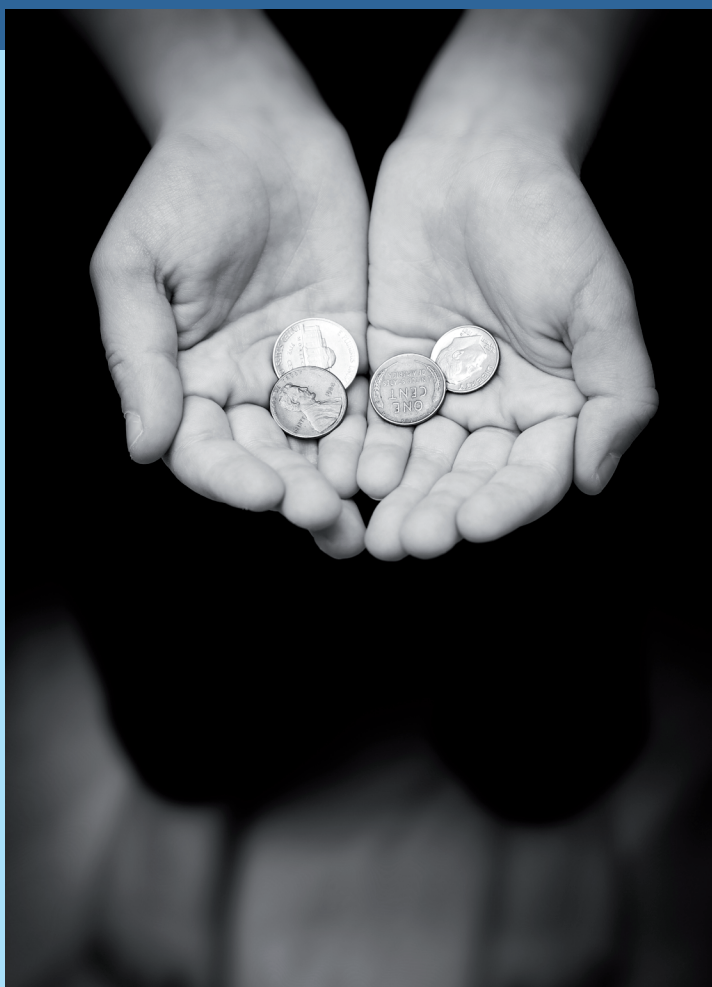


CORRUPCIÓN PRIVADA, TRANSPARENCIA Y GESTIÓN PÚBLICA

Lorenzo Morillas Cueva
(Director)



Dykinson, S.L.



Lorenzo MORILLAS CUEVA
(*Director*)

CORRUPCIÓN PRIVADA, TRANSPARENCIA Y GESTIÓN PÚBLICA

GUSTAVO DI ANGELLIS DA SILVA ALVES
JUAN RAFAEL BENÍTEZ YÉBENES
MIGUEL ÁNGEL CANO PAÑOS
CRISTINA DOMINGO JARAMILLO
PILAR FERNÁNDEZ PANTOJA
AIXA GÁLVEZ JIMÉNEZ
JESÚS GARCÍA CALDERÓN
BORJA MAPELLI CAFFARENA
BELÉN MACÍAS ESPEJO
MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE

LORENZO MORILLAS CUEVA
JOSEFA MUÑOZ RUIZ
JOSÉ MANUEL PÉREZ LARA
M^a CONCEPCIÓN PÉREZ VILLALOBOS
FRANCISCO RODRÍGUEZ ALMIRÓN
JUAN JOSÉ ROMERO ABOLAFIO
JOSÉ E. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS
MARÍA JOSÉ SÁNCHEZ ROBERT
RAMÓN TEROL GÓMEZ

 *Dykinson, S.L.*

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

La presente obra es el resultado final de la investigación realizada en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «Transparencia, control de la gestión pública y respuestas jurídico-penales en relación a la corrupción privada» (PID2019-110864GB-I00) financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

COLECCIÓN ENSAYOS PENALES

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2023

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1170-450-2
Depósito Legal: M-33936-2023
DOI: 10.14679/2430

ISBN electrónico: 978-84-1170-899-9

Preimpresión:
Besing Servicios Gráficos, S.L.
besingsg@gmail.com

Capítulo undécimo

El delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales (art. 286 ter CP)

AIXA GÁLVEZ JIMÉNEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal de la Universidad de Granada

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. II. Bien jurídico protegido. IV. Análisis del tipo: 1. Sujetos . 1.1. Sujeto activo. 1.2. Sujetos pasivos. 2. Conducta típica. 3. Objeto material. 4. Formas especiales de aparición del delito. 4.1. Autoría y participación. 4.2. Iter criminis. 4.3. Problemas concursales. 5. Penalidad y perseguibilidad. V. Aplicación jurisprudencial. VI. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

El escenario económico internacional es objeto de prácticas corruptas de las que derivan consecuencias negativas. El fenómeno de la corrupción no solo se desarrolla a nivel nacional sino que traspasa fronteras. En los últimos años, la globalización ha impulsado el aumento de la corrupción, ya que favorece la creación de un entorno en el que, el desarrollo de actividades irregulares es más sencillo. Así, los avances que han experimentado los recursos tecnológicos, el crecimiento del número de empresas, la estandarización de procesos de circulación de bienes y servicios o la facilidad para comunicarse de manera instantánea y eficaz, entre otros, han generado un contexto que ha sido aprovechado por algunas personas para realizar comportamientos corruptos no permitidos por ley.

El estudio de los comportamientos que desestabilizan el desarrollo de las sociedades es esencial para aplicar mecanismos que disminuyan la corrupción. Estamos ante un fenómeno complejo que es complicado combatir. Por este motivo, resulta interesante reflexionar y ahondar en las diferentes prácticas de corrupción. En concreto, entre las conductas irregulares desarrolladas en el ámbito internacional, destacamos la presencia de la corrupción en las transacciones económicas. Hay supuestos en los que físicas o jurídicas, que desarrollan actividades económicas internacionales, prometen o dan gratificaciones a agentes públicos extranjeros, con el objetivo de beneficiarse en sus negocios.

Ante los peligros que se derivan de la corrupción, los Estados deben actuar de manera coordinada definiendo un objetivo común. Los distintos países trabajan con el fin de implementar herramientas que permitan aumentar la transparencia en actividades transfronterizas. La existencia de un espacio de acción seguro y predecible favorecerá la estabilidad del mercado global. Así, el legislador internacional, interesado en paliar la corrupción que tiene lugar en relación con las actividades económicas internacionales, desarrolla instrumentos dirigidos a disminuir estas conductas.

En el contexto internacional, destacamos el papel de la Organización para la cooperación y el desarrollo económico (OCDE) que coordina políticas económicas y sociales con el fin de hacer frente a nuevos retos. Esta Organización ha puesto de relieve la necesidad de combatir la corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Por ello, ha elaborado un Convenio en el que se incluyen herramientas para luchar contra la corrupción que se desarrollan en contextos diferentes; entre ellas, destaca la aplicación del Derecho penal. La realización de prácticas corruptas conlleva, en algunos casos, la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos especialmente relevantes, por ello estas conductas deben ser sancionadas a través de la vía penal.

Por su parte, España se ha hecho eco de la problemática que se deriva de la corrupción. La aplicación de mecanismos destinados a disminuir la corrupción debe desarrollarse en un plano internacional pero también nacional. Las directrices e indicaciones facilitadas por la normativa internacional son asumidas por nuestro Estado. Así, en el Código penal podemos encontrar un precepto en el que castiga expresamente la corrupción en las transacciones económicas transfronterizas. En las páginas siguientes, nuestra labor consistirá en exponer las cuestiones más relevantes sobre el delito de corrupción internacional que, a pesar de ser más desconocido que otros ilícitos relacionados con prácticas corruptas, no deja de ser una herramienta más dirigida a poner fin a este tipo de comportamientos irregulares.

II. ANTECEDENTES

El delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales fue introducido en el Código Penal a través de la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, para dar cumplimiento al contenido del Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado por España el 17 de diciembre de 1997 y ratificado el 3 de enero de 2000¹. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica señala expresamente que, a través de la

¹ BENITO SÁNCHEZ, D., “La respuesta desde el Derecho penal transnacional: especial atención al análisis político-criminal”, en *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberomaericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 603, puntualiza que la OCDE elaboró el primer documento vinculante contra la corrupción. El

reforma del Código penal, se pretendía incluir presupuestos del Convenio que “no podían ser previstos por el legislador de 1995, ante el fenómeno de la corrupción en las, cada día más frecuentes e intensas, transacciones comerciales internacionales”. Así, se introdujo un nuevo Título XIX bis al Libro II del Código Penal rubricado “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales” formado tan solo por el art. 445 bis². El Título en el que se incluyó el delito se ubicaba detrás del Título XIX que recogía los “Delitos contra la administración pública”.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modificó la ubicación sistemática y amplió el contenido del delito. El delito incluido en el art. 445 bis pasó al art. 445 CP, y a abandonar el Título XIX bis –que se eliminó– para ubicarse en el Capítulo X del Título XIX. La Exposición de Motivos de la ley señalada no hizo mención al delito de corrupción internacional. El nuevo precepto estaba estructurado en dos apartados, en el primero se mantenía el contenido que tenía el artículo anterior, y en el segundo se incluía la posibilidad de imponer alguna de las consecuencias accesorias del art. 129 CP en los casos en los que el culpable perteneciese a una sociedad, organización o asociación dedicada a las actividades relacionadas con la corrupción en las transacciones económicas internacionales.

Posteriormente, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, modifica el contenido del delito, mientras que su ubicación permanece inalterada. Desde la introducción de delito en el Código Penal en el año 2000, el precepto se modificaba por segunda vez. La doctrina calificó positivamente la reforma del precepto³. El legislador reconoce en el Preámbulo (XXVII) que “la configuración del tipo penal presenta deficiencias que demandan una nueva reforma que, de manera definitiva, acomode nuestro Derecho interno a los términos del Convenio”. De modo que, el art. 445 CP quedó estructurado en tres apartados. El primero, formado por tres párrafos, contenía la conducta típica –más amplia que la prevista antes de la reforma–, las penas posibles a aplicar –incluyéndose también nuevas consecuencias jurídicas– y un tipo agravado que se aplicaría en función del objeto del negocio; el segundo párrafo contemplaba la responsabilidad de las personas jurídicas que intervenían en esta clase de hechos, y por último, en el tercer párrafo se añadió la definición de funcionario público extranjero⁴.

Convenio redactado por la OCDE se centra en una modalidad muy concreta de corrupción, la que tiene lugar en el ámbito de las transacciones económicas internacionales.

² “Los que, con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentan 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 atendieren 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”.

³ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., “Corrupción en las transacciones internacionales”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (dirs. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 489 a 490.

⁴ “1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebito, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por perso-

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el delito se modifica de nuevo. Con la reforma se crea en el Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal una nueva sección titulada “Delitos de corrupción en los negocios” que castiga el pago de sobornos que tienen como fin la obtención de ventajas competitivas. Esta sección, la cuarta, recoge la corrupción entre particulares (art. 286 bis 1. 2 y 3 CP), la corrupción deportiva (art. 286 bis 4 CP) y la corrupción en las transacciones económicas internacionales (art. 286 ter CP). De esta manera, se produce un cambio en la ubicación sistemática del delito, que pasa de estar entre los delitos contra la administración pública del Título XIX, a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico del Título XIII.

El contenido vigente del delito del artículo 286 ter CP, que es el que aquí interesa, es el siguiente: *“1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio. Además de las pe-*

na interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio.

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

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

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

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

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

a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública.

c) Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública”.

nas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años. 2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427”.

Destacamos, en relación con la reforma a la que se ha visto sometido el delito, la ampliación del círculo de posibles sujetos activos, ya que el precepto va a ser aplicado en los casos en los que la conducta típica sea realizada por un funcionario público de Estados miembros de la UE o de cualquier otro país extranjero, o de otras organizaciones internacionales públicas. Anteriormente, –recordemos el art. 445.3 CP introducido por la Ley Orgánica 5/2010– el precepto exigía expresamente que el comportamiento delictivo fuese cometido por un funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales públicas.

El art. 286 ter CP, que como se ha señalado recoge el delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales, va precedido del art. 286 quater CP que contiene un tipo agravado que se aplica cuando los hechos sean de especial gravedad. El precepto especifica qué circunstancias deben darse para que los hechos sean calificados como tal.

Tras la Sección en la que se encuentran los delitos de corrupción en los negocios, la Sección 5ª recoge varias disposiciones de aplicación común a los arts. 270 a 286 quater CP. Por ejemplo, el art. 288 CP dispone la posibilidad de que de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis CP una persona jurídica tenga responsabilidad penal por delito del art. 286 ter CP, entre otros.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La concreción del bien jurídico protegido de un delito está relacionada –en la mayor parte de las ocasiones– con la ubicación sistemática del mismo en el Código Penal. La delimitación del bien jurídico protegido en el delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales nos obliga a repasar dónde se ha encontrado ubicado el ilícito en la norma penal por excelencia desde su entrada en vigor.

En el año 2000 el delito se incluye en el Código Penal en el Título XIX bis, es decir, en un Título específico que está a continuación del Título XIX que recoge los “Delitos contra la administración pública”. Tres años más tarde, el precepto que contiene el delito de corrupción que venimos tratando deja de estar en el Título XIX bis y se inserta dentro del Título XIX. En particular, ocupa el último Capítulo que cierra el Título mencionado. La Reforma del Código Penal del año 2010 no afectó a la ubicación sistemática del delito. No obstante, la Ley Orgánica 1/2015 desplazó el delito del Título XIX al Título XIII, es decir, de los delitos

contra la administración pública a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Actualmente, el precepto se encuentra entre los delitos del Título XIII, Capítulo XI, en particular, se regula como un delito de corrupción en los negocios (Sección cuarta).

La mayor parte de la doctrina ha aplaudido el cambio de ubicación del ilícito, que ha tenido lugar tras la Reforma del año 2015⁵, considerando que estamos ante un delito contra el orden socioeconómico⁶. La inclusión del delito junto a otras modalidades de corrupción y el tenor literal del art. 286 ter CP, permiten justificar la concreción del bien jurídico protegido en el correcto desarrollo del tráfico comercial internacional⁷. Recordemos que el delito se incluye en el Código Penal a partir del contenido del Convenio de la OCDE que tiene como objeto luchar y prevenir la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Por ello, el origen del delito en el Convenio favorece la concreción del buen funcionamiento del mercado como objeto de tutela⁸.

La nueva ubicación del precepto, entre los delitos patrimoniales y socioeconómicos, parece poner fin a los debates doctrinales surgidos respecto a la protección del delito. La confusión generada en torno a la tutela del delito estaba relacionada con su ubicación, recordemos que antes de que entrase en vigor la Reforma del año 2015 el precepto se encontraba entre los delitos contra la Administración pública. La inclusión del delito de corrupción internacional junto a ilícitos que criminalizan actividades contra el sector público hizo que algunos autores se cuestionaran cuál era la protección que ofrecía. El precepto tenía naturaleza socioeconómica, pero se encontraba ubicado entre delitos relacionados con la Administración Pública⁹. Por este motivo, una parte de la doctrina consideró que el objeto del delito era proteger el correcto desempeño de la función

⁵ MIRÓ LLINARES, F., “Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva Reforma Penal”, en *Estudios sobre el Código Penal reformado: Leyes Orgánicas 1/202015 y 2/2015* (dir. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2015, págs. 613 a 615. El cambio de ubicación era demandado: RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J., “Capítulo X. De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal* (dirs. QUINTERO OLIVARES, G.), Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 1725.

⁶ Por todos, BENITO SÁNCHEZ, D., “Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo”, en *Estudios de Deusto*, Vol. 63/1, enero-junio, 2015, pág. 221.

⁷ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “Corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 14, abril – septiembre, 2018, pág. 310.

⁸ CUGAT MAURI, M., *Comentarios al Código penal. Parte especial* (dirs. CÓRDOBA RODA, J., y GARCÍA ARÁN, M.), Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 2116 y 2117, ha puesto de manifiesto el objetivo del Convenio de proteger el mercado internacional la libre competencia.

⁹ La doctrina, desde la introducción del delito en el Código Penal, ha puesto de manifiesto “la inadecuada ubicación del precepto”, así: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código Penal)”, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6740, 2007, pág. 2 y 3.

pública. Incluso, algunos autores dieron un paso más y defendieron la doble naturaleza del bien jurídico. El delito, en este caso calificado como pluriofensivo, estaba dirigido a tutelar el libre mercado y también la función pública¹⁰. Entre los dos bienes jurídicos, la protección de la competencia tenía más entidad debido al contexto en el que se desarrolla la conducta, esto es, en el plano de las transacciones económicas internacionales¹¹. Tras la reforma, y pese al cambio de ubicación del precepto, algunos autores han mantenido esta idea –que nos parece la más adecuada–, señalando que estamos ante un delito que protege el correcto desempeño del comercio internacional y a su vez la Administración pública española, de países extranjeros –pertenezcan o no a la UE– e incluso las organizaciones internacionales públicas. La ampliación del objeto de tutela del delito se debe a la remisión que hace el art. 286 ter CP al concepto de funcionario público del art. 427 CP y a la extensión con la que este último está redactado.¹²

IV. ANÁLISIS DEL TIPO

1. Sujetos

1.1. *Sujeto activo*

El sujeto activo puede ser cualquier persona que corrompa o intente corromper a una autoridad o funcionario público, o bien, atienda sus solicitudes con alguna finalidad de las indicadas en el art. 286 ter CP. Según el precepto, el sujeto activo tiene como objetivo que la autoridad o funcionario público actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales.

El art. 286 ter CP se configura como un delito común¹³. El precepto especifica que la conducta típica se puede realizar de manera directa –realizada por el propio autor– o indirecta –llevada a cabo por persona interpuesta–. De esta mane-

¹⁰ Extensamente, sobre la naturaleza pluriofensiva del delito: PARÉS LÓPEZ DE LEMOS, A., “Pluriofensividad de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales: corrupción y cohecho”, en *Foro, Nueva época*, Vol. 20, num. 1, 2017, pág. 175.

¹¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., y BLANCO CORDERO, I., “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales e internacionales”, en *Revista de ciencias penales*, Vol. 4, 2001-2002, pág. 12.

¹² PARÉS LÓPEZ DE LEMOS, A., “Pluriofensividad de los delitos de corrupción...”, *op. cit.*, pág. 182.

¹³ ACALE SÁNCHEZ, M., “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español”, en *Diritto penale contemporaneo*, 3-4, 2014, pág. 40; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, Vol. II, Núm. 2, 2013, pág. 31. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., y BLANCO CORDERO, I., “Los nuevos...”, *op. cit.*, pag. 14.

ra, se iguala la conducta del sujeto que corrompe o intenta corromper a la del que utiliza a otra persona para llevar a cabo este comportamiento.

El Convenio de la OCDE se hace eco de la necesidad de castigar a las personas jurídicas para combatir la corrupción. El art. 3.2 del Convenio señala qué debe hacerse en los casos en los que un ordenamiento jurídico no castigue a las personas jurídicas. En estos casos, el Estado debe proponer la aplicación de sanciones –no penales– que sean “eficaces, proporcionadas y disuasorias”¹⁴. En España, el Código Penal prevé la responsabilidad de las personas jurídicas desde el año 2010; en concreto, la norma contempla la posibilidad de que estos entes sean castigos con arreglo al contenido del art. 286 ter CP¹⁵. Las personas jurídicas pueden tener responsabilidad penal por la comisión del delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales. El art. 288 CP –incluido dentro de las Disposiciones comunes que se aplican a las cuatro primeras secciones del Capítulo XI del Título XIII– señala en el apartado 2º las penas que se aplicarían a la persona jurídica por la comisión del art. 286 ter CP. La aplicación del art. 288 CP está condicionada a que se cumplan las exigencias del artículo 31 bis CP y siguientes. En concreto, se requiere que la conducta típica sea cometida por una de las personas físicas mencionadas en el art. 31 bis 1 CP en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y además, que esta última haya obtenido un beneficio –directo o indirecto– derivado del comportamiento irregular realizado por la primera.

1.2. *Sujeto pasivo*

Los sujetos pasivos son la autoridad o funcionario público, así puede extraerse del contenido del art. 286 ter 1 CP. La realización del tipo requiere expresamente que el sujeto pasivo tenga una condición determinada. El art. 286 ter 2 CP subraya que deberá entenderse por “funcionario público” lo previsto en los arts. 24 y 427 CP. La interpretación de cualquier precepto del Código Penal que incluya las palabras “funcionario público” conlleva la remisión a la definición incluida en el art. 24 CP; por su parte, el art. 427 CP, que amplía el contenido del concepto de funcionario público del art. 24 CP, se aplica exclusivamente en relación con los delitos de cohecho (arts. 419 y siguientes) y, además, con el delito de corrupción en actividades económicas internacionales (art. 286 ter CP).

La definición de funcionario público desde una perspectiva penal siempre ha sido una cuestión muy debatida por la doctrina. Las reformas que han operado sobre el art. 427 CP no han hecho más que aumentar la controversia que viene ro-

¹⁴ El precepto señala expresamente que están incluidas las sanciones pecuniarias. De forma general, hace también referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas el art. 2 del Convenio. Sobre este extremo, BENITO SÁNCHEZ, D., “La respuesta desde...”, *op. cit.*, pág. 633.

¹⁵ Con anterioridad, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, preveía la posibilidad de imponer alguna de las consecuencias accesorias del art. 129 CP en los casos en los que el culpable perteneciese a una sociedad, organización o asociación dedicada a las actividades relacionadas con la corrupción en las transacciones económicas internacionales.

deando a la delimitación del término funcionario¹⁶. La Ley 1/2015, de 30 de marzo amplió el concepto de funcionario a través del art. 427 CP. Más recientemente, la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, que tiene como objeto la transposición de Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, así como abordar otras cuestiones internacionales, también modifica el contenido del término “funcionario público”¹⁷. En la Exposición de Motivos de esta última norma el legislador manifiesta que el objeto de la Reforma es, entre otros, incluir en el CP un nuevo el concepto de funcionario público del art. 427 CP más extenso.

La doctrina ha aceptado que, el concepto de funcionario público facilitado por el Derecho administrativo, no coincide con el ofrecido por el Derecho penal. El art. 24.2 CP señala que es el funcionario público el que participe en el ejercicio de funciones públicas, ya sea por disposición inmediata de la ley, o bien, por elección o nombramiento de la autoridad competente. El Derecho administrativo requiere que la persona física se incorpore a la Administración Pública a través de un contrato permanente y profesional, y también que tenga una retribución a cambio de los servicios profesionales que presta; no obstante, la norma penal no exige que se cumplan estos requisitos. Para aplicar la definición incluida en el Código Penal solo será necesario, por un lado, que el sujeto desarrolle funciones públicas, y de otro, que el ejercicio de tales actividades se haga a través de un título habilitante obtenido por ley, elección o nombramiento de la actividad competente. En general, el Derecho penal acepta una definición más amplia de funcionario público que la normativa administrativa¹⁸.

Con entrada en vigor de la Leyes Orgánicas 1/2015 y 1/2019, como se ha puesto de manifiesto en párrafos anteriores, el concepto de funcionario público se amplía. En el art. 427 CP contiene el concepto de funcionario, concretándolo en la persona que tiene un cargo o empleo –ya sea legislativo, administrativo o judicial– en un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero (por nombramiento o elección); o bien, la persona que ejerza la función pública para un país de la Unión Europea u otro país extranjero, incluso un organismo público o una empresa pública, bien para la Unión Europea o para otra organización internacional pública; también, el funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública; y por último, la persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo

¹⁶ GARCÍA ARROYO, C., “La implementación de la normativa internacional en el ordenamiento español: concepto penal de funcionario público tras la Ley Orgánica 1/2019, en *Revista General de Derecho penal*, núm. 31, Iustel, 2019 (documento electrónico sin numerar).

¹⁷ En concreto, la Ley Orgánica tiene como objeto la transposición de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, la Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, así como el perfeccionamiento de la transposición de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación.

¹⁸ Así se pronuncia: GARCÍA ARROYO, C., “La implementación...”, *op. cit.* (documento electrónico sin numerar).

una función de servicio público. La actividad realizada debe consistir en la gestión de intereses financieros de la Unión Europea o en tomar decisiones sobre esos intereses, y deberá desarrollarla en los Estados miembros o terceros países.

El art. 427 CP amplía el círculo de posibles sujetos pasivos respecto al art. 24.2 CP. En este sentido, NIETO MARTÍN expone que los sujetos considerados funcionarios según el art. 24.2 CP, también lo serán conforme al art. 427 CP. Sin embargo, este último precepto utiliza una definición de funcionario que puede acoger a sujetos que no tienen encaje en el art. 24.2 CP (como los particulares que ejercen funciones públicas o los parlamentarios de la UE). El autor, para justificar su posición, relaciona la definición de funcionario público del art. 427 CP con el contenido del Convenio de la OCDE y sus Recomendaciones¹⁹. En particular, el art. 1.4 del Convenio explica qué debe entenderse por “agente público extranjero”²⁰. Por su parte, GALÁN MUÑOZ ha reparado en la extensión del art. 427 CP, subrayando que es “absolutamente innecesaria”. El contenido del art. 427 letra b) CP es tan amplio –se refiere a los que ejercen funciones públicas para cualquier Estado extranjero o organización pública internacional– que en él tendrían cabida los sujetos a los que se refiere la letra c)²¹. En sentido similar, GARCÍA ARROYO destaca que hubiese bastado con incluir en el art. 427 letra b) CP una referencia al título habilitante de la disposición inmediata de la ley para que el resto de apartados del precepto no fuesen necesarios. El art. 427 CP no alude en ninguna de sus letras a este título. El art. 24.2 CP sí requiere –entre otros requisitos– que el sujeto disponga de un título habilitante por ley; en cambio, en art. 427 CP no hace mención a esta exigencia²².

2. Conducta típica

El tipo básico del delito de transacciones económicas internacionales se encuentra en el art. 286 ter 1 CP. La conducta típica consiste en corromper o intentar

¹⁹ El tenor literal del precepto es el siguiente: “cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública; y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública”.

²⁰ NIETO MARTÍN, A., “Delitos de corrupción en los negocios”, en *Derecho penal económico y de la empresa* (dirs. DE LA MATA BARRANCO, N. J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURÁIN SÁNCHEZ J.A., y NIETO MARTÍN, A.), Dykinson, Madrid, 2018, pág. 425. El autor pone de relieve que, los sujetos considerados funcionarios respecto al art. 24.2 CP también lo serán en según el art. 427; además, señala expresamente que el último precepto señalado engloba los particulares que ejercen funciones públicas, los directivos de empresas públicas (cuando el Estado participe en ellas y siempre que posea la mayoría del capital o de los votos o pueda nombrar a los miembros de los órganos de administración).

²¹ GALÁN MUÑOZ, A., “Globalización, corrupción internacional y Derecho penal. Una primera aproximación a la regulación penal de dicho fenómeno criminal tras la LO 1/2015”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVI, 2016, pág. 629.

²² GARCÍA ARROYO, C., “La implementación...”, *op. cit.* (documento electrónico sin numerar).

corromper a una autoridad o funcionario público, o bien, atender sus solicitudes. Como observamos, pueden distinguirse dos modalidades típicas. En particular, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO señala qué debemos entender por “corromper” y por “atender a las solicitudes”. En relación al primer concepto, el autor señala que puede ser utilizado como sinónimo de “aceptar o admitir dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas por parte del funcionario público extranjero”; sobre la segunda expresión manifiesta que consiste en “la aceptación por parte del particular de la propuesta realizada por aquél consistente en la entrega, inmediata o futura, de cualquier beneficio o ventaja indebidos”²³.

La finalidad del sujeto que realiza la acción típica consiste en conseguir que la autoridad o funcionario público actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva. En cualquier caso, el contrato, negocio o ventaja competitiva debe estar relacionado con actividades económicas internacionales. La particularidad de la conducta que se castiga, es el contexto en el que debe desarrollarse²⁴.

El art. 286 ter CP, a diferencia de lo que ocurre en los tipos generales de cohecho, no castiga la corrupción pasiva. El precepto mencionado sanciona expresamente la corrupción activa pero no impone ninguna pena al funcionario o autoridad extranjero. Ahora bien, que el art. 286 ter CP haya dejado fuera de su ámbito de aplicación a estos sujetos, no quiere decir que no puedan ser castigados a través de otro precepto del Código Penal. El funcionario público o autoridad podrían ser sancionados a través del contenido del art. 419 y siguientes CP, pues el art. 427 CP ha extendido la aplicación de las figuras de cohecho pasivo a los funcionarios de un país extranjero u organización internacional²⁵.

²³ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “La corrupción...”, *op. cit.*, pág. 234.

²⁴ NIETO MARTÍN, A., “Delitos de corrupción...”, *op. cit.*, pág. 429, hace referencia a la expresión “actividades económicas internacionales” señalando que en ella quedan englobados los casos en los que una empresa tiene su sede social en un país diferente al que va a desarrollar una actividad económica; y recalca que pueden existir conflictos derivados de la delimitación de la palabra “internacional”. Por ejemplo, en el supuesto en el que la actividad ha sido llevada a cabo por un filial de una empresa multinacional en el país del funcionario público.

²⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XI). De los delitos relativos la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (III). De los delitos relativos al mercado y los consumidores (II). De la corrupción en los negocios. Disposiciones comunes”, en *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2021, pág. 819, el autor pone de relieve que, desde el plano jurisdiccional pueden surgir problemas, a la hora de englobar las conductas descritas en el art. 286 ter CP en los arts. 419 y siguientes. Sobre la intención del legislador de no castigar la modalidad pasiva de corrupción en relación con el art. 286 ter CP: OTERO GONZÁLEZ, P., “Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015”. (Análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 bis y ter CP)”, en *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (dirs. VILLORIA MANDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J. M., TEJEDOR BIELSA, J. V., y JIMÉNEZ ASENSIO, R.), Atelier, Barcelona, 2016, págs. 451 a 496; por su parte, PARÉS LÓPEZ DE LEMOS, A., “Pluriofensividad de los delitos de corrupción”, *op. cit.*, pág. 176, considera que no existe justificación para no castigar al funcionario.

La conducta típica puede realizarse directamente o a través de un intermediario. El art. 286 ter CP señala que la conducta corrupta puede desarrollarse “por sí o por persona interpuesta”. Se castigan al tercero que corrompe, intenta corromper o atiende las solicitudes de la autoridad o funcionario público. Haremos más adelante referencia de nuevo al intermediario, en el epígrafe dedicado a la autoría y participación.

El objetivo que el particular pretende conseguir con la conducta –atendiendo al contenido del art. 286 ter CP– es un “contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales”. Este elemento, que expone cuál debe ser la finalidad del soborno tiene una doble función. Por un lado, confirma que el bien jurídico protegido –sin olvidar la pluriofensividad a la que nos hemos referido– es la competencia leal del mercado internacional; y de otro, concreta el ámbito de aplicación del precepto²⁶. El precepto no requiere expresamente que el contrato, negocio o ventaja que se persiguen sean irregular. Esta exigencia estaba incluida en el precepto que contenía el ilícito hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015. Con la reforma del Código Penal se eliminó la necesidad de que el negocio o ventaja que se perseguían tuviesen que ser “irregulares”. De esta manera, no habrá que comprobar la regularidad o irregularidad de la conducta que se pretendía que realizase la autoridad o funcionario público. Esta comprobación traía aparejado consigo dificultades, ya que hay que atender a las normas del país del funcionario para justificar la irregularidad²⁷.

Hay algunos supuestos cuyo encaje en el art. 286 ter CP puede dar lugar a dudas. Por ello, los Comentarios al Convenio de la OCDE se hacen eco de algunos casos que controvertidos. Por ejemplo, se hace mención expresa a los “pagos de facilitación”, es decir, a los pagos que se hacen a funcionarios para que sean más eficaces en el desarrollo de sus funciones y no se demoren en el ejercicio de las mismas. Este tipo de pagos solo está permitido en algunas jurisdicciones y en determinadas circunstancias (no se admiten en España). El texto internacional considera estos pagos como prácticas corrosivas; sin embargo, no constituyen delito porque su criminalización “no parece ser una medida complementaria práctica o eficaz”²⁸.

3. Objeto material

La conducta típica descrita en el art. 286 ter CP debe recaer sobre “cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase”. Cuando el delito de corrupción en actividades económicas internacionales se incluyó en el Código Penal –en el año 2000– hacía referencia a “dádivas” pero la mención expresa a éstas se eliminó con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, sustituyén-

²⁶ BENITO SÁNCHEZ, D. “Análisis de las novedades...”, *op. cit.*, pág. 224.

²⁷ Sobre esta cuestión: GALÁN MUÑOZ, A., “Globalización...”, *op. cit.*, pág. 635.

²⁸ Comentarios al Convenio OCDE, sobre el apartado 1 puntos 9. Extensamente, sobre los “pagos de facilitación” véase: NIETO MARTÍN, A., “Delitos de corrupción...”, *op. cit.*, pág. 432.

dose por la formulación contenida en el Convenio de la OCDE. Así, el legislador español tomo referencia el art. 1.1 del Convenio que hace mención a “cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase”.

Las Recomendaciones sobre el Convenio OCDE hacen varias puntualizaciones en relación con el objeto material; se señala que el delito existirá a pesar del valor que tenga la ventaja o resultado, de las costumbres locales e incluso de la tolerancia que exista respecto al pago para obtener un beneficio irregular. El texto expone que solo estará permitida la ventaja o beneficio aceptado por la normativa del país de la autoridad o funcionario público extranjero, o incluso, por la jurisprudencia²⁹.

Según el art. 286 ter CP el objeto material podrá tener un valor pecuniario o de cualquier otra naturaleza. La doctrina, en relación con la naturaleza que tiene que tener el beneficio al que se refiere el art. 286 ter CP, ha resaltado que será importante que tenga la capacidad objetiva de corromper³⁰. De modo que, los beneficios o ventajas no tienen que ser evaluables económicamente³¹. No obstante, el art. 286 ter CP toma como referencia la cantidad resultante del beneficio obtenido para determinar los casos en los que se aplicará la multa proporcional. Así que, en los supuestos en los que el beneficio o ventaja no tenga un valor económico difícilmente podrá aplicarse la multa proporcional. En estos casos, el Juez deberá recurrir a personas especializadas que informen, atendiendo a criterios objetivos, de cuál podría ser la cantidad del beneficio obtenido.

4. Formas especiales de aparición del delito

4.1. Autoría y participación

Del contenido del art. 286 ter CP puede extraerse que puede ser autor cualquier persona. Incluso, el precepto hace mención a la realización de la conducta delictiva “por persona interpuesta”. La figura del intermediario es muy habitual en el contexto del comercio internacional, pues generalmente es el enlace entre el particular y el funcionario.

La calificación del intermediario como autor o participe dependerá de su papel en los hechos que concurran.

²⁹ Pueden consultarse literalmente en los Comentarios al Convenio OCDE, sobre el apartado 1 puntos 7 y 8.

³⁰ Por todos: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del Código Penal español”, en ICADE. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 74, mayo-agosto 2008, pág. 212.

³¹ En este sentido, NIETO MARTÍN, A., “Delitos de corrupción...”, *op. cit.*, pág. 429 recuerda que el concepto amplio de ventaja ha venido siendo asumido desde la reforma del año 2003 por lo los delitos de cohecho y corrupción que se encuentran en el Código Penal. Así, el término “ventaja” está desvinculado de su valoración económica, será más relevante “que el funcionario no tenga derecho a la misma”.

El intermediario será coautor, junto al sujeto principal, si ambos disponen del dominio de la realización del hecho delictivo, tienen un plan común y una distribución de papeles en la comisión del delito. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO recalca que el intermediario es el enlace para realizar conductas corruptas, y además, procurar que la práctica irregular se lleve a cabo de forma discreta. El autor señala que el mediador incluso podría estar presente en supuestos de autoría mediata. En estos casos, el intermediario es el instrumento del particular y este último actúa en la sombra³².

Según la conducta realizada por el intermediario en los hechos también podrá valorarse su participación como cómplice, cooperador necesario o inductor.

4.2. *Iter criminis*

El delito se consuma simplemente con el intento de corromper a la autoridad o funcionario. El riesgo que se deriva de la acción “intentar corromper” es suficiente para aplicar el precepto, el legislador adelanta las barreras de protección penal. La puesta en peligro para el bien jurídico protegido basta para justificar la existencia del ilícito. De modo que, para determinar la consumación del delito es irrelevante la respuesta que tenga la autoridad o funcionario público a la oferta. Tampoco condicionará la aplicación del precepto que se materialice la promesa hecha por el particular a la autoridad o funcionario público, ni que aquél obtenga las ventajas que pretendía alcanzar. En concreto, NIETO MARTÍN manifiesta que el delito queda consumado cuando el sujeto emite la declaración de querer corromper y el agente público recibe esta propuesta³³.

El Convenio de la OCDE no hace referencia a la consumación del delito; sin embargo, sí alude a la tentativa. Según el art. 1.2 del Convenio, y en relación con el delito de corrupción internacional, la tentativa será castigada tal y como esté previsto en el Derecho interno. En concreto, en el Código Penal se hace mención a esta figura en el art. 16.1 CP. Es difícil apreciar la tentativa, que tendrá lugar en los casos en los que el particular realiza la propuesta corrupta, pero ésta no llega a ser conocida por la autoridad o funcionario público³⁴. BENITO SÁNCHEZ propone eliminar la expresión “corrompieren o intentaren corromper” del precepto para evitar problemas interpretativos en relación con la tentativa. La autora propone sustituir la conducta típica por castigar al sujeto que “ofrezca, prometa o

³² DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “La corrupción...”, págs. 40 y 41.

³³ NIETO MARTÍN, A., “Delitos de corrupción...”, *op. cit.*, págs. 427 y 428; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “Corrupción...”, *op. cit.*, pág. 317; más extensamente: PARÉS LÓPEZ DE LEMOS, A., *Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales* (Tesis doctoral dir. VALLE MARISCAL DE GANTE, M.), Universidad Complutense de Madrid, 2016, págs. 267 y 268, la autora expone que, dependiendo de las circunstancias, la consumación del delito puede postergarse. Para explicar su posición expone el siguiente ejemplo: Un sujeto envía a un funcionario un correo electrónico y éste no lo lee de manera inmediata. El delito no se va a consumir hasta que el funcionario no abra el correo y tenga conocimiento de su contenido.

³⁴ PARÉS LÓPEZ DE LEMOS, A., *Delitos de corrupción...*, *op. cit.*, págs. 271 y 272.

conceda cualquier beneficio...”. De esta manera no se equiparará la tentativa a la consumación del delito³⁵.

Por último, cabe señalar que los actos preparatorios no se castigan conforme al art. 286 ter CP. El Convenio hace mención en art. 1.2 a la “confabulación”; ésta podría entenderse como equivalente a la conspiración incluida en el art. 17. CP. No obstante, como nuestro legislador no ha previsto expresamente castigar la conspiración en relación con el delito de corrupción internacional, no podría sancionarse³⁶.

4.3. Problemas concursales

El problema concursal principal del delito de corrupción en transacciones económicas internacionales se pone de manifiesto en su relación con los delitos de cohecho. El conflicto surge porque estamos ante figuras que sancionan conductas similares y, además, aplican el contenido del art. 427 CP. La extensión del concepto de funcionario público del art. 427 CP implica que puedan desarrollarse conductas que tengan cabida en varios preceptos. Antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, cuando el delito de corrupción internacional hacía mención expresa a los funcionarios públicos extranjeros, este ilícito se distinguía de la figura del cohecho clásico.³⁷ BENITO SÁNCHEZ plantea qué ocurriría en el caso de que se pague un soborno a un funcionario español con la intención de obtener un contrato en el marco de una relación comercial internacional. En este supuesto, la conducta podría ser enjuiciada a través del art. 286 ter CP, y además, mediante el delito de cohecho activo clásico del art. 424 CP. Por tanto, surgen problemas concursales, que deben ser resueltos para una correcta aplicación del Derecho penal³⁸. Algunos autores han considerado –a partir de los concursos que se derivan a la hora de aplicar el precepto adecuado– que el “tratamiento separado y diferenciado” de la corrupción internacional respecto al resto de preceptos que castigan el cohecho no tiene sentido³⁹.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 se incluyó el delito de corrupción internacional la siguiente expresión: “salvo que ya lo estuviesen con una pena mayor en otro precepto de este Código”. Esta formulación favorece la aplicación del delito de corrupción internacional respecto a los delitos de cohecho en los supuestos en los que la pena prevista en el art. 286 ter CP es mayor que la incluida los arts. 419 y siguientes CP. Además, el art. 286 ter CP contiene una

³⁵ BENITO SÁNCHEZ, D. “Análisis de las novedades...”, *op. cit.*, pág. 227.

³⁶ Así, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “Corrupción...”, *op. cit.*, pág. 318.

³⁷ Así, BENÍTEZ ORTUZAR, I. F., “Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, págs. 819-820; en sentido similar: PUENTE ALBA, L. M., “Corrupción en transacciones económicas internacionales (art. 286 ter CP)”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 926.

³⁸ BENITO SÁNCHEZ, D. “Análisis de las novedades...”, *op. cit.*, pág. 223.

³⁹ Véase, GALÁN MUÑOZ, A., “Globalización...”, *op. cit.*, pág. 642.

figura más especial que la descrita en los delitos de cohecho, pues vulnera directamente la competencia leal en el comercio internacional, siendo los segundos mencionados más generales⁴⁰.

De modo que, en relación con los concursos surgidos entre el delito del art. 286 ter CP y los delitos de cohecho, observamos que pueden surgir varias cuestiones interesantes. La remisión del art. 424 CP al art. 419 CP, o en su caso, al art. 420 CP, conlleva soluciones diferentes. En este sentido, debemos tener en cuenta que el Código Penal, sí distingue entre cohecho propio e impropio, pero esta división no se hace en relación con el delito de transacciones económicas internacionales⁴¹. Cuando dudemos entre la aplicación del art. 286 ter CP o el 424 CP que se remite al art. 420 CP (cohecho impropio), se aplicará el primer precepto. Como se ha expuesto anteriormente, en este caso la pena prevista en el delito de corrupción internacional es mayor que la prevista en el art. 420 CP. Ahora bien, si nos cuestionamos si aplicar el art. 286 ter CP o el art. 424 CP que se remite al 419 CP (cohecho propio) podemos encontrar problemas. La pena prevista para el art. 286 ter CP no es mayor que la incluida en el art. 419 CP. En estos casos en los que no se puede recurrir a la regla incluida en el art. 286 ter CP que permite que se aplique la pena mayor, prevalecerá el contenido del delito de corrupción internacional porque es un precepto especial⁴².

5. Penalidad y perseguibilidad

El delito corrupción en las actividades económicas internacionales ha contenido distintas penas desde su incorporación en el Código Penal. Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el precepto en el que se encontraba el ilícito –el antiguo art. 445 bis CP– se remitía a las penas del art. 423 CP en el que se ubicaba el delito de cohecho activo⁴³. A su vez el artículo 423 CP aludía a las penas previstas en el precepto que acogía el delito de cohecho pasi-

⁴⁰ Sobre el principio de especialidad: BENÍTEZ ORTUZAR, I. F., “Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, pág. 819.

⁴¹ NIETO MARTÍN, A., “Delitos de corrupción...”, *op. cit.*, pág. 428, el art. 286 ter CP no hace esta división, pues es algunos casos será complicado distinguir la modalidad. Además, supone muchas dificultades al tener que “probar en el proceso penal si y en qué medida la contraprestación del funcionario público es legal, ilegal o viola sus obligaciones de acuerdo con el derecho del país del funcionario”.

⁴² BENITO SÁNCHEZ, D. “Análisis de las novedades...”, *op. cit.*, págs. 223 y 224, matiza que se aplica el principio de especialidad del art. 8.1 CP si se acepta que estamos ante un delito pluriofensivo; pero en caso de que se determine que el art. 286 ter CP solo tutela el correcto funcionamiento del comercio internacional, existiría un concurso de delitos y no de leyes.

⁴³ En concreto, antes de la entrada en vigor de la reforma del año 2010, el contenido del art. 423.1 CP era el siguiente: “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”.

vo⁴⁴. La remisión del delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales al delito de cohecho ha sido ampliamente criticada, ya que era confusa y ambigua⁴⁵. En este sentido, ACALE SÁNCHEZ señaló que la remisión mencionada generaba dificultades interpretativas debido a la pluralidad de modalidades de cohecho existentes⁴⁶. La introducción de penas propias del delito de corrupción internacional supone una mejora técnica, aporta mayor claridad al contenido del ilícito.

Actualmente, el art. 286 ter CP contiene la pena “de prisión de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio”. Estas penas se aplicarán salvo –y así lo dispone el precepto– que los hechos ya estuvieran castigados con una otra más grave en otro precepto del Código. El legislador, incluyendo esta cláusula de subsidiariedad expresa, parece estar haciendo referencia a los delitos de cohecho. Si leemos literalmente el precepto, puede interpretarse que el delito de corrupción internacional se aplica de manera subsidiaria a los delitos de cohecho, ya que estos podrían sancionar la conducta descrita en el art. 286 ter CP debido al contenido del art. 427 CP⁴⁷. La pena de prisión y multa se han endurecido a partir de la entrada en vigor de LO 1/2015. El legislador aumenta las penas que castigan la corrupción internacional a través de la última reforma del precepto.

El art. 286 ter CP prevé que se aplique la pena de prisión y multa, y también “la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años”.

Por su parte, el tipo agravado del delito que analizamos está incluido en el art. 286 quater CP y ha sido incorporado a través de la LO 1/2015. La modalidad agravada se impone obligatoriamente. El precepto señala que en los supuestos en los que los hechos revistan una especial gravedad se aplicará una pena más grave que

⁴⁴ Atendiendo al contenido del CP antes de la Reforma de 2010 el art. 419 contenía “la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para el 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”; el art. 420 contemplaba 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 triplo del valor de la dádiva”, y en caso del art. 421 “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”.

⁴⁵ FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 123,

⁴⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., “La lucha contra...”, *op. cit.*, pág. 41.

⁴⁷ Así, NIETO MARTÍN, A., “Delitos de corrupción...”, *op. cit.*, pág. 430.

la prevista en el art. 286 ter CP. El art. 286 quater CP indica que se podrá aplicar la pena en su mitad superior, llegando incluso a imponerse hasta la superior en grado.

La expresión “especial gravedad”, que justifica el aumento de la pena, es amplia y abstracta, por ello, el legislador ha incluido una serie de criterios que sirven para determinar la entidad de los hechos. El precepto enumera cuatro situaciones que, en caso de que tengan lugar, servirán para argumentar que los hechos acaecidos son de especial gravedad. No es necesario que concurren las cuatro circunstancias, basta con una. En general, los criterios recogidos en el art. 286 quater CP son ambiguos e imprecisos⁴⁸.

El art. 286 quater CP señala, en primer lugar, que los hechos tendrán una especial gravedad en los casos en los que “el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado”. El legislador no determina un límite cuantitativo a partir del que se aplicará esta agravante. Por este motivo, la interpretación de esta circunstancia es subjetiva. La formulación utilizada es muy indeterminada. El Juez deberá definir si el beneficio o la ventaja tiene o no un valor elevado atendiendo a cada caso en concreto.

La segunda circunstancia requiere que: “la acción del autor no sea meramente ocasional”; el legislador ha recurrido otra vez a la utilización de términos imprecisos para redactar el precepto, el problema que se plantea aquí –que es similar a los anteriores– es qué debe entenderse por “ocasional”. Tenemos que tener en cuenta que la reincidencia se castiga en el Código Penal, por tanto, habrá supuestos a los que se les aplicará directamente la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal del art. 22.8 CP. Por ello, nos cuestionamos si la agravante que acompaña al delito se refiere a los casos en los que no se cumplen los requisitos para que haya reincidencia, pues no indica qué número de infracciones deben darse para aplicarse o si debe existir condena. Por su parte, BERENGUER PASCUAL prefiere centrarse en el peligro que supone la acumulación de conductas irregulares para el bien jurídico protegido⁴⁹.

La tercera situación que puede tener lugar para justificar que existe una especial gravedad se observará cuando “se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal”; la aplicación de esta agravante deberá ponerse en relación con el contenido de los arts. 570 bis CP y siguientes, con el objeto de que no se vulnere el principio *non bis in idem*.

Por último, se aplica la agravante del art. 286 quater CP cuando “el objeto del negocio versará sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad”. En este caso se tiene en cuenta los bienes o servicios sobre los que va a recaer el negocio. Las operaciones en el mercado relacionadas con este tipo de bienes o servicios son protegidas de manera especial por el legislador.

⁴⁸ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “Corrupción en las...”, *op. cit.*, págs. 315 y 316.

⁴⁹ Extensamente, sobre esta circunstancia: BERENGUER PASCUAL, S., *El delito de corrupción en los negocios*, Agencia Estatal. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, págs. 302.

Algunos autores, en relación con las agravantes del art. 286 ter CP, se han planteado la posibilidad de eliminar el delito autónomo de corrupción en las transacciones económicas internacionales; y en su lugar, añadir una modalidad agravada junto a los delitos de cohecho, que se aplicase en los casos en los que se diese “el carácter transnacional del delito cometido”⁵⁰.

Las penas señaladas en el art. 286 ter CP se aplican en relación con la persona física. No obstante, si se sanciona a una persona jurídica se recurre a las penas incluidas en el art. 288.2.a) CP. La aplicación de la letra a) está condicionada a que la pena prevista para la persona física en los artículos enumerados en el art. 288.2 CP –entre los que se encuentra el delito de corrupción en transacciones económicas internacionales– sea superior a dos años de privación de libertad. En el caso del art. 286 ter CP se contempla una pena de prisión de tres a seis años, por tanto, se cumple el requisito exigido por el art. 288.2.a) CP para su aplicación. Por tanto, la pena que se podrá aplicar a las personas jurídicas será multa de dos a cinco o años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido. De nuevo, el legislador ha previsto en un mismo artículo la posibilidad de aplicar el sistema de días-multa o el de la multa proporcional. Además, podrán aplicarse el art. 33.7. b) a g) CP, siempre que se respete el contenido del art. 66 bis CP. En relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, debe señalarse que la relevancia que tiene la adopción de un Programa de cumplimiento. Las penas previstas podrán verse atenuadas o incluso eximirse de responsabilidad penal a la persona jurídica si ha adoptado un Plan de cumplimiento en los términos indicados en el art. 31 bis y siguientes del CP⁵¹.

Por último, y como señala el art. 287 CP, nos encontramos ante un delito que para ser perseguido requiere la denuncia del Ministerio Fiscal o de la persona agraviada o su representante (en caso de que sea un menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida). Cuando los hechos afecten a una pluralidad de personas o los intereses generales, no será necesaria la denuncia mencionada.

V. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

La doctrina ha puesto de manifiesto en diversas ocasiones la escasa aplicación práctica del delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales⁵². En particular, OTERO GONZÁLEZ hace un balance sobre la aplicación del

⁵⁰ *Ibidem.*, pág. 298.

⁵¹ En concreto, sobre la atenuación de la pena puede consultarse el art. 31 quater d) CP; en relación con la posible exoneración de la responsabilidad penal véase el art. 31 bis 2 CP.

⁵² Vid., BALLESTEROS SÁNCHEZ, J., “España”, en *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 307, manifiesta “la falta de persecución de la corrupción transaccional por parte del sistema judicial español”.

delito y pone de manifiesto su escasa utilidad. La autora señala dos posibles causas por las que el delito apenas se ha aplicado. La primera está relacionada con su difícil persecución. Generalmente, la investigación de los hechos es compleja y se extiende en el tiempo. Tras un laborioso proceso, los resultados obtenidos pueden ser un sustento probatorio para incriminar determinadas conductas o por el contrario no tener relevancia jurídica. El segundo motivo que favorece a la inaplicación del precepto es el alcance de la *Ley Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de Estados Unidos de 1977. La Ley contempla una amplia extraterritorialidad que puede estar provocando que no se investiguen determinadas conductas en España, ya que su enjuiciamiento podría suponer la vulneración del principio *non bis in idem*⁵³. Esta norma contiene disposiciones antisoborno que se aplican a tres grupos: a) compañías “emisoras”, esto es, que coticen en una bolsa de valores en los EEUU o en un mercado extrabursátil –también de EEUU– y presenten informes ante la *Securities Exchange Act* (SEC); b) personas naturales o jurídicas “doméstica”. Se incluye todos los ciudadanos nacionales o residentes en EEUU y cualquier sociedad que no sea emisora y esté organizada conforme a las normas de EEUU o tenga en este país su fuente principal de negocios. Además, se incluye a los representantes de una persona “doméstica”, incluyendo personas o compañías extranjeras; c) individuos y entidades que no estén en los dos grupos anteriores y que actúen en el territorio de los EEUU⁵⁴.

Hasta la publicación de este trabajo solo hay dos sentencias en las que se condena por la comisión del delito de corrupción internacional en actividades económicas. En primer lugar, vamos a tratar el contenido de la Sentencia de la

⁵³ OTERO GONZÁLEZ, P., “Corrupción de empresas multinacionales, ineficacia del tipo y buena gobernanza. (¿Por qué no hay sentencias condenatorias en España por este delito?)”, en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, 2022, págs. 70 a 76, la autora cita como ejemplo el caso *Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA*. La empresa corrompió a funcionarios de países extranjeros durante años; por este motivo, tras aplicarse la FCPA, pagó una multa en concepto de sanción administrativa interna y eludió la acción penal. La filial de esta empresa en España reconoció haber realizado prácticas corruptas pese a ello no fue enjuiciada en España, como se ha señalado, tan solo se aplicó la FCPA. La autora analiza detenidamente la posibilidad de que se vulnere el *non bis in idem* en este supuesto. Sobre la perseguibilidad de empresas españolas y el principio *non bis in idem*, véase: BLANCO CORDERO, I., “Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y *ne bis in idem*”, en *Revista electrónica en Ciencia Penal y Criminología*, 22-16, 2020, págs. 29 a 41.

⁵⁴ Sobre la FCPA puede consultarse: CABEZAS, V., “La ley FCPA. ¿un caso de jurisdicción universal?”, en *Usfq Law Review*, vol. 2, núm. 1, 2015, pág. 57 a 82; RAMÍREZ BARBOSA, P. A., “La ley contra las prácticas corruptas en el extranjero. La FCPA de Estados Unidos: “compliance”, extraterritorialidad y responsabilidad de la persona jurídica. Reflexiones acerca del caso Odebrecht”, en *Desafíos del Derecho penal en la sociedad del Siglo XXI. Libro homenaje a Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* (dir. RAMÍREZ BARBOSA, P. A.), Temis, Colombia, 2018, págs. 3 a 44. También, puede consultarse la Guía en español elaborada por la División Penal del Departamento de Justicia de los EE. UU. y la División de Cumplimiento de la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU.; enlace: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1576996/download> [última consulta: 16/07/23]. En concreto, las págs. 8 y 10, aluden a los individuos y entidades a los que se aplicaría la norma.

Audiencia Nacional (Sala de lo Penal), Sección 1ª, número 3/2017, de 23 de febrero (ARP 2017/366), en la resolución se emplea la redacción del precepto que contiene el delito antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Los hechos condenados comenzaron a investigarse a partir de la denuncia formulada por la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada. De manera resumida, los hechos probados son los siguientes: el objeto social de la empresa “Aplicaciones Pedagógicas y Comercialización Editorial, S.L” era la edición, publicación y distribución de periódicos, revistas, libros y todo tipo de publicaciones e impresos, y la compra, venta y arrendamiento de inmuebles. La sociedad tenía su domicilio social en Madrid. Desde su constitución, la mercantil tuvo relaciones comerciales con el Ministerio de Educación, Ciencia y Deportes de la República de Guinea Ecuatorial. Arcadio y Ricardo, encargados de las relaciones laborales entre ambas partes, de común acuerdo, realizaron en el año 2009 una transferencia por importe de 70.000 euros a altos cargos del Ministerio de Educación de la República de Guinea Ecuatorial. El objeto de esta transferencia era mantener y aumentar la relación comercial. La transferencia, aparentemente era legal, tenía su origen en un documento denominado “Contrato de financiación para la capacitación curricular del profesorado de inglés y francés de la República de Guinea Ecuatorial” firmado por la representante legal de la empresa –desconocedora de la conducta irregular que se estaba llevando a cabo– y el Viceministro de Educación, Ciencia y Deportes de la República de Guinea Ecuatorial. A través del contrato la mercantil se comprometía a donar 70.000 euros al Ministerio de Educación, Ciencia y Deportes de la República de Guinea Ecuatorial. Además, en el documento constaba que la transferencia se haría desde la cuenta bancaria que tenía como titular a la empresa a la del Ministerio de Educación, Ciencia y Deportes de la República de Guinea Ecuatorial. No obstante, la transferencia se realizó desde la cuenta bancaria que tenía la mercantil a un número de cuenta cuyo beneficiario era el Viceministro. Después, Ricardo, para concertar y hacer efectivas las ilícitas remuneraciones, concretó los términos y cuantías de las retribuciones destinadas a cargos públicos de la República de Guinea Ecuatorial. Por su parte, Arcadio ordenó materialmente las citadas transferencias previamente concertadas por Ricardo. Tras la realización de las transferencias, la mercantil, incrementó sustancialmente su relación económico mercantil con la República de Guinea Ecuatorial y realizó nuevos contratos que suponían beneficios de más de veinte millones de euros.

Los hechos son constitutivos de un delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales previsto y penado en los artículos 445 y 74 del Código Penal (redacción anterior a la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, Penal). En la Resolución se relacionan detalladamente cada uno de los elementos del tipo con el suceso acaecido. En base al delito, la Audiencia Nacional condena a Arcadio, y Ricardo, como autores criminalmente responsables, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante muy cualificada

de confesión del hecho, a la pena de prisión de un año de prisión y multa de 6 meses a razón de una cuota diaria de 6 euros⁵⁵.

Como se ha puesto de manifiesto, existen tan solo dos sentencias relacionadas con el delito objeto de estudio. La segunda resolución que aplica el delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales se dicta en la primera pieza separada del Caso Defex. La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a través de la Sentencia núm. 4/2023, de 24 de febrero (JUR 2023/100477) concluye que Manuel, Director comercial de Defex S.A., y Oscar, Presidente de la subcontratista Aresa Marine S.L., pagaron dádivas a autoridades y funcionarios de Camerún así como a personas cercanas a éstos con el objeto de asegurar que le ayudarían a conseguir y mantener contratos suscritos en el denominado tramo B (sector/vector naval) del Proyecto PRE174 (Camerún Sistemas de Vigilancia Costera)⁵⁶. Las dádivas sufragadas por Defex S.A., se concretaban en estancias en hoteles, viajes y operaciones de estética, entre otras.

La Audiencia Nacional, tras un procedimiento largo y complejo, absuelve a la empresa Defex S.A., del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales del artículo 445 CP. Los magistrados alegaron que los hechos que se enjuician tienen lugar durante 2005 a 2013 –ya que durante estos años la empresa y el Gobierno de la República del Camerún realizaron operaciones comerciales que tenían como objetivo el suministro de bienes para la defensa y seguridad del país–, y por tanto, no tienen posibilidad de valorar si Defex S.A., es responsable penalmente de los hechos que se le imputan debido a su carácter público⁵⁷. Cuando tuvieron lugar los hechos aún no había entrado en vigor la reforma que extendía el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales⁵⁸. No obstante, sí ha sido condenado el Director comercial de Defex S.A.,

⁵⁵ Además, se condena a –aplicando el precepto que recogía el delito– la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social y la prohibición de intervenir en las transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de tres años y seis meses. También, se añade la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Por último, se incluyen las costas procesales causadas en su parte proporcional.

⁵⁶ En el contrato se incluía el suministro de embarcaciones –junto con repuestos y accesorios– para la vigilancia de las costas de la República de Camerún, así como un curso de formación en España y Camerún.

⁵⁷ En la sentencia citada en el texto principal se indica que el objeto social de Defex S.A., es “la promoción y exportación de bienes y servicios de empresas españolas”, así como que la empresa “está mayormente participada por la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), la cual ostenta el 51% de sus acciones. En su Consejo de Administración están representados el Ministerio de Administraciones Públicas a través de SEPI; el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación; el Ministerio de Economía y Competitividad; el Ministerio de Defensa, y diversos accionistas privados. El 49 % restante de las acciones sociales de Defex S.A., lo ostentan varias compañías privadas del sector de la defensa”.

⁵⁸ La propia SAN Audiencia Nacional (Sección 3ª) Sala de lo penal, núm. 4/2023, de 24 de febrero recuerda que cuando los hechos tuvieron lugar el art. 31 bis 5 CP señalaba que “las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no eran aplicables

y el Presidente de la subcontratista Aresa Marine S.I, por disponer y organizar la entrega de dádivas y pagos a las autoridades de Camerún y personas cercanas a ellos, pues ha quedado probado la comisión de ambos de un delito de corrupción previsto en el art. 445 CP vigente en el momento de comisión de los hechos a la pena de prisión de dos años y multa de doce meses a razón de veinte euros cada día⁵⁹. Además, condena a una persona jurídica –Aresa Marine S.L.– en virtud del art. 31 bis CP al pago de una multa de dos años con una cuota diaria de 30 euros⁶⁰.

A pesar de que tan solo existan dos sentencias en las que se condena a personas físicas e incluso a una persona jurídica por la comisión del delito de corrupción internacional, probablemente en los próximos años el número de resoluciones aumentará⁶¹. A partir de la revisión jurisprudencial realizada ha quedado constancia de que existen Autos de la Audiencia Nacional que contienen la imputación de este delito de corrupción. Por ejemplo, podemos traer a colación el conocido como Caso Mercasa. El Auto del Juzgado Central de Instrucción de 25 de noviembre de 2019 (JUR 2019/325777) señala la existencia de indicios de criminalidad tras la fase de instrucción, los hechos investigados pueden constituir un delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales que durante la comisión de los hechos se encontraba en el art. 286 ter y quater CP⁶². En general, los administradores de las sociedades investigadas –de manera individual o por medio de la empresa Consorcio Mercasa Incatema Consulting S.L.– pagaron entre 2006 y 2016 comisiones a autoridades y funcionarios públicos de Angola para conseguir, mantener y modificar contratos públicos. En los hechos investigados tienen especial relevancia el comportamiento de sujetos que actuaban como intermediarios de la actividad irregular. Algunos de estos sujetos realizaban tareas de intermediación para la empresa pública española Defex S.A.

a [...] las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas o presten servicios de interés económico general”. No obstante, con la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se extiende el régimen de responsabilidad penal a estas sociedades”.

⁵⁹ Se aplicó la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas y la prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública, por un periodo de siete años, así como al pago de la parte proporcional correspondiente de las costas del presente procedimiento. Además, se incluyó la pena de suspensión del derecho de sufragio pasivo por tal tiempo.

⁶⁰ Así como el pago de la parte proporcional de las costas.

⁶¹ La OCDE ha recomendado a España debe informar en diciembre de 2023 sobre la tramitación de los casos de cohecho internacional que se estén investigando. Puede consultarse: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2022/191222-ocde-lucha-contra-cohecho-internacional.aspx> (última consulta: 18/06/23).

⁶² Además, se atribuyen los delitos de malversación de caudales públicos, blanqueo de capitales o delitos continuados de falsedad documental o de organización criminal.

VI. CONCLUSIONES

La corrupción preocupa a la sociedad porque de ella se derivan efectos peligrosos y perjudiciales. La repercusión de este fenómeno delictivo en el sistema económico genera a los ciudadanos cierta inseguridad, pues observan que algunas personas no cumplen con la legalidad para conseguir ventajas en el ámbito empresarial. Hay entidades con gran potencial económico que desarrollan prácticas irregulares que les permiten alcanzar beneficios asegurados. Además, hay empresas que operan en distintos países y se aprovechan de esta circunstancia para que se les aplique la jurisdicción más favorable, de forma que sus conductas sean impunes o tengan las menores consecuencias posibles.

Los Estados deben utilizar todas las herramientas de las que dispongan para combatir y prevenir la corrupción. La lucha contra esta forma de criminalidad debe ser un asunto prioritario en los distintos países, que deben intentar que las prácticas corruptas generen las menores consecuencias posibles. Entre los mecanismos que se aplican para disminuir las conductas corruptivas se encuentra el Derecho penal. El legislador español, influido por la normativa internacional y consciente del peligro que se deriva de la corrupción, ha recurrido a la vía penal para disminuir estos comportamientos. Por este motivo, desde el año 2000, el Código Penal Español contiene un precepto dedicado a castigar la corrupción internacional. En términos generales, el art. 286 ter CP castiga a los sujetos que intentan corromper o corrompen a la autoridad o funcionario público, o bien atienden sus solicitudes al respecto, con el fin de obtener una ventaja competitiva irregular. La particularidad de la conducta que se desarrolla reside en el contexto en el que tiene que tener lugar para que exista delito, esto es, en el ámbito de las actividades económicas internacionales.

El delito que se encarga de castigar la corrupción internacional en el marco de las actividades económicas ha sido modificado en varias ocasiones. Las interpretaciones del precepto han generado problemas que el legislador ha intentado solucionar a través de distintas reformas. A lo largo de los años, se han modificado algunos elementos, perfilándose su configuración.

La última gran reforma que ha incidido en el contenido del delito es la realizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo; como expresa su Exposición de Motivos, se han incluido “mejoras técnicas”. Destacamos que, con la reforma ha cambiado la ubicación del precepto, que ha pasado de estar entre los delitos contra la Administración Pública a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico; se ha ampliado la aplicación del precepto en virtud del contenido del art. 427 CP que extiende el concepto de funcionario público; han aumentado las penas que prevé el delito, e incluso, se ha eliminado el elemento que exigía que la finalidad obtenida por el particular fuese irregular.

La cercanía del art. 286 ter CP con los delitos de cohecho y su escasa aplicación jurisprudencial –tan solo hay dos sentencias de la Audiencia Nacional que

condenan por la comisión del delito— ponen en duda la eficacia de esta figura que sanciona la corrupción internacional. Tras el estudio del precepto, podemos cuestionarnos si realmente es necesario que el legislador mantenga este delito en el Código penal que tantos problemas interpretativos y concursales trae aparejados (especialmente, tras la ampliación del art. 427 CP). Si la justificación para mantener el delito del art. 286 ter CP en el Código penal es el ámbito en el que se desarrolla —en el marco de actividades económicas internacionales— podría incluirse una agravante que castigara el cohecho en este contexto. De esta manera, no sería necesaria la permanencia del delito autónomo.