó ningún caso que ilustrara el enjuiciamiento de un delito de tráfico de influencias activo. A este respecto y, en opinión del EEG, el sistema español se beneficiaría, en términos de seguridad jurídica, si el tráfico de influencias activo estuviera criminalizado como delito principal. En tercer lugar, las disposiciones sobre tráfico de influencias no son aplicables a los empleados públicos extranjeros, a los miembros de asambleas públicas extranjeras, a los funcionarios de organismos internacionales, a miembros de asambleas parlamentarias internacionales, ni a jueces y empleados de tribunales internacionales. En vista de las deficiencias identificadas en relación con el tráfico de influencias, el EEG recomienda **(i) criminalizar el tráfico de influencias activo como delito principal; (ii) criminalizar el tráfico de influencias en relación con empleados públicos extranjeros, miembros de asambleas públicas extranjeras, funcionarios de organismos internacionales, miembros de asambleas parlamentarias internacionales y jueces y empleados de tribunales internacionales; y (iii) aclarar definitivamente cuales son las ventajas no materiales contempladas por las disposiciones del Código Penal relativas al tráfico de influencias.**

97. En España, los tipos de sanciones para los delitos de corrupción/tráfico de influencias incluyen: prisión, multas e inhabilitación; el CP contempla su posible acumulación. La gravedad de las penas establecidas para la corrupción en el sector público depende de la naturaleza lícita/ilícita del acto del empleado público sobornado. La sanción máxima aplicable para un delito de corrupción es de seis años de prisión cuando la acción/omisión esperada por parte del empleado público sea constitutiva de delito (artículo 419 CP). Cuando la acción esperada sea un “acto injusto”, la máxima sanción será la de cuatro años de prisión (artículo 420 CP). El EEG observó, sin embargo, que los artículos 421 (omisión de actos inherentes a las funciones del empleado público), 425(1) (realización de actos inherentes a las funciones del empleado público) y 426 CP (soborno ofrecido en consideración al cargo del empleado público o a fin de que realice un acto lícito) no contemplan penas de prisión. Las infracciones de estas disposiciones sólo podrán ser sancionadas mediante multas e inhabilitación profesional. En lo referente al artículo 421 CP, en concreto, es cuestionable que abstenerse de realizar un acto oficial requerido sea en verdad menos sancionable que no ejecutar un acto oficial según el artículo 420 CP. Los efectos perjudiciales de los actos criminales pueden muy bien ser similares en estas diferentes circunstancias. El EEG no logra comprender la razón por la que el legislador ha optado por esta solución. En general, la imposibilidad de sancionar la conducta a la que se refieren los artículos 421, 425(1) y 426 CP con penas de prisión hace que la extradición sea imposible, puesto que, en España, sólo son susceptibles de extradición aquellos condenados a penas de, al menos, un año de privación de libertad. El EEG recuerda que el artículo 19 del Convenio implica la obligación de atribuir a la comisión de delitos de corrupción/tráfico de influencias por parte de personas físicas penas de prisión de una cierta duración que dé lugar a

extradición. Debe mencionarse que las modificaciones del Código Penal proponen un aumento de las penas mínimas de prisión aplicables a los delitos de corrupción, es decir, tres años de prisión para los actos oficiales ilícitos (en lugar de dos) y dos años de prisión para actos oficiales lícitos (en lugar de uno o ninguno). Esto posibilitaría la extradición en todos los casos relacionados con delitos de corrupción. Con respecto a las penas de prisión previstas para los delitos de tráfico de influencias, varían de seis meses a un año. El EEG advierte que las sanciones para el tráfico de influencias son menores que las correspondientes a otros delitos comparables en el derecho penal español (como corrupción en el sector público por actos ilícitos, fraude, malversación de caudales públicos; más detalles en los párrafos 30 y 33). Esto puede llevar a la idea de que el tráfico de influencias es un delito menos grave, lo que es contrario a la intención de aquellos que elaboraron el Convenio. Por este motivo, el EEG tiene serias dudas sobre si las sanciones para el tráfico de influencias pueden considerarse efectivas, proporcionales y disuasorias en el sentido del Convenio. En vista de lo anterior, el EEG recomienda **(i) aumentar la sanciones para los delitos de corrupción de los artículos 421 (omisión de actos inherentes a las funciones del empleado público), 425(1) (realización de actos inherentes a las funciones del empleado público) y 426 (soborno ofrecido en consideración al cargo o para que el empleado público realice un acto lícito) con el fin de garantizar que estos delitos puedan dar lugar a extradición y (ii) aumentar las sanciones para el tráfico de influencias.**

98. Los principios jurisdiccionales de territorialidad y nacionalidad son de aplicación para todos los delitos de corrupción y de tráfico de influencias, pero el artículo 23(2) de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige que exista doble incriminación en el caso de los delitos cometidos en el extranjero por nacionales españoles (o en los que estén implicados nacionales españoles). Esto significa que, en estos casos, sólo se podrá enjuiciar si el acto estuviera también tipificado en el estado extranjero, lo que supone una clara restricción en comparación con los requisitos del artículo 17, párrafo 1, letra b) del Convenio. Dicho esto, el artículo 23(4)i de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé la abolición del requisito de la doble incriminación en todos los tratados internacionales ratificados y promulgados por España. El EEG recomienda **abolir el requisito de la doble incriminación en relación con los delitos de corrupción y tráfico de influencias cometidos en el extranjero**. Tal y como se ha indicado anteriormente, el cumplimiento de esta recomendación sería automático una vez ratificado el Convenio Penal sobre la Corrupción (ETS 173) y su Protocolo Adicional (ETS 191), de conformidad con la recomendación i (párrafo 87).
99. Finalmente, el EEG está preocupado por los posibles efectos de la eximente especial de arrepentimiento del artículo 427 CP que exime de castigo al que soborna en casos de corrupción activa en el sector privado si (1) el soborno fue solicitado; (2) el que soborna denuncia voluntariamente los hechos a la autoridad encargada de investigarlos; y (3) la denuncia se efectúa antes de transcurridos diez días desde la fecha en ocurrieron los hechos. El EEG estudió con los interlocutores entrevistados tanto las ventajas de las disposiciones sobre arrepentimiento (la detección de casos de corrupción) como los posibles riesgos de su mala utilización (por ejemplo, chantajear a la persona sobornada, abusar de una falsa eximente). El EEG fue informado de que, en la práctica y hasta el

presente, esta disposición ha tenido poca relevancia como medio para descubrir actos de corrupción. Se les explicó que el artículo 427 fue introducido en el Código Penal en 1995 como herramienta para atraer denuncias; sin embargo, las autoridades opinaron que una fuente de información mucho más eficaz y fiable sobre los actos de corrupción es la información proporcionada por los propios empleados públicos. Según los interlocutores entrevistados, la disposición sólo se ha utilizado una vez desde su creación en 1995 (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de noviembre de 2006 confirmando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de marzo de 2006 donde se proporcionan unas directrices para interpretar qué es lo que puede considerarse “autoridad encargada de la investigación” y los posibles canales para efectuar la denuncia). Además, algunos interlocutores sugirieron que el artículo 21(6) CP, que proporciona una base legal para tomar en cuenta las confesiones y la reparación de los daños a la hora de dictar sentencias reducidas, es un camino más práctico. En opinión del EEG, el artículo 427 CP va demasiado lejos a la hora de eximir de castigo al informante. En principio, casos muy serios de corrupción activa podrían quedar totalmente impunes por referencia a este artículo. Existe el peligro de que esta disposición produzca resultados indeseados, puesto que el autor (el responsable del cohecho activo) tendría en realidad el derecho legal a ser eximido de castigo si se cumplen los – muy estrictos y formales – requisitos para ello; a este respecto al EEG le preocupa la naturaleza automática del eximente. Por otra parte, parece que el artículo 427 CP es muy difícil de aplicar. Uno de los motivos para ello es el requisito categórico de que la información ha de ser facilitada antes de que hayan transcurrido diez días desde que ocurrieron los hechos. De las discusiones mantenidas durante la visita, incluidas las mantenidas con los profesionales del derecho que deben aplicar la ley, al EEG no le quedó nada claro que el artículo 427 CP, en su forma actual, suponga un valor añadido en la lucha contra la corrupción. El EEG, por lo tanto, recomienda **someter a revisión la aplicación del artículo 427 CP sobre arrepentimiento a fin de determinar los potenciales usos y abusos de este eximente en la investigación y enjuiciamiento de casos de corrupción y, si es necesario, tomar las medidas oportunas.**

IV. CONCLUSIONES

100. España no ha ratificado el Convenio Penal sobre la Corrupción (ETS 173), tampoco ha firmado ni ratificado el Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre la Corrupción (ETS 191). Esto sigue siendo una necesidad acuciante, a fin de garantizar una criminalización coordinada de la corrupción nacional e internacional, según lo prescrito por la Resolución (97) 24 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a los Principios Directores para la Lucha contra la Corrupción (Principio Director 2).
101. La incriminación de la corrupción y del tráfico de influencias en el Código Penal español presenta algunas inconsistencias y deficiencias importantes en comparación con los criterios establecidos por el Convenio Penal sobre la Corrupción (ETS 173) y su Protocolo Adicional (ETS 191). Con respecto a la corrupción en el sector público, el complejo marco legal es especialmente deficiente por lo que respecta a su dimensión internacional. De igual modo, hay

deficiencias en las disposiciones sobre tráfico de influencias; por ejemplo, en las normas actuales, el tráfico de influencias activo no está tipificado como delito principal. La corrupción en el sector privado no está tipificada en absoluto; se trata de una importante laguna puesto que este tipo de corrupción puede causar mucho daño a la sociedad en su conjunto debido al importe de las cantidades (y potenciales sobornos) que se manejan en las transacciones comerciales. Por otra parte, las sanciones previstas para los delitos de corrupción y tráfico de influencias deben elevarse para poder dar lugar a extradición. Finalmente, la posibilidad que ofrece la eximente especial de arrepentimiento de eximir de castigo a la persona que da un soborno siempre que éste haya sido solicitado por el empleado público y lo denuncie antes de que se descubra, debe ser objeto de revisión a fin de valorar sus posibilidades en cuanto a uso y abuso.

102. En los últimos años, a pesar de las diversas modificaciones que se han ido introduciendo con los años en las disposiciones del Código Penal relativas a delitos de corrupción y a pesar de las grandes mejoras que ha supuesto la creación de la Fiscalía Especial contra la corrupción y el crimen organizado (y sus correspondientes unidades territoriales), parece que la corrupción sigue siendo un problema evidente, especialmente a nivel local, y que son necesarios mayores esfuerzos para reducir su incidencia de manera significativa. Dicho esto, hay que admitir que en España se ha enjuiciado un notable número de casos de corrupción; esto ha sido posible, en gran medida, por la proactiva actitud de fiscales y jueces por igual, quienes han adquirido una amplia experiencia a la hora de enjuiciar y juzgar este tipo de delitos y han contribuido a desarrollar una jurisprudencia de mucho mayor alcance en esta materia. En este contexto concreto y sobre la base de la experiencia lograda por los profesionales de derecho que se han ocupado de los delitos de corrupción, la reforma del Código Penal en curso, que incluye modificaciones en las disposiciones relativas a corrupción, resulta muy necesaria. El presente informe y sus recomendaciones deben tomarse como una oportuna contribución a este proceso de reforma.

103. En vista de lo expuesto anteriormente, el GRECO hace a España las siguientes recomendaciones:

- i. proceder urgentemente a la ratificación del Convenio Penal contra la Corrupción (ETS 173) así como a la firma y ratificación de su Protocolo Adicional (ETS 191) (párrafo 87);**
- ii. aclarar definitivamente que las ventajas inmateriales están contempladas en las disposiciones del Código Penal relativas a corrupción (párrafo 92);**
- iii. (i) clarificar la noción de empleado público extranjero; (ii) ampliar el ámbito de aplicación del artículo 445 CP relativo a la corrupción activa de empleados públicos extranjeros y funcionarios de organismos internacionales de forma que abarque no sólo las situaciones que impliquen transacciones comerciales internacionales; (iii) criminalizar la corrupción activa de empleados públicos extranjeros y funcionarios de organismos internacionales; y (iv) asegurar que se criminaliza la corrupción de miembros de asambleas públicas extranjeras, asambleas**

parlamentarias internacionales (aparte de los miembros del Parlamento Europeo), así como la de jueces y empleados de tribunales internacionales (además de los que sirven en la Corte Penal Internacional).(párrafo 93);

- iv. **(i) revisar el artículo 422 (corrupción de jurados y árbitros) del Código Penal para asegurar que la criminalización de la corrupción de jurados y árbitros es conforme al Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre la Corrupción (ETS 191); y (ii) criminalizar la corrupción de árbitros y jurados extranjeros (párrafo 94);**
- v. **criminalizar la corrupción en el sector privado de conformidad con los artículos 7 y 8 del Convenio Penal sobre la Corrupción (ETS 173) (párrafo 95);**
- vi. **(i) criminalizar el tráfico de influencias activo como delito principal; (ii) criminalizar el tráfico de influencias en relación con empleados públicos extranjeros, miembros de asambleas públicas extranjeras, funcionarios de organismos internacionales, miembros de asambleas parlamentarias internacionales y jueces y empleados de tribunales internacionales; y (iii) aclarar definitivamente cuáles son las ventajas no materiales contempladas por las disposiciones del Código Penal relativas al tráfico de influencias (párrafo 96);**
- vii. **(i) aumentar la sanciones para los delitos de corrupción de los artículos 421 (omisión de actos inherentes a las funciones del empleado público), 425(1) (realización de actos inherentes a las funciones del empleado público) y 426 (soborno ofrecido en consideración al cargo o para que el empleado público realice un acto lícito) con el fin de garantizar que estos delitos puedan dar lugar a extradición y (ii) aumentar las sanciones para el tráfico de influencias (párrafo 97);**
- viii. **abolir el requisito de la doble incriminación en relación con los delitos de corrupción y tráfico de influencias cometidos en el extranjero (párrafo 98);**
- ix. **someter a revisión la aplicación del artículo 427 CP sobre arrepentimiento a fin de determinar los potenciales usos y abusos de este eximente en la investigación y enjuiciamiento de casos de corrupción y, si es necesario, tomar las medidas oportunas (párrafo 99).**

104. De conformidad con la Norma 30.2 del Reglamento de Procedimiento, el GRECO invita a las autoridades españolas a presentar un informe sobre el cumplimiento de las recomendaciones mencionadas anteriormente, antes del 30 de noviembre de 2010.

105. Finalmente, el GRECO invita a las autoridades españolas a autorizar, lo antes posible, la publicación del informe, a traducir el informe a su idioma nacional y a hacer pública dicha traducción.