

**EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES ECONÓMICAS  
INTERNACIONALES: ASPECTOS ESENCIALES<sup>1</sup>**

**Juan Pavía Cardell**

**Fiscal. Doctor en Derecho**



Centro de  
Estudios  
Jurídicos

**LA CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES ECONÓMICAS  
INTERNACIONALES**

**Madrid, 6 y 7 de marzo de 2023.**

---

<sup>1</sup> Este trabajo se corresponde con la ponencia que presenté el 6 de marzo de 2023 en el curso organizado por la Fiscalía General del Estado “La Corrupción en las Transacciones Económicas Internacionales” y coincide en esencia con otro que con el mismo título presenté el 14 de marzo de 2022 en el marco del programa de formación en la lucha contra la corrupción y la criminalidad organizada del año anterior. La presente versión aclara y completa algunas posiciones jurídicas e incorpora observaciones derivadas de la evaluación realizada por la OCDE a España dentro de la Fase 4 en relación con el cumplimiento del *Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales hecho en París el 17 de diciembre de 1997*.

SUMARIO. I. El «cohecho internacional» en el ordenamiento penal español: la historia de un precepto errante. II. El nuevo tipo penal de la «corrupción en las transacciones económicas internacionales». III. El subtipo agravado. IV. Responsabilidad penal de la persona jurídica por la «corrupción en las transacciones económicas internacionales». V. El cohecho internacional: aspectos jurisdiccionales.

*Este trabajo trata de abordar los aspectos esenciales de un delito que, aunque parece haber nacido con la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, a la postre no es más que la última transformación de una figura delictiva que desde el año 2000 venía ocupando distintas ubicaciones en aquella norma. Esa remodelación ha obedecido al afán del legislador por cumplir los compromisos internacionales adquiridos por España tras la ratificación en el año 2000 del Convenio de la OCDE de 1997 y por trasponer fielmente todas las recomendaciones formuladas durante años por dicha organización en sus funciones de supervisión y evaluación del cumplimiento del convenio. El nuevo art. 286 ter CP –un delito contra el mercado– pretende ser una innovación aglutinadora de todos esos avatares que huye de ser un mero trasunto del original –un delito contra la Administración Pública– y se presenta libre de las lacras que lo aquejaron, aunque no es del todo inmune a otras imperfecciones que solo un análisis particularizado permite destacar. Conocer y actualizar ese contexto histórico y percibir el cambio de valoración de los bienes jurídicos implicados que ha acometido el legislador para ofrecer la mejor versión adecuada de este delito son presupuestos que pueden ayudar a entender los elementos fundamentales con los que se ha construido la nueva figura de corrupción en las transacciones económicas internacionales.*



Centro de  
Estudios  
Jurídicos

## I. El «cohecho internacional» en el ordenamiento penal español: la historia de un precepto errante

El delito de corrupción en las actividades económicas internacionales –con frecuencia abreviado como cohecho internacional por mimetismo lingüístico con la expresión inglesa *foreign bribery*–, actualmente previsto en el art. 286 ter CP, es el fruto de una singular evolución legislativa que tiene su origen en el año 2000 y ha ido dejando huella de distinta intensidad en los años 2003, 2010 y 2015, aspirando en cada paso a dar cabal cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España como miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>2</sup>. Dado que la OCDE es una organización con permanentes y renovadas exigencias, que somete a sus miembros a un continuo escrutinio, no cabe descartar que tarde o temprano ese observador pueda aconsejar alguna nueva reforma en este ámbito.

La OCDE propugna la apertura de los países al comercio internacional para asumir los retos de un mundo globalizado, pero al mismo tiempo reclama un marco de acción justo para los empresarios en el que se garantice la libre competencia a nivel mundial y, singularmente, que los precios y oportunidades en las transacciones internacionales no acaben distorsionándose a causa de la corrupción. Para ello no ha dudado en convencer a sus miembros de la necesidad de recurrir al Derecho Penal. A ese empeño debe su existencia el *Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales hecho en París el 17 de diciembre de 1997*, que entró en vigor en España el 4 de marzo de 2000<sup>3</sup> y en la actualidad se encuentra firmado por 44 países<sup>4</sup>. Dicho instrumento impone a las partes la obligación de perseguir penalmente la corrupción *activa*, entendiendo por tal la que realiza el particular en el ámbito de las operaciones económicas internacionales<sup>5</sup>. De esta forma la

---

<sup>2</sup> La OCDE se constituyó en 1960 y en la actualidad forman parte de la misma 38 países. Tiene entre sus objetivos procurar el bienestar económico entre los países miembros y otros en vías de desarrollo e impulsar el comercio internacional siguiendo modelos no discriminatorios para alcanzar la mayor expansión de la economía, el empleo y el progreso conforme a principios de política económica y social respetuosos con los derechos humanos. Para conseguir esa homogeneidad, sus miembros se intercambian información y las mejores prácticas. España ingresó en la OCDE en 1961. La Unión Europea, aun no siendo miembro de la misma, participa en sus grupos de trabajo a través de la Comisión Europea. Con frecuencia formar parte de la OCDE se ha reputado elitista –el acceso a la organización requiere el cumplimiento de estándares que no están al alcance de cualquiera–, pues, no en vano, las dos terceras partes de los bienes y servicios que se consumen en el planeta se producen en dicho entorno, y 95 de las 100 mayores multinacionales y los 50 primeros bancos del mundo pertenecen a sus países miembros. Sus instrumentos y la mayoría de sus informes y análisis se encuentran disponibles para el público a través del sitio [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

<sup>3</sup> España lo ratificó el 3 de enero de 2000, si bien no se publicó oficialmente hasta el 22 de febrero de 2002. Según dispone el instrumento de ratificación (BOE nº 46, 22 de febrero de 2002, págs. 7155-7159), el Convenio había entrado en vigor para España dos años antes –el 4 de marzo de 2000– de conformidad con su art. 15, mecanismo particular al margen de lo dispuesto en los arts. 96.1 CE y 1.5 CC, que obligan a publicar el tratado en el Boletín Oficial del Estado para integrarlo en el ordenamiento interno y permitir su aplicación directa.

<sup>4</sup> El Convenio de la OCDE de 1997, conocido comúnmente como el Convenio de París, entró en vigor el 15 de febrero de 1999 y ha sido ratificado por los 38 países miembros de la OCDE, además de Argentina, Brasil, Bulgaria, Rusia, Sudáfrica y Perú, es decir, 44 en total. Según estimaciones de la propia OCDE, en el año 2020 los países vinculados a ese convenio representaban el 64,89 % de todas las exportaciones mundiales y el 54,42 % del producto interior bruto mundial.

<sup>5</sup> En el apartado 1 de los conocidos como *Comentarios al Convenio*, adoptados por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997, se aclara: “Este convenio se ocupa de lo que en el derecho de algunos

protección de la libre competencia internacional es un deber que bascula hacia el Estado Parte en el Convenio en cuanto sean sus ciudadanos o empresas quienes corrompan o intenten corromper a los funcionarios públicos de otros países –o acepten las solicitudes del funcionario corrupto–, a cuyas autoridades soberanas compete la persecución de estos últimos, esto es, la represión del cohecho *pasivo*, si bien en el caso de España su jurisdicción también podría extenderse a los ciudadanos extranjeros que participen en dicho delito en determinados casos, como se verá más adelante. Por tanto, los Estados Parte tienen que ser conscientes de que la eficacia del Convenio antes que nada pasa por asumir la represión de sus propios nacionales, lo que implica tener que renegar de buen grado de los beneficios derivados de unos negocios que suponen la prosperidad económica –en ocasiones, la supervivencia– de importantes sectores de producción de bienes o servicios cuya bonanza repercute también en la realidad social de esos países<sup>6</sup>. Es por ello por lo que el art. 5 del Convenio advierte a todas las partes que en la investigación y persecución de estos delitos «no influirán consideraciones de interés económico nacional», algo que recientemente ha recordado a España al hilo de la última evaluación realizada.<sup>7</sup>

Si la detección de estas conductas resulta especialmente complicada dada la naturaleza extraterritorial de las operaciones, caracterizadas habitualmente por la presencia de intermediarios y el recurso a complejos circuitos financieros de pago, al menos el Convenio trata de alcanzar la homogeneidad punitiva mediante una norma sencilla común a todos los Estados. Su art. 1.1 dispone: «Cada Parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su derecho el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales».

La traducción de ese mandato al ordenamiento penal español tuvo lugar por primera vez mediante la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero<sup>8</sup>, que introdujo en el Libro II del Código Penal un nuevo Título XIX bis «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales» con un único art. 445 bis, según el cual «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

---

países se llama «corrupción activa», por la que se entiende el delito cometido por la persona que promete o paga el soborno, a diferencia de la «corrupción pasiva», que es el delito cometido por el funcionario público que recibe el soborno. En el convenio no se utiliza la expresión «corrupción activa» sencillamente para evitar una interpretación errónea por parte del lector no especializado, que podría suponer que el corruptor toma la iniciativa y que el receptor es la víctima pasiva. En muchos casos es el receptor quien incita o presiona al corruptor, y, por lo tanto, su papel es el más activo».

<sup>6</sup> Según análisis de la propia OCDE, las dos terceras partes del cohecho internacional se produce en los ámbitos de extracción de materias primas, construcción, transporte y comunicación, lo que permite formarse una idea de las dimensiones y perfiles que revisten las empresas que pueden competir en esas áreas de negocio, muchas de las cuales son de naturaleza pública.

<sup>7</sup> En efecto, en el informe de evaluación de la Fase 4 la OCDE advierte que hará particular seguimiento de las investigaciones seguidas en España por este delito para comprobar que no son objeto de interferencias indebidas como establece el art. 5 de la Convención: *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, pág. 103.

<sup>8</sup> BOE nº 10, de 12 de enero de 2000.

internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de estos 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». La innovación legislativa, aun respetuosa con el nombre del Convenio –corrupción en las transacciones económicas internacionales–, remitía, sin embargo, para su castigo a las penas del delito de cohecho activo, que es un delito contra la Administración pública, lo que dejaba en entredicho su autonomía y su sustantividad. A su vez, el art. 423 CP, para castigar al particular, remitía a las penas que procediera imponer en cada caso al funcionario público, lo que obligaba a indagar en qué supuesto concreto de los cinco disponibles para estos debía incardinarse cada conducta. En definitiva, con ese doble reenvío normativo el nuevo delito de cohecho internacional nacía con una sustantividad muy relativa y habría de soportar, por ello, todos los problemas interpretativos que lastraban ya el delito de cohecho común. De hecho, la OCDE sometió a España a una primera evaluación en el año 2000 en la que expresó sus reservas sobre esa técnica punitiva y consideró insuficientes las penas aplicables, además de llamar la atención sobre la ausencia en la ley española de una definición auténtica de “funcionario público extranjero” y la inexistencia de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>9</sup>.

El art. 445 bis CP permaneció así hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre<sup>10</sup>, que lo reubicó en el Título XIX, «Delitos contra la Administración Pública», al crear un nuevo Capítulo X «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales» en donde quedó reenumerado como art. 445 –en puridad, sin derogar expresamente el art. 445 bis–, introduciendo un segundo párrafo, según el cual, «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». Cabe recordar que el art. 129 CP entonces vigente preveía la imposición de determinadas *consecuencias accesorias* como clausura de locales y establecimientos, disolución, suspensión o prohibición de realizar actividades o intervención de la empresa, que hoy se aplican a entes sin personalidad jurídica.

Prácticamente al mismo tiempo –el 31 de octubre de 2003– se firmó en Nueva York la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción –Convención de Mérida–, que España ratificaría el 9 de junio de 2006<sup>11</sup>. Su art. 16, titulado «Soborno de funcionarios públicos

---

<sup>9</sup> *Spain, 2000 Phase 1 report*, págs. 24-25. Estas evaluaciones son fruto de la vigilancia que la organización ejerce sobre los países miembros para comprobar su grado de cumplimiento del Convenio, la corrección y eficacia de su normativa de transposición y los resultados alcanzados en la persecución del delito. Las evaluaciones se llevan a cabo entre Estados por un sistema de *peer review* en el que interviene también el Secretariado de la OCDE dentro del grupo de trabajo denominado *Working Group on Bribery* (en adelante WGB), muchos de cuyos miembros pertenecen también al grupo de trabajo anticorrupción del G20. Sus informes finales contienen recomendaciones para los países evaluados y los referidos a España son accesibles al público en [www.oecd.org](http://www.oecd.org), a través de la ruta *Topics/Bribery and corruption/ Bribery ininternational business/country monitoring/Spain*. En sus primeros 18 años de seguimiento, el WGB ha elaborado más de 200 informes con más de 1450 recomendaciones. La Recomendación de la OCDE de 2009/2021 en su apartado XXVII encomienda al WGB continuar con una rigurosa monitorización del grado de cumplimiento del convenio y de la propia recomendación por parte de los Estados parte, manteniendo el sistema de evaluación mutua.

<sup>10</sup> BOE nº 283, de 26 de noviembre de 2003.

<sup>11</sup> Instrumento de ratificación en BOE nº 171, de 19 de julio de 2006.

extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas», dispone en su apartado 1 que «Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales», mientras que su apartado 2 establece: «Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales». De esta forma España redoblaba su compromiso de perseguir el cohecho internacional activo, única obligación incluida en el precepto, que, como puede apreciarse, deja a consideración de cada Estado la posibilidad de tipificar también el delito de cohecho internacional *pasivo* como una figura distinta del cohecho pasivo común. La reciente Recomendación adoptada por el Consejo de la OCDE el 26 de noviembre de 2021 –renovando otra anterior de 26 de noviembre de 2009–<sup>12</sup> proclama en su Preámbulo la complementariedad de ambas convenciones –OCDE de 1997 y Naciones Unidas de 2003– como instrumentos eficaces para la lucha contra la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros.

Al tiempo de esta ratificación España acababa de someterse a la segunda evaluación de la OCDE, que culminó con un informe de 24 de marzo de 2006 en el que se proponían nuevas recomendaciones –hasta veintitrés– con el fin de mejorar el tipo penal y conseguir mayor eficacia en la represión del delito, entre otras: provocar mayor concienciación y proporcionar mejor formación a todos los agentes públicos y privados implicados en la detección de estas conductas, facilitar el afloramiento de la *notitia criminis* y su conocimiento por el Ministerio Fiscal, asignar a este delito plazos de prescripción que faciliten su investigación y penas que hagan posible la extradición y la asistencia judicial internacional, definir el tipo penal de manera que no sea necesario integrarlo recurriendo a la normativa extranjera, clarificar el concepto de funcionario público extranjero, garantizar la tipicidad de determinadas conductas o extender la responsabilidad penal de este delito a las personas jurídicas<sup>13</sup>. Sin embargo, dos años después la OCDE consideró que España todavía no había adoptado catorce de esas recomendaciones, mientras que otras cuatro habían sido cumplidas solo parcialmente<sup>14</sup>.

Con el fin de cumplir definitivamente tales recomendaciones la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio<sup>15</sup>, reformó el art. 445 CP para configurar el cohecho internacional como un delito

---

<sup>12</sup> OECD, *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, OECD/LEGAL/0378.

<sup>13</sup> *Spain, 2006 Phase 2 report*, págs. 50-53.

<sup>14</sup> *Spain, 2008 Follow-up on Phase 2 report*, pág. 5.

<sup>15</sup> BOE nº 152, de 23 de junio de 2010. El Preámbulo de la norma, en su apartado XXVII explica: «A través de las Leyes Orgánicas 3/2000 y 15/2003 se incorporó a nuestro Código Penal el delito de corrupción de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales, en cumplimiento del Convenio de

autónomo –aun dentro del Título XIX– castigado con penas propias, incluyendo una definición auténtica de funcionario público extranjero y añadiéndolo al catálogo de delitos susceptibles de ser cometidos por las personas jurídicas. El nuevo precepto establecía:

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

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

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

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al 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:

2. 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».

Con ese panorama normativo, España fue sometida a una tercera evaluación de la OCDE que finalizó con un informe de 14 de diciembre de 2012<sup>16</sup> en el que, a pesar de la reforma, todavía se ponían de manifiesto ciertas imperfecciones técnicas del tipo penal y se censuraba la

---

la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Pese a ello, lo cierto es que la configuración del tipo penal presenta deficiencias que demandan una nueva reforma que, de manera definitiva, acomode nuestro Derecho interno a los términos del Convenio, lo que obliga a dar una nueva redacción al artículo 445 para que así quepa, de una parte, acoger conductas de corrupción que no están suficientemente contempladas en la actualidad, así como regular con precisión la responsabilidad penal de personas jurídicas que intervengan en esa clase de hechos». Unos meses antes de alumbrarse esta reforma, el 9 de diciembre de 2009, la OCDE había publicado la *Recomendación del Consejo para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, adoptada por el Consejo el 26 de noviembre de 2009*, que contenía dos anexos: el Anexo I, *Guía de buenas prácticas sobre aplicación del convenio*, y el Anexo II, *Guía de buenas prácticas para los controles internos, la deontología y la conformidad*. Entre otras medidas, en este documento la OCDE animaba a los Estados a facilitar la denuncia de las conductas delictivas, especialmente por parte de sus funcionarios destinados en el extranjero, así como a proteger a los denunciantes de buena fe.

<sup>16</sup> *Spain, 2012 Phase 3 report*, págs. 73-78.

ausencia de condenas por este delito por parte de los Tribunales españoles<sup>17</sup>. El informe contenía nuevas recomendaciones –hasta treinta y cinco– de cuyo cumplimiento España tendría que dar cuenta en el mes de diciembre de 2014. Sin embargo, en un nuevo informe de 9 de marzo de 2015 la OCDE advirtió que España seguía sin cumplir veintiuna recomendaciones, mientras que otras diez tan solo habían sido cumplidas parcialmente<sup>18</sup>. En consecuencia, la organización acordó enviar a nuestro país una misión de alto nivel cuyos objetivos, no obstante, podían devenir innecesarios si antes se llevaba a cabo una reforma en profundidad del tipo penal. Y fue entonces por este motivo cuando vio la luz el nuevo art. 286 ter, introducido en el Libro II del Código Penal al amparo de la gran reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo<sup>19</sup>. Desde entonces, el que era conocido abreviadamente como «cohecho internacional» perdió su naturaleza de delito contra la Administración pública, si es que alguna vez tuvo de verdad ese parentesco, y pasó a convertirse en un delito de naturaleza socioeconómica, contra el mercado, concretamente un delito de *corrupción en los negocios*, rúbrica y ubicación compartida con el nuevo delito de cohecho privado en la Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII<sup>20</sup>. El nuevo art. 286 ter CP dispone:

«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

---

<sup>17</sup> La OCDE siempre ha considerado que el número de condenas por este delito dictadas por los Tribunales de un Estado es indicativo del grado de compromiso que dicho país tiene en el cumplimiento efectivo del Convenio. Incluso considera que debe haber una correlación constatable entre el volumen de las exportaciones de un país (porcentaje de participación en las exportaciones mundiales) y el número de condenas, aunque los números desmientan en muchos casos esa regla de proporcionalidad directa. Por el contrario, considera que la ausencia de condenas no siempre expresa el alto nivel de concienciación e integridad moral de los empresarios de un país, sino el grado de laxitud o dificultad en la represión del delito por parte de sus autoridades competentes. Según la OCDE, en 2021 entre los Estados Parte del Convenio España ocupaba el puesto nº 13 por PIB, el puesto nº 27 en porcentaje de exportaciones respecto al PIB (35 %) y el puesto nº 13 en porcentaje de inversiones en el extranjero respecto al PIB (40 %), un tamaño de la economía suficientemente grande para asumir riesgos en el ámbito del cohecho internacional: *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, págs. 8-9. El 23 de diciembre de 2021 el WGB publicó el documento “*2020 Enforcement of the Anti-Bribery Convention*” que contiene el ranking de condenas por este delito dictadas entre el 15 de febrero de 1999 –fecha de entrada en vigor de la convención– y el 31 de diciembre de 2020. En ese período fueron condenadas por delito de corrupción internacional un total de 684 personas físicas y 245 personas jurídicas, si bien esas condenas fueron impuestas solo por 25 Estados parte. Otras 77 personas físicas y 107 personas jurídicas fueron condenadas por delitos conexos (blanqueo de capitales, falseamiento de cuentas, malversación o fraude fiscal) en 10 Estados parte. Si sumamos las personas físicas y jurídicas condenadas, ese ranking lo lidera en ese período Alemania (360), seguida de Estados Unidos (287), Reino Unido (38), Francia (37), Corea (34), Hungría (26), Brasil (25), Italia (23), Suiza (22) y Japón (12), por poner solo los diez primeros países. Los Tribunales españoles dictaron una sentencia condenatoria en 2017, teniendo España el 2,02 % de las exportaciones mundiales en ese año. Según dicho documento, a 31 de diciembre de 2020 existían 485 investigaciones en curso en 32 Estados parte por este delito, mientras que en 13 Estados parte existían procedimientos penales dirigidos contra 167 personas físicas y 14 personas jurídicas (la OCDE, con una terminología difícil de aplicar al sistema procesal español, distingue entre investigaciones y procedimientos penales dirigidos contra personas formalmente imputadas).

<sup>18</sup> *Spain, 2015 Follow-up to Phase 3 report*, págs. 5-6.

<sup>19</sup> BOE nº 77, de 31 de marzo de 2015.

<sup>20</sup> El Convenio de la OCDE de 1997 dispone en su art. 1.3 que en lo sucesivo a los efectos de dicho convenio este delito será denominado «corrupción de un agente público extranjero», terminología que hasta la reforma de 2015 siempre se había incorporado literalmente a alguna rúbrica en el Código Penal.

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

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

La reforma se completó con la creación de un subtipo agravado en el nuevo art. 286 quater CP y la imposición a las personas jurídicas de determinadas penas previstas en el art. 288 CP. El fin primordial de la reforma fue dotar de la mayor autonomía posible a este delito en línea con lo exigido por la OCDE, de manera que no hubiera posibilidad de que por un defecto legislativo los hechos definidos en el Convenio de 1997 –la corrupción del agente público extranjero– pudieran incardinarse en otros preceptos del Código Penal con un trato punitivo aparentemente más beneficioso. Sin embargo, esta reubicación sistemática, que necesariamente arrastra un cambio de valoración del bien jurídico –ahora el correcto funcionamiento del mercado– no ha podido evitar que para integrar un elemento normativo del tipo como el de “funcionario público” el número 2 del precepto tenga que seguir remitiéndose al art. 427 CP, que permite extender el delito de cohecho común (nacional) a los supuestos caracterizados por su *internacionalidad*. La OCDE en su documento *La detección del cohecho internacional* destaca que la gran dificultad para detectar este delito radica, no ya en que el pagador y el receptor de la dádiva tengan interés en ocultarlo, sino en que es difícil identificar una auténtica “víctima” del mismo que tenga un incentivo para denunciarlo<sup>21</sup>. Quizás la nueva consideración de este delito como un atentado al libre mercado y a la competencia justa y leal permita visualizar mejor la condición de “víctima” de aquellos competidores que quedaron excluidos de una actividad económica internacional a causa del soborno ejecutado por otro. De hecho, la persecución extraterritorial de este delito exige la interposición de una querrela por parte del Ministerio Fiscal o del “agraviado” (art. 23.6 LOPJ), condición que en este delito podría reconocerse en un sentido lato a los operadores económicos que han sufrido esa desventaja, aunque difícilmente resultarán indemnizables, dada la enorme dificultad de acreditar de forma indubitada que en condiciones normales habrían resultado sujetos adjudicatarios.

El nuevo régimen penal del cohecho internacional y la respuesta de la jurisdicción española en la lucha contra esta forma de delincuencia siguen siendo objeto de atención por parte de la OCDE, ya que desde abril de 2021 España se encuentra incurso en una cuarta evaluación que se centra en tres aspectos particulares: 1) la detección de los casos de cohecho internacional; 2) la efectiva aplicación de la normativa sobre cohecho internacional y su reflejo

---

<sup>21</sup> OCDE (2017), *La Detección del Cohecho Internacional*, Ediciones OCDE, París, pág. 11. [www.oecd.org/corruption/the-detection-of-foreign-bribery.htm](http://www.oecd.org/corruption/the-detection-of-foreign-bribery.htm). Este informe fue elaborado a partir de la información obrante en 200 informes de evaluación emitidos por la OCDE en relación con 43 Estados parte en la convención y se basa en el análisis de 263 casos de cohecho internacional ejecutados entre la entrada en vigor de la convención en 1999 y el 1 de junio de 2017 y que fueron sancionados en firme.

en la investigación y persecución de esos delitos –la mejor aproximación semántica que aquí proponemos al término *enforcement* utilizado por la OCDE–; y 3) la responsabilidad de las personas jurídicas. Esa evaluación finalizó con un informe de 8 de diciembre de 2022 en el que se destacan los logros conseguidos por España desde la última evaluación, entre ellos la mejor regulación del delito de cohecho internacional tras la reforma de 2015 y el cumplimiento de 11 recomendaciones y parte de otras 13 pendientes desde la tercera evaluación, valorando, además, un conjunto de buenas prácticas. Sin embargo, el informe recoge hasta 44 nuevas recomendaciones de cuyo cabal cumplimiento España deberá dar cuenta en diciembre de 2024<sup>22</sup>.

## **II. El nuevo tipo penal de la «corrupción en las transacciones económicas internacionales»**

1.- El nuevo art. 286 ter CP no solo pretende ser una transposición fiel del art. 1 del Convenio de París de 1997, sino que aspira a ser también el producto aglutinador de todas las recomendaciones dirigidas a España por la OCDE desde su primera evaluación. Con independencia de ello, además, el legislador español ha procedido por su cuenta a una reubicación sistemática del delito dentro del Código Penal. Se trata ahora de un delito de *corrupción en los negocios*, contra el mercado, que se pretende distinto del delito contra la Administración pública que, al menos formalmente, venía siendo. Esta migración abona la tesis de que el delito del art. 286 ter CP protege en esencia la libre competencia en el tráfico comercial internacional y no la integridad de la función pública, en este caso la extranjera. Tampoco puede sostenerse con firmeza que se trata de un delito pluriofensivo cuando el tipo penal solo se construye sobre la parte *activa* de la corrupción: no hay castigo previsto en ese precepto para el funcionario público extranjero, aunque sí lo hay en el Título XIX con base en las modalidades de cohecho allí descritas por efecto de la cláusula de extensión del art. 427 CP. En cualquier caso, la OCDE, al reclamar a España auténtica sustantividad para este delito, nunca cuestionó su ubicación sistemática, sino que se limitó a desaprobando la aplicación al mismo de algunas disposiciones previstas para los genuinos delitos contra la Administración pública, como la excusa absolutoria del art. 426 CP, que deja exento de pena al particular que, requerido de pago por el funcionario corrupto, denunciare los hechos en el plazo de dos meses.

2.- El tipo penal del art. 286 ter CP constituye definitivamente un delito especial frente al delito de cohecho activo del art. 424 CP. Esa especialidad parecía radicar desde su origen en dos elementos: la presencia de un funcionario público *extranjero* y la actuación del autor en el ámbito de las «actividades económicas internacionales» como escenario particular del delito. La cualidad de *extranjero* referida al funcionario figuraba expresamente como un elemento descriptivo en el tipo objetivo de los anteriores arts. 445 y 445 bis CP. Incluso la reforma de 2010 introdujo en el primero de ellos una definición auténtica de funcionario público *extranjero* en sintonía con lo previsto en art. 1.4 a) del Convenio de 1997<sup>23</sup>. Sin embargo, tras la reforma

---

<sup>22</sup> *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, págs. 96-103. Aparte de esas recomendaciones el informe también señala hasta 21 materias que serán objeto de especial seguimiento por parte de la OCDE. Además, España deberá presentar un informe de avance en diciembre de 2023 sobre el progreso en la persecución del delito y la legislación sobre el informante o *whistleblower*.

<sup>23</sup> El art. 1.4 a) del Convenio de París de 1997 dispone: «Por "agente público extranjero" se entiende cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero,

de 2015 ese ámbito subjetivo se ha extendido más allá de los funcionarios públicos extranjeros. En efecto, el número 2 del art. 286 ter CP, para definir el concepto de funcionario público a los efectos de este delito –su número 1 prevé también la corrupción de «autoridades», aunque aquí lo olvida–, remite tanto a la nómina de sujetos especiales del art. 427 CP en donde se incluyen los funcionarios extranjeros, como al concepto general del art. 24 CP en donde se encuentran definidos por antonomasia las autoridades y los funcionarios públicos nacionales. Así, el art. 427 CP en su redacción vigente –ha tenido tres<sup>24</sup>– entiende por funcionario público:

- a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.
- b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.
- c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública.
- d) Cualquier persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público que consista en la gestión, en los Estados miembros o en terceros países, de intereses financieros de la Unión Europea o en tomar decisiones sobre esos intereses.

Por su parte, el art. 24.2 CP considera 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». Por tanto, de acuerdo con la literalidad del art. 286 ter CP y su referencia expresa al art. 24 CP, un sujeto implicado en una actividad económica internacional también podría corromper a un funcionario público español de los descritos en el art. 24 CP, aunque solo la presencia de un funcionario público extranjero debería dotar de tipicidad a la conducta, como exige el Convenio de 1997, pues difícilmente un funcionario público español podrá conseguir la adjudicación o renovación de un contrato u otorgar una ventaja competitiva en una actividad comercial internacional, de hecho el art. 23.4 n) LOPJ prevé que este delito se cometa en el extranjero. Es esa nota de *internacionalidad* de las operaciones la que hace que el art. 286 ter CP desplace por especialidad al cohecho activo del art. 424 CP cuyo autor también puede corromper a un funcionario extranjero del art. 427 CP<sup>25</sup>.

Ahora bien, esa referencia al art. 24 CP también permitirá subsumir en el art. 286 ter CP aquellos supuestos en los que un ciudadano extranjero corrompa a un funcionario público español en relación con una actividad comercial desarrollada en España que, ahora sí, inversamente, será *internacional* para él: el sujeto habrá cometido un delito del art. 286 ter CP en España, puesto que el precepto incluye a los funcionarios públicos nacionales por remisión

---

incluido un organismo público o una empresa pública, y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública».

<sup>24</sup> El art. 427 CP, en lo que se refiere a los funcionarios públicos extranjeros, fue objeto de las reformas operadas en el Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio; la LO 1/2015, de 30 de marzo; y la LO 1/2019, de 20 de febrero.

<sup>25</sup> El legislador español también podría haber recurrido al cohecho común para castigar esta conducta. En el número 3 de los *Comentarios al Convenio*, adoptados por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997, se advierte: “El artículo 1 establece un criterio al que deberán ajustarse las Partes, aunque estas no estén obligadas a retomar su redacción exacta para tipificar el delito en su derecho interno. Las Partes podrán proceder de distintas maneras para cumplir con sus obligaciones, siempre que la condena de una persona por este delito no exija la prueba de elementos que no sean aquellos que habría que probar si el delito se tipificara como en este apartado. A título de ejemplo, tanto una ley general sobre la corrupción de funcionarios que no se refiriera específicamente a la corrupción de un funcionario público extranjero como una ley que se limitara a la corrupción de un funcionario público extranjero, podrían ser conformes con este artículo”.

al art. 24 CP, mientras que el funcionario español habrá cometido un delito de cohecho pasivo común, pues no existe en el Código Penal español el delito de corrupción pasiva en las operaciones económicas internacionales.

Por supuesto, esa transacción comercial no dejará de ser *internacional* por el hecho de que para llevarla a cabo un empresario español o con domicilio en España utilice un intermediario o una filial en el extranjero. En esos casos no cabrá alegar que el funcionario público extranjero ha sido corrompido por una sociedad local o un sujeto de su misma nacionalidad.

3.- La reubicación sistemática del delito de corrupción en operaciones económicas internacionales extramuros de los delitos contra la Administración Pública plantea cuestiones de solución incierta en relación con la responsabilidad del funcionario público corrompido. Ha de tenerse en cuenta que solo la parte activa de este tipo de cohecho internacional ha sido extraída del ámbito de esos delitos para situarla dentro de los delitos contra el mercado. La parte pasiva, la que atañe al funcionario público, ha permanecido en el Capítulo V del Título XIX, puesto que el art. 427 CP declara que los preceptos que castigan el delito de cohecho son también aplicables a los funcionarios extranjeros en él definidos, cuando estos sujetos “realizan” tales conductas. Desde el punto de vista del art. 286 ter CP la corrupción del funcionario público extranjero es el instrumento necesario para viciar la libre competencia en el comercio internacional –bien jurídico protegido por el precepto–, pero la conducta de ese funcionario no puede subsumirse en esa norma, que no regula ni sanciona ese cohecho internacional pasivo, cuando desde el punto de vista técnico nada hubiera costado hacerlo. Queda la posibilidad, ciertamente forzada, de que el funcionario sea considerado un *partícipe* en un delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales, un delito solo aparentemente plurisubjetivo –solo descriptivamente bilateral o de encuentro– pues, en realidad, requiere un solo autor. No en vano, de acuerdo con lo establecido en el art.1.2 del Convenio de París de 1997, también debe ser punible la *participación* en este delito.

Ahora bien, frente a esa opción –el funcionario extranjero como *partícipe*– no cabe olvidar que el legislador ha considerado como auténticos delitos contra la Administración Pública los cometidos a título de autoría por los funcionarios públicos extranjeros incluidos en el art. 427 CP. Por tanto, en principio, el funcionario extranjero implicado en una transacción económica internacional realizada fuera de España podría ser castigado como autor de un delito de cohecho pasivo común de acuerdo con lo dispuesto en el art. 427 CP en relación con los arts. 419 a 421 CP. Esa subsunción jurídica alternativa, sin embargo, con ser más coherente, plantea serios problemas para llevar a cabo el enjuiciamiento del delito, pues el número 4 del art. 23 LOPJ no lo incluye en el catálogo de delitos a los que alcanza la jurisdicción española. Por su parte, el apartado 3 h) de dicho precepto atribuye competencia extraterritorial a la jurisdicción española para la persecución de los delitos cometidos en el extranjero por funcionarios públicos *españoles* –no extranjeros– o contra la Administración Pública *española*, adjetivo este último que difícilmente podrá atribuirse al ejercicio de una función pública en el extranjero por un funcionario extranjero. La opción por considerar al funcionario público extranjero como un *partícipe* en el delito de corrupción internacional del art. 286 ter CP cometido por un español o un extranjero no encuentra ese escollo procesal, pues el art. 23.4 n) LOPJ sí extiende la competencia de la jurisdicción española a ese delito, pero no deja de resultar forzada cuando

parece claro que el legislador ha reservado esta figura para el particular<sup>26</sup>. En cualquier caso, ni el art. 4 del Convenio de 1997, ni el art. 42 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003 exigen extender la jurisdicción de los Estados parte al enjuiciamiento del funcionario público extranjero.

Por otra parte, la experiencia ha demostrado que la persecución del delito de cohecho pasivo en el ámbito de las transacciones económicas internacionales por parte del país del que es nacional el funcionario corrupto es muy desigual y no siempre encuentra la esperable simetría con los casos sancionados por cohecho activo en el país del sujeto corruptor<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Esta falta de jurisdicción se da igualmente para el enjuiciamiento del delito de cohecho pasivo previsto en el número 7 del art. 471 bis CP, que castiga como autor de un delito contra la Administración de Justicia al funcionario de la Corte Penal Internacional que solicite o acepte un soborno. El art. 23.4 LOPJ tampoco ha atribuido a España jurisdicción extraterritorial para enjuiciar ese supuesto. En principio, la Corte tiene competencia para enjuiciarlo al amparo del art. 70.1 f) del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 (instrumento de ratificación en BOE nº 126, de 27 de mayo de 2002), pero el apartado 4 b) de dicho precepto permite a la Corte derivar su enjuiciamiento al Estado Parte competente. Y en el caso de España, la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, en su Disposición adicional segunda prevé mecanismos para que la Corte le ceda esa jurisdicción cuando el delito se hubiera cometido por un español en el extranjero o se hubiera cometido en España, pero no cuando se hubiera cometido por un extranjero en el extranjero. En ese caso la competencia de la jurisdicción española tampoco podría aceptarse al amparo del art. 23.4 p) LOPJ por ser un “delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos”, pues el art. 70.4 a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional obliga a los Estados Parte a tipificar los delitos contenidos en dicho precepto (todos hoy en el art. 471 bis CP) solo cuando sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales. En definitiva, el cohecho pasivo del funcionario de la Corte solo puede ser enjuiciado por la propia Corte, pero entonces resultan de aplicación las penas previstas en el art. 70.3 de su Estatuto y no las del número 7 del art. 471 bis CP, norma que resulta de imposible aplicación y constituye, por tanto, un defecto legislativo. La alternativa sería recurrir a los preceptos que regulan el delito de cohecho pasivo común (Título XIX, Capítulo V), ya que el art. 427 CP también permite incardinar en sus apartados a) y c) al funcionario de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, como ya se ha apuntado, el art. 23.3 h) LOPJ solo extiende la jurisdicción extraterritorial a los delitos cometidos en el extranjero por funcionarios públicos españoles y a los delitos contra la Administración Pública española.

<sup>27</sup> El documento *OECD (2018), Foreign Bribery Enforcement: What Happens to the Public Officials on the Receiving End?* ([www.oecd.org/corruption/foreign-bribery-enforcement-what-happens-to-the-public-officials-on-the-receiving-end.htm](http://www.oecd.org/corruption/foreign-bribery-enforcement-what-happens-to-the-public-officials-on-the-receiving-end.htm)) expone el resultado de un estudio realizado por la OCDE sobre 55 casos de cohecho internacional activo sancionados en Estados Unidos, Alemania, Hungría, Italia, Corea, Reino Unido y Suiza cometidos entre los años 2008 y 2013. En él se analiza si en los 20 países implicados en la parte pasiva de esos cohechos –todos ellos parte en el Convenio de 1997– los funcionarios corrompidos resultaron sancionados. La OCDE obtuvo respuestas de 18 países relativas a 43 casos, de los cuales solo se encontraron antecedentes en 33 de ellos. Según el informe, en esos países se llevaron a cabo 30 investigaciones y se formularon 20 acusaciones, habiéndose condenado a 11 funcionarios. A la fecha de las respuestas (noviembre de 2017) todavía se encontraban pendientes de concluir 11 investigaciones. Los funcionarios, además, fueron condenados o investigados por otros delitos conexos como blanqueo de capitales, tráfico de influencias y malversación de caudales públicos. Las jurisdicciones competentes conocieron los casos de corrupción de sus funcionarios por los medios de comunicación, por reporte de organismos gubernamentales, por autodenuncias o por la acción de *whistleblowers*, pero nunca por información transmitida por los países que sancionaron el cohecho activo, lo que resulta muy significativo. Las autoridades conocieron los casos de cohecho pasivo al mismo tiempo que se impuso la sanción por el cohecho activo en 11 ocasiones, lo conocieron después de imponerse esa sanción en 5 ocasiones –con una media de 25 meses de diferencia–, y lo conocieron antes de sancionarse el cohecho activo en 12 ocasiones –con una media de 45 meses de diferencia–, desconociéndose lo que sucedió en el resto de los casos. La absolución de los funcionarios se produjo por falta de pruebas (5 casos), prescripción (4 casos), desaparición de documentos y, lo que resulta llamativo entre partes del convenio, por tratarse de pagos que resultaban legales en el país (2 casos).

4.- La acción típica del delito del art. 286 ter CP consiste en *corromper* o intentar corromper a un funcionario público o una autoridad, conducta que ha de ejecutarse mediante ciertos medios expresados en el tipo y con determinadas finalidades, por lo que se trata de un tipo eminentemente doloso. Idéntica tipicidad reviste la conducta de *atender* la solicitud del funcionario, que, como tal, no se encuentra recogida en el texto del Convenio de 1997. En este último caso, la iniciativa parte del funcionario ya corrupto, pero el cohecho sigue considerándose *activo* por cuanto se reprocha al particular su aceptación.

La acción de *corromper* no se encuentra definida en el Código Penal –ni para este ni para ningún delito<sup>28</sup>–, pero el art. 286 ter CP la identifica con «el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase». El Convenio de 1997 en su art. 1 define directamente el delito con esas mismas conductas, por lo que el añadido inicial de la norma española –corromper o intentar corromper– resulta redundante. Esa conducta, además, debe ir guiada por un elemento subjetivo adicional al dolo cual es «conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales», objetivos que dependen de una u otra forma del ejercicio de las funciones públicas del sujeto sobornado, pero que no necesitan ser alcanzados para consumir el delito, aunque se trate de fines típicamente relevantes. Como ha recordado recientemente la OCDE a España, los términos «conseguir o conservar un contrato» deben interpretarse de manera amplia a fin de ser consistentes con el Convenio<sup>29</sup>.

El delito se consuma desde el mismo momento del ofrecimiento, promesa o concesión de la dádiva, por más que el funcionario la rehúse, razón por la que el tipo castiga igualmente a quienes *intentaren* corromperlo. Se trata, por tanto, de un delito de consumación anticipada –de resultado cortado: no es necesario conseguir el contrato– en el que puede cuestionarse la posibilidad de apreciar la tentativa (y el desistimiento), que resulta de muy difícil representación en la forma en que se describe en el art. 16 CP, no sólo porque el resultado al que se dirige la acción típica inicial sea indiferente desde el punto de vista de la consumación, sino porque la propia acción consiste en ofrecer, prometer o conceder y no parece que, salvo hipótesis alambicadas, se pueda iniciar la fase ejecutiva sin realizar íntegramente esas conductas<sup>30</sup>. No obstante, el art. 1.2 del Convenio señala que la tentativa y la «confabulación» –término del texto publicado en español, *conspiracy* en la versión inglesa– para corromper a un agente público extranjero constituirán delito en la misma medida en que también constituyan delito en cada Estado respecto de su propio cohecho activo. Respecto a la conspiración descrita en el art. 17.1 CP, la misma no está prevista para el delito de corrupción internacional del art. 286 ter CP, mientras que sí lo está en el art. 445 CP para todos los delitos del Título XIX y, por tanto, para

---

Los funcionarios implicados desempeñaban sus funciones en el departamento de compras de hospitales públicos (14), en empresas públicas (7), en aduanas (4), en las fuerzas armadas (3) o en organismos municipales (2).

<sup>28</sup> Tan solo el art. 424.1 CP, al regular el delito de cohecho activo, hace una referencia a “la autoridad, funcionario o persona *corrompida*”, y el art. 471 bis 4 CP castiga a quien “corrompiera” a un testigo en el ámbito de la Corte Penal Internacional.

<sup>29</sup> *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, pág. 37.

<sup>30</sup> Cabría pensar en los supuestos en que se tienen perfectamente preparados la promesa o el ofrecimiento de acuerdo con el plan del autor, que incluye el empleo de un determinado medio para hacerlos llegar al funcionario público (uso de intermediarios –modalidad recogida en el propio tipo penal–, remisión de mensajes de correo, etc.), pero finalmente no se logra por causas distintas del desistimiento del autor (error del intermediario, fallo técnico del medio empleado, imposibilidad de localizar al funcionario, etc.).

los delitos de cohecho activo y pasivo domésticos, así como para los internacionales merced a la cláusula del art. 427 CP.

Con independencia de que los actos posteriores –conseguir o conservar un contrato, un negocio u otra ventaja competitiva– no necesitan ser alcanzados por el sujeto, tales fines sí deben guiar su acción inicial, de manera que la corrupción del funcionario que no vaya encaminada a ello o no sea apta para conseguir tales objetivos, no resulta penalmente relevante a los efectos del art. 286 ter CP. Así, el apartado 9 de los *Comentarios al Convenio* reconoce que, aunque censurables por corrosivos, “los pequeños pagos llamados de «facilitación» no constituyen pagos «para obtener o conservar un contrato u otro beneficio irregular» en el sentido del apartado 1 y, por lo tanto, no constituyen delito”. Se refiere aquí la propia OCDE a los “*small facilitation payments*”, pequeños pagos efectuados para inducir al funcionario a expedir una autorización, una licencia o un permiso reglamentario al que se tiene pleno derecho. En todo caso, para que tales ejemplos sean aceptables, debería de tratarse de pagos de cuantía muy moderada y de autorizaciones que por las circunstancias en que se otorgan no constituyan una ventaja competitiva indebida. Recientemente, a través de su Recomendación de 2009/2021, la OCDE ha tomado mayor conciencia de la nocividad de tales pagos hasta el punto de reclamar –apartado XIV– que las empresas los prohíban o los desaconsejen en sus programas de *compliance* y reconozcan su ilegalidad en la mayoría de los países, además de hacerlos constar en su contabilidad y en sus registros financieros. Igualmente, la Recomendación urge a las partes a instituir la práctica de que las empresas hagan pública a través de su página *web* su política corporativa sobre regalos a los funcionarios públicos extranjeros incluida la financiación de gastos de alojamiento, desplazamiento o entretenimiento.

5.- Según el art. 286 ter CP, el funcionario público corrompido debe actuar o abstenerse de hacerlo «en relación con el ejercicio de funciones públicas». La versión en español del Convenio de 1997, publicada en el BOE de 22 de febrero de 2002, al definir el delito en su art. 1 se refiere en este punto a “funciones oficiales”, con toda seguridad por deficiente adhesión a la versión inglesa<sup>31</sup> que alude a “*the performance of official duties*”, expresión que podría traducirse más propiamente como “cumplimiento de los deberes del cargo”, lo que en principio parece situar al funcionario público en una posición directamente vinculada al ámbito de su competencia. Sin embargo, el art. 1.4 c) del Convenio impide adoptar esa interpretación restrictiva, pues señala que la expresión «actuar o abstenerse de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales» comprende *cualquier* uso de la posición del agente público «tanto dentro como fuera de la competencia autorizada de ese agente». Esta previsión apunta claramente a las conductas de tráfico de influencias desplegadas por el funcionario corrompido, que son típicas si con ellas busca que el corruptor consiga o conserve su contrato o negocio. No en vano, el apartado 19 de los *Comentarios al Convenio* advierte que un caso de corrupción típicamente relevante “es aquel en el que un responsable de una sociedad corrompe a un alto funcionario de un Gobierno para que este utilice su cargo, incluso extralimitándose en sus atribuciones, para que otro funcionario público adjudique un contrato a dicha sociedad”. Desde luego, en relación con el cohecho nacional la jurisprudencia ha considerado irrelevante que la dádiva la reciba un funcionario público distinto de aquel que tiene la competencia para realizar el acto del cargo<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Disponible en [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

<sup>32</sup> Así, la STS 504/2003, de 2 de abril (Martínez Arrieta), señala: “no es exigible en el delito de cohecho que el funcionario que solicita o recibe la dádiva sea el funcionario encargado del acto sobre el que actúa el

En línea con esta interpretación extensiva del concepto de «función pública» el apartado 12 de los *Comentarios al Convenio* también sostiene que dicha expresión “incluye cualquier actividad de interés público delegada por un país extranjero, como la realización de tareas por delegación de dicho país en relación con la contratación pública”, es decir, que el funcionario público puede ser corrompido en relación con competencias que no corresponden originariamente a su cargo, pero le han sido atribuidas por delegación. Es más, el apartado 10 de dichos *Comentarios* aboga por que todos los países tipifiquen como delito los pagos hechos anticipadamente a aquellas personas que en el futuro van a ser nombradas funcionarios públicos, es decir, el pago en consideración al ejercicio de competencias futuras.

Tampoco es necesario probar que el acto del funcionario público extranjero es ilegal de acuerdo con su ordenamiento jurídico, pues, como también ha recordado recientemente la OCDE invocando los comentarios al Convenio<sup>33</sup>, se trata de un delito autónomo que no exige esa prueba, si bien su art. 1 exige que la finalidad del sujeto sea conservar o conseguir «un contrato u otro beneficio *irregular*», expresión que se entiende como una ventaja a la que no se tiene derecho o no es permitida por la ley o la jurisprudencia de un país<sup>34</sup>. Esa literalidad no ha sido seguida por el nuevo art. 286 ter CP que, frente a otras versiones anteriores, se contenta con «un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva» sin más calificativos. Esta norma refleja mejor el verdadero espíritu del Convenio. De hecho, el apartado 4 de los *Comentarios al Convenio* advierte que se comete el delito, aunque la sociedad licitadora responsable sea la más cualificada o la única concurrente o hubiera obtenido igualmente el contrato de no haber corrompido al funcionario.

6.- De acuerdo con lo establecido en el art.1.2 del Convenio de 1997, también debe ser punible la *participación* en este delito, si bien el precepto se refiere a la misma como *complicidad*, categoría en la que incluye con inaceptable imprecisión «la incitación, el auxilio, la instigación o la autorización». Obviamente, el intermediario –la «persona interpuesta» a que se refiere el art. 286 ter 1 CP– que actúa con dolo y transmite la dádiva o la promesa no puede ser solo un cómplice en el sentido de este precepto, sino un cooperador necesario o incluso un coautor.

En relación con los intermediarios<sup>35</sup> la OCDE ha destacado el relevante papel que las agencias de crédito a la exportación pueden jugar en la detección del cohecho internacional, evaluando la intervención de los mismos en aquellas transacciones comerciales que cuenten

---

cohecho, bastando con que el mismo se vea facilitado por la acción del funcionario receptor o que solicita el cohecho, interpretación pacífica que resulta del propio tenor legal del tipo penal que refiere la recepción para la realización de un acto en el ejercicio de su cargo”. Lo mismo declaran las STS 1096/2006, de 16 de noviembre (Berdugo Gómez de la Torre), 795/2016, de 25 de octubre (Berdugo Gómez de la Torre), 613/2018, de 29 de noviembre (Berdugo Gómez de la Torre) y 399/2018, de 12 de septiembre (Ferrer García).

<sup>33</sup> *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, pág. 37.

<sup>34</sup> Ver apartados 5 y 8 de los *Comentarios al Convenio*.

<sup>35</sup> Según datos proporcionados a la OCDE por los países firmantes del Convenio de 1997, en el 76 % de los casos investigados entre los años 1999 y 2016 hubo participación de intermediarios. En el 41 % de esos casos se trataba de agentes locales y en el 35 % restante se utilizaron filiales, consultores locales, empresas deslocalizadas o sociedades constituidas por los propios funcionarios públicos.

con ayuda oficial<sup>36</sup>. Así, de acuerdo con la *Recomendación sobre Cohecho y Créditos para la Exportación de 2006*<sup>37</sup>, en circunstancias consideradas de riesgo estas agencias pueden solicitar a los exportadores información sobre el importe y la finalidad de las comisiones satisfechas o que se hayan pactado satisfacer a los agentes o intermediarios, así como la identidad de las personas que actúan en su nombre en la transacción. Aunque la mayoría de estas agencias conceden ayudas para el pago de esas comisiones siempre que figuren en el contrato de exportación, la OCDE urge a adoptar medidas reforzadas de diligencia debida cuando: 1) las comisiones se satisfagan a un intermediario cuya identidad no quede clara; 2) se recurra a intermediarios sin una razón económica o comercial lógica y sin una explicación razonable de la finalidad de su labor; 3) las comisiones rebasen un cierto límite, ya sea un importe fijo en determinada moneda o un porcentaje sobre el volumen de la transacción (normalmente del 5%); o 4) la estructura financiera de la transacción resulte extraña.

7.- El tipo básico se castiga con las penas de prisión de tres a seis años y multa de doce a veinticuatro meses –delito grave *ex arts.* 13.4 y 33 CP–, si bien la ley prevé dos correcciones: 1) que deba entrar en juego la regla de alternatividad prevista en el propio art. 286 ter CP; o 2) que la cuantía de la multa resulte inferior a la del beneficio obtenido, en cuyo caso su importe será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio.

La solución que el art. 286 ter CP prevé para el eventual concurso de leyes –aplicar la pena más grave prevista «en otro precepto de este Código»– se anticipa y desplaza al art. 8 CP, que relega la regla de la alternatividad al último lugar. La alternatividad prevalece sobre la especialidad, aun cuando hemos afirmado *supra* que el delito contra el mercado por corrupción del funcionario extranjero (art. 286 ter CP) es especial respecto del delito contra la Administración Pública también por corrupción de un funcionario extranjero (arts. 424 y 427 CP) por razón del ámbito de actuación: las operaciones económicas internacionales. Con ello el legislador español, siguiendo las recomendaciones de la OCDE, pretende asegurar que este delito reciba un trato punitivo que sea conforme con el art. 3.1 del Convenio de 1997: «La corrupción de un agente público extranjero podrá castigarse con penas eficaces, proporcionadas y disuasorias. La escala de penas será comparable a las aplicables a la corrupción de los agentes públicos propios de la Parte y, en el caso de las personas físicas, incluirá la privación de libertad en el grado suficiente para permitir una asistencia judicial mutua efectiva y la extradición». Sin embargo, la comparación en este caso se salda en conjunto en favor de la mayor punibilidad del cohecho internacional como delito contra el mercado, toda vez que para el cohecho común el art. 424 CP castiga al particular con las mismas penas de prisión y multa que a los funcionarios públicos sobornados, lo que implica una pena idéntica a la del art. 286 ter CP en el supuesto del art. 419 CP (actos contrarios a los deberes del cargo, omisiones o retrasos injustificados), pero penas inferiores en los demás supuestos de cohecho de los arts. 420, 421 y 422 CP. Esta exacerbación penológica para el particular que actúa en el ámbito internacional de las operaciones económicas, que puede llegar a ser más gravemente penado que el funcionario

---

<sup>36</sup> OCDE (2017), *La Detección del Cohecho Internacional*, Ediciones OCDE, París, págs. 134 ss. [www.oecd.org/corruption/the-detection-of-foreign-bribery.htm](http://www.oecd.org/corruption/the-detection-of-foreign-bribery.htm). En España ese papel lo asume la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación (CESCE).

<sup>37</sup> OCDE (2006): *Recomendación del Consejo sobre Cohecho y Créditos Oficiales para la Exportación*, [www.oecd.org/tad/xcred/oecd-recommendation-on-bribery-and-export-credits-14-december-2006.htm](http://www.oecd.org/tad/xcred/oecd-recommendation-on-bribery-and-export-credits-14-december-2006.htm)

público español en un caso similar, hace difícilmente aplicable en la práctica la regla de alternatividad prevista en el art. 286 ter CP.

Respecto de la multa, de acuerdo con las cuotas señaladas en el art. 50.4 CP para las personas físicas, esta podrá variar entre un mínimo de 720 € y un máximo de 288.000 € (un máximo de 432.000 € en el caso del subtipo agravado del art. 286 quater CP), por lo que parece previsible que el beneficio obtenido en la operación siempre resulte superior a ese importe y el hecho deba ser sancionado finalmente, como reza el art. 286 ter CP, con una multa proporcional a dicho beneficio. En este caso, el cálculo de la multa –del tanto al triplo del beneficio– debe respetar la premisa de que el beneficio obtenido solo admitirá la deducción de los gastos lícitos, entre los que obviamente no podrá incluirse el de la dádiva<sup>38</sup>, aunque ciertamente no existe una norma particular para efectuar el cálculo de ese beneficio<sup>39</sup>. Por otro lado, el valor de la dádiva no resulta determinante para cuantificar la sanción, pues esta no se fija en proporción a aquella, como sucede en algún supuesto singular de cohecho previsto en el Código Penal<sup>40</sup>, aunque ese importe podrá ser tenido en cuenta para determinar motivadamente la extensión de la pena, como establece el art. 50.5 CP y aconseja la propia OCDE<sup>41</sup>.

La OCDE en sus evaluaciones a España no siempre vio con buenos ojos la incardinación del delito de cohecho internacional en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública y abominó reiteradamente de la aplicación al particular de la excusa absolutoria del art. 426 CP prevista para el cohecho doméstico y extendido al cohecho extranjero por mor del art. 427 CP<sup>42</sup>. Tal aplicación ya no es hoy posible en el ámbito de las operaciones económicas internacionales. No obstante, la OCDE sí ha abogado por atenuar las penas de los culpables que hayan confesado y denunciado los hechos en plazo, hayan cooperado con todas aquellas instancias comprometidas en la investigación o hayan reparado el perjuicio<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> Véase el informe de la OCDE sobre España, *Spain, 2006 Phase 2 report*, págs. 50-53, en el que, además, se recuerda que las dádivas no pueden desgravarse fiscalmente como gasto. Por su parte, el art. 8.1 del Convenio de 1997 dispone que a fin de evitar la ocultación de este delito los Estados deben tomar medidas dentro de la normativa contable para prohibir la realización de transacciones extracontables o insuficientemente identificadas, el registro de gastos inexistentes y el asiento de partidas del pasivo con una incorrecta identificación de su objeto. La Recomendación de la OCDE de 2009/2021 prohibió la deducibilidad de las dádivas y la OCDE ha constatado que desde el año 2017 todos los Estados Parte en el Convenio han aplicado esa prohibición: OCDE (2017), *La Detección del Cohecho Internacional*, pág. 87.

<sup>39</sup> La inexistencia de un método claro para el cálculo del beneficio ha sido puesta de manifiesto por la OCDE en su informe de evaluación a España de la Fase 4, recomendando la elaboración de una guía que recoja pautas claras para ello: *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, págs. 6, 60 y 100.

<sup>40</sup> Así, el art. 471 bis, n.º 7 CP castiga al funcionario de la Corte Penal Internacional que solicite o acepte un soborno con pena de prisión y una multa del tanto al triplo del valor de la dádiva solicitada o aceptada.

<sup>41</sup> La Recomendación de la OCDE de 2009/2021 apela a que la pena pueda modularse tanto en función del importe de la dádiva como del valor del beneficio (apartado XV).

<sup>42</sup> Art. 426 CP. Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.

<sup>43</sup> Recomendación de la OCDE de 1999/2021, apartado XV (ii). Por su parte, en su documento OCDE (2017), *La Detección del Cohecho Internacional*, p. 34, la OCDE recuerda que el sistema de penas eficaces, proporcionadas y disuasorias que proclama el art. 3.1 del Convenio de 1997 debe ser compatible con los mecanismos de atenuación de la sanción como estímulo para la autodenuncia por parte de las personas jurídicas,

La pena de prisión prevista en el art. 286 ter CP permite aplicar al delito un plazo de prescripción de 10 años de acuerdo con el art. 131.1 CP, lo que facilita la investigación de unos hechos que generalmente afloran tardíamente y requieren investigaciones dilatadas y complejas que necesitan recurrir al examen de documentación cuyo plazo legal de conservación en ocasiones ha expirado<sup>44</sup>. No obstante, debe tenerse en cuenta que la investigación extraprocésal desarrollada por el Ministerio Fiscal no interrumpe la prescripción del delito, como con cierta alarma ha señalado la OCDE, instando a una revisión en este punto<sup>45</sup>. Ahora bien, ese plazo puede entenderse ampliado a 15 años si se considera que las prohibiciones y pérdidas de derechos de hasta 12 años previstas también como penas en el art. 286 ter CP constituyen una “inhabilitación” en el sentido del art. 131.1 CP, lo cual encuentra completo apoyo en el tenor del art. 39 b) CP *in fine* que describe la pena de “inhabilitación” de manera abierta como la privación “...de cualquier otro derecho”. Aunque en mi opinión la construcción resulta inobjetable, la OCDE considera que la misma deberá ser revalidada por los tribunales españoles, por lo que es una cuestión que somete a seguimiento<sup>46</sup>.

En efecto, el precepto castiga el delito también con 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. Esta sanción del art. 286 ter CP es coherente con lo previsto en el art. 71.1 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, según el cual tienen prohibido contratar con las entidades contempladas en el art. 3 de la misma las personas condenadas mediante sentencia firme por delitos, entre otros, de corrupción en los negocios y cohecho. Aunque el Convenio de París de 1997 no prevé expresamente la imposición de esta pena –su art. 3.4 se limita a invitar a cada Parte a estudiar la imposición de sanciones civiles o administrativas adicionales– la Recomendación de la OCDE de 2009/2021 en su apartado XXIV sí propone la aplicación de esta medida y que a tal efecto los Estados Parte se aseguren de que los organismos administrativos competentes tengan conocimiento efectivo y puntual de las condenas impuestas por este delito. Esa medida está también prevista en el art. 424.3 CP para el cohecho activo común (nacional o internacional).

---

lo que puede favorecer que se alcancen acuerdos entre estas y los órganos competentes. Dicho documento de cuenta de acuerdos alcanzados a tal fin con las autoridades competentes en casos de cohecho internacional investigados en Brasil, Países Bajos, Noruega, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos.

<sup>44</sup> Según análisis realizados por la OCDE a partir de los casos de cohecho internacional conocidos e investigados entre los años 1999 y 2016, la duración media de un procedimiento seguido por estos hechos es de 7,9 años. La Recomendación de la OCDE de 2009/2021 en su apartado IV recuerda a los Estados parte que deben imponer a los bancos y entidades financieras obligaciones de custodia de la documentación de sus operaciones por plazos suficientemente extensos que permitan acometer con éxito investigaciones por el delito de cohecho internacional. El apartado IX de la recomendación también invita a los Estados a iniciar las investigaciones sin demora y que, si esta resulta inevitable por la naturaleza de los hechos, en todo caso se garantice que no se producirá la prescripción de la acción penal.

<sup>45</sup> *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, págs. 4, 55 y 99.

<sup>46</sup> *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, pág. 103. En la Fase 3 los evaluadores habían afirmado que el plazo de prescripción de este delito era de 10 años.

8.- Por último, aunque el art. 286 ter CP no alude al posible decomiso de la dádiva como efecto, medio o instrumento del delito, ni al de las ganancias, resulta obvio que tal consecuencia deriva de la aplicación directa de los arts. 127 y 127 septies CP. Se cumple así con lo previsto en el art. 3.3 del Convenio de París de 1997, según el cual “Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias para disponer que el soborno y el producto de la corrupción de un agente público extranjero o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto, estén sujetos a embargo y confiscación, o para que sean aplicables sanciones pecuniarias de efecto comparable”. Esta obligación se recuerda en la Recomendación de la OCDE de 2009/2021 (apartado XVI, i). El legislador español ha ido todavía más lejos al permitir aplicar el decomiso ampliado de los arts. 127 bis, quinquies y sexies CP a los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a personas condenadas por delitos de corrupción en los negocios (art. 127 bis, 1, g) o de cohecho (art. 127 bis, 1, o) sobre la base de los indicios y presunciones a que se refieren tales preceptos.

### III.- El subtipo agravado

1.- La reforma de 2015 introdujo un nuevo subtipo agravado en el art. 286 quater CP –celebrado por la OCDE<sup>47</sup>–, que se aplica no solo al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, sino a los delitos de corrupción en los negocios en general. Con anterioridad a esta reforma el art. 445 CP contenía solo una agravante específica aplicable al cohecho internacional que permitía imponer la pena en la mitad superior. Ahora el precepto tiene en cuenta algunas circunstancias que cualifican el subtipo agravado y permiten incluso elevar la pena en grado. El art. 286 quater CP (en lo que a la corrupción internacional afecta) establece:

«Si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando:

- a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado,
- b) la acción del autor no sea meramente ocasional,
- c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o
- d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad».

A primera vista la razón de la agravación resulta tautológica: que los hechos resulten de especial *gravedad*. No existen reglas para determinar esa gravedad particular, aunque el precepto indica, al menos, qué supuestos –cuatro– deben considerarse *en todo caso* de especial gravedad, lo que sigue implicando que se trata de un catálogo de *numerus apertus* y que la especial gravedad puede desprenderse de la ponderación de otras circunstancias no expresadas en el art. 286 quater CP. En tales casos el delito puede ser castigado con penas de prisión de hasta nueve años y multa de hasta 36 meses o, en su caso, de cuatro veces y media el beneficio obtenido.

2.- El precepto no señala una cuantía a partir de la cual ha de considerarse que el beneficio obtenido tenga un valor especialmente elevado en el sentido indicado en el apartado a). Aunque no es necesario obtener el beneficio para que el delito se consuma –se trata de un delito de consumación anticipada–, ese beneficio puede darse por hecho en la generalidad de

---

<sup>47</sup> *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, pág. 5.

los casos. No en vano, la multa alternativa debe calcularse en función del montante de dicho beneficio, no de la dádiva ni del importe bruto de la operación<sup>48</sup>. Sin embargo, no hay pautas interpretativas claras para poder considerar ese beneficio como elevado a efectos agravatorios. Sucede lo mismo en otros delitos contra el mercado, como la alteración de cotizaciones y el uso de información privilegiada, para los cuales los arts. 284.2.2ª y 285.2.2ª CP también prevén agravaciones cuando el beneficio sea de “notoria importancia”, pero, al menos, en estos casos el tipo básico exige previamente un umbral mínimo de ganancia como condición para que el hecho sea típico, lo que puede ofrecer un criterio interpretativo para aplicar la agravación en tales delitos que no resulta fácilmente extrapolable al cohecho internacional<sup>49</sup>.

3.- La lectura de la agravante del apartado b) –la acción del autor no sea meramente ocasional– obliga a considerar *a contrario sensu* que el tipo básico del art. 286 ter CP está pensado para punir actuaciones aisladas, ocasionales: el sujeto comete un único acto de corrupción. La mayor parte de los delitos están formulados en el Código Penal con el mismo presupuesto. Sólo algunos se castigan excepcionalmente con base en la habitualidad de la conducta (arts. 173.2 y 575.2 CP) o se agravan por dicho motivo (arts. 284.2.1ª y 285.2.1ª CP). Al margen de ello existen reglas especiales para apreciar el delito continuado en caso de pluralidad de acciones (art. 74 CP) y la reincidencia en caso de pluralidad de condenas (art. 22.8ª CP). Pero la agravante del art. 286 quater b) es algo distinto: un hecho natural que no exige ninguna condena previa, ni un determinado número de acciones y que tampoco debe identificarse con la habitualidad, sino que aparentemente debería contentarse con realizar la acción más de una vez. Ello puede plantear problemas de compatibilidad con el delito continuado con base en el principio *ne bis in idem*. Así, si un sujeto corrompe a varios funcionarios públicos extranjeros para obtener un solo contrato, podría decirse que lo hace «aprovechando idéntica ocasión», como dispone el art. 74 CP, por lo que podría apreciarse un delito continuado del art. 286 ter CP –el precepto castiga la corrupción de “un” solo funcionario–, pero no sería posible aplicar la agravación del art. 286 cuater CP. Pero si ese sujeto lleva a cabo esas mismas conductas para obtener otros contratos en el mismo o en distintos países, entiendo que cabría apreciar la agravación del art. 286 quater b) CP en el segundo de los delitos, pero no la continuidad delictiva, aunque en ambos casos la pena debe imponerse en su mitad superior y puede llegar hasta la pena superior en grado, si bien el art. 286 quater CP permite recorrerla en toda su extensión, en tanto que el art. 74 CP no permite rebasar su mitad inferior.

La referencia a la actuación *ocasional* en relación con el delito de cohecho está presente en el art. 426 CP al formular la excusa absolutoria: «Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido *ocasionalmente* a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos». Esta excusa

---

<sup>48</sup> Según análisis realizados por la OCDE a partir de los casos de cohecho internacional conocidos e investigados entre los años 1999 y 2016, las cuantías de las dádivas entregadas equivalen como media al 10,9 % del importe de la operación y al 34,5 % del importe de las ganancias.

<sup>49</sup> Así, el art. 284.1.2º a) y 3º a) CP exige que, al menos, el sujeto obtenga un beneficio superior a 250.000 € con sus maniobras manipuladoras del mercado; y el art. 285.1 CP exige que, al menos, el sujeto obtenga un beneficio superior a 500.000 € mediante el uso de información privilegiada. Las agravaciones por razón de la cuantía, obviamente, tienen que superar esos importes de forma holgada.

absolutoria, sin embargo, no resulta aplicable al delito de corrupción en las actividades económicas internacionales en el que la conducta ocasional se castiga en el art. 286 ter CP y la no ocasional se agrava en el art. 286 quater CP, siendo una de las modalidades típicas precisamente la de «atender» –ocasionalmente o no– las solicitudes del funcionario o de la autoridad. El art. 426 CP se aplica exclusivamente al delito de cohecho común del art. 424 CP.

4.- La circunstancia agravatoria del apartado c) –hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal– debe integrarse con lo dispuesto en los arts. 570 bis y 570 ter CP que proporcionan definiciones auténticas de tales conceptos normativos. Según el art. 570 bis CP, se entiende por *organización criminal* la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos. Y de acuerdo con el art. 570 ter CP constituye un *grupo criminal* la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos. La ejecución del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales mediante estructuras organizadas ya fue objeto de atención por el legislador, que introdujo en el anterior art. 445 bis CP mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, una cláusula según la cual «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». Esta previsión no sobrevivió a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introdujo el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas e incorporó al catálogo de los delitos comisibles por las mismas el de corrupción internacional. No obstante, aun suprimida la referencia al art. 129 CP, este precepto sigue pudiendo aplicarse a organizaciones y asociaciones sin personalidad jurídica que cometan este delito de acuerdo con lo dispuesto en su número 2 *in fine* y en el número 1 del art. 570 quater CP. Lo que no tuvo a bien la reforma de 2010 fue considerar la presencia de organizaciones y grupos criminales en la ejecución de este delito como circunstancia merecedora de mayor reproche penal, como sí haría después la reforma de 2015, y ello a pesar de que los arts. 570 bis y 570 ter CP fueron introducidos precisamente por la Ley Orgánica 5/2010.

Como norma general la comisión de delitos mediante estas estructuras organizadas da lugar a un concurso real entre tales delitos y el de participación en organización o grupo criminal. Sin embargo, al existir ya un tipo penal de corrupción en las transacciones comerciales internacionales cualificado por haberse realizado en el seno de dichas estructuras –art. 286 quater c) CP–, ha de apreciarse un concurso de normas a resolver conforme a la regla de alternatividad prevista en el art. 8.4ª CP, por ordenarlo así el número 2 del art. 570 quater CP. La casuística concurrente en este caso es enorme debido a la variedad de conductas y penas que se distinguen en los arts. 570 bis y 570 ter CP, que, a su vez, tienen sus propios tipos agravados, pero, teniendo en cuenta todas las penas en abstracto concurrentes y que el delito de corrupción en las actividades económicas internacionales es un delito grave, el concurso habrá de resolverse en principio en favor de este último<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Respecto a la problemática concursal véase la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.

5.- Por último, la circunstancia agravante del apartado d) –que el objeto del negocio verse sobre bienes o servicios humanitarios o de primera necesidad– ya estaba prevista en el anterior art. 445 CP, si bien como agravante genérica que no daba lugar a una exacerbación penológica con posibilidad de elevación de la pena en grado. La referencia a bienes de primera necesidad es también utilizada en el Código Penal para agravar los delitos de hurto (art. 235.1.2º CP), estafa (art. 250.1.1º CP), daños (art. 264.2.3ª CP) y receptación (art. 298) o incluso para formular el propio tipo básico de algún delito contra el mercado (art. 281.1 CP), si bien la ley penal no define dicho concepto, ni los preceptos citados ofrecen claves interpretativas definitivas<sup>51</sup>. En la acepción más común un bien de primera necesidad es un producto o servicio que se considera esencial, sin el cual no es posible vivir o llevar a cabo una determinada actividad (alimentos, electricidad, agua, gas, etc.). En economía se considera un bien normal porque cumple la ley normal de la demanda: su demanda aumenta cuando aumenta la renta de las personas. Históricamente han sido tenidos en cuenta preferentemente por leyes no penales<sup>52</sup>. La referencia más actual puede encontrarse en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, cuyo art. 44.1.1º declara exentas de este impuesto determinadas importaciones de bienes de primera necesidad, añadiendo que “A estos efectos, se entiende por bienes de primera necesidad los que sean indispensables para la satisfacción de necesidades inmediatas de las personas, tales como alimentos, medicamentos y ropa de cama y de vestir”. Realizar actividades económicas internacionales con este tipo de bienes o con fines humanitarios no es en absoluto extraño, pero en relación con el delito de corrupción internacional no es, sin embargo, un escenario habitualmente constatable<sup>53</sup>.

#### **IV.- Responsabilidad penal de la persona jurídica por la «corrupción en las transacciones económicas internacionales»**

1.- El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 y reformado por la Ley Orgánica 1/2015, que diseñaron un sistema de *numerus clausus* según el cual la comisión de determinados delitos contenidos en su Libro II permite exigir esa responsabilidad a tales entidades siempre que se den las condiciones del número 1 del art. 31 bis CP, en síntesis: que el delito se haya cometido por cuenta o en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica por parte de sus representantes, administradores u otras personas con capacidad de decisión, organización o

---

<sup>51</sup> Ciertamente, el Código Penal no ofrece un criterio interpretativo único y los tipos penales siguen pautas muy desiguales en su propia formulación. Así, el art. 235.1.2º CP parece considerar los productos de primera necesidad como aquellos que son objeto de abastecimiento regular; el art. 250.1.1º CP considera las cosas de primera necesidad al mismo nivel que las viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social; el art. 281.1 CP formula el delito otorgando el mismo nivel de protección a los productos de primera necesidad que a las materias primas; y el art. 298.1 b) CP parece vincularlos a los servicios de interés general y a los productos agrarios o ganaderos.

<sup>52</sup> Hay rastro histórico de leyes que identificaban determinados bienes de primera necesidad. Así, el RD 1500/1977, de 2 de junio, por el que se amplía la relación de artículos de primera necesidad exentos del I.G.T.E, enumeraba el agua natural o potabilizada, el pan común, las harinas panificables, el arroz, las carnes y pescados frescos, reses y aves, frutas, verduras, hortalizas, legumbres y tubérculos, la leche, los huevos y los aceites vegetales comestibles.

<sup>53</sup> Según análisis realizados por la OCDE a partir de los casos de cohecho internacional conocidos e investigados entre los años 1999 y 2016, en tres de cada cuatro casos el objeto del contrato versa sobre extracción de materias primas, construcción, transportes y comunicaciones.

control (apartado a)], o por los subordinados de estos a causa de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia o control de aquellos (apartado b)]<sup>54</sup>. Por opción de política criminal dentro de ese catálogo se encuentra el delito de corrupción en las actividades económicas internacionales del art. 286 ter CP, pues la experiencia demuestra que este delito se produce habitualmente mediante el empleo de estructuras corporativas<sup>55</sup>. Como recuerda la OCDE, el tejido empresarial español, por su extensión y su configuración comercial, ofrece un perfil que no resulta en modo alguno inmune al riesgo del cohecho internacional<sup>56</sup>, mostrando su sorpresa por que 20 años después de la entrada en vigor del Convenio –no repara aquí en que la reforma penal no tuvo lugar hasta 2010– la jurisdicción española no haya condenado a ninguna persona jurídica, razón por la que formula importantes recomendaciones para su efectiva persecución<sup>57</sup>.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 justifica tan profunda reforma como acatamiento a los compromisos internacionales asumidos por España. Sin embargo, como advierte la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, no existe ningún instrumento internacional que vaya más allá de imponer a España el deber de garantizar la *responsabilidad* de las personas jurídicas mediante la imposición de sanciones eficaces, ya sean penales, administrativas, civiles o de otra naturaleza diferente a las penas<sup>58</sup>. En el ámbito de la corrupción en las transacciones internacionales tampoco existía ese compromiso: el art. 2 del Convenio de 1997 se limita a señalar que «Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la *responsabilidad* de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero», sin apelar en ningún momento a la responsabilidad *penal*, cuyo establecimiento no es obligatorio, como recuerda el apartado 20 de los *Comentarios al Convenio*. De hecho, el art. 3.2 del Convenio dispone que si el

---

<sup>54</sup> Como es conocido, esta norma provocó un debate inicial sobre el modelo de responsabilidad definido por la Ley: “autorresponsabilidad” –responsabilidad de la persona jurídica por un defecto propio de organización y control– frente a “heteroresponsabilidad” o responsabilidad vicaria –transferencia de responsabilidad desde el auténtico autor del delito a la persona jurídica–, habiéndose decantado la Fiscalía General del Estado por el segundo en las Circulares 1/2011 y 1/2016, en tanto que la jurisprudencia declaró la vigencia del primer modelo en la STS (Pleno) 154/2016, de 29 de febrero (Maza Martín) –con siete votos discrepantes–, criterio seguido por la STS 221/2016, de 16 de marzo (Marchena Gómez) y confirmado por otras posteriores.

<sup>55</sup> Los análisis realizados por la OCDE respecto de los casos de cohecho internacional investigados entre los años 1999 y 2016 demuestran que el 60 % de las personas jurídicas sancionadas por ese delito eran grandes empresas con más de 250 empleados. Las empresas detectaron esta práctica en el 31 % de los casos mediante auditorías internas y otro 28 % se detectaron en el curso de auditorías realizadas antes de llevar a cabo fusiones o adquisiciones. Del resto se desconocen estos detalles. En el 41 % de los casos fueron empleados de nivel administrativo los que efectuaron los pagos a funcionarios o los autorizaron y en el 12 % de los casos estaba involucrado el gerente de la empresa.

<sup>56</sup> Como prueba de la exposición a ese riesgo recuerda que entre los diez primeros países a los que España realizó exportaciones en 2021 se encuentran México y Brasil por importes de 1.319 y 569 millones de euros respectivamente, países a los que Transparencia Internacional asigna altos índices de percepción de la corrupción pública: *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, pág. 10.

<sup>57</sup> *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, pág. 4. De las 44 recomendaciones que recoge este informe, ocho se refieren a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Al tiempo de iniciarse la cuarta evaluación España tenía en curso 21 investigaciones seguidas contra 110 personas físicas y 34 personas jurídicas (pág. 12).

<sup>58</sup> Circular 1/2011 relativa a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 5/2010. Memoria de la Fiscal General del Estado, Madrid, 2012, Vol. I, págs. 1284 a 1360.

ordenamiento jurídico de un Estado no prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas deberá asegurarse de que, al menos, se sancione a las mismas por este delito con sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter *no penal*. Tampoco la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003, ratificada por España en 2006, obligaba a esta reforma, pues, si bien su art. 16 fuerza a los Estados a tipificar el delito de soborno de funcionarios públicos extranjeros, su art. 26 establece con claridad que la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en los delitos contenidos en la Convención «podrá ser de índole penal, civil o administrativa» y que cada Estado velará por que «se impongan sanciones penales o *no penales* eficaces, proporcionadas y disuasivas».

2.- En todo caso el legislador español ha optado por castigar en el art. 288.2º CP a la persona jurídica cuando cometa un delito de corrupción en los negocios internacionales. Lo ha hecho sancionándola con una multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada. Por tanto, beneficios aparte, el delito puede ser sancionado inicialmente con una multa de 21.600 € a 9.000.000 € (art. 50.4 CP). Aparentemente, de acuerdo con el art. 131 CP este delito prescribiría a los cinco años, antes que el delito cometido por la persona física, que lo hace a los 15 años por efecto de la inhabilitación –o como mínimo a los 10 años si no se acepta ese efecto–, si bien la entrada en juego de la inhabilitación de hasta 15 años prevista en el art. 33.7 f) CP –cierto que potestativa según el art. 288.3º CP– haría prescribir el delito para las personas jurídicas también a los 15 años, al entender que el término “inhabilitación” del art. 131.1 CP alcanza a dicha pena, pues el art. 39 b) CP vincula la “inhabilitación” con *cualquier* derecho, más allá de los que se enumeran en dicho precepto<sup>59</sup>. Esta consideración, sin embargo, no ha sido admitida por la OCDE, que en su cuarto proceso de evaluación a España ha fijado el plazo de prescripción para las personas jurídicas en cinco años, recomendando con extremada preocupación que el legislador español aborde una reforma que eleve dicho plazo hasta un límite razonable que haga posible la investigación de este delito<sup>60</sup>.

Ahora bien, si el delito cometido por la persona física es el del subtipo agravado del art. 286 quater CP, pueden surgir dudas sobre la pena aplicable a la persona jurídica, pues el art. 288.2º CP incluye una referencia expresa a ese subtipo agravado, pero, sin embargo, prevé una *única* pena de multa tanto para castigar ese delito como para castigar el tipo básico del art. 286 ter CP y todos los demás que se mencionan en el precepto: «...En el caso de los delitos previstos en los artículos (...) y 286 bis al 286 quater: [se impondrá la pena de] a) Multa de...». Es decir, lo que inicialmente parece una inclusión para poder apreciar la agravación del art. 286 quater CP queda aparentemente neutralizado con la previsión en el art. 288.2º CP de una *única* pena de multa para todos los supuestos. Respecto de esa referencia expresa en el art. 288.2º CP al art. 286 quater CP caben, por tanto, dos interpretaciones antagónicas y no es posible saber con certeza si el legislador quería que se aplicase o no a la pena del art. 288.2º CP la agravación

---

<sup>59</sup> El hecho de que en este caso la imposición de la pena de inhabilitación a la persona jurídica sea potestativa no debería afectar a la prescripción, pues los plazos de prescripción a que se refiere el art. 131.1 CP van ligados a la “pena máxima señalada por la ley” para el delito cometido y esa pena corresponde a la “pena en abstracto”, entendida como “la que establezca la ley como máxima *posibilidad*”, según señala la STS 925/2021, de 25 de noviembre (Palomo del Arco), con cita de otras muchas y de los acuerdos de los plenos no jurisdiccionales de la Sala 2ª de 29 de abril de 1997 y 26 de octubre de 2010.

<sup>60</sup> *Phase 4 Report: Spain*, 8 de diciembre de 2022, págs. 54, 55 y 99.

prevista en el art. 286 quater CP<sup>61</sup>. Cualquiera que sea la opción correcta, la referencia al art. 286 ter CP resulta desafortunada y distorsionadora, pues, de optar por la agravación, lo acertado habría sido incluir en el art. 288.2º CP la propia pena agravada que correspondería imponer a la persona jurídica en los supuestos del art 286 quater CP. En la opción contraria habría que buscar una razón político criminal sólida para reservar el subtipo agravado del art. 286 quater CP a las personas físicas, pues, por más que el art. 31 ter 2 CP proclame la incomunicabilidad a las personas jurídicas de las circunstancias que *agravan* la responsabilidad de los autores materiales del hecho, las circunstancias enumeradas en el art. 286 quater CP tiene marcada naturaleza objetiva. La aclaración al respecto deberá surgir de futuras resoluciones judiciales<sup>62</sup>.

3.- El art. 288.3º CP permite, además, imponer en estos casos a las personas jurídicas las penas previstas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP, salvo que se trate de las personas jurídicas a las que se refiere el art. 31 quinquies 2 CP<sup>63</sup>. Con esta remisión es posible cumplir lo previsto en el número 1 *in fine* del art. 286 ter CP, según el cual «se impondrá en todo caso al responsable» la pena de prohibición de contratar con el sector público, 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 prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública. Esta pena –en realidad, suma de varias– está prevista en el art. 286 ter CP para los autores personas físicas y tiene carácter obligatorio, pero no se menciona en el art. 288 CP, aunque la mayor parte de su contenido puede aplicarse a las personas jurídicas recurriendo a las letras e) y f) del art. 33.7 CP. Sin embargo, el art. 288.3º CP no dispone su aplicación forzosa: «los jueces y tribunales *podrán* asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33», para lo cual habrán de tenerse en cuenta las circunstancias previstas en la regla 1ª del art. 66 bis CP. Entre esas penas se encuentran la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito (letra e) y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social (letra f). Quedaría tan solo sin cubrir la pena de prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública prevista en el art. 286 ter CP, que, cualquiera que pueda ser su contenido, no se encuentra incluida con esa literalidad en el art. 33.7 CP.

Ahora bien, esa pena compleja prevista en el art. 286 ter CP tiene una duración de siete a doce años, mientras que las penas equivalentes del art. 33.7 CP carecen de mínimo legal y tienen un máximo de quince años. Por razones de proporcionalidad y prevención especial debería impedirse que estas penas se impusieran a las personas jurídicas por debajo del mínimo correspondiente a las personas físicas –siete años–, pero la regla 2ª del art. 66 bis CP impone limitaciones insorteables para imponer penas por encima de dos y cinco años. Por las mismas razones el legislador debería haber optado por su imposición sistemática. Es cierto que el art. 286 ter CP ordena imponer en todo caso esta pena al *responsable*, y ese responsable puede serlo

---

<sup>61</sup> De aceptarse la agravación, la pena a imponer podría ir hasta 13.500.000 € de acuerdo con el art. 50 CP.

<sup>62</sup> La OCDE también ha detectado esta falta de claridad en la ley e insta a España a aclarar este extremo: *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, pág. 101.

<sup>63</sup> En el caso de sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general solo podrá imponerse la pena de multa y la intervención judicial.

también la persona jurídica de acuerdo con la literalidad del art. 288 CP: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea *responsable* de los delitos recogidos en este Capítulo...», pero de ello no cabe derivar *de lege lata* su carácter forzoso para las personas jurídicas, pues razones de ubicación sistemática y la mera aplicación del principio de legalidad impiden esta consideración. En cualquier caso, el art. 71.1 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, prohíbe contratar en este ámbito tanto a las personas jurídicas condenadas por delito de corrupción en los negocios como a aquellas cuyos administradores o representantes lo hayan sido.

4.- Al margen de lo previsto en el art. 288.2º CP, el art 427 bis CP también incluye entre los delitos que pueden ser cometidos por las personas jurídicas todos los comprendidos en el Capítulo V del Título XIX del Libro II del Código Penal, esto es, los delitos de cohecho tanto nacional como internacional. En este caso el delito se sanciona con multas de extensión variable en función de la pena privativa de libertad prevista en cada caso para la persona física. De acuerdo con todas las situaciones que es posible distinguir cabe afirmar que en la inmensa mayoría de los casos la pena a imponer a la persona jurídica será la misma que la prevista en el art. 288.2º CP: multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada. Además, también es posible la imposición de las penas previstas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP.

En principio, la especialidad de los arts. 286 ter y 288 CP haría inaplicable el art. 427 bis CP a los supuestos de corrupción en las transacciones económicas internacionales de las personas jurídicas. No obstante, la regla de alternatividad contenida en el nº 1 del art. 286 ter CP para resolver los supuestos de concurso de leyes, “...salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código...”, debe aplicarse también al art. 288.2º CP por la referencia directa que este contiene a aquel delito, por lo que tampoco cabe afirmar la absoluta inaplicabilidad del art. 427 bis CP.

5.- El régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica instaurado en 2010 se completó con una importante reforma mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modificó sustancialmente dicho régimen en varios aspectos, de los que aquí destacaremos sintéticamente tres por haber sido objeto de particular atención por parte de la OCDE.

En primer lugar, introdujo la exigencia de que para que los empleados subordinados a que se refiere el apartado 1 b) del art. 31 bis CP puedan generar responsabilidad de la persona jurídica tiene que haberse producido un *incumplimiento grave* de los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de los sujetos incluidos en el apartado 1 a), frente a la fórmula preexistente a la reforma de “no haberse ejercido sobre ellos el debido control”. La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado<sup>64</sup> identifica ese incumplimiento grave con comportamientos dolosos o gravemente imprudentes de la persona física titular del deber de control antes que con un defecto de organización de la persona jurídica. Según la OCDE, este cambio legal y ese criterio interpretativo resultan contrarios a la Recomendación de 2009/2021, que exige reconocer la responsabilidad de la persona jurídica por cohecho internacional cuando sus empleados del más alto nivel entregan una dádiva a un funcionario extranjero, autorizan a sus subordinados a hacerlo o simplemente no evitan que estos lo hagan por no haber ejercido

---

<sup>64</sup> Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. Memoria Fiscal 2017.

sobre ellos la obligada vigilancia o no haberse aplicado debidamente el programa de cumplimiento y control. La OCDE advierte con gran preocupación que el art. 31 bis 1 b) CP no parece cubrir este último supuesto –inaplicación del programa–, razón por la cual ha urgido a España a tomar medidas sin demora que aseguren el cumplimiento de aquella Recomendación<sup>65</sup>.

En segundo lugar, tras la reforma se exige que las personas físicas hayan actuado “en beneficio directo o indirecto” de la persona jurídica y no necesariamente “en su provecho” –texto anterior a la reforma– lo que autoriza a incluir cualquier “ventaja competitiva” –elemento típico del art. 286 ter CP– y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales. Por supuesto, la locución también permite incluir los beneficios obtenidos a través de un tercero, lo que resulta de particular interés en el caso de las cadenas de sociedades, pues en la contratación internacional, no solo es un recurso habitual que por razones operativas la sociedad matriz recurra a una filial en el extranjero, sino que en muchas ocasiones será un requisito exigido por el propio ordenamiento jurídico local. Los empleados de las empresas filiales entran dentro del ámbito de control a que se refiere el apartado 1 b) del art. 31 bis CP<sup>66</sup>. En un caso de corrupción de un funcionario extranjero financiada íntegramente por una filial en el extranjero no cabrá alegar a modo de cortafuegos que el beneficio ha redundado exclusivamente en la sociedad adjudicataria del contrato, pues resulta indiscutible que ese beneficio se extiende indirectamente –si no *directamente*– a todo el grupo societario y particularmente a la matriz, que en muchos casos vendrá obligada a formular cuentas anuales consolidadas. Obviamente, un acuerdo entre la matriz y su filial para realizar la actividad ilícita no ofrece ninguna duda sobre la responsabilidad de ambas. La OCDE ha advertido recientemente que someterá a especial seguimiento la interpretación que los tribunales españoles hagan de la expresión legal “beneficio directo o indirecto”<sup>67</sup>.

En tercer lugar, la reforma de 2015 introdujo en el art. 31 bis CP un régimen de exención –o, en su caso, atenuación– de responsabilidad para las personas jurídicas basado en la adopción de modelos eficaces de organización y gestión dirigidos acreditadamente a evitar o disminuir la producción de delitos. En síntesis, el modelo exige que el órgano de administración identifique los ámbitos en los que puede cometerse el delito, establecer procesos rigurosos para la toma de decisiones y destinar recursos financieros para garantizar la efectividad del plan. Además, su cumplimiento y funcionamiento deben ser supervisados por otro órgano de la persona jurídica, o por los propios administradores si se trata de una entidad de pequeñas dimensiones, tanto para sancionar su contravención como para corregir su mal funcionamiento. Cuando la actuación delictiva se ha realizado por los sujetos del apartado 1 a) es necesario, además, que los mismos hayan eludido fraudulentamente el modelo de cumplimiento y que no haya habido un defecto de vigilancia por parte del órgano de control del programa, pues de lo

---

<sup>65</sup> *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, págs. 71, 72 y 100. Al mismo tiempo señala que ignora qué medios tiene a su alcance el Ministerio Fiscal para poder probar un “incumplimiento grave” de los deberes de vigilancia y control.

<sup>66</sup> Así lo señala expresamente la Circular 1/2016 en su conclusión 8ª.

<sup>67</sup> *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, pág. 103. Al tiempo de escribir estas líneas la respuesta más reciente se encuentra en la STS 89/2023, de 10 de febrero (Puente Segura) en la que se recuerda: «ese término de "provecho" (o "beneficio") hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete».

contrario la adopción del modelo carece de valor eximente. A fin de evitar que el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas quede vacío de contenido, la Circular 1/2016 advierte que la mera adopción de un programa de cumplimiento es una formalidad que por sí misma no exime de responsabilidad, pues lo que se exige es que el mismo sea verdadera expresión de su “cultura de cumplimiento”, lo que es acorde con el criterio expresado por la OCDE en su Recomendación de 2009/2021. Por este motivo, la organización ha recomendado que la Circular se dé ampliamente a conocer a las empresas en España, al tiempo que también anuncia que hará un seguimiento del tratamiento que los tribunales españoles den a esta cuestión<sup>68</sup>. Si bien la prueba de la idoneidad del programa de cumplimiento debe ser objeto del proceso penal, la Circular 1/2016 considera que un factor determinante demostrativo de esa eficacia es que la propia corporación lleve a cabo el descubrimiento y la posterior denuncia de la actividad delictiva, actuación a la que concede valor eximente. Para la OCDE esta consideración requiere ser formulada con mayor claridad en aras de fomentar las autodenuncias por parte de las personas jurídicas<sup>69</sup>.

6.- En el ámbito de las actividades económicas internacionales la propia OCDE formuló en 2009 un modelo de prevención y cumplimiento denominado «Guía de buenas prácticas para los controles internos, la deontología y la conformidad», que figura como Anexo II a la *Recomendación del Consejo para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, adoptada por el Consejo el 26 de noviembre de 2009* –actualizada en 2021 con un recordatorio particular sobre la vigencia de dicha guía–. La guía está especialmente destinada a las pequeñas y medianas empresas (PYME) –la OCDE ha llamado la atención en particular sobre su papel en la economía española<sup>70</sup>– a las que recomienda que realicen una evaluación de riesgos particular dependiendo del concreto sector geográfico e industrial en el que lleven a cabo su actividad económica internacional y que revisen periódicamente dicha evaluación. Además, exige que el programa recoja la prohibición expresa de realizar actos de corrupción, se cumpla en todos los niveles de la empresa, cuente con el apoyo explícito del más alto nivel de dirección, se vigile permanentemente por órganos de control independientes a los que pueda reportarse directamente y otorgue confidencialidad y protección a los empleados frente a sus superiores, incluyendo protocolos sobre regalos, gastos de alojamiento y ocio, viajes de los clientes, contribuciones políticas o donaciones a fundaciones con su debido reflejo contable. Los programas deben aplicarse también a agentes, intermediarios, consultores, distribuidores, proveedores, contratistas y socios comerciales, debiendo documentarse los procesos de *due*

---

<sup>68</sup> *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, págs. 75, 80 y 103.

<sup>69</sup> En efecto, la ley no exige la autodenuncia ni la colaboración con las autoridades para obtener una exención de responsabilidad, de hecho el art. 31 quater CP solo concede a ambas circunstancias un valor atenuante. La propia Circular 1/2016 ya advierte que se trata solo de un indicio muy sólido de la eficacia del modelo de organización y control. Algunos juristas entrevistados por el equipo evaluador durante su visita a España en la Fase 4 manifestaron que la Circular va más allá de la ley y, además, no vincula a los órganos judiciales, por lo que no recomendarían a sus clientes que formularan autodenuncias en tanto no exista más certeza en este punto. La OCDE urge a España a aclarar este punto, ya que las autodenuncias son una fuente muy valiosa para la detección del cohecho internacional. *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, págs. 76 y 100.

<sup>70</sup> Según la OCDE, el papel de las PYME en España (entidades con menos de 250 empleados) es fundamental, pues aglutinan el 68,4 % del empleo. En el año 2022, el 99,8 % de las empresas españolas eran PYME y en el año 2018 el 3,3 % de ellas (más de 95.000) realizaban exportaciones, que generaban el 49,4 % de sus ingresos: *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, págs. 9-10.

*diligence* respecto de estos últimos. Los empleados deben recibir formación continua y ayuda al cumplimiento del programa, incluyendo la posibilidad de recibir una opinión urgente cuando se encuentren en situaciones difíciles en el extranjero, pudiendo ser también objeto de un expediente disciplinario.

Estas prácticas se han convertido en el estándar internacional para **prevenir, detectar y gestionar actos de** corrupción en las transacciones económicas internacionales<sup>71</sup>. Sin embargo, la OCDE advierte con extrema preocupación que por lo general en España las PYME carecen de programas de *compliance* a los que se refiere el art. 31 bis 5 CP para detectar los casos de cohecho internacional, por lo que recomienda seriamente que se les proporcionen guías o directrices que les faciliten su implantación para la detección efectiva del delito de cohecho internacional, considerando insuficiente lo establecido al respecto en la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, pues esta ni ahonda lo suficiente en el contenido de tales programas, ni se refiere en particular al delito de cohecho internacional<sup>72</sup>.

7) Por último, debe señalarse que la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 ha mantenido fuera del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas a las “entidades públicas empresariales” (art. 31 quinquies 1 CP), organismos públicos dependientes de la Administración General del Estado o de un Organismo autónomo, que están regulados en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Para la OCDE se trata de entidades que, como las sociedades mercantiles estatales, no son ajenas al riesgo del cohecho internacional, por lo que deberían estar incluidas en el mismo régimen de responsabilidad penal que estas, razón por la que ha recomendado a España que tome medidas al respecto<sup>73</sup>.

## **V. El cohecho internacional: aspectos jurisdiccionales.**

El delito de cohecho internacional o de corrupción en las transacciones económicas internacionales, como sus propios términos indican, subsume un fenómeno endémicamente transnacional. Esta nota insorteable de *internacionalidad* no solo añade una dificultad a su investigación a causa de la deslocalización de las conductas, sino que puede suponer un obstáculo insalvable para su enjuiciamiento si no se establecen con acierto las reglas básicas de jurisdicción. Ambas dificultades fueron consideradas por quienes elaboraron el Convenio de París de 1997, razón por la cual su art. 9 consagra el principio de máxima asistencia jurídica entre las Partes y su art. 4 obliga a estas a adoptar todas las medidas necesarias para extender su jurisdicción al enjuiciamiento de este delito cuando se cometa en todo o en parte en su territorio (número 1) o cuando se cometa por sus nacionales en el extranjero (número 2). La transposición de este mandato al ordenamiento de todos los Estados Parte provoca un inevitable solapamiento de jurisdicciones que el art. 4.3 del Convenio trata de resolver: «Cuando más de

---

<sup>71</sup> Véase la Norma Internacional ISO 37001:2016, que proporciona una guía para establecer, implementar, mantener, revisar y mejorar un sistema de gestión antisoborno basado en estas y otras medidas.

<sup>72</sup> *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, págs. 79, 80 y 101.

<sup>73</sup> *Phase 4 Report: Spain, 8 de diciembre de 2022*, págs. 73, 74 y 100. Los evaluadores revelan en su informe que se han entrevistado en España con responsables de una entidad pública empresarial que ha concurrido a una licitación para obtener un contrato de mantenimiento de la red ferroviaria en dos países de alto riesgo por alegaciones sobre corrupción internacional, por lo que su exposición al mismo no puede descartarse.

una Parte tenga jurisdicción sobre un supuesto delito de los previstos en el presente Convenio, las Partes interesadas, a petición de una de ellas, celebrarán consultas con el fin de determinar la jurisdicción más apropiada para la persecución». No obstante, la Recomendación de la OCDE de 2009/2021 (apartado XIX) también considera procedente la creación de equipos conjuntos de investigación para acometer investigaciones paralelas en los momentos iniciales.

El legislador español también fue consciente de ello cuando procedió a dar nueva redacción al delito de corrupción en las operaciones económicas internacionales. Por eso, el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal –la futura Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo– remitido al Congreso de los Diputados para introducir, entre otros, el nuevo art. 286 ter incluía también un art. 286 quinquies que confería competencia a la jurisdicción española para su persecución extraterritorial<sup>74</sup>. Este último precepto, sin embargo, no vio finalmente la luz, puesto que su contenido ya se había incorporado un año antes al art. 23.4 n) LOPJ mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, relativa a la justicia universal, logrando una ubicación sistemática mucho más apropiada<sup>75</sup>.

En lo que se refiere a las normas de jurisdicción, el legislador español ha ido un poco más lejos que lo que ordenado en el propio Convenio, puesto que ha procedido con parámetros de justicia universal. En principio, el art. 23.1 LOPJ atribuye a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español. Esta norma da cobertura a muchos de los casos de cohecho internacional, pues, aunque la conducta consiste en corromper a un funcionario público extranjero –generalmente en el extranjero–, las dádivas empleadas para ello suelen financiarse con fondos procedentes de España, generalmente siguiendo un esquema societario matriz-filial que puede complicarse con los eslabones que se deseen, aunque también puede tratarse de un empresario individual que utiliza a un intermediario local, o incluso puede darse el caso de que el funcionario extranjero sea corrompido en España. Esta forma ubicua de cometer el delito permite reconocer competencia a la jurisdicción española. Si los actos de corrupción tienen lugar íntegramente fuera del territorio nacional, el art. 23.2 LOPJ también atribuye competencia a la jurisdicción española cuando los sujetos responsables sean españoles o extranjeros nacionalizados, siempre que este delito sea punible en el lugar de ejecución, aquellos no hayan sido enjuiciados o condenados o no hayan cumplido la condena y se interponga querrela ante los tribunales españoles.

Sin embargo, la norma prevista para cubrir todos los supuestos posibles se encuentra en el art. 23.4 n) LOPJ, que desde la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2014 declara la competencia de la jurisdicción española para conocer de los delitos de corrupción en las

---

<sup>74</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 4 de octubre de 2013, Núm. 66-1, pág. 76.

<sup>75</sup> BOE nº 63, de 14 de marzo de 2014. Su Exposición de Motivos declara: “En esa misma línea de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por los Tratados internacionales que España ha ratificado, se hace necesario ampliar la lista de delitos que, cometidos fuera del territorio nacional, son susceptibles de ser perseguidos por la jurisdicción española. Tal es el caso, por ejemplo, de (...) los delitos de corrupción de agente público extranjero previstos en el Convenio de la OCDE...”. Ciertamente carecería de justificación sistemática ubicar una regla de jurisdicción en la ley sustantiva penal en lugar de hacerlo en la ley procesal, como sucede con el art. 301.4 CP, que para castigar extraterritorialmente el delito de blanqueo de capitales dispone: “El culpable será igualmente castigado, aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero”. Según la STS 974/2016, de 23 de diciembre (Marchena Gómez), seguida por la STS 688/2019, de 4 de marzo de 2020 (Colmenero Menéndez de Luarca), se trata de una regla de jurisdicción incluida con notoria descolocación sistemática en el Código Penal.

transacciones económicas internacionales cometidos fuera del territorio nacional tanto por españoles como por extranjeros, siempre que se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.º el procedimiento se dirija contra un español;
- 2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
- 3.º el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o,
- 4.º el delito hubiera sido cometido<sup>76</sup> por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

La gran novedad de la reforma es que el precepto permite enjuiciar en España también a los ciudadanos extranjeros que hayan participado en el delito, que de ordinario se tratará de intermediarios locales utilizados por el autor, empleados de la filial extranjera e incluso los propios funcionarios públicos extranjeros.

No obstante, de acuerdo con el art. 23. 5 b) LOPJ, aunque se den los requisitos expuestos, el delito no será perseguible en España si en el país de ejecución ya se ha iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento –salvo que el responsable se encontrara en territorio español– o si en España se hubiera iniciado un procedimiento para extraditar a ese país al sujeto responsable, siempre que en dicho Estado haya auténtica disposición o posibilidad real de llevar a cabo esa investigación.

En todo caso siempre ha de cumplirse el requisito de procedibilidad de previa interposición de querrela por parte del agraviado o del Ministerio Fiscal<sup>77</sup> (art. 23.6 LOPJ).

---

<sup>76</sup> Resulta llamativo que el legislador haya optado por utilizar aquí –por primera y única vez– el verbo “cometer” en relación con los delitos por los que puede responder penalmente una persona jurídica, pues el art. 31 bis CP reserva ese término en exclusiva para las personas físicas por cuya actuación responde aquella. En el Libro II del Código Penal tampoco se utiliza ese término en relación con las personas jurídicas, pues los preceptos que prevén su responsabilidad penal la enuncian con la locución “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos...”, es decir, según el tenor de la ley y la remisión sistemática al art. 31 bis, la persona jurídica puede ser “responsable”, cuando proceda, de los delitos “cometidos” por las personas físicas, pues en puridad ontológicamente aquella no los puede cometer. Como es conocido, la consideración de este régimen como un sistema vicarial o de *transferencia* de responsabilidad desde la persona física autora a la persona jurídica responsable carece de predicamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que lo conceptúa como un sistema de autorresponsabilidad de la persona jurídica por una suerte de auténtica “comisión” (?) de un delito corporativo.

<sup>77</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el art. 19.4 ñ) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981) la intervención en las diligencias de investigación del Fiscal y en los procedimientos penales seguidos por el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales corresponde a la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, siempre que se trate de supuestos de especial trascendencia, apreciada por el Fiscal General del Estado. Dada la importancia que la OCDE concede al cumplimiento del Convenio de 1997 por cada Estado parte y el seguimiento al que a tal fin ha sometido a varios operadores jurídicos en España –incluido el Ministerio Fiscal– es razonable que los casos de corrupción internacional encuadrables en el Convenio se consideren de “especial trascendencia” a los efectos del art. 19 EOMF.