

# La aportación del marco penal español para erradicar la corrupción transnacional: una doble vía inacabada

## The contribution of the Spanish criminal law to eradicate transnational bribery: half way through a dual system

Pablo Arvelo Rodríguez  
 Universidad Carlos III de Madrid  
[100316448@alumnos.uc3m.es](mailto:100316448@alumnos.uc3m.es)

### Cita recomendada:

Arvelo Rodríguez, P. (2019). La aportación del marco penal español para erradicar la corrupción transnacional: una doble vía inacabada. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 135-165.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5009>

Recibido / received: 25/03/2019  
 Aceptado / accepted: 07/08/2019

### Resumen

El objetivo del presente estudio es proceder a un análisis crítico de la normativa española en materia de corrupción internacional. Además de las cuestiones generales, se abordan aspectos controvertidos de la materia, como la inclusión de los pagos de facilitación, el concepto de transacción económica internacional, la relevancia del error de tipo en estos casos o la esterilidad de ciertos instrumentos de represión por cuestiones procesales. Este análisis aboca a concluir la necesidad de determinadas reformas legislativas, fundamentalmente de la LOPJ; si bien estas parecen ser tan pertinentes como una serie de medidas de concienciación social.

### Palabras clave

Cohecho, transacción económica internacional, pagos de facilitación, principio de personalidad activa, pseudo-atipicidad.

### Abstract

*The aim of this research is carrying out a critical analysis about the Spanish law concerning international bribery. After studying the general matters, some controversial aspects regarding the topic are addressed, such as the inclusion of facilitation payments, the concept of international business, the importance of the so called "error de tipo" in these cases or the futility of certain rules because of procedural issues. This analysis leads to conclude that committing reforms in this field is necessary, especially in the procedural aspect. Yet, such reforms seem to be as relevant as a battery of policies to promote greater social awareness.*

**Keywords**

*Bribery, international business, facilitation payments, active personality principle, “pseudo non-criminality”.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Inclusión y evolución del delito. Redacción y situación actual. 3. El bien jurídico protegido. 4. Sujetos del delito: autoridades o funcionarios públicos, y personas físicas y jurídicas. 5. Conducta típica. 5.1.1. Elementos objetivos del tipo. 5.1.1.1. El contenido de la «mordida» (el objeto). 5.1.1.2. La acción respecto a la «mordida» y la irrelevancia del artífice (la acción). 5.1.1.3. La autoridad o funcionario público (el sujeto pasivo) 5.1.1.4. Las actividades económicas internacionales (el contexto). 5.1.1.5. El elemento temporal (el momento). 5.2. Elementos subjetivos del tipo. 5.2.1. El dolo. 5.2.2. La finalidad de conseguir un contrato o ventaja competitiva 6. El problema de los pagos de facilitación. 7. Tipos agravados, y circunstancias atenuantes de interés. 8. Problemas concursales. 9. El enjuiciamiento de estos delitos en España. El principio de territorialidad y su excepción: el principio de personalidad activa. 10. La situación concursal y la atipicidad parcial impropias derivadas de la cuestión jurisdiccional. 11. El eventual problema de las inmunidades. 12. Iniciación de la causa, tribunal competente y procedimiento. Breve mención a un eventual problema de ejecución. 13. La jurisprudencia: entre la exigüidad y la ausencia. 14. Conclusión.

**1. Introducción**

La corrupción es un fenómeno de diversas caras que se materializa a muchas escalas. En la internacional, atajar las corruptelas resulta normalmente más complejo que en el plano interno, aunque se prevén mecanismos al efecto. Entre ellos, y para esa vertiente de la corrupción que involucra a un particular y a un agente público que resulta de alguna manera sobornado, destaca un sistema de castigo en el país de origen del pagador del soborno. Este mecanismo tiene especial sentido cuando la corrupción afecta a instituciones de países en vías de desarrollo, con contextos jurídico-políticos que no favorecen una persecución interna de las corruptelas lo suficientemente vehemente. El sistema, en el que participa nuestro ordenamiento jurídico, se ha concretado tradicionalmente en el delito de cohecho a funcionario público extranjero en el seno de transacciones económicas internacionales, sito inicialmente en el artículo 445 bis del Código Penal (en adelante CP), posteriormente en el 445 y, por último, en el actual 286 ter. Amén de las reubicaciones y matices que ha recibido este delito, en 2015 la novedad ha sido todavía mayor, pues se ha pasado a atajar la cuestión mediante dos vías, de manera que el mencionado tipo penal ya no actúa en solitario.

De un lado, se encuentra el artículo 286 ter CP<sup>1</sup> que acaba de aducirse. De otro están los tipos generales de cohecho de los artículos 419 y siguientes del CP,

<sup>1</sup> 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 prisión de tres a

pertinentes también en estos casos por la ampliación del concepto de autoridad o funcionario público, que bien puede ser «de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero». Es a través de este esquema dual como se procede al análisis de la cuestión en el presente estudio, en el que se contraponen las diferencias de los tipos, su conciliación y su coexistencia. Conviene advertir, eso sí, que esta doble vía no responde a una persecución contumaz de este tipo de corruptelas en España. Al contrario, la Jurisprudencia es exigua, por no decir inexistente. Existe solo una sentencia que versa sobre el asunto (la SAN 3/2017), sin perjuicio de que, a la vista de las Diligencias Previas 65/2014 y 122/2015 del Juzgado de Instrucción Número 5 de la Audiencia Nacional (sobre el caso DEFEX), no es de extrañar que otras dos resoluciones sobre la materia se sumen a la referida sentencia en un futuro.

## 2. Inclusión y evolución del delito. Redacción y situación actual

La existencia de una doble vía de actuación en nuestro ordenamiento responde a otra dualidad de escala internacional. España ha suscrito varios instrumentos internacionales tendentes a la eliminación de la corrupción transnacional. Dos revisten especial trascendencia. Por una parte, 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 (el «Convenio OCDE 1997»). Por otra, el Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 (en lo sucesivo el «Convenio CDE 173»). El primero, ratificado inmediatamente tras su promulgación, es el causante del artículo 286 ter CP (antiguo 445 o 445 bis CP, según el momento). El segundo, ratificado en 2010, es el causante del tratamiento de la cuestión a través de los tipos generales de cohecho, gracias a la ampliación del concepto de funcionario del artículo 427 CP. Así, durante varios años el Convenio OCDE 1997 actuó en solitario como promotor de la adaptación de nuestro marco penal para la punibilidad de la corrupción transnacional, lo que explica en buena parte la estructura vigente del sistema y su deriva.

El primer tratamiento de la cuestión por parte de nuestro Código Penal sucedió en el año 2000. De hecho, «la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, incorporó al texto punitivo un novedoso art. 445 bis a un nuevo Título, el XIX bis, denominado “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales” ubicado inmediatamente detrás del Título dedicado a los “Delitos contra la Administración Pública» (Benito Sánchez, 2015). Así, en un primer momento, el delito no se integraba en el grupo de delitos contra la Administración Pública. Además, por esa época no existía en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esto cambia ligeramente al cabo de tres años. La Ley Orgánica 15/2003 incidió en la cuestión de una doble manera. En primer lugar, se añadió un párrafo al tipo penal que, mediante remisión al artículo 129 del Código Penal vigente en ese momento, permitía cierto castigo de las personas jurídicas, si bien todavía no eran consideradas penalmente responsables. En segundo lugar, se modificó la ubicación del artículo,

---

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».

que pasó a constituir un capítulo dentro del Título de «Delitos contra la Administración Pública», en el artículo 445 CP (ya no el 445 bis CP). Dicha modificación, que no fue objeto de justificación en la exposición de motivos, resultó para muchos desacertada, ya que la especificidad del bien jurídico protegido por el tipo penal pasaba desapercibida en la nueva ubicación normativa, junto a los tipos generales de cohecho (Benito Sánchez, 2015).

A pesar de las variaciones, el principal problema que todavía enfrentaba nuestra normativa de cara al exterior era el de la condescendencia del tratamiento que se dispensaba a las personas jurídicas, pues a pesar del parche que supuso la reforma de 2003, seguían sin ser penalmente responsables. Esto, sumado a las necesidades de tipificación surgidas a raíz de instrumentos comunitarios, desembocó en una nueva reforma, incluida en la Ley Orgánica 5/2010, que introdujo una extensión del concepto de funcionario público a los efectos del delito de cohecho en el artículo 427 CP, incluyendo a funcionarios de la Unión Europea y, ahora sí, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mediante el referido artículo 427 en relación con el artículo 31 bis CP.

Llegados a este punto, el artículo 445 CP cumplía, desde un punto de vista teórico, la mayor parte de las exigencias del Convenio OCDE. Conforme a las exigencias del referido instrumento, resultaba típico el cohecho activo a funcionario público extranjero en el seno de transacciones económicas internacionales y con la finalidad de obtener un beneficio o ventaja. Y es que es esta modalidad concreta de cohecho, y no otras, es la que ha de castigarse conforme al Convenio OCDE 1997.

El problema entonces consistió en el nacimiento de nuevas obligaciones con ocasión de la ratificación del Convenio CDE 173. Habida cuenta de que este Tratado instaba a los Estados Parte a tipificar el cohecho a funcionario público extranjero, tanto activo como pasivo, el marco jurídico alcanzado en 2010 resultaba insuficiente. Y no solamente porque el cohecho pasivo no recibía reprimenda en nuestro ordenamiento, sino porque la dispensada al cohecho activo quedaba supeditada a su realización en el contexto de transacciones económicas internacionales. Así las cosas, la reforma penal practicada por la Ley Orgánica 1/2015 atajó esta cuestión.

La solución dada, no obstante, obvia a mi entender los solapamientos que existen entre la finalidad del Convenio OCDE 1997 y el Convenio CDE 173. Digo esto porque por un lado se ha mantenido el tipo penal del 445, aunque reubicado ahora fuera del Título de «Delitos contra la Administración Pública», en un nuevo artículo 286 ter inserto en la Sección Cuarta («Delitos de corrupción en los negocios»), del Capítulo XI del Título XIII («Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico») del Código Penal. Paralelamente, se ha reformado el artículo 427 CP, que ahora extiende la aplicación de los tipos generales de cohecho a quien ostente la condición de autoridad o funcionario con independencia de la Administración a la que presten servicio (nacional o extranjera).

Asimismo, la reforma de 2015 introduce ligeros cambios en el tenor del antiguo artículo 445, ahora 286 ter. De un lado, el beneficio o ventaja que se aspira obtener por el pagador ya no ha de ser necesariamente «irregular», y de otro, el límite inferior de la pena de prisión asociada al delito se eleva de los dos a los tres años.

Así las cosas, existen en la actualidad dos vías de castigo para el cohecho de dimensión internacional: el artículo 286 ter CP, que castiga el cohecho activo solamente en el seno de transacciones económicas internacionales y con la finalidad de conseguir una ventaja o beneficio en el desarrollo de las mismas; y el artículo 419 y siguientes, que castiga todo tipo de cohecho (activo, pasivo, propio e impropio), con

independencia de su aparición en transacciones económicas internacionales y de la finalidad específica que pudiera perseguir la práctica.

### 3. El bien jurídico protegido

En algunos tipos penales de nuestro ordenamiento, la cuestión relativa al bien jurídico protegido no reviste complejidad (piénsese en el caso típico del homicidio, que protege la vida). Pero, en el caso que se trata aquí, el aspecto del bien jurídico protegido no resulta claro, de primeras, respecto de una de las vías de castigo. En relación con los tipos del artículo 419 y siguientes no surgen dudas: claramente salvaguardan el buen funcionamiento de la Administración Pública. Respecto del artículo 286 ter CP, sin embargo, la respuesta no es tan tajante. De hecho, el propio legislador parece estar inseguro al respecto, como se expondrá seguidamente. Téngase en cuenta que la tipificación de este tipo de cohecho trae causa originariamente del Convenio OCDE 1997, cuya finalidad es la de erradicar el cohecho activo en transacciones económicas internacionales en aras de garantizar la libre competencia en el mercado de inversiones internacional. Esta pretensión última nada tiene que ver con la finalidad habitual de los tipos de cohecho, que quizás sean los delitos contra la Administración Pública por antonomasia.

Pero el tipo penal situado actualmente en el artículo 286 ter CP es una corrupción *sui generis*. El hecho de que la pretensión principal del mismo sea el buen funcionamiento del mercado internacional choca y es difícil de digerir hasta para el propio legislador. Prueba de ello han sido las sucesivas ubicaciones que ha tenido el tipo penal en nuestro Código. Inicialmente se incluyó en el artículo 445 bis CP, integrante único del Título XIX bis: “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. Esto fue por obra de una enmienda presentada en su día por los nacionalistas vascos, que en el momento de la tipificación del fenómeno propusieron su deslinde respecto del resto de tipos de cohecho a raíz de su carácter particular. La tesis puesta de manifiesto por los vascos, acertada, pareció olvidársele al legislador en 2003, cuando reorganizando la numeración acabó reubicando el tipo penal en el artículo 445 CP, como delito contra la Administración Pública. Desde entonces, se venía señalando por la doctrina este error (Otero González, 2016), algo de lo que el legislador parece haberse hecho eco en 2015. Es entonces cuando la ley española ha perdido su ingenuidad y, con una reubicación radical del tipo, ha calificado el delito como «de corrupción en los negocios», conforme a la finalidad principal y menos políticamente correcta, dicho sea de paso, del Convenio OCDE 1997.

Ha de reconocerse eso sí, que aun cuando por un periodo de 12 años el tipo estuvo de alguna manera mal ubicado en nuestro Código Penal, la cuestión no tenía un trasunto práctico relevante. Los vaivenes en su ubicación ponen, no obstante, de manifiesto la complejidad que reviste el acotamiento de un único bien jurídico protegido en relación con la conducta del artículo 286 ter CP. Al respecto, el legislador parece haber alcanzado la conclusión en 2015 de que el bien jurídico protegido con carácter primordial es el libre mercado y la competencia a nivel internacional. Esto es, «el correcto desarrollo del tráfico comercial, nacional e internacional, concretado en la competencia equitativa y leal» (Otero González, 2016).

Ahora bien, la situación normativa previa a ese año denota que el propio Legislador reconoce que el tipo penal también sirve para proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública, aunque sea como medio para otro fin. Esta dualidad es también afirmada por la Doctrina, que a raíz de la misma afirma un

«carácter pluriofensivo del precepto», que sirve tanto para salvaguardar la competencia, como la imparcialidad de los funcionarios públicos, si bien su «naturaleza esencialmente socioeconómica» decanta la balanza a favor de la primera de las utilidades como principal (Díaz-Maroto y Villarejo, 2018). Eso sí, en puridad y conforme a un criterio de estricta legalidad, el bien jurídico protegido sería simplemente la libre competencia en el mercado internacional para el caso del artículo 286 ter CP, lo cual ha de tenerse en cuenta para las cuestiones concursales.

#### 4. Sujetos del delito: autoridades o funcionarios públicos, y personas físicas y jurídicas.

Respecto de los sujetos del delito, ambas vías de actuación presentan grandes similitudes. En el supuesto del cohecho pasivo, este solo recibe castigo por los tipos generales de cohecho (artículo 419 y siguientes en relación con el 427 CP). Se trataría eso sí de un delito especial, en que el *intrañeus* ha de ostentar la condición de funcionario, determinándose esta atendiendo a criterios fácticos más que formales, como acostumbra el derecho penal, que se centra en el efectivo ejercicio de función pública o jurisdicción. Adviértase, eso sí, que esta modalidad de cohecho, el pasivo, carece de relevancia práctica, tanto por las carencias jurisdiccionales, por las eventuales inmunidades que pudieran intervenir, como por la práctica jurídica habitual, que tiende a ventilar la responsabilidad penal del funcionario ante los tribunales del Estado al que sirve.

Para el caso del cohecho activo, nos encontramos en los dos casos ante delitos comunes. «Los que» y «el particular que» afirman los artículos 286 ter y 424 CP respectivamente. Así, cualquiera puede ser autor del delito de cohecho activo, si bien conviene tener en cuenta varias cuestiones. De un lado, el autor habitual, dada la dinámica del mercado internacional, será una persona jurídica y no física (por lo que resulta fundamental la reforma practicada en 2010). De otro, sin perjuicio de que el delito sea común, su autor no será típicamente un funcionario en ejercicio de sus funciones, pues esto probablemente conduciría a la aplicación del tipo de tráfico de influencias. Además, a pesar de que se trate de un delito común, cuando los hechos sucedieren fuera de España, el autor de los mismos ha de ser español o tener residencia habitual en España para que pueda procederse a la derivación de responsabilidad penal, de manera que de facto no es un delito por el que se pueda imputar a cualquier particular, sino a algunos. Esta peculiaridad deriva de cuestiones procesales, eso sí, y no de la literalidad del tipo penal. Véase, de hecho, el artículo 23.4.n) LOPJ.

La diferencia fundamental entre las dos vías en sede de cohecho activo surge cuando además de los dos intervinientes típicos (el funcionario y el particular que abona la dádiva), aparecen terceros intervinientes: intermediarios que ponen en contacto al pagador y el funcionario encargándose de los trámites asociados al cohecho. En este caso, existe una asimetría de tratamiento según se actúe por vía del artículo 286 ter o del 424.

En caso de calificar los hechos como constitutivos del delito del artículo 424 CP en relación con el 427 del mismo texto, la conducta del intermediario, al no ser mencionada en el tipo penal, ha de reconducirse por las generales de la ley respecto a la participación (artículos 28 y 29 CP, en relación a la autoría, los asimilados a autores –inductores y cooperadores necesarios– y los partícipes.). Pero cuando se califique lo sucedido como un delito del artículo 286 ter CP, la cuestión cambia. Digo esto porque el tipo reza: «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». Así, en este caso, la derivación de responsabilidad penal respecto del intermediario no se cursa mediante las generales de la ley, sino que se eleva «a la categoría de autor a quien no es más que un partícipe en el hecho delictivo, colmando la laguna de punibilidad derivada de la aplicación del principio de accesoriadad de la participación» (Otero González, 2016).

A mi juicio, las razones de esta particularidad estriban en la cautela del legislador. Piénsese en el caso de un ciudadano español que ordena a un delegado comercial proceder al pago de un soborno en un país en vías de desarrollo, no siendo dicho delegado residente en España ni español. De no incluirse la expresión «por sí o por persona interpuesta» en el artículo 286 ter CP, bien podría intentarse una línea de defensa en España (de resultar el ordenante del pago procesado) que presente al español como un cómplice o inductor, a lo sumo, de la comisión de un delito sin elemento internacional (pues el autor material, el pago y el funcionario son todos del país en vías de desarrollo), indisponible por tanto a la jurisdicción española. Entiendo que, sin perjuicio de que esta tesis resulte discutible, a la vista de la equiparación al autor que el artículo 28 CP sienta para el inductor, el Legislador ha querido ser prudente y evitar se llegue siquiera a esta discusión, pues la expresión «por sí o por persona interpuesta» no permite dudar que casos como el descrito en este párrafo estarían incluidos en el artículo 286 ter CP.

## 5. Conducta típica

### 5.1. Elementos objetivos del tipo

En este apartado se realizará un análisis de los elementos objetivos de los tipos penales que castigan el cohecho activo a funcionario público extranjero<sup>2</sup>, tanto del artículo 286 ter CP como del artículo 424 CP, poniéndose así de manifiesto sus similitudes y diferencias, y ahondándose en las especificidades del primero. Se abordarán para ello los aspectos principales del tipo objetivo: el objeto, la acción, el sujeto pasivo, el momento y el entorno.

#### 5.1.1. El contenido de la «mordida» (el objeto)

El elemento característico por excelencia del delito de cohecho es la popularmente conocida como «mordida», dádiva, o pago que se hace al funcionario. El artículo 286 ter CP alude a ella como «cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase», y el artículo 424 CP se refiere a una «dádiva o retribución de cualquier otra clase». La literalidad de los tipos disipa la duda que anteriormente surgía respecto de los beneficios no patrimoniales, que actualmente se entienden incluidos en estos casos por la Doctrina, hasta el punto de que afirma que «los beneficios de carácter no patrimonial (favores de naturaleza sexual, promesas de condecoraciones, etc.) deben también quedar incluidos, por su idoneidad para corromper al funcionario público nacional o extranjero, y atacar los bienes jurídicos protegidos» (Otero González, 2016).

Nótese, asimismo, que el destino de la mordida resulta irrelevante. Si el receptor del pago la usa de manera altruista, de forma que no se beneficia de ella en

---

<sup>2</sup> Como se advertía más arriba, por su escasa relevancia práctica el cohecho pasivo no es objeto de estudio.

sentido estricto, se sigue entendiendo la existencia de un beneficio o ventaja (Muñoz Conde, 2017). Véase por ejemplo la STS 61/1998, de 16 de marzo, en que se entendió cometido el delito de cohecho aun cuando el médico (funcionario), al que se abonó el pago, utilizó las cantidades recibidas para mejorar el equipo del departamento en que trabajaba.

### 5.1.2. La acción respecto a la «mordida» y la irrelevancia del artífice (la acción)

La acción típica bien puede consistir en ofrecer la dádiva, prometerla o abonarla (aun cuando se haga esto último a requerimiento del funcionario o autoridad), pues del tenor literal de los artículos 286 ter CP y 424 CP se desprende que el delito se consuma también en aquellos casos en que, sin haber abonado la dádiva, se haya procedido a su «ofrecimiento o promesa» (art 286 ter CP), o cuando «el particular ofreciere o entregare dádiva» (artículo 424 CP). Podría pensarse que la promesa no es constitutiva de delito si se califica por vía del artículo 424 CP. No obstante, creo que este razonamiento es desafortunado, por cuanto la promesa no deja de ser una suerte de ofrecimiento. En todo caso, como quiera que la promesa y el ofrecimiento son pasos previos al abono, resulta claro que en sede de estos delitos «no son posibles, por tanto, las formas imperfectas de ejecución» (Muñoz Conde, 2017). Ciertamente es que, como señala parte de la Doctrina (Díaz-Maroto y Villarejo, 2018), existe un acto preparatorio, la confabulación, que debiera estar también castigado por el Ordenamiento penal según el Convenio OCDE 1997, y no lo está. Además, resulta irrelevante quién fuese el promotor inicial del cohecho, si el particular mediante el ofrecimiento, o el propio funcionario. La pena para el particular en caso de acceder al requerimiento para el pago de una dádiva es igual en ambos casos. Es por eso que, a efectos de la tipicidad, se afirma la irrelevancia del artífice de la práctica, sin perjuicio de la repercusión que ello pudiera tener en la concreción de la pena dentro del marco previsto en el Código Penal.

Asimismo, téngase en cuenta que, en principio, el «desistimiento voluntario posterior carecerá de relevancia» en estos supuestos (Díaz-Maroto y Villarejo, 2018), sin perjuicio de lo que se dirá más adelante respecto del artículo 426 CP.

### 5.1.3. La autoridad o funcionario público (el sujeto pasivo)

Otro elemento esencial del tipo es la cualidad del sujeto pasivo, que debe ser autoridad o funcionario público extranjero. No obstante, dicho funcionario no tiene por qué ser el beneficiario de la dádiva, pues como dice el artículo 286 ter CP serán castigados quienes corrompieren «a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero». Con todo, el beneficio de este tercero debe tener capacidad de influencia sobre la actividad del funcionario (por ser el tercero un pariente próximo, por ejemplo). Ciertamente es que en el tipo penal del artículo 424 CP no se menciona a este tercero, pero ha de entenderse igualmente incluido. Al fin y al cabo, el cohecho activo del artículo 424 CP es correlativo al cohecho pasivo de los artículos 419 y siguientes, donde se tipifica la conducta del funcionario que recibe una dádiva «en provecho propio o de un tercero», «por sí o por persona interpuesta». Por tanto, tampoco resulta necesario en sede del artículo 424 que el funcionario sea beneficiario de la dádiva, si bien mantiene vigencia lo dicho en cuanto a la capacidad de influencia sobre el agente.

Respecto del concepto de autoridad o funcionario público extranjero, contémplese el criterio fáctico aducido más arriba, consistente en el ejercicio de función pública o jurisdicción. Podrían plantearse dudas respecto al personal que, estando al servicio de empresas públicas, no ejerce función pública *strictu sensu* (piénsese en un comercial). Este colectivo no quedaría en principio amparado en la



literalidad de la norma española, ya que no ejerce jurisdicción o autoridad, y debiera estarlo conforme al Convenio OCDE 1997.

A raíz de lo anterior, pudiera plantearse a primera vista la existencia de cierto incumplimiento por parte de España del instrumento internacional. Sin embargo, analizando la cuestión en detalle no parece ser esta la situación. En dicho instrumento rige el principio de equivalencia funcional, y el hecho de que el personal al servicio de las empresas públicas pueda no tener la condición de funcionario a los efectos penales según los artículos 24 y 427 CP no impide su sanción, aunque esta se reconduzca a través del artículo 286 bis y no el 286 ter CP. Siendo punible la conducta de estas personas, aun por distinta vía, entiendo que se da cumplimiento a las obligaciones internacionales. Además, los Comentarios Sobre la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, aprobados paralelamente al Convenio OCDE 1997 (en adelante los «Comentarios al Convenio») abren la mano en relación con este tipo de personas. De hecho, dice el Comentario 15 «Deberá considerarse que un servidor de una empresa pública cumple una función pública a menos que la empresa opere en forma comercial normal en el mercado del sector, es decir, de una manera sustancialmente equivalente a la de una empresa privada, sin subsidios preferenciales ni otros privilegios». Así, en estos casos España ni siquiera tendría obligación de tipificar la cuestión, si bien esta se ventilaría igualmente por vía del artículo 286 bis CP, en su caso.

#### 5.1.4. Las actividades económicas internacionales (el contexto)

Hasta el momento se han venido tratando elementos típicos tanto del artículo 286 ter CP como del 424 CP. Esto cambia aquí, pues las actividades económicas internacionales son un elemento que hace acto de presencia exclusivamente en el artículo 286 ter CP, lo que redundaría en su especialidad. Para el caso del artículo 424, ningún contexto específico se requiere.

Paradójicamente, el concepto de «actividades económicas internacionales» (como se denominan en el Código Penal) o el de «transacciones comerciales internacionales» (nombre que reciben en el Convenio OCDE 1997) no merece habitualmente por la Doctrina un estudio pormenorizado. Al contrario, se da por sentada la noción y se pasa al estudio de otras cuestiones técnicas. No obstante, considero que acotar el concepto resulta fundamental, en tanto que elemento del tipo constitutivo de la especialidad respecto del artículo 424 CP.

Vaya por delante que la naturaleza de la transacción puede ser diversa y según el Considerando Primero del Convenio OCDE 1997 ésta bien puede consistir en el comercio o la inversión. Además, como quiera que se alude al fenómeno como «actividades económicas internacionales», bien podría incluirse también la prestación de servicios. Lo más delicado, a mi entender, es la delimitación del alcance del concepto «internacional». Y es que dada la transacción, la internacionalidad puede venir dada tanto por el objeto (las contraprestaciones: la mercancía, el objeto o el dinero) como por el sujeto (los distintos intervinientes).

Pues bien, como quiera que lo que aquí se estudia es a la postre una responsabilidad penal, y tal responsabilidad es subjetiva, personalísima e intransferible, de manera que, si se quiere, la reprimenda penal del ordenamiento es de algún modo *intuitu personae*; entiendo que de entre los criterios posibles el subjetivo ha de tener, como poco, un papel principal. Para que exista una transacción económica internacional es necesario, a mi juicio, que los sujetos intervinientes en el cohecho presenten nacionalidades distintas. Ello no quiere decir, no obstante, que la

persona que efectúa el pago haya de ser necesariamente extranjera, pues bien puede ser un nacional obrando en calidad de intermediario por orden de un extranjero (véase lo mencionado más arriba en relación con los sujetos), en cuyo caso sigue existiendo la transacción económica internacional y la tipicidad de la conducta.

Pero, ¿es suficiente el elemento subjetivo para determinar la internacionalidad? A mi entender, se trata de una condición necesaria pero no suficiente. Considero que el elemento objetivo ha de ser también internacional, o por lo menos, potencialmente internacional. Piénsese por ejemplo en un nacional español, afincado en México, que abona una dádiva a las autoridades para conseguir que a su empresa, constituida en México, se le adjudique un contrato menor de jardinería de un ayuntamiento pequeño al que concurrían otras empresas mejicanas. En este caso hace acto de presencia la internacionalidad en su vertiente subjetiva. Ahora bien, en la objetiva no ocurre lo mismo: los fondos provienen de la mercantil constituida en México y las autoridades son mexicanas. Además, dada la envergadura menor del contrato, en absoluto se tiene interés en el mismo por parte del mercado internacional. Así, no se daña el bien jurídico protegido por el Convenio OCDE 1997, que es la libre competencia a nivel internacional, sino otro, la libre competencia a escala local. Es por ello que entiendo que ha de concurrir, o ha de ser factible que concorra, cierto elemento objetivo de la internacionalidad para que nos encontremos ante una transacción económica internacional y la conducta sea típica. Así, por ejemplo, si el mismo caso se hubiere dado para la jardinería de Ciudad de Méjico y se hubiese abierto un proceso de licitación en el que mostraren interés empresas de otros países, la situación sería bien distinta.

Por todo lo dicho, entiendo que para que exista una transacción comercial internacional es necesaria la concurrencia de un elemento internacional en su vertiente subjetiva en todo caso, y también la existencia, aun potencial, de un elemento internacional objetivo.

### 5.1.5. El elemento temporal (el momento)

El momento del tiempo en que sucede el cohecho también resulta relevante y constituye una nota diferenciadora entre los artículos 286 ter y 424 CP. Como señala Benito Sánchez,

la doctrina ha distinguido, tradicionalmente, entre el cohecho antecedente y el cohecho subsiguiente en función del momento en el cual se lleva a cabo el acuerdo entre el funcionario público y el particular. El cohecho antecedente es aquél que tiene lugar antes de adoptarse el concreto acto objeto de soborno, y el cohecho subsiguiente, también llamado cohecho como recompensa, es aquél en el que el acuerdo o intento de acuerdo entre ambas partes se produce una vez que el funcionario ya ha adoptado el acto (Benito Sánchez, 2013).

El artículo 286 ter CP se refiere a los pagos efectuados por el particular «con el fin de que actúen [los funcionarios] o se abstengan de actuar», pero no por “haber actuado». Parece así, que este tipo penal sólo castiga el cohecho activo antecedente y no así el subsiguiente, esto es, sólo se sanciona el cohecho propio y no el impropio. Esto contrasta con la situación del artículo 424 CP, en la que tradicionalmente se entiende incluido el cohecho antecedente, subsiguiente, e incluso el practicado sin relación directa con un acto concreto, sino en consideración al cargo (es decir, tanto el propio como el impropio).

Ahora bien, esta atipicidad teórica del cohecho subsiguiente en el artículo 286 ter CP bien puede difuminarse en la práctica. Digo esto porque, estando probado que el pago sucedió con posterioridad al acto, habrá que estar a la libre valoración de la

prueba que haga el Tribunal, que es susceptible de determinar que el abono subsiguiente responde en realidad a una promesa previa, que sí es típica conforme al artículo 286 ter CP.

## 5.2. Elementos subjetivos del tipo

Vistos los elementos objetivos de los tipos penales, se procede ahora al análisis de los subjetivos, fundamentalmente el carácter doloso y la finalidad concreta que en uno de los tipos penales ha de suceder. .

### 5.2.1. El dolo

Ni en la redacción del artículo 286 ter CP ni en la del artículo 424 CP se menciona la imprudencia, ni existe en el Código Penal artículo alguno que castigue la conducta a título imprudente. Así, de conformidad con lo dispuesto en el art. 12 CP, la conducta habrá de ser necesariamente dolosa para su punibilidad.

De entre los distintos elementos objetivos que han de quedar abarcados por el dolo, existe uno en especial que puede resultar controvertido: el carácter indebido de la prestación. Desde el momento en que el requerimiento de la cantidad o beneficio esté revestido por una razonable apariencia de legitimidad, entiendo que, salvo prueba en contrario, no concurre dolo respecto del carácter indebido del pago. Así, existiría un error de tipo que, en este caso, haría desaparecer siempre la responsabilidad penal al amparo del art 14 CP, pues no se castiga la conducta en su forma imprudente.

Cuando sea el funcionario el que requiera al pago de una cantidad, habrá que estar entonces a la apariencia de legitimidad del requerimiento y su contenido. Desde el momento en que exista una apariencia mínima de legitimidad, de forma que la no comprobación del verdadero destino de los fondos requeridos pueda ser calificada como imprudente, se extinguirá la responsabilidad penal (pues cuando el error de tipo es vencible, se excluye el dolo y la conducta no se castiga como imprudente). Así, parece que sólo los casos en que el requerimiento sea perentorio, obvio o no conste, resultará finalmente punible el acceso al pago. En otros supuestos, como por ejemplo si el funcionario o autoridad falsificase un documento oficial para requerir la cantidad, incluyendo conceptos y procedimientos propios de ese tipo de operaciones, no existiría responsabilidad penal a la postre. Puede plantearse el caso limítrofe en que se hace un requerimiento con todas las formalidades, (por ejemplo, se comete por parte del funcionario una falsedad de documento oficial en que se pide una cantidad), pero éste comporta a todas luces la petición de una cantidad indebida (por ejemplo, en el documento antes mencionado se solicita una cantidad sin indicarse concepto alguno). En este caso, parece que, a pesar de las formas, sería lógico imputar el delito a título de dolo eventual. Naturalmente, esto no será aplicable cuando sea el propio particular quien promueva el abono de una cantidad.

Por otra parte, la Jurisprudencia ha afirmado que en el delito de cohecho activo no basta con conocer todos los elementos del tipo y obrar en consecuentica, sino que es necesario el propósito concreto de corromper o intentar corromper (STS 1417/1998), existiendo así una suerte de dolo específico.

### 5.2.2. La finalidad de conseguir un contrato o ventaja competitiva

Amén del dolo, existe otro elemento a reseñar como parte del tipo subjetivo, que es exclusivo del artículo 286 ter CP. Se trata de la cuestión teleológica que se desprende del referido artículo, cuando afirma que la conducta ha de realizarse «con el fin de que actúen [el funcionario o la autoridad] 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». Así, para que el cohecho sea constitutivo del delito del artículo 286 ter es necesario que este aspire a un fin muy concreto, y no a cualquier tipo de corrupción del funcionario. Así, por ejemplo, la dádiva que se da a un policía para que haga la vista gorda de una multa, por ejemplo, no tiene cabida en este artículo, entre otras cosas, por este motivo. Y es que, como señala la Doctrina, el artículo 286 ter CP contempla un «delito de tendencia interna trascendente» (Fabián Caparrós, 2003).

Conviene mencionar asimismo que el acotamiento legal de esta tendencia interna ha cambiado en 2015. Antes, el artículo 445 exigía que el pago fuera hecho «para conseguir o conservar un contrato y otro beneficio irregular», mientras que el actual artículo 286 ter CP indica que ha de efectuarse «para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva». Así, se elimina el adjetivo irregular y se amplía la posible finalidad del pago al incluir la expresión «cualquier otra ventaja competitiva». En cuanto a la eliminación del término «irregular», parte de la Doctrina señala que, con ella, se amplían las conductas punibles, por cuanto tal irregularidad era interpretada antes como síntoma de que el cohecho activo era constitutivo de delito sólo cuando estuviere asociado a un cohecho pasivo en el que el funcionario atentaba contra los deberes inherentes a su cargo (Otero González, 2016). Ahora, la ausencia del vocablo hace pensar que también serán castigados los casos de cohecho activo asociados a un cohecho pasivo en que no se quebranten los referidos deberes. Eso sí, los casos de cohecho de recompensa, dada la vaguedad del motivo del abono que en ellos se aprecia, siguen sin quedar incluidos, a mi entender. Sin perjuicio de esto, entiendo que la eliminación del término «irregular» resulta conveniente, además, porque tal irregularidad habría de dirimirla un juez penal español conforme a Derecho administrativo extranjero, lo que volvía mucho más complejo el eventual proceso a que dieran lugar los hechos.

## 6. El problema de los pagos de facilitación

Vistos los elementos objetivos y subjetivos del tipo, parece que una menor relevancia o envergadura del cohecho activo no tendría efecto sobre la tipicidad. De hecho, como se expondrá más adelante, ni siquiera existe un tipo atenuado por esta razón. Pero hay ciertos casos en que se abona una dádiva de levedad palmaria, por cuanto consiste en pequeñas cantidades que pretenden una simple agilización de procedimientos administrativos. Este tipo de dádivas son conocidas como pagos de facilitación, y su tipicidad resulta bastante controvertida a día de hoy, a pesar de lo que pudiera parecer tras una primera lectura de los tipos penales, que no hacen concesión al respecto. Así, en este apartado trataré el origen de la controversia, así como los distintos argumentos a favor y en contra del carácter típico de los pagos de facilitación.

En un primer momento, cuando la voz cantante en la materia era la estadounidense, los pagos de facilitación resultaron excluidos. Al fin y al cabo, el Convenio OCDE 1997 replicaba de alguna manera la estadounidense *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, en la que quedaban excluidos los pagos de facilitación (y

todavía hoy lo están). Así, en los Comentarios al Convenio, concretamente el Comentario 9, se afirma: «Los pagos de facilitación no constituyen pagos hechos para obtener o quedarse con negocios o con otra ventaja indebida dentro del significado del párrafo 1 y, por consiguiente, tampoco son un delito». La controversia surge a partir de 2009, cuando el Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, en el seno de la OCDE, evacúa una recomendación<sup>3</sup> que cambia de criterio y pugna por la tipicidad de los pagos de facilitación. Así, desde entonces la doctrina se encuentra dividida acerca de la tipicidad de los pagos de facilitación en España.

Por un lado, una corriente doctrinal entiende que los pagos de facilitación son ahora típicos, a la vista de la recomendación efectuada por el Consejo. Entre ellos, se encuentra Benito Sánchez, que afirma que «teniendo en cuenta que, según las indicaciones de la OCDE en su última Recomendación sobre soborno transnacional, del año 2009 deben incluirse dentro del tipo penal los llamados pagos de facilitación o pagos de engrase, esos que se entregan al funcionario público para acelerar trámites burocráticos» (Benito Sánchez, 2015). Entiendo que a esta tesis conducen además otras razones, como la ausencia de atenuante o exención para estos casos en los tipos penales, tanto del artículo 286 ter CP, como del 424 CP; y el hecho de que el pago de facilitación siempre lleva asociada la realización de un acto contrario a los deberes del cargo. Y es que hasta la más mínima agilización administrativa comporta un quebranto, como poco, del orden de despacho de los asuntos a que estuviere obligado el funcionario conforme a la ley<sup>4</sup>, lo que supone un atentado contra uno de los bienes jurídicos protegidos por la norma (aunque no tenga carácter principal para el tipo del artículo 286 ter CP): el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Por otra parte, otro sector doctrinal estima que la atipicidad persiste, a mi juicio de manera acertada. Los motivos que respaldan esta tesis son varios. No obstante, son distintos según se trate de la inclusión de los pagos de facilitación en el tipo penal del artículo 286 ter CP, o en el del artículo 424 CP en relación con el artículo 427 CP.

En lo que respecta a la inclusión de los pagos de facilitación en el artículo 286 ter CP, han de tenerse en cuenta, primeramente, las circunstancias en que el delito fue introducido en nuestro ordenamiento. En el año 2000, cuando se tipifica el delito, (entonces en el artículo 445 bis CP) se hace para dar cumplimiento a una obligación internacional contraída por España a raíz del Convenio OCDE 1997, estando en ese momento claro, a la vista de los Comentarios al Convenio, que los pagos de facilitación no quedaban incluidos. La Recomendación de 2009 es un acto posterior, no vinculante (es una mera recomendación), imputable a un Consejo de la OCDE. Así, la tipicidad de los pagos de facilitación no puede apoyarse en exclusiva en esta recomendación. Sería necesario, a mi entender, que el legislador se hiciera eco de tal recomendación, pues no nos encontramos ante una norma penal en blanco cuya

---

<sup>3</sup> La recomendación VI del documento aprobado por el Consejo reza: «en vista del efecto corrosivo de pagos de facilitación, en especial sobre el desarrollo económico sustentable y sobre el estado de derecho, que los países miembros: i. deben emprender la revisión periódica de sus políticas y enfoque sobre los pagos de facilitación para combatir eficazmente el fenómeno del cohecho; ii. deben alentar a las empresas para que prohíban o se opongan al uso de pagos de facilitación en los controles internos de la compañía, las medidas o programas de ética y cumplimiento; al reconocer que los pagos de ese tipo en general son ilegales en los países donde se hacen, y en todos los casos deben justificarse con precisión en los registros financieros y en los libros contables de esas empresas».

<sup>4</sup> Es de esperar que normalmente en la normativa interna existan normas análogas a la cita en el artículo 71.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, que afirma que «en el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia».

interpretación se remita a otra normativa, de manera que depositar el fundamento de la tipicidad de los pagos de facilitación en la recomendación supondría un grave quebranto de los principios de legalidad y tipicidad, rectores del derecho penal. Es más, defender la tipicidad conforme a este razonamiento sería incluso contrario a la corriente seguida por el Grupo de Trabajo de la OCDE que se ocupa de esta materia. Digo esto porque, en su momento, cuando había discrepancias en Derecho interno acerca del concepto de funcionario, se propuso una aplicación directa de los términos del Convenio (ni siquiera de una recomendación), y

sin embargo, el Grupo de Trabajo de la OCDE criticó esta solución, en primer lugar, porque esa técnica podía actuar en perjuicio del acusado: piénsese que un ciudadano español no sólo tendría que conocer la legislación interna española sino además todas las normas contenidas en tratados internacionales que le obligan directamente; y en segundo lugar, porque su definición podía entrar en contradicción con lo recogido en otros convenios internacionales de lucha contra la corrupción también vinculantes para España (Benito Sánchez, 2013).

En segundo lugar, la tipicidad de los pagos de facilitación, habida cuenta de la ausencia de tipos atenuados, conllevaría para el pagador una pena desproporcionada, con un ingreso en prisión ni siquiera susceptible de suspensión (pues el límite inferior de la pena es de 3 años de prisión), lo que comportaría una ignorancia mayúscula de los principios de intervención mínima y subsidiariedad del Derecho penal.

En tercer lugar, como afirma acertadamente Otero González (2016), no ha lugar la inclusión de los pagos de facilitación por cuanto éstos pretenden la agilización del procedimiento, pero no una distorsión sustantiva del mismo, y la mera agilización «no condiciona la integridad de las normas de competencia que rigen las relaciones comerciales internacionales, porque en todo caso la oferta era la más ventajosa», resultando indemne con el pago el bien jurídico protegido principalmente por el artículo 286 ter CP.

Pero en mi opinión, la razón definitiva que conduce a la exclusión de los pagos de facilitación del artículo 286 ter CP consiste en algo mucho menos abstracto de lo dicho hasta el momento: la falta de concurrencia de todos los elementos subjetivos del tipo. El artículo 286 ter CP tipifica el pago o beneficio conferido con una finalidad muy concreta, «conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales». Pues bien, como quiera que los pagos de engrase o facilitación aspiran, por definición, a agilizar un procedimiento administrativo, afirmar su existencia implica negar correlativamente que sean constitutivos del delito del artículo 286 ter CP, pues para su comisión ha de actuarse con una finalidad distinta a la de los pagos de facilitación.

En lo que se refiere a su inclusión en el artículo 424 CP (en relación con el artículo 427 CP), es cierto que muchas de las razones que se adujeron para el 286 ter CP no son de aplicación, pues en este artículo la finalidad del pagador puede ser de cualquier índole, y el bien jurídico protegido aquí es precisamente el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Así, en lo que se refiere a este tipo de cohecho activo, hay más razones de derecho material para considerar incluidos los pagos de facilitación, si bien «en todo caso, deben superar los usos sociales, que en el ámbito internacional lo habitual es que sobrepasen el umbral del valor de los regalos realizados en el cohecho tradicional» (Otero González, 2016). No obstante, las lagunas jurisdiccionales que se presentan en relación con este delito hacen que, cuando se intenten reconducir por esta vía, caigan en una atipicidad impropia o pseudo-atipicidad, igual que la que padece el cohecho pasivo del funcionario extranjero.

Por todo lo expuesto en este apartado, entiendo que a día de hoy los pagos de facilitación no pueden generar responsabilidad penal en España, si bien, como puede verse, esto se trata de una mera opinión del que suscribe y la unanimidad brilla por su ausencia en este campo.

## 7. Tipos agravados y circunstancias atenuantes de interés

Hasta el momento se han tratado las distintas vicisitudes de los tipos penales básicos. Ahora, se abordará la cuestión relativa a los tipos agravados o atenuados que puedan existir. Así, se realizará un análisis en dos partes, una respecto del artículo 286 ter CP y otra sobre el artículo 424 CP, para posteriormente abordar los eximentes o circunstancias atenuantes genéricas que pueden revestir interés.

Respecto del tipo de cohecho activo del artículo 286 ter CP, ha de tenerse en cuenta que no existe un tipo atenuado específico, por lo que resulta de aplicación el régimen de atenuantes genéricas del artículo 21 CP. Sin embargo, sí existe un tipo agravado, sito en el artículo 286 quáter CP<sup>5</sup>. En él, se definen una serie de circunstancias como agravantes específicas, y tendrán aplicación preferente a las agravantes genéricas por especialidad.

A la vista del tenor del artículo, el tipo agravado será de aplicación cuando concurra una «especial gravedad» en los hechos. La forma en que se define la agravante no puede ser más vaga, así que el legislador ha realizado una suerte de aclaración. Se incluyen, de hecho, una serie de circunstancias que han de entenderse como supuestos de especial gravedad. Eso sí, la indicación de estas circunstancias no comporta una definición alguna del término. Al fin y al cabo, dice el artículo que: «Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando». De esta manera, los supuestos descritos en el artículo no constituyen una enumeración taxativa de los casos de especial gravedad. Otros hechos, a pesar de no encajar en las condiciones referidas en los incisos a) a d) del 286 quáter CP, son susceptibles de calificarse como de “especial gravedad”, y ser reconducidos al tipo agravado, dejándose así un amplio margen de discrecionalidad al juzgador en esta materia.

Dicho esto, se hará a continuación un análisis de las circunstancias que «en todo caso» conllevan una especial gravedad:

a) «El beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado». La forma en que se define este supuesto es también imprecisa. Queda claro, eso sí, que la cuantía a que se afecta la agravación no es la del negocio o contrato, sino la del «beneficio o ventaja», es decir, la de la «mordida» que se abona al funcionario o autoridad. En cuanto al «valor especialmente elevado», en tanto que el supuesto que aquí se estudia es el pago a un funcionario extranjero, es de esperar que el pago se haga en divisa extranjera, y el carácter elevado del mismo dependa del poder adquisitivo de esa cantidad de divisa en el país en que sucede la actividad corrupta. Así, la estimación de la agravante dependerá de la casuística.

---

<sup>5</sup> Artículo 286 quáter: «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. En el caso del apartado 4 del artículo 286 bis».

Téngase en cuenta, eso sí, lo dispuesto en el artículo 250 CP para el delito de estafa y que también resulta de aplicación para otros delitos. En él se tasan cantidades determinadas que dan pie a la aplicación de varios tipos agravados: 50.000€ como suelo para la agravación más leve (art 250.1CP), y 250.000€ para una agravación más severa (art 250.2 CP). Toda vez que esta previsión se encuentra en el Título XIII, al que se adscribe el artículo 286 quáter CP, no resulta disparatado que, en un escenario en que la divisa y el poder adquisitivo de la cantidad abonada sean equiparables a los españoles, las cuantías del artículo 250 CP se utilicen por el juzgador como criterio para determinar la especial elevación de la cantidad<sup>6</sup>.

b) «La acción del autor no sea meramente ocasional». La extensión del término «ocasional» varía según la Jurisprudencia, llegando incluso a existir decisiones que entienden que lo ocasional es tal solamente cuando no se haya procedido previamente de igual forma (SAP de Burgos, de 11 de marzo de 2004), de manera que se reduce el carácter ocasional de la acción a la acción única, y desde el momento en que se realizase más de un pago, se caería en un supuesto de especial gravedad. Con independencia de esta corriente, cuya aplicación resultaría desproporcionada, lo cierto es que puede suscitarse un conflicto entre esta circunstancia agravante y lo dispuesto en el artículo 74 CP, en materia de delitos continuados. Al fin y al cabo, el acceso al pago con carácter reiterado bien puede cursarse por la circunstancia agravante del 286 quáter CP o por vía de la agravación prevista por delito continuado en el art 74 CP. Nótese que, al estar incluido el artículo 286 ter CP en el Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico), surgen dudas acerca de qué regla en materia de delitos continuados resultaría aplicable (si la del inciso primero, para los delitos en general, o el segundo, para los delitos contra el patrimonio). Como quiera que el bien jurídico protegido según el CP es el tráfico mercantil y no el patrimonio (pues los delitos se califican como “de corrupción en los negocios”), entiendo que resulta de aplicación lo dispuesto en el inciso primero (lo que cobra aún más sentido si se recuerda que el buen funcionamiento de la Administración Pública es el otro bien jurídico protegido).

El conflicto resultante (entre la agravante específica y el art. 74 CP) habrá de resolverse conforme al artículo 8 CP, que llama al criterio de especialidad como primera herramienta. Así, en el fenómeno que nos ocupa en este documento prevalecería, en su caso, el art. 284 quáter b) CP sobre el artículo 74. Huelga decir que por el principio *ne bis in idem* resulta imposible la aplicación simultánea de ambos.

En cualquier caso y a efectos prácticos, tanto el artículo 74.1 CP como el 286 quáter CP configuran a la postre una agravación relativamente similar en términos de la pena: el art 74.1 llama a la imposición de la pena en su «mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado»; y el art 286 quáter b) CP prescribe lo mismo, con la salvedad de que la pena superior en grado puede ser impuesta en toda su extensión.

c) «Se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal». Para determinar si esta agravante concurre habrá de estudiarse el artículo 570 bis y ter CP: «A los efectos de este Código 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» (art 570 bis) y «A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna

<sup>6</sup> A pesar de esto, el único caso registrado en la práctica –la SAN 3/2017–, en el que el beneficio ascendió a 70.000€, la cuestión se saldó no sólo con la aplicación del tipo básico, sino con la estimación de una atenuante analógica muy cualificada por confesión, llegándose a suspender el ingreso en prisión.



o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos» (art. 570 ter). A la vista de tal definición, puede parecer que cualquier empresa que acceda al pago de la cantidad requerida constituye una organización o grupo criminal. No obstante, se presume aquí que el pago es una cuestión colateral, de manera que la finalidad del ordenante es típicamente el establecimiento de un negocio y no el corromper al funcionario, de modo que el hecho de que intervenga una persona jurídica no conduce necesariamente a la aplicación de esta agravante.

Sobre el conflicto que eventualmente puede suscitarse de existir una organización o grupo criminal entre la agravante del artículo 286 quáter c) CP y el delito por pertenencia a una organización o grupo criminal (arts. 570 bis y ter CP), lo cierto es que carece de especial relevancia en términos prácticos. Al fin y al cabo, en casos de cohecho a funcionario extranjero, en que el delito se comete fuera de España y no existen “miras a la comisión en España”, los tribunales españoles carecerán de jurisdicción por esta vía (art 23.4 j)) LOPJ, *contrario sensu*). La antijuridicidad de la pertenencia a la organización o grupo criminal se canalizará únicamente y por entero a través de la agravación específica, en su caso.

d) «El objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad». El Legislador ha decidido que se agraven las penas cuando el negocio o contrato en torno al que gira el cohecho activo tenga que ver con «bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad», a pesar de que las conductas corruptas no tengan por qué afectar necesariamente a la prestación del servicio final. Así, la naturaleza de la actividad resulta de importancia capital, en tanto que es susceptible de ocasionar una agravación. Piénsese por ejemplo en el empresario que accede al pago requerido por un funcionario en el seno de un proceso de contratación del servicio de suministro de agua o electricidad.

Para el caso del tipo penal del artículo 424 CP, la situación es la inversa. No existe, en sentido estricto un tipo agravado, y sin embargo sí se prevén una serie de atenuantes y eximentes específicas. Eso sí, a pesar de la ausencia de tipos agravados se produce cierta modulación de la pena en función de la casuística, por estructurarse ésta en referencia a los artículos 419 a 422 CP, que castigan más severamente ciertos supuestos (compárese la pena correspondiente cuando se realiza un acto contrario a los deberes inherentes al cargo a la procedente cuando se realiza un abono en consideración al cargo).

Sí existen, no obstante, atenuantes e incluso eximentes específicas. El tipo atenuado, en el artículo 425 CP<sup>7</sup>, se refiere, como se desprende de su literalidad, a una coyuntura que nada tiene que ver con el fenómeno que aquí se plantea, de corrupción en un proceso de inversión extranjera. Así, no será objeto de estudio, pues ni siquiera cabe su aplicación analógica cuando se califique por vía del artículo 286 ter CP, pues si el pago aspira al fin descrito en el artículo 425 CP no es constitutivo del delito del 286 ter CP, por falta de un elemento subjetivo del tipo (aspira a la liberación de un familiar, no a la obtención de un contrato)

---

<sup>7</sup> Artículo 425: «Cuando el soborno mediere en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año».

Existe, no obstante, una circunstancia eximente de especial interés recogida en el artículo 426 CP<sup>8</sup>, que prevé una excusa absolutoria para el caso en que se acceda ocasionalmente a la dádiva (siendo tal carácter ocasional objeto de interpretación restrictiva, llegándose incluso a afirmar que sólo concurre cuando no se haya practicado ningún abono previamente, como dispone la SAP Burgos de 11 de marzo de 2004), y siempre y cuando se procediere a la confesión de lo ocurrido por el pagador en un plazo de dos meses. Eso sí, resulta prácticamente impensable que tal excusa surta efectos en el procedimiento, ya que la autoridad que tiene «el deber a proceder a su averiguación [de los hechos]» no es la española con carácter principal, sino la del Estado cuyo funcionario practica el requerimiento. Así, no es de extrañar que el empresario se ahorre cualquier comunicación previa a procedimiento alguno. Ahora bien, aun cuando no concurren en la práctica los requisitos exactos del artículo 426 CP, casualmente, la Jurisprudencia, en el único caso que versa sobre el fenómeno aquí estudiado (la SAN 3/2017, que será estudiada más adelante), reconoce una atenuante analógica muy cualificada por confesión, cuyo espíritu recuerda al artículo 426 CP. En cualquier caso, y precisamente por la viabilidad de los atenuantes por analogía, considero que el artículo 426, en tanto que beneficia al reo, podría aplicarse como eximente analógica para aquellos casos en que concurren sus requisitos y lo sucedido se hubiere calificado como un delito del artículo 286 ter CP<sup>9</sup>.

Amén de esto, creo conveniente comentar la eventual aplicación de dos instituciones jurídicas, el estado de necesidad y el error de prohibición, como posibles instrumentos para la atenuación de la responsabilidad penal, ya sean calificados los hechos por vía del artículo 286 ter CP o 424 CP. Por una parte, podría plantearse la existencia de un «estado de necesidad» (art 20.5 CP) del empresario, si resulta probado que no acceder al pago comportaba la pérdida del negocio en un estado avanzado de desarrollo, por ejemplo (con la consiguiente pérdida de la inversión). Esta opción es desde luego discutible, sobre todo porque la lesión que causa el particular, (ya sea en la competitividad en el tráfico mercantil internacional o en el buen funcionamiento de una Administración Pública extranjera, según se conciba el bien jurídico protegido), puede entenderse mayor que el perjuicio que sufriría la empresa, a la vista de la vertiente colectiva del mal causado por el acceso al pago. Además, la consideración del estado de necesidad, en los términos en que es definido aquí, no casa con el espíritu del Convenio OCDE 1997, a la vista de los Comentarios al Convenio OCDE 1997. De hecho, el Comentario 7<sup>10</sup> afirma que estos casos también son constitutivos de delito. Eso sí, lo anterior no impide que el estado de necesidad opere como una eximente incompleta (al amparo de los arts. 20.5 y 21.1 CP), ostentando los efectos propios de una atenuante genérica sobre la pena, aliviándola.

---

<sup>8</sup> Artículo 426: «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>9</sup> Por lo que acaba de decirse, el término «ocasional» incluido en el tipo agravado del artículo 286 quáter CP ha de tener un contenido mayor a la acción única, pues en caso contrario, podría llegarse a un absurdo: cuando la conducta fuere ocasional opera la eximente, y si no lo fuese (y entrase en juego la acepción estricta de «ocasional» que se ha dado para el artículo 426 CP), entonces se pasaría directamente de la eximente al tipo agravado del artículo 286 quáter CP, lo que haría inaplicable el artículo 286 ter CP.

<sup>10</sup> Comentario 7 de los Comentarios Sobre la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales: «También es un delito independientemente de, inter alia, el valor de la ventaja, sus resultados, las ideas de la costumbre local, la tolerancia de esos pagos por parte de las autoridades locales, o la supuesta necesidad del pago para obtener o quedarse con negocios o con otra ventaja indebida».

Por otra parte, también es probable que se plantee la cuestión del error de prohibición. Al fin y al cabo, los sujetos que llevan a cabo estas prácticas sospecharán naturalmente del carácter ilícito que las mismas tendrán sobre el papel en el país de destino. Ahora bien, buena parte del tejido empresarial desconoce la tipicidad de su conducta en el Derecho español, que normalmente no regula hechos acontecidos en el extranjero. De este modo, entiendo que el error de prohibición sucederá con frecuencia (de hecho es a mi entender lo que explica la falta de pudor con que se reconocen en España los pagos que aquí se estudian). Pero, si bien el carácter invencible del mismo es discutible, dada la publicidad de las normas y la labor de documentos como el presente, resulta factible la estimación de un error de prohibición vencible, con la consiguiente reducción de pena que este comporta según el artículo 14.3 CP.

## 8. Problemas concursales

Como quiera que existe una doble vía de castigo en nuestro Código Penal –la de los tipos generales de cohecho y la del artículo 286 ter CP–, resulta pertinente comentar la cuestión relativa al concurso de leyes que surge en sede del cohecho activo, impensable antes de 2015. Vaya por delante, eso sí, que este concurso surge solamente cuando el cohecho de particular es propio y sucede en el seno de transacciones económicas internacionales, pues caso de no ser este el contexto, falta un elemento objetivo del tipo del artículo 286 ter CP, siendo merecedora la conducta de calificarse solamente por vía del artículo 424 CP (lo que de facto la sitúa en una situación de pseudoatipicidad comentada más adelante).

Normalmente, la Doctrina, sin planteárselo demasiado, trata la cuestión como un concurso de leyes, a lo que responde una pura cuestión de sentido común, pues «algo nos dice que desde el momento en que en el Código penal hay dos o más preceptos que pueden ser aplicables a un mismo hecho, teniendo los preceptos concurrentes el mismo núcleo típico fundamental (matar, apoderarse, etc.), sólo uno de ellos puede ser aplicable, debiendo excluirse la aplicación de los otros» (Muñoz Conde, 2015).

Sin embargo, creo conveniente señalar que la cuestión no es tan obvia. Desde el momento en que parte de la Doctrina deslinda el concurso de delitos (tratado conforme a los artículos 73 y siguientes CP) del de normas o leyes (regulado en el artículo 8 CP), a partir de, entre otras cosas, el bien jurídico protegido por las normas, la clasificación del concurso se torna más compleja. Y es que, habida cuenta de que el concurso de delitos sucede cuando los tipos penales protegen bienes jurídicos protegidos distintos, y el concurso de normas cuando las normas salvaguardan el mismo bien jurídico, parece que, a la vista de la literalidad de la ley y conforme a la teoría general del delito, podría llegar a plantearse un concurso ideal de delitos en el presente caso, y no un concurso de normas. A la postre, con arreglo a la literalidad de la ley el bien jurídico protegido por el artículo 286 ter CP es el buen funcionamiento del mercado internacional de inversiones y la libre competencia a esa escala, mientras que el artículo 424 CP pretende garantizar el buen funcionamiento de la Administración Pública. Solo recurriendo al bien jurídico protegido tangencialmente por el artículo 286 ter CP creo que puede y debe estimarse la existencia de un concurso de leyes, pues lo contrario y sin perjuicio de la literalidad de la ley, sería de dudosa compatibilidad con el principio *ne bis in idem*.

Por ello, a pesar de la particular incardinación del bien jurídico protegido a efectos concursales, comparto la opinión presente en la doctrina consistente en la existencia de un concurso de leyes. Así, en principio tal concurso habría de ventilarse conforme al artículo 8 CP<sup>11</sup>, pero este resulta desplazado por una norma especial sita en el artículo 286 ter CP, que afirma que han de castigarse los hechos por vía de ese tipo penal «salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código». De esta manera, el legislador simplifica la solución del concurso, abocando a los operadores jurídicos a utilizar una fórmula sencilla para su resolución: la mayor gravedad de la pena.

En aplicación de este criterio de alternatividad, siempre será de aplicación el artículo 286 ter CP frente al artículo 424CP, pues las penas que se prevén en el 286 ter CP son mayores. Incluso para el caso más grave de cohecho activo “ordinario”, el tendente a que el funcionario ejecute un acto contrario a los deberes inherentes al cargo (artículo 424 CP en relación con el 419 CP), la pena es menos grave<sup>12</sup>.

Dicha situación es desde luego criticable. El motivo es que su efecto, la preeminencia en todo caso del tipo especial (el artículo 286 ter CP), bien podría obtenerse a través de las generales de la ley, pues el artículo 8 CP llama al principio de especialidad como primer criterio para la resolución del conflicto de normas, por no hablar de que el mismo resultado se consigue desde un enfoque práctico, como se comentará más adelante, al existir un concurso impropio por imperativo procesal cuando los hechos suceden en el extranjero. Sea como fuere, resulta claro que a raíz de la norma concursal el artículo 424 CP, queda relegado para el castigo del cohecho de particular que no se inserte en un contexto de transacciones económicas internacionales.

## 9. El enjuiciamiento de estos delitos en España. El principio de territorialidad y su excepción: el principio de personalidad activa

Cuando la corruptela, a pesar de su dimensión transnacional, ocurre en España, el conocimiento de los hechos por los tribunales españoles resulta completamente natural por el principio de territorialidad que vertebró nuestra jurisdicción penal (artículo 23.1 LOPJ)<sup>13</sup>. Conscientes de las limitaciones que sienta este principio en

<sup>11</sup> Artículo 8: «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2.<sup>a</sup> El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.

3.<sup>a</sup> El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

4.<sup>a</sup> En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor».

<sup>12</sup> Es cierto que por vía del artículo 286 ter CP y del artículo 424 CP en relación con el artículo 419 CP, se obtienen penas de prisión de 3 a 6 años y multa de 12 a 24 meses. No obstante, habida cuenta de que en el caso del artículo 286 ter CP la pena de multa puede llegar a ser todavía mayor en función del «beneficio obtenido», y considerando que las otras penas impuestas se aplican allí «en todo caso», a diferencia de en el artículo 424CP, y además presentan una mayor amplitud (al incluir la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública), entiendo que puede afirmarse que con carácter general la pena del artículo 286 ter CP es más grave. En cualquier caso, lo cierto es que, de no entenderse así, la cuestión sería irrelevante a efectos prácticos, ya que en virtud del artículo 8 CP, el principio de especialidad aplicable en primer lugar también se decantaría por la aplicación del tipo penal del artículo 286 ter CP.

<sup>13</sup> La nacionalidad o residencia habitual de los imputados suele resultar irrelevante, a diferencia de lo que sucede en otras ramas del derecho, como la civil, en la que el domicilio del demandado juega un papel

relación con el fenómeno que aquí se estudia, tanto el Convenio OCDE 1997 como el Convenio CDE 173 establecen el principio de personalidad activa. Este principio permite a la jurisdicción de un Estado conocer de un asunto con ocasión de un punto de conexión subjetivo, concretamente la nacionalidad o residencia habitual del posible imputado. Se trata de un punto de conexión que se usa residualmente en la práctica, pero en lo que aquí interesa es indispensable. Conviene, eso sí, llamar la atención del lector sobre los dos distintos anclajes en que se puede materializar este principio: la residencia habitual y la nacionalidad. El criterio de residencia habitual, que se asimila prácticamente al de domicilio, alude a una realidad más cambiante, fáctica y flexible que la nacionalidad, más formal y estable. Además, los criterios de determinación de residencia varían normalmente según la legislación interna. A mi entender, es por este motivo, y por lo exorbitante que puede resultar el punto de conexión de la residencia habitual en ciertos casos, que los instrumentos internacionales concretan el principio de personalidad activa a través de la nacionalidad. Véanse los artículos 4 del Convenio OCDE 1997, 42 de la Convención ONU 2003 y 17 del Convenio CDE 173. De hecho, la residencia habitual sólo se prevé como punto de conexión en la Convención ONU 2003 como algo disponible a los Estados Parte, y en exclusiva para aquellos casos de apatridia.

Digo esto para poner de manifiesto que, en este aspecto, la normativa española es, cuanto menos, proactiva, al concretar el principio de personalidad activa tanto a través de la nacionalidad como de la residencia habitual, alternativamente, como se verá más adelante. El problema de la ley española en materia procesal no es tanto la previsión del principio de personalidad activa, que, como digo, se reconoce plenamente, sino la manera en que se acota su aplicación y se regula su ejercicio en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Como se mencionó más arriba, en el plano del derecho material la LO 1/2015 introdujo las figuras de cohecho activo y pasivo de autoridad o funcionario público extranjero (sin condicionamiento a su contextualización en una transacción económica internacional), mediante la modificación del artículo 427 CP, dando por fin cumplimiento al Convenio CDE 173. Así, los «Delitos contra la Administración pública», a la vista de la amplitud del concepto de autoridad o funcionario público que se recoge en el artículo que acaba de aducirse, ya no protegen solamente a la Administración española, sino a cualquiera: también la extranjera o la afecta a organismos internacionales. No obstante, esta renovación no alcanzó a la dimensión procesal del asunto, cuya reforma era igualmente necesaria. Las excepciones al principio de territorialidad se tasan, en lo que aquí interesa, de la forma siguiente:

En primer lugar, el artículo 23.3.h) LOPJ afirma que «conocerá la jurisdicción [penal] española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: (...) h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española». En segundo lugar, el artículo 23.4.n) LOPJ, también relevante, afirma: «Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: (...) n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en

---

fundamental a la hora de determinar la competencia de los tribunales de un Estado (véase el Reglamento UE 1215/2012).

España<sup>14</sup>; 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 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».

De la literalidad de la ley, se desprende que los tribunales españoles son actualmente incapaces para conocer de los supuestos de corrupción tipificados en 2015 cuando sucedan en el extranjero (que paradójicamente es en la mayoría de los casos). Digo esto porque el artículo 23.4.n) –que es el que tradicionalmente se presenta como vía habilitante en estos casos– es inútil para accionar por la vía del artículo 427 CP en relación con los artículos 419 a 424 CP, es decir, la del cohecho activo y pasivo de funcionario público extranjero con independencia de la concurrencia de una transacción económica internacional. Esto es así porque el artículo de la LOPJ peca de específico, y activa la jurisdicción de los tribunales españoles solamente para casos de delitos «en las transacciones económicas internacionales», a saber, el 286 ter CP, pero no cuando este elemento internacional esté ausente.

Podría intentar entonces acudir al artículo 23.3.h), que habilita a los tribunales españoles para el conocimiento de delitos contra la Administración Pública. El problema está aquí en que, a diferencia de lo que sucede en derecho material, en el que los delitos de cohecho, prevaricación, etc. se denominan «Delitos contra la Administración Pública» (véase el Título XIX del Libro I del Código Penal) la jurisdicción se acota a aquellos casos en que la Administración Pública víctima sea la española. En el fenómeno que aquí se estudia, naturalmente, las instituciones contra las que atenta el cohecho son las del Estado extranjero, y no las españolas, siendo por tanto inútil esta segunda opción.

Por consiguiente, a efectos prácticos, la tipificación de los delitos de cohecho activo y pasivo de funcionario público extranjero (sin necesidad de transacción internacional) es inútil si los hechos suceden en el extranjero, al no existir habilitación procesal para su enjuiciamiento a día de hoy. La manera en que se acota la aplicación del principio de personalidad activa es del todo punto desafortunada. El carácter absurdo de esta situación plantea la duda acerca de la viabilidad de una eventual aplicación analógica de los artículos 23.4.n) y 23.3.h) LOPJ, para dar cobertura a una solución a todas luces interesada por el legislador. A mi entender, tal analogía no procede. En primer lugar, porque los incisos segundo y siguientes del artículo 23 LOPJ son excepciones al principio general de territorialidad de la jurisdicción penal, y en tanto que excepciones, están sujetos a una interpretación restrictiva, nunca extensiva. En segundo lugar, porque en lo penal más que en cualquier otro campo impera el principio de legalidad, que sólo quiebra en beneficio del reo (por ejemplo, se permiten las atenuantes por analogía, pero no las agravantes). La aplicación analógica de una norma para la ventilación de una causa penal de otro modo inexistente desde luego va en detrimento de los futuros reos, y por consiguiente no tiene cabida en nuestro ordenamiento, a la vista del artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE).

Dada la coyuntura, puede concluirse que el principio de personalidad activa, en tanto que excepción del principio de territorialidad, se reconoce y habilita a la jurisdicción española para el conocimiento de ciertos delitos, pero no para todos los tipos penales que sirven para atajar la problemática de la corrupción transnacional,

<sup>14</sup> Se pone así de manifiesto el carácter proactivo de la jurisdicción española mencionado anteriormente.

sino únicamente para el tipo del artículo 286 ter CP. Así, el que ejerza acción penal por hechos del orden que aquí se estudian tendrá que hacer lo posible por probar la concurrencia de una transacción económica internacional, y resignarse a una pseudo-atipicidad o atipicidad impropia del cohecho pasivo y del cohecho activo del artículo 424 CP, como se explica en el siguiente apartado.

## 10. La situación concursal y la atipicidad parcial impropias derivadas de la cuestión jurisdiccional.

Las carencias jurisdiccionales que acaban de aducirse tienen una trascendencia práctica enorme, si bien los efectos son radicalmente distintos según se trate del cohecho activo o el pasivo, o de cohecho propio o impropio.

En materia de cohecho activo, la imposibilidad de activar por vía de los artículos 419 y siguientes en relación con el artículo 424 CP conduce a que, a pesar de lo todo lo vertido en relación con la situación concursal más arriba, el concurso acabe resolviéndose por cualquiera que ejercite la acción penal de manera práctica, optando por calificar los hechos como un delito del artículo 286 ter CP. Pero no porque la pena asociada sea mayor, o por el principio de especialidad, sino porque en caso de calificar los hechos como un cohecho activo ordinario del artículo 424 CP en relación con el 427 del mismo texto, la acusación se desmorona por falta de jurisdicción de los tribunales españoles. De hecho, es de esperar que ante tal calificación las defensas interesen, tanto en sus calificaciones provisionales como en el acto de juicio oral (mediante el planteamiento de una cuestión previa del artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente –en adelante LECrim–, aplicable por seguirse estos casos por el procedimiento abreviado, como se verá más adelante), una declinatoria de jurisdicción en virtud del artículo 666 de LECrim en relación con la literalidad de los artículos 23.3.h) y 23.4.n) LOPJ. Así las cosas, la elección del tipo penal para la calificación de los hechos no se hará de facto conforme a las normas de derecho material, como sería de esperar, sino atendiendo a las normas de derecho procesal, por una pura cuestión de pragmatismo y para permitir la propia existencia del proceso. Es por eso que se afirma, en materia de cohecho activo de funcionario público extranjero, la existencia de un concurso impropio por imperativo procesal: sin perjuicio de que las normas concursales pertenezcan al derecho material, las trabas jurisdiccionales tienen aquí más peso<sup>15</sup>. Y además, ese concurso podrá hacerse cuando la conducta pueda reconducirse al artículo 286 ter, de manera que cuando el cohecho activo sea impropio, consista en pagos de facilitación o no concurra en el seno de transacciones económicas internacionales, no tiene lugar un concurso impropio, sino la pseudo-atipicidad que se explica a continuación para el cohecho pasivo.

---

<sup>15</sup> Téngase en cuenta, eso sí, que a día de hoy el resultado de este concurso impropio casa con lo prescrito por el derecho material, por cuanto ambas esferas jurídicas, la material y la procesal, señalan al artículo 286 ter CP. Ahora bien, ante un eventual aumento de las penas del tipo de cohecho activo «ordinario» (424 CP), la cuestión sería bien distinta, y es de esperar que las acusaciones, aun cuando no debieren conforme a derecho material, sigan calificando los hechos como un delito del artículo 286 ter CP, pues de lo contrario los tribunales españoles no estarían habilitados. Nótese asimismo que este uso forzado del precepto no es sólo una cuestión futurible, sino que bien puede suceder a día de hoy, de manera que la acusación trate de calificar como transacción económica internacional lo que verdaderamente no lo es, a fin de permitir el enjuiciamiento de los hechos (pues el delito del artículo 424 se encuentra en una situación de pseudo-atipicidad). Así, de cara a una defensa satisfactoria, parece que una definición en sentido negativo de lo que constituye una transacción económica internacional deviene importantísima.

En materia de cohecho pasivo de autoridad o funcionario público extranjero, las consecuencias de las lagunas de la LOPJ son distintas a las de un concurso. Y es que, como quiera que en los delitos «en las transacciones económicas internacionales» no se tipifica el cohecho pasivo, y solamente el activo, resulta que la falta de soporte procesal de los tipos de los artículos 419 y siguientes CP cuando el funcionario es extranjero y recibe el pago allí, conducen a una situación análoga a la atipicidad en la práctica. No obstante, se advertía más arriba que la atipicidad no era una atipicidad en sentido estricto, sino una pseudo-atipicidad o atipicidad impropia. Digo esto por varios motivos.

En primer lugar, siendo estrictos, el tipo penal como tal existe, luego no es que se dé la atipicidad, sino que en el caso concreto a día de hoy los efectos son los mismos que los de la atipicidad, esto es, la imposibilidad de derivar responsabilidad penal alguna.

En segundo lugar, cuando una conducta es atípica en un momento determinado, no ha lugar su castigo más adelante so pretexto de una norma dictada con posterioridad al momento en que es llevada a cabo la conducta (por el principio de irretroactividad de las sanciones sito en el artículo 9.3 CE y 2 CP) Esto, sin embargo, sí es posible en este caso. El tipo penal existe y está vigente desde 2015, y por el principio *tempus regit actum*, en el momento de ejercicio de la acción penal es aplicable la norma procesal vigente cuando se incoa la causa. Así, un supuesto de cohecho pasivo de funcionario público extranjero acontecido hoy por ejemplo (cuando el delito existe pero no hay cauce procesal para su enjuiciamiento, con los efectos propios de la atipicidad), podría llegar a generar responsabilidad penal en el futuro, a raíz de una hipotética modificación futura de la LOPJ. Piénsese que el legislador cae en la cuenta del despiste cometido en 2015 y el 1 de enero de 2020 entra en vigor un nuevo artículo 23 de la LOPJ que permite a los tribunales conocer del cohecho pasivo de funcionario público extranjero. Pues bien, si la causa penal se incoa con posterioridad a esa fecha, la derivación de responsabilidad penal contra el funcionario es perfectamente válida a pesar de haber sucedido los hechos a día de hoy, cuando la LOPJ no permite la persecución del cohecho pasivo de funcionario público extranjero, a menos que conforme a los artículos 131 y 132 CP el delito hubiere prescrito.

Por todo esto se afirmó que la situación respecto del cohecho pasivo de funcionario público extranjero –y de ciertas modalidades de cohecho activo– no es de atipicidad en sentido estricto, sino de pseudo-atipicidad o atipicidad impropia. Ahora bien, aun cuando las carencias jurisdiccionales fueren subsanadas, todavía quedaría tela que cortar en relación con el cohecho pasivo, como puede verse en el apartado siguiente.

## 11. El eventual problema de las inmunidades.

*Ad futurum*, y con la esperanza de que en algún momento las lagunas de la LOPJ desaparezcan, se pretende advertir aquí al lector de que aún entonces la derivación de responsabilidad penal por cohecho pasivo de autoridad o funcionario público extranjero puede seguir siendo problemática, por cuestiones de Derecho internacional público que se escapan del marco penal, pero son totalmente relevantes.

Habida cuenta de que el sujeto activo del delito de cohecho pasivo de funcionario público extranjero es un funcionario o autoridad de un Estado distinto del



español, surge la posibilidad de que esté imbuido de inmunidad de jurisdicción. En estos casos, no podrá cursarse el procedimiento penal<sup>16</sup>. Así, aun cuando se subsanen los defectos de la LOPJ, en la práctica habrá que hacer un análisis minucioso de la cuestión relativa a la inmunidad de jurisdicción y su posible existencia en cada caso. Para ello, resulta pertinente el análisis de una serie de instrumentos internacionales. Entre ellos se encuentran el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961 (y más concretamente sus artículos 36 y 37) y el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963 (y en particular su artículo 43).

Sin embargo, los instrumentos que acaban de aducirse responden al contexto de una misión diplomática. Este entorno se aleja ligeramente del fenómeno que aquí se estudia, pues lo habitual en él no es el soborno a un funcionario de la Administración Exterior, sino de una autoridad o agente de la Administración ordinaria. Resulta por ello especialmente relevante el reciente Convenio de la ONU sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados, de 2004, ratificado por España y acogido en la normativa interna mediante la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre. De hecho, sus artículos 22 y 23 sientan la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, tanto para cuando se encuentran en el ejercicio de sus funciones como para cuando cesan en él. De este modo, por ejemplo, los tribunales españoles nunca podrán conocer del cohecho pasivo cometido en casos como el “Bananagate”, en que se vio implicado el presidente de Honduras, por el cargo que este ostentaba en su día.

Amén de estos casos de gran corrupción en que la inmunidad puede resultar evidente, habrá que dirimir para supuestos de menor envergadura hasta qué punto el funcionario implicado está imbuido de la inmunidad de jurisdicción penal. Y es que tal inmunidad puede llegar a ser disfrutada por otros órganos, según las especificidades de Derecho internacional público que procedan y que aquí no son objeto de estudio. Sirva de advertencia lo dicho por el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional, Roman Anatolyevitch Kolodkin (2008 y páginas), que en su Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado afirma: “En la práctica de los Estados, en particular en las decisiones de los tribunales nacionales y en la doctrina se reconoce ampliamente que todos los funcionarios del Estado gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales o de inmunidad *ratione materiae*. Pero es que además, aun cuando no existiere tal inmunidad de jurisdicción, resulta «prácticamente inimaginable que el Estado al que pertenezca el agente acceda a su extradición» (Otero González, 2016).

---

<sup>16</sup> Entiendo que esta imposibilidad deriva del artículo 23.1 de la LOPJ, que tras afirmar el principio de territorialidad matiza «sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte». Como quiera que España ha suscrito varios instrumentos internacionales que sientan la inmunidad de jurisdicción penal, como se detalla en el cuerpo de este texto, no cabría el enjuiciamiento de quienes gozaran de la misma, precisamente por la existencia de esos tratados internacionales y de la normativa específica interna que les da cumplimiento, que prima por el principio de especialidad. Ciertamente se podría pensar que el fundamento de la imposibilidad reside en el artículo 21.2 LOPJ, que dice: «No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público». Ahora bien, esta norma excepciona la jurisdicción de los tribunales civiles, no penales, y por ello creo que el fundamento de la imposibilidad se encuentra en el artículo 23.1 LOPJ, y no en el artículo que acaba de transcribirse, a pesar de la mayor obviedad de su contenido.

## 12. Iniciación de la causa, tribunal competente y procedimiento. Breve mención a un eventual problema de ejecución.

Para cuando resulten salvados los escollos anteriores y quepa, por tanto, el enjuiciamiento de los supuestos de cohecho que aquí se estudian, se realiza un breve análisis sobre las principales cuestiones procesales.

En relación con la iniciación del procedimiento, podría pensarse que no existe ninguna particularidad. Al fin y al cabo, no se indica nada al respecto en el Código Penal, como sí sucede para otros delitos (los conocidos como delitos privados), cuya perseguibilidad se supedita a la interposición de querrela por el agraviado (artículo 215 CP). Además, los tipos de cohecho son a todas luces delitos públicos, perseguibles por tanto en principio mediante todos los medios disponibles en la ley: denuncia del agraviado o del Ministerio Fiscal, o querrela presentada por estos o incluso por la acusación popular, que estaría facultada al efecto (artículos 100 y 104 de la LECrim, *contrario sensu*).

No obstante, el caso típico de pago en países en vías de desarrollo sucede fuera de España y por tanto la jurisdicción española conoce de él excepcionalmente, el legislador ha decidido poner coto a la facilidad de iniciación del procedimiento penal. Más arriba se advertía que el problema de la normativa procesal española no radica en el reconocimiento del principio de personalidad activa, sino, entre otras cuestiones, en la regulación de su ejercicio, algo que se hacía precisamente por las particularidades de la iniciación del procedimiento. Estas particularidades no residen, como es habitual, en el Código Penal o la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino en la LOPJ, por traer causa de la cuestión internacional, más que de la naturaleza antijurídica de la conducta. El artículo 23.6 LOPJ reza: «Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 [entre los que se encuentra el de transacciones económicas internacionales –art 23.4.n)– único que se puede enjuiciar a día de hoy] solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal».

Por consiguiente, a pesar de lo que pueda parecer tras una consulta somera a la normativa material y procesal, la iniciación del procedimiento no puede lograrse de cualquier manera, sino mediante querrela del agraviado (que en muchos casos será difícil de concretar en este tipo de delitos, salvo que el cohecho fuera en detrimento de una empresa competidora, por ejemplo) o del Ministerio Fiscal. Esto reduce enormemente las posibilidades de castigo del cohecho a funcionario público extranjero, ya que la interposición de una querrela comporta la identificación de los autores, la aportación de una relación de hechos, la solicitud de diligencias y la realización de una calificación jurídica, aun preliminar (artículo 277 LECrim). El trabajo necesario para la iniciación del procedimiento es desde luego laborioso para quien ejerza la acusación, máxime teniendo en cuenta que los hechos suceden en el extranjero, y se torna como prácticamente imposible en un Ministerio Fiscal con recursos limitados y asuntos más urgentes que atender. Tanto es así que el único caso de la jurisprudencia que versa sobre este delito, la SAN 3/2017, trae causa de una denuncia y no una querrela, pues se infiere que el pago constitutivo de delito tuvo lugar en España, luego la jurisdicción se ostentaba en virtud del artículo 23.1 LOPJ, y no el 23.4.n), no siendo aplicable el requisito del artículo 23.6 LOPJ.

En cualquier caso, dado que en general lo propio es que el procedimiento haya de iniciarse mediante querrela, resulta necesario a la vista del artículo 277 LECrim determinar el Juez o Tribunal ante el que ha de dirigirse. En este caso, el órgano competente para conocer del asunto es la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, según el artículo 65.1º e) de la LOPJ, que afirma que: «La Sala de lo Penal de la

Audiencia Nacional conocerá: (...) e) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los tribunales españoles». Sin perjuicio, eso sí, de que la instrucción se practique en los Juzgados Centrales de Instrucción, insertos en la Audiencia Nacional. Asimismo, considerando que tratamos con tipos de cohecho, podría plantearse la eventual constitución de un Tribunal de Jurado para el conocimiento de la causa, pues el artículo 1 de la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado (LOTJ), se refiere a estos delitos cuando fueran cometidos por un funcionario (casos de cohecho pasivo). Ahora bien, además de que no existe jurisdicción para el conocimiento del cohecho pasivo por lo visto más arriba, si la hubiere, es de esperar que el conocimiento del asunto corresponda a la Audiencia Nacional, y en virtud del artículo 1.3 de la LOTJ<sup>17</sup> no habría de constituirse el Tribunal del Jurado.

Respecto del procedimiento que ha de seguirse en estos casos, descartado el procedimiento especial ante el Tribunal del Jurado, ha de considerarse el marco penológico previsto en los artículos 286 ter y quáter CP. Como en el tipo básico el límite superior de la pena es de 6 años de privación de libertad, y en el agravado puede llegarse hasta la superior en grado (9 años), resulta de aplicación el artículo 757 LECrim, luego la causa se seguirá por el procedimiento abreviado. De hecho, así sucedió en el caso de la SAN 3/2017 que se tratará en el siguiente apartado.

Por último, me gustaría hacer un breve apunte sobre las posibles dificultades para la ejecución de una eventual sentencia condenatoria, que es de esperar prevea, entre otras penas, la pérdida del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública. Y es que precisamente por la naturaleza de estas penas, pueden añadirse a los problemas propios de la dimensión transnacional de los asuntos (de ejecución y extradición en relación con terceros países en que se encuentren los bienes o los procesados) otras vicisitudes a nivel interno. Digo esto porque en la práctica hay beneficios fiscales que están sujetos a la inscripción y supervisión por parte de ciertos organismos distintos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante AEAT). Valga a título de ejemplo el Consorcio de la Zona Especial Canaria (ZEC), en el que es necesario inscribirse para recibir los beneficios fiscales de la ZEC, donde el tipo general de sociedades es más reducido (del 4% y no del 25%). Pues bien, el problema está en que este tipo de entidades jurídico públicas –a diferencia de lo que sucede para la AEAT<sup>18</sup>– no tendrán conocimiento, salvo casualidad, de la sentencia condenatoria, dificultándose así la ejecución de la pena relativa a la prohibición de disfrute de beneficios fiscales. Lo oportuno sería generar un registro, aun telemático, al que entidades de esta naturaleza tuvieran acceso. Amén de esto, huelga decir que la pena de prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública es de una ejecución todavía más difícil, pues ¿quién se encarga de fiscalizar todas las transacciones que practique el condenado durante los años de condena? ¿Y de calificarlas como de trascendencia pública? ¿Conforme a qué criterios? ¿Con trascendencia pública en España o también en el extranjero?

<sup>17</sup> Artículo 1.3 LOTJ: «El juicio del Jurado se celebrará solo en el ámbito de la Audiencia Provincial y, en su caso, de los Tribunales que corresponda por razón del aforamiento del acusado. En todo caso quedan excluidos de la competencia del Jurado, los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional».

<sup>18</sup> La AEAT, Agencia Estatal de Administración Tributaria, sí es de esperar que tenga conocimiento de la condena de prohibición de disfrute de beneficios fiscales, por cuanto tal condena suele imponerse en casos de delitos contra la Hacienda Pública. Habida cuenta además de que la AEAT participa activamente en la preparación, desarrollo y ejecución de la sentencia que resulta de los procesos penales relativos a estos delitos (véanse los artículos 305.7 CP y la Disposición Adicional Décima de la Ley 58/2003, General Tributaria, que encomiendan a la Administración Tributaria la ejecución de la pena de multa en estos casos), va de suyo que este órgano normalmente se encuentra la corriente de la condena.

### 13. La jurisprudencia: entre la exigüidad y la ausencia.

A pesar de que, con sus variaciones, el delito de cohecho a autoridad o funcionario público extranjero lleva en nuestra legislación más de 17 años, la aplicación del mismo es prácticamente inexistente, y ello aunque, no nos engañemos, los casos existen. Tanto es así, que hasta hace muy poco y con razón la doctrina afirmaba que “no se conoce una sola sentencia condenatoria (ni absolutoria) por este delito, lo cual no significa, obviamente, que no se cometa” (Faraldo Cabana, 2012).

Ha de admitirse, eso sí, que lo afirmado en su día por Faraldo Cabana, relativo a la ausencia de decisiones judiciales sobre este tema en España, ya no describe la realidad actual. Pues ahora sí se conoce una sola sentencia (condenatoria) sobre este tema, que era mencionada más arriba. Me refiero a la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, 3/2017, de 23 de febrero. Obviamente esto no supone un cambio de paradigma, y la jurisprudencia sigue siendo exigua en este aspecto, por no decir inexistente, que es el calificativo que merece en realidad toda vez que la decisión ni es reiterada (sino única) ni se imputa al Tribunal Supremo (sino a la Audiencia Nacional), como exige el Código Civil (artículo 1.6 CC). Tanto es así que en los anales de jurisprudencia el único caso aparte del mencionado en que se encuentra de fondo la cuestión de una corrupción de dimensión internacional es el que subyace a la STC 205/2012. En él, no obstante, no se llega a entrar en la problemática de la corrupción propiamente dicha, sino en la procedencia de la extradición pasiva de un ciudadano con doble nacionalidad española y egipcia al país norteafricano.

No obstante, en la decisión de 2017 sí se trata la cuestión. En ella se condena, tras conformidad de los acusados, a dos personas físicas por haber cometido el delito del artículo 445 CP (en el momento en que ocurrieron los hechos no estaba en vigor el artículo 286 ter CP). Según aceptaron, habían abonado 70.000€ a altas autoridades de Guinea Ecuatorial para el aseguramiento de una serie de contratos de edición de libros de texto. Sin entrar en todos los pormenores del caso, creo conveniente hacer una serie de apuntes sobre sus circunstancias, pues analizadas contrario sensu, se puede hacer un análisis razonable acerca de los motivos que subyacen a la inactividad jurisdiccional española registrada hasta el momento. En este caso, hubo una confesión de los propios acusados acerca de los hechos, hasta el punto de que éstos no se entienden controvertidos, y no son objeto de prueba, más allá de la confesión de los propios acusados. Por otra parte, el pago, según se infiere de la sentencia, sucedió en España, por cuanto se cursó mediante transferencia bancaria en la que el ordenante operaba con una cuenta de una sucursal de La Caixa, banco español. Además, sin ser objeto de mayor razonamiento, se aplica una atenuante analógica muy cualificada por confesión que rebaja la pena por debajo de los dos años de prisión, solicitándose con ocasión de ello por las defensas la suspensión del ingreso en prisión, lo que informa favorablemente el Ministerio Fiscal. Por último, conviene mencionar que la mercantil, que se lucraba de los contratos, resultó absuelta.

Las circunstancias del caso anterior emplazan en una situación bastante cómoda, inusual, a la acusación. Por un lado, el hecho de que el pago se entendiera realizado en España facilita la iniciación del procedimiento judicial, ya que no resulta indispensable la querrela que más arriba se mencionaba para la iniciación del procedimiento cuando los hechos suceden en el extranjero (artículo 23.6 LOPJ). De hecho, el procedimiento, según se consigna en la propia sentencia, se inició mediante denuncia del Ministerio Fiscal. Contrario sensu, esto pone de manifiesto a mi entender que uno de los motivos por los que se asiste a una inactividad jurisdiccional en España

en esta materia es el requisito del artículo 23.6 LOPJ. Al fin y al cabo, cuando el pago sucede el extranjero, lo cual es habitual en muchos casos, la querrela es el único modo de iniciar el procedimiento. Habida cuenta de que este mecanismo de incoación comporta una mayor carga de trabajo, como se vio más arriba, entiendo que una de las razones que explican la ausencia de casos en nuestra jurisprudencia es precisamente el esfuerzo, técnico y en términos de medios, que requiere la persecución de este delito.

Por otra parte, el hecho de que los acusados hayan procedido a la confesión y hayan admitido los hechos desde un primer momento, resulta, a mi juicio, fundamental. Y es que, de no haber sido así, y haber negado la mayor, habría tenido lugar una instrucción desde luego compleja. Piénsese que en los casos en que se nieguen los hechos, habiendo sucedido éstos en el extranjero, es previsible que sea necesaria la colaboración de las autoridades del Estado en que sucedieron para la celebración del juicio en España. Serían indispensables comisiones rogatorias, comparecencias de altos cargos del otro Estado, aun en calidad de testigo (lo cual es susceptible de generar enormes presiones diplomáticas), solicitudes de extradición de los españoles que se encuentren en aquellos territorios, ya que no ha lugar sentencia en rebeldía en este caso a la vista del marco penológico. Así, la complejidad y el carácter internacional a que se ve abocado este tipo de proceso es otro impedimento para su persecución.

Por último, parece que la Fiscalía se muestra más condescendiente con este tipo de delitos que con otros. Digo esto porque, sin entenderse muy bien porqué, el Ministerio Fiscal, en su calificación, aplica una condición atenuante analógica muy cualificada por confesión, que reduce la pena (a pesar de ser el soborno considerable, de 70.000€, pudiendo calificarse incluso a mi juicio por vía del 286 quáter). Esto parece responder a un acuerdo a pie de estrado para lograr la conformidad, pero permitiendo la suspensión del ingreso en prisión, algo a lo que el Ministerio Fiscal no se presta tan fácilmente en otros delitos (piénsese en violencia de género, delitos contra la salud pública, etc.). Además, el hecho de que en la actualidad existan dos procedimientos en curso sobre la materia (véanse las diligencias previas aducidas al principio), tampoco es revelador, a pesar de lo que pudiera parecer, de un cambio de tendencia. Al fin y al cabo, ambas diligencias traen causa de una comisión rogatoria de un tribunal de Luxemburgo, que es donde, de primeras, aparentemente, se promovió la persecución de la práctica posiblemente corrupta, no en España.

#### 14. Conclusión

A la vista de lo expuesto hasta el momento, resulta claro que, desde un punto de vista de estricto derecho material existen en España dos instrumentos que permiten colaborar con la erradicación de la corrupción transnacional, con especial incidencia en países en vías de desarrollo (los tipos generales de cohecho y el artículo 286 ter CP). Ambas vías pretenden salvaguardar el buen funcionamiento de la Administración Pública, si bien esto se realiza con carácter tangencial y subsidiario a la protección del mercado de inversiones internacional en el artículo 286 ter CP. En cualquier caso, conforme a derecho material quedarían en principio abarcadas todas las modalidades de cohecho: activo, pasivo, propio e impropio, con independencia de su sucesión en el seno de transacciones económicas internacionales.

Ahora bien, el Derecho procesal vigente impide ventilar la responsabilidad penal oportuna cuando los hechos son calificados por vía de los tipos generales de cohecho y suceden en el extranjero. Esto empuja en una situación de pseudo-

atipicidad a un buen número de prácticas, como el cohecho pasivo, el activo impropio (a pesar de que se pueda inferir la existencia de promesa en estos casos) e incluso el activo propio que no sucede en el seno de transacciones económicas internacionales; y fuerza la resolución de un concurso de leyes de manera irregular por parte de las posibles acusaciones, atendiendo a cuestiones de puro pragmatismo procesal.

De las dos vías, una resulta por tanto estéril, lo que pone de manifiesto la imperante necesidad de reforma de la LOPJ en esta materia. La otra (del artículo 286 ter CP), que castiga la corrupción cuando consiste en un cohecho activo propio en el seno de transacciones económicas internacionales, resulta al contrario plenamente habilitada. Pero se trata de una vía no exenta de polémica, como se ha visto para el caso de los pagos de facilitación, que ataja una corrupción muy específica y está abocada a un *íter* procesal ciertamente tortuoso.

Esto, sumado a una aparente falta de concienciación social que parece incluso afectar a los operadores jurídicos, provoca que la vía de castigo que sí se encuentra habilitada esté tan disponible como incorrupta, en tanto que inutilizada. Así, otras medidas metajurídicas de concienciación social, revisten prácticamente la misma urgencia que las que conviene acometer en el Derecho.

## Bibliografía

- Alcalá Pérez-Flores, R. (2006). La corrupción de agente público extranjero en las transacciones comerciales internacionales. *Boletín Del Ministerio De Justicia*, 60, pp. 207-216.
- Bedoya Rivera, J.A. (2016). Delito de soborno transnacional, antecedentes, consideraciones sobre el bien jurídico y estructura típica, pp. 1-57. Recuperado de [https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/11570/JohnAlexander\\_BedoyaRivera\\_2016.pdf?sequence=2](https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/11570/JohnAlexander_BedoyaRivera_2016.pdf?sequence=2)
- Benito Sánchez, C.D. (2008). Análisis de las principales iniciativas supranacionales en la lucha contra la corrupción. *Iustitia*, 6, pp. 7-38.
- Benito Sánchez, C.D. (2013). Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el derecho penal alemán. *Revista Electrónica De Ciencia Penal Y Criminología*, 15(4). Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-04.pdf>
- Benito Sánchez, C.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*, 1, 63, pp. 205-228.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2016). Corrupción y derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del código penal. *Cuestiones Actuales De Derecho Penal*, 37, pp. 35-90.
- Díaz-Maroto y Villarejo, J. (2018). Corrupción en las transacciones comerciales internacionales. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 14, pp. 310-321.
- Fabián Caparrós, E. A. (2003). *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Faraldo Cabana, P. (2012). ¿Se adecúa 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*, 66, 2148, pp. 1-20.

- Fernández Martínez, J. M. y Azagra Solano, M. (2012). *Diccionario jurídico* (6ª ed.). Cizur Menor, España: Aranzadi.
- Galán Muñoz, A. (2016). Globalización, corrupción internacional y derecho penal: una primera aproximación a la regulación penal de dicho fenómeno criminal tras la LO 1/2015. *Estudios Penales Y Criminológicos*, 36, pp. 605-661.
- Goenaga Olaizola, R., Landa Gorostiza, J.M., Ferrer García, A., Quintero Olivares, G., Uncilla Galán, I., Esquiú Hernández, N., Otero González, P. (2016). La reforma del código penal a debate. *Cuadernos Penales José María Lidón*, 12. Duestio: Uinversidad de Deusto.
- Heimann, F., Földes, Á. y Báthory, G. (2014). Exporting corruption, progress report 2014: Assessing enforcement of the OECD convention on combating foreign bribery. Recuperado de: [https://issuu.com/transparencyinternational/docs/2014\\_exportingcorruption\\_oecdprogre?e=2496456/9826003](https://issuu.com/transparencyinternational/docs/2014_exportingcorruption_oecdprogre?e=2496456/9826003)
- Kindhäuser, U. (2007). Presupuestos de la corrupción punible en el estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el código penal alemán. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral De Políticas Públicas En Materias Penales*, 3. Recuperado de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2713983](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2713983)
- Kolodkin, R. A. (2008). *Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del estado*. Documento A/CN.4/631. Oficina de Asuntos Jurídicos, Organización de las Naciones Unidas, pp. 163-200. Recuperado de [http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a\\_cn4\\_601.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_601.pdf)
- Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez V. (2017). *Derecho procesal penal* (8ª ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015). *Derecho penal: Parte general* (9ª ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2017). *Derecho penal: Parte especial* (21ª ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Otero González, M.P. (2016). Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015 (análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 bis y 286 ter CP). En M. Villoria Mendieta, J. M. Gimeno Feliú, J. C. Tejedor Bielsa (Dir.), *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos* (pp. 451-496). Barcelona, España: Atelier.
- Remiro Brotóns, A. (2007). *Derecho internacional*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Torres Fernández, M.E. (2013). Marco normativo internacional contra la corrupción. En L. Morillas Cueva. (dir.), *Urbanismo y corrupción política* (pp. 163-192), Madrid, España: Dykinson.
- Trejejo Núñez, J.L. (2009). *La corrupción del agente público extranjero e internacional*. Trabajo de Fin de Máster. Universidad de Salamanca. Recuperado de <https://gredos.usal.es/handle/10366/122176>