

Un sistema penal humanista y resocializador.

Libro homenaje al profesor José
Luis de la Cuesta Arzamendi

**Norberto J. De la Mata Barranco, Isidoro Blanco Cordero,
Ana I. Pérez Machío, Gema Varona Martínez**
(Directores)



Derecho Penal
y Procesal Penal

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Universidad del País Vasco

UN SISTEMA PENAL HUMANISTA Y RESOCIALIZADOR:
AL SERVICIO DE LA PERSONA, DE LA JUSTICIA SOCIAL
Y DE LA PAZ

LIBRO-HOMENAJE AL PROF. DR. DR. H. C. MULT.
JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI

VOLUMEN I

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuéllar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo Barja de Quiroga, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

UN SISTEMA PENAL HUMANISTA Y RESOCIALIZADOR: AL SERVICIO DE LA PERSONA, DE LA JUSTICIA SOCIAL Y DE LA PAZ

**LIBRO-HOMENAJE AL PROF. DR. DR. H. C. MULT.
JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI**

VOLUMEN I

Dirección

DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J.
BLANCO CORDERO, ISIDORO
PÉREZ MACHÍO, ANA I.
VARONA MARTÍNEZ, GEMA

Coordinación (por orden alfabético)

BERASALUZE GERRIKAGOITIA, LEIRE
GERMÁN MANCEBO, ISABEL
MAYORDOMO RODRIGO, VIRGINIA
ODRIOZOLA GURRUTXAGA, MIREN
ORBEGOZO ORONoz, IZASKUN
TRESPADERNE BERACIERTO, ISABEL



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO
MADRID, 2026

Primera edición: agosto de 2026.

Esta obra se ubica en el marco de dos proyectos de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación, esto es, el proyecto PID2023147154NB-I00 y el proyecto PID2024-156801OB-I00, así como en el marco del Grupo de Investigación GICCAS IT1857-26, del Gobierno Vasco.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© De los contenidos, sus autores

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Universidad del País Vasco para esta edición



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-26-083-4 (edición en papel)

144-26-084-X (edición en línea, PDF)

144-26-086-0 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-3153-1

Depósito legal: M-18329-2026

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

62. PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ
Profesora de Derecho Penal
Universidad de Deusto

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2002¹, el profesor De la Cuesta Arzamendi publicaba un artículo titulado «Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en coautoría con el profesor Blanco Cordero². Se trataba del primer artículo científico en España que analizaba ese delito que acababa de incorporarse al Código Penal. Personalmente, este artículo marcó en buena medida los inicios de mi carrera universitaria pues poco tiempo después inicié mi tesis doctoral sobre el delito de corrupción transnacional. Por ello, en este homenaje al profesor De la Cuesta he decidido centrarme en este delito que acaba de cumplir un cuarto de siglo en el texto punitivo pero no parece haber calado en los tribunales, al menos, si se tiene en cuenta el exiguo

¹ Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto «Derecho Penal de clase: propuestas *de lege lata* y *de lege ferenda*», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España en la Convocatoria 2022 de ayudas a «Proyectos de generación de conocimiento» (referencia: PID2022-142211NB-C22).

² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / BLANCO CORDERO, I.: «Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, pp. 9-29.

número de casos sentenciados. Con ello pretendo ofrecer un sencillo homenaje a quien ha estudiado profundamente los delitos de corrupción tanto desde una perspectiva jurídico-penal como criminológica.

En concreto, este trabajo ofrece un repaso por el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales del actual art. 286 ter CP. El trabajo se estructura en tres grandes apartados: pasado, presente y futuro. El «pasado» para saber de dónde viene la tipificación de esta conducta que si bien ha estado presente en el comercio internacional desde tiempo inmemoriales, solo desde hace tres décadas la comunidad internacional fue consciente de su lesividad. El «presente» para conocer los problemas que plantea la actual configuración del tipo penal y la escasa aplicación. El «futuro» para realizar algunas recomendaciones de cara a lograr un abordaje eficaz de este fenómeno delictivo.

II. EL PASADO: EL ORIGEN DE LA TIPIFICACIÓN DE LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL

1. Los instrumentos internacionales en materia de corrupción

Pese a los devastadores efectos de la corrupción, la comunidad internacional se planteó una agenda anticorrupción relativamente tarde en comparación con otras actividades delictivas transnacionales como, por ejemplo, el tráfico de drogas. Hasta la segunda mitad de los años noventa no aparecieron las primeras iniciativas supranacionales vinculantes en la materia. Con anterioridad, de hecho, ningún país castigaba las prácticas de soborno transnacional, con la salvedad de EE.UU., que en 1977 había aprobado su Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act*, en adelante, por sus siglas en inglés, FCPA) para castigar a los ciudadanos y empresas estadounidenses (y a las que no lo son pero cotizan en bolsas del país) por la entrega de sobornos a servidores públicos de terceros Estados con el objetivo de obtener contratos en el marco de actividades comerciales transnacionales. La *Act*, precisamente por su carácter innovador, no estuvo exenta de polémica. Desde su nacimiento, la clase empresarial estadounidense manifestó su rechazo a la nueva ley argumentando que colocaba a sus empresas en una situación de desventaja respecto de sus competidoras europeas o japonesas, pues sus países de origen no contaban con una legislación similar que prohibiera el pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros. Apoyándose en ese argumento, la clase empresarial norteamericana presionó a su gobierno para que

reclamara en los órganos decisorios de organizaciones internacionales un texto vinculante que obligara al resto de países a considerar delictivas estas prácticas. El gobierno de EE.UU. no tuvo éxito en sus presiones iniciales y no consiguió más que textos de *soft law*, como las *Líneas directrices para empresas multinacionales* de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) o las *Reglas de conducta para combatir la extorsión y el soborno* de la Cámara de Comercio Internacional.

A comienzos de los noventa, bajo la iniciativa de EE.UU., se creó un grupo de trabajo en el seno de la OCDE con el objetivo de luchar contra las prácticas de soborno en el comercio internacional. Los trabajos culminaron con la adopción de la *Recomendación para combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales*, de 1994, que se revisaría en 1997, y la *Recomendación sobre la deducibilidad fiscal de sobornos a servidores públicos extranjeros*, de 1996. El grupo de trabajo de la OCDE continuó trabajando hasta adoptar el *Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, que vio la luz a finales del año 1997. El Convenio exige a los Estados parte el castigo del soborno a servidores públicos extranjeros o internacionales que tenga como finalidad conseguir o conservar un contrato en el marco de las relaciones comerciales internacionales (art. 1.1), y constituye, sin duda, el instrumento más importante de la OCDE este ámbito³.

En el seno de otras organizaciones también se gestaron en aquellos años y en los años posteriores documentos vinculantes en materia de corrupción. Así, en 1996, la Organización de Estados Americanos adoptó la *Convención interamericana contra la corrupción*, en la que se incluía como delito a tipificar por los Estados parte el soborno transnacional (art. 8).

En el ámbito europeo también se adoptaron iniciativas contra la corrupción en los años noventa, iniciativas que han ido evolucionando hasta la actual propuesta de Directiva anticorrupción⁴. En todo caso, y a diferencia del Convenio de la OCDE, en el ámbito europeo el castigo de la corrupción «fronteras afuera» no se vincula a las actividades comerciales internacionales. Las primeras iniciativas limitaron el castigo de la corrupción a prácticas que causara o pudiera causar un perjuicio a los intereses financieros de las (entonces) Comu-

³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Iniciativas internacionales contra la corrupción», en *Eguzkilo-re*, vol. 17, 2002, pp. 5-26 (p. 20).

⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la corrupción, por la que se sustituyen la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo y el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo (COM/2023/234 final).

nidades Europeas, como sucedía con el *Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas* del año 1996. Esas primeras iniciativas fueron superadas en 2017 por la *Directiva PIF*⁵, que exige castigar como delito, entre otros, el cohecho de funcionarios nacionales, de funcionarios de la Unión Europea y de funcionarios de Estados Miembros de la Unión siempre que la conducta perjudique o pueda perjudicar los intereses financieros de la Unión. En la Unión Europea sigue vigente, además, el *Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea* de 1997, que no vincula la corrupción a los intereses financieros de la Unión pero que ha quedado un tanto obsoleto y pretende ser sustituido por la referida propuesta de Directiva anticorrupción.

En el seno del Consejo de Europa vieron la luz dos instrumentos contra la corrupción 1999: el Convenio penal sobre la corrupción y el Convenio civil sobre la corrupción. El primero exige el castigo del soborno transnacional pero no lo limita a las actividades comerciales internacionales, sino que es mucho más genérico, lo cual lo convierte en tan ambicioso que es difícilmente aplicable en la práctica. El segundo pone el foco en la reparación de las víctimas de la corrupción.

Entrado ya el nuevo milenio, la organización de Naciones Unidas adoptó la Convención sobre el crimen organizado transnacional que exigía castigar, además de la participación en un grupo delictivo organizado, otros delitos como el cohecho de funcionarios extranjeros e internacionales (art. 8.2) aunque no vinculado a la realización de actividades comerciales internacionales. En todo caso, la fuerza vinculante de ese art. 8.2 parece ser menor que el resto puesto que solo se pide a los Estados parte que «consideren la posibilidad de adoptar» medidas para tipificar esas conductas como delito.

En el seno de la misma organización, y para desvincular la corrupción del crimen organizado, se aprobó a finales de 2003 la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, un texto que, como ha señalado De la Cuesta Arzamendi, era ampliamente necesario⁶ dado que en los textos anteriores tenían una aplicación limitada a ciertos países y no vinculaban a algunos muy poderosos en las relaciones comerciales internacionales.

⁵ Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal.

⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Iniciativas internacionales...», *op. cit.*, p. 22.

2. La incorporación del delito de corrupción transnacional a la legislación española

La incorporación del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales al Código Penal trae su causa en la ratificación por España del Convenio de la OCDE. La Ley Orgánica 3/2000⁷ introdujo un nuevo art. 445 bis para castigar estas conductas. El precepto se ubicó en 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». Solo tres años después, la Ley Orgánica 15/2003⁸ realizó las siguientes modificaciones. Por un lado, el art. 445 bis pasó a ser el párrafo primero del art. 445 —el cual había quedado vacío de contenido— y se añadió a dicho precepto un párrafo segundo, para posibilitar la aplicación de las entonces consecuencias accesorias del art. 129 CP relativas a personas jurídicas. Por otro lado, el reformado art. 445, con sus dos párrafos, pasó a integrar un nuevo Capítulo X, denominado «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», dentro del Título XIX «De los delitos contra la Administración Pública», lo que parecía indicar que el bien jurídico vulnerado estaba en íntima relación con la Administración Pública española, un sinsentido pues el funcionario público implicado en el acto de corrupción debía desempeñar sus funciones para una Administración Pública de otro Estado o de una organización internacional⁹. Por otra parte, la inclusión del párrafo segundo se debía al hecho de que el grupo de trabajo sobre soborno de la OCDE, en la evaluación realizada a España en el año 2000, señalara que el país no estaba cumpliendo con su convenio en lo relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas por su implicación en estos delitos.

La siguiente modificación del delito se produjo por la Ley Orgánica 5/2010¹⁰. La exposición de motivos de la referida ley apuntaba al cumplimiento de las recomendaciones hechas por el grupo de trabajo de la OCDE en las diversas evaluaciones que había sometido a la regulación española en la materia. En general, se demandaba una mejor redacción que no vinculara el art. 445

⁷ Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

⁸ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / BLANCO CORDERO, I.: «Los nuevos delitos...», *op. cit.*, p. 29.

¹⁰ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

al art. 423 (que entonces albergaba el delito de cohecho activo) a efectos de pena, la incorporación de una definición auténtica de funcionario público extranjero e internacional y el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esos tres puntos se trasladaron al art. 445.

Finalmente, la Ley Orgánica 1/2015¹¹ dio una vuelta de tuerca al delito incorporando modificaciones con el objetivo de «garantizar la aplicación de estos preceptos», tal y como señala su exposición de motivos, objetivo que no parece haberse alcanzado, a la vista de los casi inexistentes pronunciamientos jurisprudenciales. La modificación más llamativa fue el cambio de ubicación. El delito ahora se halla en el nuevo art. 286 ter del código penal, dentro de la Sección 4.^a del Capítulo XI del Título XIII del Libro II, sección que pasa a denominarse «De la corrupción en el sector privado».

III. EL PRESENTE: UN BREVE ANÁLISIS DEL DELITO

Dado que analizar todos los elementos del delito excedería los límites razonables de este trabajo, el presente epígrafe se centra en las cuestiones más polémicas: el bien jurídico, el sujeto activo, el receptor del soborno y las modalidades típicas.

1. El bien jurídico

Desde los debates parlamentarios para la incorporación del delito al texto punitivo se discutió sobre el bien jurídico tutelado. De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, en aquella primera publicación sobre este delito, lo consideraban un el delito pluriofensivo por atacar «tanto la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de la función pública como la competencia, si bien el peso de ésta alcanza mayor relevancia en la medida en que la corrupción sólo es punible, como señalamos, cuando afecta a transacciones, contratos u operaciones económicas»¹². La doctrina posterior prácticamente coincide en afirmar que es precisamente la competencia en el mercado el bien jurídico tutelado¹³, de ahí que se estime correcta su actual ubicación en el texto punitivo.

¹¹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / BLANCO CORDERO, I.: «Los nuevos delitos...», *op. cit.*, p. 11.

¹³ BENITO SÁNCHEZ, D.: *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Iustel: Madrid, 2012, pp. 165-172; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «El soborno internacional. Normas,

Téngase en cuenta que lo que se consigue con la práctica del soborno es expulsar del mercado a los competidores que no pagan el soborno, lo que supone sin duda una alteración del correcto funcionamiento del mercado.

2. El sujeto activo del delito

Aunque cualquiera puede ser sujeto activo de este delito, es difícil imaginar en la práctica un supuesto en el que una persona ofrece un soborno a un funcionario público de otro Estado sin actuar en nombre de una empresa que aspira a lograr una ventaja competitiva con esa Administración Pública. Y es que si algo caracteriza este delito es que está protagonizado por empresas que, además, operan bajo una apariencia de legalidad¹⁴. De ahí que todos los instrumentos internacionales contra la corrupción exijan castigar a las personas jurídicas con sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias.

Conforme a la actual legislación penal española, las personas jurídicas pueden responder por este delito en tanto se cumplan los requisitos del art. 31 bis CP, como se dispone en el art. 288 CP. Sin embargo, en la exigua aplicación práctica de este delito, solo hay un caso de condena a una persona jurídica. Se trata de la sentencia del caso Defex, la ya desaparecida empresa semipública española dedicada al sector armamentístico. La Sentencia de la Audiencia Nacional 4/2023¹⁵ condena a la otra mercantil implicada. Recuérdese que Defex no podía ser condenada al estar en proceso de disolución. En los otros dos casos que han llegado a sentencia¹⁶, las empresas implicadas no son si quiera

obstáculos y Propuestas». *Revista de Derecho & Sociedad*, n.º 52, 2019, pp. 165-181 (p. 173); DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: «Corrupción en las transacciones comerciales internacionales». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 14, 2018, pp. 310-321 (p. 312); FABIÁN CAPARRÓS, E. (2003). *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003 (pp. 80-81); FEBOO SÁNCHEZ, B.: *La corrupción pública en actividades económicas internacionales del art. 286 ter del Código Penal como delito contra el mercado: un enfoque competencial de los delitos de corrupción en los negocios*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2021; GALÁN MUÑOZ, A.: «Globalización, corrupción internacional y Derecho Penal. Una primera aproximación a la regulación de dicho fenómeno criminal tras la LO 1/2015», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 36, 2016, pp. 605-661 (p. 631).

¹⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / BLANCO CORDERO, I. / ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M.: «El cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales», en Olásolo, H. / Benito Sánchez, D. / Sansó Rupert Pascual, D. / Hernández Jiménez, N. (dirs.): *Las respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, prevaricato, enriquecimiento ilícito y administración desleal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, pp. 65-173 (p. 80).

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante, SAN), Sala de lo Penal, 4/2023, de 24 de febrero de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:819).

¹⁶ SAN, Sala de lo Penal, 3/2017, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:AN:2017:493) y SAN, Sala de lo Penal, 7/2024, de 19 de marzo de 2024 (ECLI:ES:AN:2024:1286).

acusadas en la causa, pese a que en ambos casos ya era posible atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica por este delito. Quizá sea relevante el hecho de que ambas sean sentencias de conformidad.

El Código Penal ha previsto una multa para la persona jurídica calculada por el sistema de días-multa, salvo que el beneficio obtenido sea superior a la cantidad así calculada, en cuyo caso, para que la pena cumpla las funciones de prevención, la multa deberá ser proporcional al montante del beneficio obtenido, previéndose incluso una pena del tanto al quíntuple para los casos más graves. Además, de manera potestativa, se podrán añadir las penas de disolución, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición para realizar actividades en cuyo ejercicio se haya realizado el delito, Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social y la intervención judicial. En el referido caso Defex, la mercantil Aresa Marine S. L. fue condenada a una multa de dos años a razón de 30€/día, lo que hace un total de 21600€ cuando el beneficio obtenido por la empresa superó los 25 millones de euros. No parece que en este caso la multa cumpla con las exigencias de eficacia, proporción y disuasión.

3. El receptor del soborno

Hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, el tipo penal exigía que los receptores del soborno fueran funcionarios públicos o autoridades *extranjeros o de organizaciones internacionales*. Precisamente, lo que ha caracterizado este delito desde su aparición en la FCPA de 1977 es el hecho de que el receptor del soborno ejerciera sus funciones públicas para otro Estado, a lo que se añadió posteriormente el desempeño de funciones para una organización internacional. Sorprendentemente, la expresión «extranjeros o de organizaciones internacionales» ha desaparecido del tipo penal en el actual art. 286 ter CP, que ahora se remite a los arts. 24 y 427 CP para interpretar el concepto de funcionario público. Nótese que el art. 427 CP extiende la aplicación de los clásicos delitos de cohecho a funcionarios públicos de cualquier Estado y de organizaciones internacionales.

Esta situación puede plantear un problema concursal entre el art. 286 ter CP y el cohecho activo del art. 424 CP. El legislador ha tratado de resolver el concurso a través de la incorporación de una cláusula según la cual los responsables responderán por el art. 286 ter CP «salvo que ya lo estuvieran [castigados] con una pena más grave en otro precepto del Código Penal». Dice la ex-

posición de motivos de la ley de reforma que así «se solucionan las dificultades que pudiera plantear la concurrencia de esta norma con las que regulan el cohecho en el Código Penal». Sin embargo, leyendo con detenimiento los preceptos, la solución no está clara¹⁷. Si la intención del legislador era aplicar los delitos de cohecho del Capítulo V del Título XIX de manera preferente (que tienen la misma pena, al menos, en la modalidad de cohecho *propio*), se olvidó de que el art. 286 ter es ley especial respecto a dichos delitos y que, por tanto, se debe aplicar éste con preferencia siguiendo las normas del art. 8 CP.

4. Las modalidades típicas

El art. 286 ter penaliza exclusivamente la corrupción *activa*, de acuerdo con las exigencias internacionales. La razón para no tipificar el lado pasivo de la corrupción en las actividades comerciales internacionales no parece relacionarse con el bien jurídico pues tanto lo afecta la actuación del particular que entrega el soborno como la del funcionario que lo recibe. La razón parece ser de índole práctica, y radica en la dificultad para perseguir y enjuiciar a una persona que ejerce la función pública para otro Estado; Estado donde con seguridad se tipifica como delito la recepción de sobornos por parte de los propios funcionarios, por lo que ese Estado también tendrá interés en la investigación y enjuiciamiento de su servidor público.

Pese a lo dicho, acudiendo a las reglas generales de autoría y participación, el funcionario público extranjero podría responder ante las autoridades españolas a título de partícipe en el delito del art. 286 ter (ej. inductor) pero no parece que en la práctica esto vaya a suceder porque podría ser visto como una intromisión en los asuntos del otro Estado. Como ejemplo, en el caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional 7/2024, ya referida, el procedimiento contra el ciudadano español que entregó el soborno se abrió una vez que el funcionario público del otro Estado (en este caso, Colombia) fue condenado en su país por un delito de cohecho pasivo.

Aunque el art. 286 ter CP no está pensado, en principio, para el castigo del funcionario extranjero, la regulación actual de los delitos de cohecho del Título XIX sí permite, vía art. 427 CP, el castigo del funcionario extranjero (sin necesidad de que el soborno esté vinculado a las transacciones comerciales internacionales). Cuestión diferente es que sea conveniente perseguir a un funcionario de

¹⁷ Ampliamente sobre los problemas concursales, *vid.* GALÁN MUÑOZ, A.: «Globalización...», *op. cit.*, pp. 641 y ss.

otro Estado, como se ha indicado. En todo caso, en adelante habrá que tomar en consideración una reciente ley aprobada en EE.UU., la *Foreign Extortion Prevention Act*, que pone el foco, precisamente, en el castigo del funcionario extranjero que exige sobornos a una persona física o jurídica estadounidense (y, más ampliamente, a una persona física o jurídica de las referenciadas en la FCPA, como puede ser una empresa no estadounidense que cotice en bolsas del país). Cuando EE.UU. comience a penalizar a los funcionarios extranjeros habrá que ver si otros Estados cuyas legislaciones lo permiten, como la española, lo harán también.

No solo el castigo de la corrupción pasiva plantea problemas, sino que dentro de la corrupción activa también aparecen problemas por la redacción del tipo. Por ejemplo, no queda claro si los pagos de facilitación o engrase integran el tipo penal. No son pagos realizados para conseguir o conservar un contrato, y en ese sentido, deberían quedar fuera. Sin embargo, se plantean dudas acerca de la otra finalidad que incorpora el tipo penal: conseguir o conservar una *ventaja competitiva*. En efecto, un pago de engrase sí puede suponer una ventaja competitiva, por ejemplo, cuando se entrega para conseguir un permiso de trabajo, una licencia o un despacho aduanero. Téngase en cuenta, además, que en los delitos de cohecho clásico estos pagos sí son típicos, y se podrían perseguir según los art. 424 y 427 CP. Así las cosas, es difícil encontrar razones para no castigarlos conforme al art. 286 ter CP siempre que, efectivamente, se dirijan a lograr una ventaja competitiva.

En cuanto a la naturaleza del soborno, la expresión «beneficio o ventaja indebidos» no está exenta de polémica. El carácter cualitativo de los sobornos no plantea problema en tanto que expresamente dice el art. 286 ter que podrán ser «pecuniarios o de otra clase». Esta expresión se incorporó al tipo penal en la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, para dar cumplimiento a los requerimientos supranacionales. Se cerraba así una polémica que había generado debate respecto de los delitos clásicos de cohecho. Ahora no cabe duda de que integran el tipo los sobornos consistentes, por ejemplo, en reconocimientos, honores, prestaciones sexuales, etc.¹⁸.

IV. EL FUTURO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL

Cuando los profesores De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero publicaron el primer artículo sobre el nuevo delito de corrupción transnacional, hace más de dos décadas, quizá no se podía presagiar cómo sería la aplicación

¹⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / BLANCO CORDERO, I.: «Los nuevos delitos...», *op. cit.* pp. 16-17.

en los tribunales. Hoy, más de dos décadas después, se puede afirmar un cierto fracaso en la lucha contra este tipo de criminalidad. Tres procesos penales finalizados (los tres con sentencia condenatoria) en 25 años de vigencia del delito parecen ser una cifra un tanto escasa. Estos datos, no obstante, se asemejan a los de países que se hallan vinculados por el Convenio de la OCDE. De los 46 Estados parte, solo dos realizan una aplicación activa del delito (EE.UU. y Suiza), mientras que siete realizan una aplicación moderada (Alemania, Austria, Francia, Israel, Letonia, Noruega y Reino Unido). El resto no lo aplican o realizan una aplicación escasa o limitada¹⁹. El problema a futuro radica, por tanto, en reforzar la criminalización secundaria.

La persecución de los comportamientos corruptos es una labor altamente compleja. El profesor De la Cuesta Arzamendi apuntaba en un trabajo en el año 2013 el «grave déficit de aplicación» de los delitos de corrupción en España y destacaba que cuando aparece el componente internacional –como en el delito que nos ocupa– surgen aún más obstáculos²⁰. En efecto, dadas las características de la corrupción en el momento actual, su persecución y castigo se vuelve tremendamente complejo. Los corruptos operan a través de redes organizadas y actúan como auténticas estructuras empresariales que se organizan de manera racional para la maximización de los beneficios²¹. Esas redes llegan incluso a ser incluso transnacionales, lo que dificulta aún más su persecución y castigo. Es por eso que lo que se necesita en el momento actual es un refuerzo de los mecanismos de persecución que garanticen la aplicación de los tipos penales existentes. Ya lo apuntaba el profesor de la Cuesta Arzamendi en el año 2013²² a través de algunas medidas que considero como él imprescindibles y que me permito reproducir y completar aquí.

En primer lugar, es necesario abordar la corrupción como un *fenómeno* delictivo, no como mera suma de actos individuales. Como se ha señalado, los corruptos operan a través de redes organizadas, por ello es un error afrontar la corrupción como una cuestión de personas aisladas dentro de todo el sistema. Muy al contrario, la corrupción aparece en buena medida como sistémica, incluso en los países más democráticos o más avanzados económicamente, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de diseñar medidas tanto preventivas como represivas.

¹⁹ Transparency International: Exporting Corruption. Progress Report 2022: Assessing Enforcement of the OECD Anti-corruption Convention, 2022, p. 10.

²⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «La corrupción ante el Derecho y la Justicia», en *Diario La Ley*, n.º 8153, 2013, pp. 1-11 (p. 7).

²¹ OLASOLO, H. / GALAIN PALERMO, P.: «Corrupción institucional y organizacional: las redes complejas de corrupción», en *Política Criminal*, vol. 19, n.º 37, 2024, pp. 129-161.

²² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «La corrupción...», *op. cit.*, pp. 8-9.

En segundo lugar, es preciso asegurar una persecución efectiva de los comportamientos corruptos que lleve, eventualmente, a la imposición de una pena proporcionada. Lejos de discursos populistas que reclaman penas más duras para estos delitos, lo que tenemos en el Código Penal puede ser perfectamente adecuado para dar respuesta al fenómeno si se aplica. Recordando las palabras de Cesare Beccaria en *De los delitos y de las penas*, disuade más la certeza y prontitud de la pena que su dureza. Nunca estas palabras cobraron tanto sentido como ahora en la persecución de la corrupción pues los procesos se eternizan y pasan años – incluso décadas – hasta que, en algún caso, alguno de los responsables resultada condenado. Lo que se debe evitar es un Derecho Penal simbólico en materia de corrupción, con infinidad de tipos penales y con multitud de posibles penas pero que nunca llegan a aplicarse. Eso genera en la ciudadanía una sensación de *impunidad de los poderosos* que contribuye a la desafección política.

En tercer lugar, es imprescindible considerar que la corrupción – especialmente la corrupción transnacional – tiene como protagonistas a las empresas, que son las que ofrecen los sobornos a quienes tiene poder para beneficiarlas a través de contratos con la Administración Pública. En este punto, la estrategia tanto preventiva como represiva no puede ignorar esta realidad. Los programas de *compliance* como medida preventiva, y las sanciones disuasorias para empresas (por ejemplo, multas proporcionadas al beneficio obtenido y la prohibición de contratar con el sector público) son clave en el abordaje de este fenómeno.