

Corrupción en las transacciones comerciales internacionales

Corruption in international business transactions

Julio Díaz-Maroto y Villarejo*
Universidad Autónoma de Madrid
julio.diazmaroto@uam.es

Recibido / received: 24/01/2018
Aceptado / accepted: 09/02/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4172>

Resumen

El trabajo pretende mostrar, mediante un análisis del artículo 286 ter del Código Penal, la respuesta que el ordenamiento jurídico-penal español ofrece a un fenómeno tan frecuente y dañino como es el de la corrupción en el ámbito concreto de las transacciones económicas internacionales. La materia, objeto de atención de los organismos internacionales (ONU, OCDE, UE, etc.), constituye uno de los temas más candentes dentro de la actual política criminal.

Palabras clave

Corrupción y soborno, transacciones económicas, globalización.

Abstract

The essay tries to show, through the analysis of art. 445 of the Spanish criminal code, the answer that the Spanish criminal system gives to a phenomenon as frequent and harmful as the corruption within international business transactions. This topic has drawn the attention of international organizations (UNO, OECD, EU...) and constitutes one of the hottest issues of today's criminal policy.

Keywords

Bribery and corruption, economic transactions, globalization.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Ubicación sistemática y bien jurídico protegido. 3. Sujetos. 4. Funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales. 5. Comportamiento típico. 5.1. Tipo básico. 5.2. Tipos agravados. 5.3. Objeto material. 8. Penalidad. 9. Competencia y corrupción pasiva.

* Catedrático acreditado de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid.

1. Introducción

Además de los tipos penales de cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos (arts. 419 y ss. CP), entre los delitos contra el mercado y los consumidores regulados en la actualidad en el Código Penal se encuentra una figura específica de “corrupción de autoridades o funcionarios en transacciones comerciales internacionales”, recogida desde la reforma de la LO 1/2015 en el artículo 286 ter CP:

Artículo 286 ter.

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

2. Ubicación sistemática y bien jurídico protegido

En primer lugar, cabe destacar que, desde su introducción en nuestro Código Penal, se puso de manifiesto la inadecuada ubicación del precepto (Díaz-Maroto y Villarejo, 2007, pp. 2-3). Originariamente, el Título dedicado a la corrupción internacional se situó entre los destinados a tutelar con carácter general el correcto desempeño de la función pública: delitos contra la Administración pública y delitos contra la Administración de justicia. Parecía, entonces, que debía inferirse que la finalidad que perseguía la incriminación de los comportamientos allí descritos se situaba también en el *correcto desempeño de la función pública*.

No obstante, las conductas incriminadas en el viejo art. 445 tutelaban intereses que nada o poco tienen que ver con este. En concreto, el bien jurídico tutelado en este delito debería cifrarse en el correcto desarrollo del tráfico comercial internacional, por lo que el lugar sistemático adecuado para incorporar este ilícito debería haber sido, atendido el bien jurídico, el Título dedicado a los *delitos socioeconómicos*¹. Es lugar común señalar el poder corruptor que la llamada delincuencia económica ejerce sobre la Administración pública involucrando a los funcionarios públicos, o que la criminalidad organizada (unida a la criminalidad de empresa), por su capacidad expansiva y su habilidad corruptora en el ámbito político y social de las sociedades

² Al respecto, véase De La Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero (2001-2002, p. 12); Fabián Caparrós (2003, p. 80); Núñez Paz (2003, p. 194); Benito Sánchez (2012, p. 175).

modernas, suponga una verdadera lacra social (Díaz-Maroto y Villarejo, 2016a, pp. 845-869).

La confusión generada por el legislador en cuanto al bien jurídico protegido no hizo sino acrecentarse con el cambio de ubicación operado por la LO 15/2003: si lo que quería protegerse era la función pública (en atención a la rúbrica del Título en que se insertaba), entonces no tiene sentido que la nacionalidad del funcionario alterase la naturaleza del cohecho. Téngase en cuenta que, si la misma conducta se realizara para obtener una decisión favorable de un funcionario público español que participara en una actividad económica internacional, entrarían en consideración los tipos clásicos de cohecho, para los que se prevén modalidades distintas.

La confusión continuó, pues la reforma de 2010 mantuvo dicha ubicación entre los “delitos contra la Administración pública”. No obstante, el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales² (París, 17-12-1997), en virtud del cual se creó el precepto penal, redactó el tipo sin atender a un concepto, como el del bien jurídico, que solo constituye un instrumento de racionalidad legislativa en la tradición jurídica europea (Nieto Martín, 2010, p. 548). Finalmente, la reforma de 2015 terminó por ubicarlo en la mencionada sede de los delitos socioeconómicos, en el art. 286 ter.

En segundo lugar, el tipo penal ostenta una naturaleza *esencialmente socioeconómica* que tiende a proteger la posición de los competidores frente a quienes se valen de la corrupción para abusar de una posición dominante en el ámbito internacional. Se intenta así proteger el desarrollo de una competencia leal en el mercado internacional. Acertada, pues, parece la nueva ubicación del precepto dentro de los delitos contra el orden socioeconómico y, concretamente, en el ámbito de los delitos contra el mercado y los consumidores, al protegerse ahí las reglas de competencia en el mercado.

No obstante, teniendo en cuenta que el objetivo del Convenio OCDE es salvaguardar el principio de libre y limpia competencia, esencial para el buen funcionamiento del mercado, cuando alguien soborna a un funcionario que interviene en un acto de contratación pública, no sólo adquiere una ventaja ilícita sobre su competidor, sino que además vulnera los principios de imparcialidad y objetividad en la función pública. Por todo ello, se ha entendido que es innegable la doble naturaleza del bien jurídico protegido: el libre mercado y la función pública³ (Cugat Mauri, 2004, p. 2116). Este carácter *pluriofensivo* del precepto es consecuencia de la observación de que la imparcialidad de los funcionarios públicos incide de manera decisiva en la competencia.

Con este precepto, entonces, se tutelan tanto la *imparcialidad de los funcionarios públicos* en el ejercicio de la función pública como la *competencia*, si bien el peso de esta alcanza mayor relevancia en la medida en que la corrupción aquí sólo es punible cuando afecta a transacciones, contratos u operaciones económicas. De ahí que se haya señalado que el bien jurídico protegido por el art. 286 ter es “la competencia leal y honesta. Es un delito de competencia desleal”⁴. En todo caso, tras la reforma de 2015, aparece más nítidamente que “la identificación del bien jurídico

² En adelante, Convenio OCDE.

³ Véase también De La Mata Barranco (2004, p. 15), quien señala que, aunque en un primer momento el bien jurídico protegido en este tipo penal puede parecer referido al correcto ejercicio de la función pública —transnacional—, la perspectiva económica aporta un elemento fundamental.

⁴ Siendo la violación del principio de objetividad e imparcialidad el medio para conseguir una ventaja competitiva. Véase, categóricamente, Feijoo Sánchez (2017, pp. 2-3 y 13).

ya no resulta tan clara o, en todo caso, no puede ser ya únicamente la competencia leal” (Rodríguez Puerta, 2016).

3. Sujetos

Dado que el tipo penal está concebido como un delito común (“los que”), el *sujeto activo* que cometerá el delito puede ser *cualquier particular* que corrompa o intente corromper al funcionario público con la finalidad allí descrita.

Ahora bien, resulta difícil imaginar casos de adjudicación de contratos en los que la persona física que ofrece un soborno al funcionario extranjero no actúe en nombre de una *empresa* que aspire a lograr una posición dominante respecto de la competencia⁵. Debe recordarse que la reforma de 2010, tras otros intentos fallidos⁶, introdujo en el CP un nuevo art. 31 bis, que recoge una doble vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica: los casos de delito cometido por el *administrador o representante* de la persona jurídica, en su nombre o por su cuenta, y en su provecho; y los casos de delito cometido por un *empleado* sometido a la autoridad del administrador o representante, cuando este haya podido cometerse debido a la falta de la debida vigilancia sobre él (Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 13 y ss.; Feijoo Sánchez, 2016, pp.75-78).

Además, tras la reforma de 2015, el art. 288, dentro de las Disposiciones comunes aplicables a los supuestos previstos (entre otros, en el art. 286 ter), señala que, cuando una persona jurídica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, sea responsable del delito que comentamos, se le impondrán las siguientes penas: a) 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, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad; y b) multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos⁷.

Aun cuando el delito de corrupción en transacciones comerciales internacionales sea un delito común en el que el autor puede ser cualquier persona, en el tipo penal se recoge —en consonancia tanto con el Convenio OCDE como con las propuestas adoptadas en el seno de la Unión Europea— tanto la corrupción directa, realizada por el propio autor, como indirecta, por persona interpuesta. Esta mención expresa a la persona interpuesta parece superflua, si bien es posible entender que dicha mención sirve para dejar claro, sin necesidad de acudir siquiera a las reglas generales, que quien corrompe o intenta corromper es autor en todo caso

⁵ Se ha dicho que la corrupción como arma mercantil se convierte en una cuestión de toma de decisión racional que es adoptada, planeada y ejecutada por empresarios que operan en ámbitos inmersos en el mercado global con la complicidad de funcionarios públicos (Olaizola Nogales, 2006, p. 381).

⁶ Sobre los distintos avatares, véase Rodríguez Mourullo (2009, pp. 253-282).

⁷ Además, 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 (disolución, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición de realizar actividades, inhabilitación para obtener ayudas públicas e intervención judicial). Estas previsiones respecto a las personas jurídicas contribuirán a que las empresas españolas con actividades comerciales en el extranjero, aun cuando incluyan la prohibición de estas conductas en sus “códigos éticos”, pongan en marcha “programas de cumplimiento” (*compliance programs*) que eviten la comisión de estos hechos por parte de sus directivos y empleados, ya que no contar con estos programas supone una infracción del *debido control* a que se refiere el art. 31 bis CP y puede dar lugar a la imputación de la empresa. Véase, explícitamente, Nieto Martín (2010, p. 552). Véase también, ampliamente, Alonso Gallo (2011, pp. 143-199).

(Olaizola Nogales, 2002, p. 479). Se castigan, por tanto, las conductas de quienes *utilizan a un tercero para corromper* al funcionario público extranjero.⁸

El sujeto sobornado solo puede ser la autoridad o funcionario público, habiéndose eliminado, a mi juicio incorrectamente, la calificación concreta de “extranjero”. Entendemos que tal decisión va a ser causa generadora de frecuentes supuestos concursales con los tipos de cohecho activo (Otero González, 2016, pp. 483-486). El propio art. 286 ter 1 CP parece vislumbrar tal posibilidad y trata de resolverla señalando que los autores han de ser castigados, “salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto del Código Penal”, con lo que, atendiendo a esa fórmula de alternatividad, deben aplicarse el art. 8.4 y, en consecuencia, los tipos de cohecho. Sin embargo, no parece que esta sea la solución correcta, pues, en realidad, el art. 286 ter debe considerarse ley especial respecto de las figuras de cohecho.

4. Funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales

Una de las preocupaciones puestas de manifiesto por la OCDE era la inexistencia en nuestro Derecho interno de un *concepto* de funcionario público extranjero en los términos previstos en el art. 1.4 del Convenio OCDE. Al respecto, se ha señalado que la definición de autoridad y funcionario público nacionales contenida en el art. 24 del CP podría extrapolarse al internacional. En ella tendrían cabida, en principio, todos los supuestos previstos en el Convenio, e incluso cabría plantearse la aplicación directa del Convenio en este punto⁹, opción por la que parece que habían optado las autoridades españolas. En la nueva redacción del art. 427 (al que se remite el art. 286 ter 2), también se debe entender por funcionario público (extranjero) a estos efectos (además de los contemplados en el art. 24):

- 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, y c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública¹⁰.

5. Comportamiento típico

Entre las *modalidades* de conducta constitutivas del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales se distingue un tipo básico y unos tipos agravados (Díaz-Maroto y Villarejo, 2016b, pp. 1338-1339).

⁸ La figura del *intermediario* es esencial en las figuras de cohecho, sobre todo cuando éste se realiza en el comercio internacional, donde las empresas necesitan valerse de conocedores del medio que los pongan en contacto con las personas idóneas. La conducta del intermediario ha de ser considerada como *coautoría*. Según el *Informe OCDE (2015) sobre el soborno internacional*, en 3 de cada 4 casos de cohecho internacional hubo participación de intermediarios. En el 41 % de los casos eran intermediarios tales como agentes locales de ventas y mercadotecnia, distribuidores y brókeres. Otro 35% de los intermediarios fueron instrumentos societarios, tales como empresas filiales, firmas locales de consultoría, empresas ubicadas en centros financieros extranjeros o paraísos fiscales, o empresas establecidas bajo la titularidad real del servidor público que recibió el soborno.

⁹ Véase Alcalá Pérez-Flores (2006, p. 211), quien, no obstante, era partidario de incluir el concepto en un nuevo apartado del art. 24 CP.

¹⁰ Esta definición de funcionario público extranjero utiliza la contenida en el antiguo art. 445.3 para refundirla con la que ya se contenía en el art. 427 en relación con la de funcionario de la Unión Europea. De ahí, que el texto se remita al art. 24, que no sufre variación alguna en su redacción, y al modificado art. 427 para concretar los sujetos.

5.1. Tipo básico

Según el art. 286 ter 1, la acción delictiva puede consistir en ofrecer, prometer o conceder cualquier beneficio o ventaja indebidos, económicos o de otra clase al funcionario público, con la finalidad de corromper o intentar corromper, o atender las solicitudes realizadas por los funcionarios.

Corromper equivale a aceptar o admitir dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas por parte del funcionario público extranjero. *Atender a las solicitudes del funcionario público* significa la aceptación por parte del particular de la propuesta realizada por aquél consistente en la entrega, inmediata o futura, de cualquier beneficio o ventaja indebidos.

La finalidad que ha de perseguir el particular con su conducta es doble: por un lado, conseguir o conservar un contrato en concreto; y, por otro, y más genéricamente, conseguir o conservar cualquier otra ventaja competitiva relacionada con la actividad económica internacional.

El contenido del acuerdo no alcanza a cualquiera de las actividades que puede desempeñar en el ejercicio del cargo el funcionario público (incluidos los extranjeros o los pertenecientes a una organización internacional), sino únicamente a aquellas que afectan a las transacciones económicas internacionales.

La conducta contemplada en este tipo penal guardaba muchas similitudes con el delito de *cohecho activo o de particular*, pudiendo considerarse entonces como un supuesto de esta figura delictiva, cuyas penas le eran de aplicación por la remisión explícita que se hacía en el tipo al art. 423 “en sus respectivos casos”, caracterizado por cometerse en la realización de actividades económicas internacionales y dirigirse a la corrupción de un funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales.

La conducta, pues, venía a coincidir con la de las modalidades de cohecho (arts. 419 y 423). No obstante, en su redacción actual, se afirma su *carácter autónomo* respecto de esas figuras penales, si bien mantiene la simetría con los comportamientos de particulares que se contemplaban en el anterior art. 423 (actuales arts. 419 y 420).

5.2. Tipos agravados

El art. 286 quater recoge, en lo que aquí respecta, varios supuestos agravados de este delito basados en los resultados de *especial gravedad* de los hechos, que son aplicables, en principio, tanto a este tipo como a los comportamientos de corrupción en los negocios y corrupción en el deporte: a) cuando el beneficio o ventaja tengan un valor especialmente elevado; b) cuando la acción del autor no sea meramente ocasional; c) cuando se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal; d) cuando el objeto del negocio verse sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros que sean de primera necesidad¹¹.

Algunas de estas situaciones tienen un claro carácter valorativo, por lo que queda en manos del juez su consideración o no como de especial gravedad; en particular, la referida al valor especialmente elevado del beneficio o ventaja requerirá que los tribunales delimiten en qué casos puede entenderse que se daría esta

¹¹ En este tipo, además de tener en cuenta la normativa del Derecho humanitario, debe considerarse la doctrina y jurisprudencia en torno a su previsión en los delitos de hurto, daños y estafa.

circunstancia en estos delitos de corrupción, al tratarse de un concepto indeterminado que, en otros supuestos similares, ha ido perfilando la jurisprudencia.

En la agravación en que se exige que el comportamiento del autor no sea ocasional, ha de entenderse que es necesario que haya cometido comportamientos corruptos en diversas ocasiones, aunque no parece que se requiera que haya habitualidad.

Especialmente criticable resulta la agravación centrada en la *organización o grupo criminal*, discutible ya por de por sí, por la inadecuada técnica legislativa que supone aunar la previsión de los preceptos que específicamente castigan la pertenencia a una organización o grupo criminal (arts. 570 bis y ter CP) con el casuismo de las agravaciones en determinadas figuras delictivas como estas, en el caso de que el correspondiente delito se comete en el seno de una organización o grupo criminal.

Todo lo expuesto plantea, entre otros inconvenientes, importantes problemas concursales.

5.3. Objeto material

Desde la perspectiva del particular, el objeto del acuerdo se encuentra integrado por los ofrecimientos, promesas o concesiones de cualquier tipo; esto es, prestaciones de carácter material valorables económicamente, que abarcan cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase (art. 1.1 Convenio OCDE)¹².

En cuanto al valor de la contraprestación, para la doctrina, el criterio fundamental no es (no debe ser, cabe agregar) ni cuantitativo ni social normativo, sino de *imputación objetiva*: lo importante es que la contraprestación ilícita debe tener capacidad objetiva de corromper (Olaizola Nogales, 2002, p. 479). Los denominados y frecuentes “pagos de facilitación” o “de engrase”, excluidos por el Convenio OCDE, siempre y cuando fueran “pequeños”, no parece que deban entenderse incluidos en el tipo por la desproporción de la pena a aplicar hipotéticamente ahora, sobre todo cuando no están vinculados a ventajas competitivas¹³ (Benito Sánchez, 2015, pp. 226-227; Feijoo Sánchez, 2017, pp. 3-5).

En todo caso, dado el fenómeno del soborno transnacional, todo apunta a que este tipo penal está pensado para aquellos casos en los que las sumas implicadas sean verdaderamente *relevantes*, si bien, cuando el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado, estaremos ante el tipo agravado¹⁴.

Si, como yo entiendo, el artículo 286 ter CP está configurado como un delito de *tendencia* —esto es, en el que la acción se define como expresión de una tendencia subjetiva del agente, de tal manera que sólo resulta típica si su ejecución externa va acompañada de esa tendencia interna—, esa finalidad debe ser

¹² En las Recomendaciones de la OCDE de 2006 ya se hacía hincapié en que la norma penal española debía dejar claro que en el tipo están incluidos tanto los beneficios pecuniarios como los de cualquier otra índole (favores de naturaleza sexual, promesas de condecoraciones, etc.) (Alcalá Pérez-Flores, 2006, pp. 212-213).

¹³ La Recomendación del Consejo de la OCDE para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada el 26 de noviembre de 2009, EXHORTA a todos los países para crear conciencia entre sus servidores públicos con respecto a sus leyes internas sobre tentativas de corrupción y cohecho con el propósito de detener esas tentativas de corrupción y la aceptación de pagos de facilitación (Apartado VII).

¹⁴ Téngase presente, además, que, tanto la cuantía del soborno como el producto de la corrupción, o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto, están sujetos a “embargo y confiscación”, utilizando la misma terminología del Convenio OCDE. Véanse los arts. 127 y ss. CP.

considerada como un elemento subjetivo del tipo (De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, 2001-2002, p. 20; cfr. Fabián Caparrós, 2003, p. 105). De esta manera, la presencia o ausencia de tal elemento determina ya la tipicidad o atipicidad de la acción, siendo, por tanto, algo distinto del dolo (Rodríguez Mourullo, 1977, p.254; Muñoz Conde y García Arán, 2015, p. 296; Mir Puig, 2016, p. 287; Luzón Peña, 2016, pp. 222-223). En definitiva, creo que es preferible entender que el tipo de tendencia del artículo 286 ter CP requiere esa especial finalidad, como elemento subjetivo, a que sea necesario un dolo específico en la conducta del sujeto (Fabián Caparrós, 2003, p. 105).

6. Participación

El artículo 1.2 del Convenio OCDE se refiere a la punición de conductas¹⁵ que pueden ser interpretadas de manera equivalente a los comportamientos recogidos en los artículos 27 y siguientes del CP. Así, la *incitación* y la *instigación* tendrían su equivalencia en la inducción del artículo 28 a) CP, mientras que el *auxilio* podrá ser contemplado, según los casos, como cooperación necesaria o complicidad de los artículos 28 b) o 29 del CP, y la *autorización*, como autoría por omisión o como cooperación (Fabián Caparrós, 2003, p. 117). De todas formas, el inductor realiza ya el tipo penal, al establecerse en el artículo 286 ter CP la punición de la conducta realizada “por sí o por persona interpuesta”, la cual puede ser evidentemente un inducido (De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, 2001-2002, p. 24).

Aunque se ha criticado que, desde la perspectiva de la punibilidad, la norma sanciona únicamente a uno de los dos sujetos cuya intervención es imprescindible para cometer el delito (el particular), se ha entendido, sin embargo, que penalizar la conducta del agente público extranjero no habría sido la solución acertada ni la más realista (Fabián Caparrós, 2003, p. 88; Núñez Paz, 2003, p. 197). En todo caso, el Código Penal español ha seguido las pautas marcadas por el Convenio de la OCDE y de la legislación anticorrupción norteamericana que le sirve de modelo, como la *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, la *Trade Act* de 1988 y la *Internacional Anti Bribery and Fair Competition Act* de 1998 (Cugat Mauri, 2004, p. 2118, nota 169), cuyo pragmatismo al respecto es más que evidente.

7. *Iter criminis* y formas imperfectas de ejecución

El delito se consuma con el mero intento de corromper a la autoridad o al funcionario público, sin que sea preciso que aquél acepte, y mucho menos que realice el acto al que se había comprometido en contraprestación por el ofrecimiento, promesa o concesión de un beneficio o ventaja indebidos. La efectiva aceptación de la oferta por parte del funcionario, así como su actuación posterior, son irrelevantes a efectos de la consumación del delito, pues el delito queda perfeccionado con el acuerdo o su intento.

En cuanto a la *tentativa* propiamente dicha, debe ser castigada de la misma forma que en el derecho interno. Y esto es precisamente lo que se hace en el art. 286 ter al castigar a quienes intenten corromper al funcionario público con la misma pena que al que efectivamente corrompe (art. 1.2 Convenio OCDE). Se equiparan así conductas de mera tentativa a la consumación, con un adelantamiento de las barreras de protección penal. Esto supone que, una vez lanzada la oferta corruptora por parte del sujeto activo, su desistimiento voluntario posterior carecerá de relevancia (De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, 2001-2002, p. 24).

¹⁵ “Cada Parte tomará todas las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la incitación, el auxilio, la instigación o la autorización de un acto de corrupción de un agente público extranjero”.

Respecto a la punición de los denominados por la doctrina *actos preparatorios punibles* —esto es, la conspiración, la proposición y la provocación—, el Convenio OCDE sólo hace referencia a la *confabulación*, que podríamos equiparar a la conspiración (art. 17.1 CP). La posibilidad de su castigo no está prevista ni contemplada en el tipo penal, lo que parece razonable a la vista de la regulación española en la que existe ese anticipo de las barreras de protección penales, aunque así lo prevea el Convenio.

8. Penalidad

El marco penal desde la reforma de 2015 es, resumidamente, el siguiente:

- a) Para el tipo básico, las penas de *prisión* de tres a seis años (al ser superior a dos años, no es aplicable la suspensión ordinaria del art. 80.1 CP), “multa por cuotas diarias” de doce a veinticuatro meses (salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa pasará a ser *proporcional* y se determinará del tanto al triplo del montante de dicho beneficio); así como “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 la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años”.
- b) Para los tipos agravados del art. 286 quater, las penas en su mitad superior, pudiéndose alcanzar incluso las penas superiores en grado.

Debe llamarse la atención sobre la modificación operada en 2015 respecto a las penas a imponer, pues no parecía muy lógico que, hasta la reforma de 2010, siguiendo las remisiones a las penas que se establecían con los delitos de cohecho, la multa se estableciera sobre el valor de la contraprestación y no sobre el del beneficio obtenido o pretendido.

Como hemos visto, en el texto del art. 286 ter, además de la pena de prisión, la multa se establece del tanto al triplo del montante del beneficio. Una consideración de este tipo se hacía en las Recomendaciones de 2006, pues fijar el *quantum* de la pena de multa en función de la dádiva ofrecida parecía hacer depender a aquel de la mayor o menor facilidad para corromper al funcionario público. Téngase presente, además, que, tanto la cuantía del soborno como el producto de la corrupción, o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto, están sujetos a “embargo y confiscación”, utilizando la misma terminología del Convenio OCDE.

Esta previsión del Convenio está cubierta respecto del tipo penal contemplado en el art. 286 ter por mor del contenido del art. 127 bis1.g, que establece el decomiso de las ganancias o beneficios obtenidos en actividades delictivas en la corrupción en los negocios¹⁶, incluso con base en prueba indiciaria. Por otro lado, se contempla el decomiso de valor equivalente o por sustitución (art. 127.3), así como, aun de manera farragosa y a veces redundante, el decomiso ampliado a otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho, cuando el decomiso no hubiera podido llevarse a cabo en todo o en parte (art. 127 quinquies, 127 sexies y 127 septies).

¹⁶ En caso de terceros afectados por el decomiso, deben seguirse las reglas sobre el decomiso autónomo (art. 803 ter LECr.).

9. Competencia y corrupción pasiva

La no previsión en el actual artículo 286 ter (como tampoco en el anterior art. 445) del castigo de la corrupción *pasiva* acarrea la impunidad del funcionario público extranjero en estas conductas, a pesar de que pueda tratarse de un funcionario de la Unión Europea o de una organización internacional (art. 427 CP).

Para la aplicación *extraterritorial* de la ley penal española, ha de atenderse, en primer lugar, al principio de territorialidad, y los hechos sólo podrán ser castigados si se realizan en el territorio español. El cohecho pasivo del funcionario extranjero sólo podría ser castigado si, además de cometerse en territorio español, se pudiera incluir en los arts. 419 o 421 CP, y más ahora, con la redacción del nuevo art. 427 CP¹⁷ (Rodríguez Puerta, 2016).

No obstante, se ha mantenido que el funcionario público extranjero que solicita dádivas del particular español podría ser sancionado como inductor al delito del CP art.286 ter si el particular español procede a la entrega o realiza una promesa u ofrecimiento de entrega, siendo esta la vía a través de la cual pueden encauzarse sus actos siempre que los tribunales españoles sean competentes; por ejemplo, porque la solicitud de la dádiva se realiza en territorio español.

La otra posibilidad —esto es, atender al principio real o de protección— plantea la duda de si esta figura delictiva cabe incluirla entre los delitos contra la Administración pública española (art. 23.3 h LOPJ); y, en cuanto al principio de justicia universal, si bien los delitos de corrupción en las transacciones económicas internacionales se encuentran entre los delitos perseguibles en España (art. 23.4 n LOPJ), no debe olvidarse que en el CP 286 ter únicamente cabe penar al particular.

La restricción al cohecho activo en el Convenio OCDE obedece a razones pragmáticas, pues la sanción al funcionario extranjero estaría ya cubierta por su propio derecho y, además, la sola pretensión de intentar juzgar la corrupción de tal funcionario en un país que no es el suyo daría origen a numerosos conflictos internacionales (Nieto Martín, 2010, p. 548). No estando previstos en el Convenio de la OCDE ni el principio real o de protección ni el de justicia universal¹⁸, sólo los mecanismos de cooperación internacional, como el instituto de la extradición o la Orden Europea de detención y entrega¹⁹, facilitarán la persecución y castigo de los comportamientos de corrupción en las transacciones económicas internacionales.

Desde luego, todo sería más sencillo si el legislador español, con independencia del origen del tipo penal en el Convenio OCDE, acometiese en este marco específico de corrupción en la realización de actividades económicas internacionales la reforma del tipo penal y tipificase ahí expresamente los comportamientos de corrupción pasiva. Base, en otros documentos internacionales, y ratificados por España, tiene para ello.

¹⁷ También se ha señalado que, en mérito del principio de personalidad y conforme a la teoría de ubicuidad, “el hecho puede entenderse cometido también en España si los fondos de los que proviene el soborno son de empresas que residen en España, con independencia del destino de la transferencia” (García Albero, 2015, p.575).

¹⁸ Aun cuando nuestro legislador pudo establecer una excepción de territorialidad, como hizo en el artículo 301.4 CP, en referencia al blanqueo de dinero, lo que no ha hecho “afortunadamente”, según Fabián Caparrós (2003, p. 152). Sobre ello, véase Díaz-Maroto y Villarejo (1999, pp. 33-34).

¹⁹ Incorporada a nuestro derecho interno mediante la Ley 3/2003, de 14 de marzo, y actualmente contemplada en los arts. 34 a 62 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Bibliografía

- ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R. (2006), “La corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”. En *La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa*, suplemento al nº 2015 del *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, pp. 207-216.
- ALONSO GALLO, J. (2011), “Los programas de cumplimiento”. En DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Pamplona, pp. 143-199.
- BENITO SÁNCHEZ, D. (2012), *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Iustel, Madrid.
- BENITO SÁNCHEZ, D. (2015), “Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo”, *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, núm. 63, vol. 1, pp. 205-228.
- CUGAT MAURI, M. (2004), *Comentarios al Código Penal, Parte especial*, (Córdoba Roda-García Arán dirs.), tomo II, Marcial Pons, Madrid.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I. (2001-2002), “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, *Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, núm. 4, pp. 9-29.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J. (2004), *La respuesta a la corrupción pública*, Comares, Granada.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (1999), *El blanqueo de capitales en el Derecho Español*, Dykinson, Madrid.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (2007), “El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código Penal)”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6740, pp. 1 y ss.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (2011), “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, pp. 607-627.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (2016a), “Globalización, corrupción y delincuencia económica”. En: BACIGALUPO, S., FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. y ECHANO BASALDUA, J.I. (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 845-869.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (2016b), “Delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. En: MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento Práctico Penal 2017*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, pp.1333-1346.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2010), “Responsabilidad de personas jurídicas”. En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.), *Memento experto. Reforma Penal 2010*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. (2003), *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FARALDO CABANA, P. (2012), “¿Se adecua el derecho penal español al Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales?: avance de resultados de la evaluación en fase 3”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 66, núm. 2148, pp. 1-20.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016), “Los requisitos del art. 31 bis”. En: BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2017), “El delito de corrupción de agentes públicos en actividades económicas internacionales del artículo 286 ter CP como delito contra

- la competencia a través de la corrupción”, *Diario La Ley*, núm. 8987, de 25-5-2017, pp. 1 y ss.
- GARCÍA ALBERO, R. (2015). “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”. En: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona.
- LUZÓN PEÑA, D.M. (2016), *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- MIR PUIG, S. (2016), *Derecho penal, parte general*, 10ª ed. revisada, Ed. Reppertor, Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. (2015), *Derecho penal, parte general*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- NIETO MARTÍN, A. (2010), “Corrupción en las transacciones económicas”. En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.), *Memento experto. Reforma Penal 2010*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, pp.543-552.
- NÚÑEZ PAZ, M. Á. (2003), “La corrupción en el ámbito de las transacciones internacionales”. En: DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. y FABIÁN CAPARRÓS, E. (coords.), *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Colex, Madrid.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (2002), “Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. En: LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (2006), “Los delitos contra la Administración Pública”. En: MIR, S. y CORCOY, M. (dirs.), *Nuevas tendencias en Política Criminal*, B de F, Buenos Aires.
- OTERO GONZÁLEZ, P. (2016), “Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma por la LO 1/2015 (Análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 bis y 286 ter CP)”. En: VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J. M. y TEJEDOR BIELSA, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbito, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, pp. 451-496.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1977), *Derecho penal, parte general*, Ed. Civitas, Madrid.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (2009), “Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español”. En: *Estudios de Derecho penal económico*, Pamplona, pp. 253-282
- RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. (2016). En: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Aranzadi, Cizur Menor.