



Universidad Internacional de La Rioja
Máster Universitario en Derecho Penal Económico

El delito de corrupción en los negocios

Trabajo fin de máster presentado por: Mauricio Alejandro Parga Poveda
Titulación: Máster Universitario en Derecho Penal Económico
Área jurídica:
Director/a: Prof. Dra. María Teresa Requejo Naveros

Ciudad
[Seleccionar fecha]
Firmado por:

Bogotá, Colombia

II. LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	4
III. RESUMEN / ABSTRACT.....	5
IV. INTRODUCCIÓN.....	6
V. EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS	8
<i>V.1 Principales fuentes supranacionales.....</i>	8
<i>V.2 Tipificación de la conducta en el Código Penal español.....</i>	12
<i>V.2.1. La corrupción en los negocios pasiva.....</i>	14
i. Sobre el sujeto activo en el delito de corrupción pasiva en los negocios.....	14
ii. Los verbos rectores en el tipo penal de corrupción pasiva en los negocios.	17
iii. Otros elementos especiales y características relevantes del tipo penal de corrupción pasiva en los negocios.....	18
<i>V.2.2. La modalidad activa del delito de corrupción en los negocios.....</i>	21
i. El sujeto activo.	21
ii. Los verbos rectores en el tipo de corrupción activa en los negocios.	22
iii. Otros elementos especiales y características relevantes del tipo penal de corrupción activa en los negocios.....	22
V.2.3. Circunstancias de atenuación del delito de corrupción privada.	23
V.2.4. El delito de corrupción en el deporte.	24
V.2.5. El delito de corrupción trasnacional.	25
V.2.6. Otras disposiciones del CPE aplicables al delito de corrupción en los negocios. 26	
V.2.7. La empresa como sujeto activo del delito de corrupción en los negocios.....	29
V.3. Tipificación de la conducta en el Código Penal colombiano.	31
i. El delito de corrupción privada en sus modalidades activa y pasiva. Consideraciones generales sobre el tipo penal.....	31
ii. Las circunstancias atenuantes y agravantes del delito de corrupción privada.....	33
iii. Otros elementos complementarios del tipo penal de corrupción privada.....	34
V.4. Otros elementos descriptivos del tipo que permiten abordar un análisis dogmático del tipo penal.	36
i. El bien jurídico tutelado.	36
ii. El sujeto pasivo de la conducta.....	38
iii. Objeto material.....	38
V.5 Pronunciamientos de los distintos tribunales españoles sobre el delito de corrupción en los negocios.	40
i. Análisis de la decisión proferida el 14 de junio de 2016 la Audiencia Provincial de Valencia, sentencia núm. 344/2016 (ARP/2016/1068).....	40

ii. Análisis y comentarios de la decisión dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 4ª) del 27 de octubre de 2016.	41
V.6 Pronunciamientos judiciales sobre el delito en Colombia.	43
VI. CONCLUSIONES.....	44
VII. FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS.....	45
VIII. ANEXOS.....	48

II. LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

CNUC: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

CPE: Código Penal español.

CPC: Código Penal colombiano.

CSJ: Corte Suprema de Justicia de Colombia.

DRAE: Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

L.O.: Ley Orgánica.

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

TS: Tribunal Supremo español.

III. RESUMEN / ABSTRACT

Con el presente trabajo, se pretende hacer una aproximación al delito de *corrupción en los negocios* desde una perspectiva de derecho comparado entre las legislaciones penales de España y Colombia.

Con ese fin, se mostrará, en primer término la que se considera es la génesis de esa conducta partiendo de los convenios supranacionales que han sido ratificados por España, para luego exponer de qué manera esa normativa fue incorporada en los ordenamientos punitivos de las legislaciones española y colombiana.

Acto seguido, se elaborará un análisis dogmático del tipo penal de *corrupción en los negocios* en el ordenamiento jurídico español, así como sus diferencias y similitudes con el delito de *corrupción privada* que contempla el Código Penal colombiano.

Finalmente, se mostrará la postura que a nivel de los poderes judiciales de ambas naciones han expuesto los distintos tribunales. Acto seguido se hará alusión a conclusiones relevantes que se puedan destacar, en punto de las diferencias y semejanzas que reviste el delito que se analiza, en los dos países.

PALABRAS CLAVE: Corrupción entre particulares, corrupción activa, corrupción pasiva, compliance, responsabilidad penal de las empresas.

With the present work, it is intended to approach the crime of corruption in business from a perspective of comparative law between the criminal laws of Spain and Colombia.

To that end, it will show, in the first place, what is considered to be the genesis of that behavior based on supranational agreements that have been ratified by Spain, to then explain how that regulation was incorporated into the punitive legal systems of the Spanish and Colombian legislations.

Next, a dogmatic analysis of the criminal type of corruption in business in the Spanish legal system will be prepared, as well as their differences and similarities with the crime of private corruption contemplated in the Colombian Penal Code.

Finally, it will show the position that at the level of the judicial powers of both nations have exposed the different courts. Immediately after, reference will be made to relevant conclusions that can be highlighted, in point of the differences and similarities that the crime that is analyzed, in the two countries.

KEYWORDS: Corruption among individuals, active corruption, passive corruption, compliance, criminal liability of companies.

IV. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un fenómeno que siempre se ha ligado a las administraciones públicas; sin embargo, recientemente, diversos ordenamientos jurídicos han incorporado a sus legislaciones punitivas el delito de corrupción cuando éste se comete en el ámbito de la empresa privada.

Ello responde, entre otros instrumentos internacionales, a las previsiones del Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) que busca, además de combatir ese flagelo en las diversas entidades estatales, que en el sector privado no se concentre una conducta que, o es oculta, o no ha sido considerada como objeto del derecho penal.

Ahora bien, HEIDENHEIMER¹, expone que existen tres escalas o clasificaciones de la corrupción.

Una corrupción “*negra*” que para la sociedad en general y las “*élites*” impone, casi de modo obligatorio una condena no solo de la colectividad sino también propia del derecho penal. Dentro de este grupo, se podría contar la corrupción pública, es decir, las apropiaciones presupuestales que cometen los funcionarios públicos por vía del delito de peculado en sus diversas vertientes.

Otra clase de corrupción, que clasifica el autor en cita en una zona “*gris*”, es frente a la que algunos sectores tanto de la sociedad como de las élites piden castigo, pero otros no, existiendo entonces una ambigüedad frente al reproche que el derecho penal podría presentar en punto de la comisión de los delitos allí contenidos. En este campo podríamos encasillar los delitos de “*bagatela*” o de montos ínfimos que harían más desgastante la activación del poder punitivo del Estado, que la aplicación de alguno de los mecanismos alternativos de solución del conflicto.

Finalmente, la tercera vertiente es la de la corrupción “*blanca*”, es decir, tipos de corrupción que se consideran tolerables y que por ende, en cuanto a su tipificación podrían generar discusiones dogmáticas y sociales en lo que respecta a si conductas admitidas, en principio, por la sociedad, pueden imponer el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Dentro de esta clasificación se puede encuadrar el delito de “*corrupción en los negocios*” o “*corrupción privada*”, que es admitido en la mayoría de las ocasiones como un elemento inherente al ámbito de las negociaciones que se dan entre particulares en el mundo empresarial. En este caso, además de su falta de discusión dogmática, es preciso entender por qué se considera que el reato en comento fue incorporado a los ordenamientos punitivos, más como una respuesta al fenómeno expansionista del derecho penal, que como un método de combatir la criminalidad.

Como el Estado español ha ratificado los diversos convenios que buscan combatir la corrupción, en sus vertientes pública y privada, asumió una serie de obligaciones que lo han llevado incorporar a su legislación interna mecanismos encaminados a prevenirla y sancionarla. Esa fue la razón para que se incorporara, en la Reforma del

¹ HEIDENHEIMER (2002: 141)
El delito de corrupción en los negocios

Código Penal por vía de la Ley Orgánica 5/2010, el denominado delito de corrupción entre particulares, que ha sido objeto de modificaciones de cara a delimitar, cada vez de manera más precisa, las actuaciones en el marco del derecho de los negocios que podrían adecuarse a esa conducta típica.

En el presente estudio, se hará un análisis del delito de corrupción en los negocios desde la que, se considera, es su génesis en el derecho penal español. Esa conducta es de novedosa introducción en el ordenamiento jurídico y, como se dijo, obedece, tanto al fenómeno de la globalización del derecho penal, como a la necesidad de tipificar determinados comportamientos que, en el ámbito de la empresa, hacen necesario un control estatal más estricto que el que podría ejercerse a nivel administrativo sancionatorio.

V. EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

V.1 Principales fuentes supranacionales.

El primer bosquejo de lo que ahora se denomina el delito de “*corrupción en los negocios*”, se puede encontrar en el **Convenio Penal sobre la corrupción de 1999**, aprobado y ratificado por el Rey de España el 26 de enero de 2010. En ese instrumento internacional se define con precisión, en sus artículos 7º y 8º en qué consiste la corrupción, activa y pasiva, en el sector privado.

En dicho instrumento internacional, la corrupción activa (Art. 7º), se define como la comisión intencional, por parte de cualquier persona “*en el curso de una actividad mercantil*” de la promesa, ofrecimiento u otorgamiento, directo o indirecto, de “*cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes*”.

Esa misma normativa señala (Artículo 8º), que la corrupción pasiva es aquella en la que “*una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado solicite o reciba, directamente o por mediación de terceros, una ventaja indebida o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes*”.

Otro instrumento internacional que se debe destacar, es la **Decisión marco 2003/568/JAI** del Consejo de la Unión Europea, “*relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*”.

Ese cuerpo normativo internacional se refiere, de igual manera, en su artículo 2º, a los delitos de corrupción activa y pasiva, relacionados con en el sector privado. Detalla las características esenciales de la conducta en comento y exige, a los Estados miembros de la Unión Europea, que adopten “*las medidas necesarias para asegurar que los siguientes actos intencionados constituyan una infracción penal*”.

Podría decirse de lo anterior que a partir de esa Decisión Marco se hace necesario incorporar a los textos penales de la Unión Europea el delito que en la actualidad se denomina “*corrupción en los negocios*”.

El instrumento bajo análisis, define la corrupción activa, como la acción de “*Prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones*”.

Y la corrupción pasiva la valora como la acción de “*Pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen*”.

funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones”.

Los antedichos instrumentos internacionales, se considera, son las primeras aproximaciones que se pueden invocar en cuanto a la necesidad de punibilizar conductas que se consideren constitutivas de corrupción privada (o corrupción en los negocios, con base en la denominación introducida por la L.O. 1/2015). Se destaca de las normativas bajo análisis que, además de guardar amplias similitudes en la definición de los delitos de corrupción activa y pasiva, como se verá más adelante, también fueron integradas a las dos legislaciones bajo análisis (de España y Colombia) teniendo en cuenta tanto sus principales elementos estructurales, como los ingredientes normativos que describen el delito.

Al continuar con el análisis de la **Decisión marco 2003/568/JAI** del Consejo de la Unión Europea, se tiene que en su literal 3º, Art. 2º, se advierte que *“Todo Estado miembro podrá declarar que limitará el ámbito de aplicación del apartado 1 a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales”.*

El apartado mencionado de la Decisión Marco permite mostrar un primer bosquejo de cuál es el bien jurídico que se busca proteger con la adecuación típica de los actos de corrupción privada. Se podría decir que busca evitar la comisión de actos que afecten la **sana competencia** en el marco de los negocios comerciales y por ende, de forma preliminar se puede decir que ese es el bien jurídico protegido. No obstante, un análisis de mayor profundidad se hará al momento de analizar los elementos dogmáticos del delito.

Para cerrar la discusión en punto de la Decisión Marco, su artículo 5º, contempla que la persona jurídica también deba responder penalmente, bajo los siguientes parámetros:

1. La exigencia de que los Estados miembros de la Unión Europea adopten medidas que resulten necesarias con miras a *“asegurar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones mencionadas en los artículos 2 y 3”*, es decir, de los actos de corrupción activa y pasiva y los actos que afecten la sana competencia en el marco del derecho de los negocios, que sean perpetrados *“en su provecho por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica”*, siempre y cuando cuente con:

- a) un poder de representación de dicha persona jurídica, o*
- b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o*
- c) una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica.*

2. Adicionalmente a los casos a los que hace alusión la primera condicionante denotada, también contempla la Decisión Marco que los Estados miembros de la Unión Europea adopten medidas que hagan exigible la responsabilidad a las personas jurídicas, *“cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas mencionadas en el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica cometa en provecho de ésta una infracción del tipo descrito en los artículos 2 y 3”*. En otras palabras, la Decisión Marco impone a los Estados miembros la implementación de programas de *compliance*, siendo estos los

principales métodos de vigilancia y control de las actividades que lleva a cabo una persona que está sometida, bajo una obligación legal o contractual, al mando de la persona jurídica.

3. La imposibilidad de excluir el ejercicio de acciones penales contra la persona natural, cuando esta se halle *“implicada como autora, instigadora o cómplice de una infracción del tipo descrito en los artículos 2 y 3”*.

En otras palabras, bajo esta condición, la responsabilidad penal declarada en contra de la persona jurídica no puede generar una causal de exclusión de la responsabilidad penal de la persona física que participa en la comisión del delito bajo una de las modalidades mencionadas.

Lo expuesto, permite concluir que la persona jurídica, al referirnos claro está a la normativa supranacional, puede y debe ser sujeto activo del delito de corrupción en los negocios.

También se puede destacar de este acápite, la posibilidad de que la empresa pueda responder, por casos de *“falta de vigilancia o control”*, lo que podría implicar, incluso, el establecimiento de una posición de garantía que, estimamos, deberá ser fijada detalladamente en las legislaciones internas, porque se correría el riesgo de que un actuar culposo o imprudente pueda ser objeto del derecho penal.

De igual manera, se expone en la Decisión Marco la necesidad de implementar en las legislaciones internas, los programas de compliance, los que, como sucede en la normatividad española, pueden llevar a eventos de exclusión de responsabilidad o situaciones de atenuación de la sanción punitiva que haya de imponerse. Sin embargo, esa situación será valorada en páginas posteriores, al hacer alusión al Código Penal Español (en adelante, CPE).

Ahora bien, otro instrumento internacional que se refiere al delito de corrupción privada, o corrupción en los negocios, es la **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción** (en adelante CNUC), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 58/2004.

Allí se consignaron pautas generales que deben adoptar los Estados integrantes de la ONU con miras a combatir las prácticas indebidas. En su capítulo 3^o, ese instrumento internacional estimó necesario que cada uno de los países firmantes adoptara medidas legislativas encaminadas a incorporar como delito, en cada ordenamiento interno, las prácticas corruptas, que tienen *“un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad”*².

Por su parte, el artículo 21 de la CNUC, también consagró el *“soborno en el sector privado”*, haciendo la exigencia de adoptar las medidas legislativas necesarias que permitan *“tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales”*:

I. La corrupción activa, que conceptúa como la promesa, ofrecimiento o concesión, directa o indirecta, *“a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella”* de beneficios indebidos que redunden en provecho propio o

² Prefacio de la CNUC
El delito de corrupción en los negocios

en el de un tercero para que *“faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;*

II. La corrupción pasiva, que denomina como la acción de solicitar o aceptar, *“en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar”.*

Se puede decir que los tres textos normativos analizados se refieren, en similares – por no decir idénticos – términos, a las dos modalidades que se pueden presentar en punto del delito de corrupción privada – activa y pasiva –.

En ese sentido, tienen en cuenta la existencia de un ofrecimiento, una promesa o la concesión de un beneficio por parte de cualquier persona; que la conducta se desarrolle en el marco de actividades económicas, financieras o comerciales; que se ejecute la conducta faltando a los deberes inherentes a las actividades propias de la empresa, para referirse a la corrupción activa

Y, en punto de la corrupción pasiva, que se solicite o acepte ese ofrecimiento o beneficio en provecho propio o ajeno, pero además, que la conducta sea ejecutada por una persona que se considere directivo o también, que pertenezca a la empresa y se encuentre subordinado a ella.

A partir de esas pautas, se puede decir que el legislador español, primero, y el colombiano, después, determinaron las características esenciales que debía contener el delito de corrupción privada. Con base en esos instrumentos internacionales se definió en ambas legislaciones su estructura típica y la diferenciación suficiente de la conducta de corrupción en el sector público, que es ampliamente conocida y castigada por los diversos ordenamientos penales.

Expuestos entonces los principales instrumentos internacionales que edificaron el actual delito de corrupción en los negocios, se procederá ahora al estudio de los tipos penales contenidos en los Códigos Penales español y colombiano.

V.2 Tipificación de la conducta en el Código Penal español.

El actual delito de corrupción en los negocios nace con la expedición de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio de ese año, siendo una de las más trascendentales reformas al Código Penal de 1995.

En aquella regulación el delito se denominó “*corrupción entre particulares*” y en la exposición de motivos de esa Ley, se consignó que la finalidad de incorporar el delito al ordenamiento punitivo español era la de garantizar una competencia justa y honesta. Con ese fin, se buscó reprimir “*los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho*”.

La finalidad de la norma era la de evitar la comisión de conductas que pudieran corromper a la persona, porque, además de exceder de la esfera del ámbito privado, “*se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado*”. El Gobierno Español consideró que ese problema era relevante, habida consideración de las repercusiones que la corrupción privada podía tener en las decisiones adoptadas a nivel empresarial, “*no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas. Obviamente, las empresas públicas o las empresas privadas que presten servicios públicos serán sometidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes*”³.

Así pues, puede afirmarse que el legislador consideró necesario introducir a la normativa nacional el delito, principalmente, con fines de cumplir los acuerdos internacionales en esa materia suscritos por el Gobierno Español.

En ese sentido, REQUEJO (2013), considera que fue “*única y exclusivamente la necesidad de dar satisfacción y cumplimiento a las previsiones de la Decisión Marco respecto de la superación de la lucha contra la corrupción en el ámbito público*” lo que llevó al legislador español a incorporar el delito de corrupción entre particulares al CPE, en tanto esa figura “*goza de nula tradición*” en el ordenamiento punitivo nacional.

Sin embargo, se considera que existe otro factor que también pudo incidir en punto de la introducción del delito de corrupción entre particulares al CPE. La premisa expuesta, se funda en que no solo en la administración pública se materializa un delito de corrupción, sino que también esa conducta se observa, de forma soslayada, en el ámbito empresarial, en el marco de los negocios y como tal, también es preciso evitar la comisión de esa clase de actividades, básicamente, por razón de que la empresa, como motor de la economía, está en la responsabilidad de mostrar un ejercicio ético de su actividad para evitar que se afecte la sana competencia en el mercado.

Cabe agregar, que el tipo penal introducido al CPE en la reforma del 2010, fue modificado, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, variando su denominación de *corrupción entre particulares*, a *corrupción en los negocios*. Esa denominación se considera acertada porque delimita aún más la esfera en la que el derecho penal protege el bien jurídico de la economía de mercado. En otras palabras,

³ Exposición de motivos de la L.O. 5/2010.
El delito de corrupción en los negocios

el legislador español fue consciente de la necesidad de que esa conducta deba proteger las buenas prácticas y evite los actos de corrupción que se presentaban, no en el campo privado, sino en materia de los negocios mercantiles.

Además, la Reforma introducida en el año 2015 obedeció a la necesidad de que la legislación española implementara cabalmente las recomendaciones que emitió la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE), en la tercera fase de evaluación de implementación del Convenio de la OCDE contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, normativa mediante la cual se pretendió cobijar todas las conductas en las que se obtuviera alguna posición o ventaja económica por vía del pago de sobornos en beneficio propio o de un tercero⁴. Se aclara, que no se hizo alusión al referido Convenio en el acápite relacionado con las principales fuentes supranacionales, porque se considera que aunque tiene relación con el delito de corrupción en los negocios, no es esencial para su constitución e incorporación en el ordenamiento punitivo español, en tanto ese Convenio se refiere, de forma exclusiva, a disposiciones encaminadas a combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros.

Ahora bien, trayendo a colación la exposición de motivos de la modificación legislativa introducida en el año 2015 al CPE, se puede destacar la creación específica de la sección denominada “Delitos de corrupción en los negocios”, al interior del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal. En la novedosa normatividad se incorporaron *“los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero)”*, adecuación que como se dijo, responde a la necesidad de que el Estado español acomodara su normativa a las pautas de las recomendaciones de la OCDE para implementar el Convenio antes mencionado.

Aprovechó el legislador español la referida modificación para introducir mejoras de técnica legislativa en punto de la regulación del delito de corrupción en los negocios. Su finalidad con la Reforma fue la de *“garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas”*. Aclaró también que la norma contenida en el tipo penal solo podría dejar de aplicarse cuando los hechos objeto del delito puedan subsumirse y ser castigados *“con una pena más grave en otro precepto del Código”*.

Además, dispuso la inclusión de las sanciones accesorias de *“prohibición de contratar con el sector público y de recibir subvenciones o ayudas públicas, beneficios o incentivos fiscales, o de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública”*.

Se podría decir, en cuanto al tenor literal del cambio en la denominación del delito, que obedeció a la necesidad de delimitar su estructura típica. Es decir, no es lo mismo hablar de corrupción en el sector *“privado”*, que hablar de corrupción *“en los negocios”*. Como se dijo precedentemente, ésta última acepción se refiere a un específico sector de las actividades privadas, que es el mercantil y de ahí se extrae la afirmación inicial, en cuanto a la delimitación del objeto de ese delito.

⁴ Ver, en ese sentido, JAEN VALLEJO (2016: 79-80).
El delito de corrupción en los negocios

Se considera que en ese aspecto acertó el legislador al variar la denominación de un delito que, al no ser objeto de sanción social, podría, por su amplitud, llevar a equívocos en cuanto a la adecuación típica de los comportamientos que se llevan a cabo en el ámbito privado.

Pues bien, al continuar la mención de las modificaciones legislativas introducidas por la L.O. 1/2015, se tiene que la denominación típica actual del CPE, en punto del delito objeto de análisis, en los numerales 1º y 2º del canon 286 bis, es la siguiente:

V.2.1. La corrupción en los negocios pasiva.

El literal 1º se refiere al delito de corrupción pasiva en los negocios, conducta que el CPE define de la siguiente manera:

1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

Esa conducta de corrupción pasiva en los negocios, se puede definir, de modo general, como la acción que lleva a cabo una persona vinculada a la empresa por una obligación legal, contractual o reglamentaria, y que, en razón del cargo que desempeña, recibe, solicita o acepta alguna clase de beneficio o ventaja, que no tenga justificación, para él o para un tercero y mediante el cual se favorece de modo indebido a otro, como contraprestación de la dádiva otorgada, siempre que dicha operación se lleve a cabo en el marco de una actividad negocial o mercantil.

Pues bien, como metodología para el presente estudio, se hará en este acápite una descripción de los principales elementos dogmáticos del artículo en cita, de los cuales se destacarán sus aciertos y falencias de cara a su posible imputación.

i. Sobre el sujeto activo en el delito de corrupción pasiva en los negocios

De esa normatividad puede destacarse, en primer término, la definición del “*sujeto activo*”, que es la persona que, por acción u omisión, materializa la comisión de la conducta punible.

Pues bien, el delito de corrupción en los negocios, en su modalidad pasiva, en lo que se refiere al sujeto activo es monosubjetivo, es decir, una sola persona puede cometerlo, sin que ello sea impedimento para que dos o más individuos también se vean incurso en su comisión.

Además, el infractor penal será, en este caso, según el primer inciso del Art. 286 bis del CPE, el “*directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad*”

En esta vertiente, dichos individuos que el tipo penal contempla como sujetos activos del delito de corrupción en los negocios son de índole calificada. Es decir, para que se configure la conducta, el infractor de la ley penal deberá reunir alguna de esas cuatro condiciones, que pueden definirse de la siguiente manera:

i) El *Directivo*, que en la definición admitida por el DRAE⁵, se entiende como la persona con la facultad de dirigir o también a la junta de gobierno de una sociedad.

Como se dijo, este primer sujeto activo exige una calificación especial frente a la cual, quien afecte el bien jurídico tutelado deberá tener el poder de dirección dentro de la empresa. Se trata entonces de un sujeto activo determinado o calificado.

ii) El *Administrador*, que, como su nombre lo indica, es la persona encargada de administrar los bienes de la sociedad, “*ordenar, disponer, organizar*”, bien sea a través de un acuerdo corporativo o incluso, se considera, a través de un pacto de hecho, los bienes de la empresa.

En esas condiciones, el *administrador de hecho* podría también ser imputado por la comisión de esta conducta, en razón a que la norma ninguna diferenciación o calidad específica hace en punto de las calidades de ese sujeto activo.

iii) El *Empleado*, es decir, quien labore al servicio de la empresa o sociedad, que fue vinculado mediante contrato de trabajo o alguna otra clase de vínculo legal o reglamentario y percibe un salario por cuenta de la actividad desempeñada al servicio de la empresa.

iv) El *Colaborador*. El DRAE, lo define como aquella persona que colabora⁶, y la acción de colaborar se concibe como “*trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra*”⁷.

Así pues, en principio, se podría decir que no existe ninguna diferenciación específica entre las figuras del “*empleado*” y el “*colaborador*”, porque ambos prestan un servicio a la empresa. La única condición que se podría establecer, del significado de cada una de aquellas acepciones en punto de definir las calidades del sujeto activo, es que el “*empleado*” será aquel que se encuentre vinculado mediante un contrato de trabajo y el “*colaborador*” será aquella persona que presta un servicio a la empresa sin percibir salario directamente de esta.

Se estima entonces, que esta última calificación, es decir, la de “*colaborador*”, podría cobijar, entre otros, a aquellas personas que ofrecen algún servicio a la empresa, *verbi gratia*, empleadas del aseo que no estén vinculadas directamente a la sociedad; contratistas que brinden algún servicio a la empresa ajeno a su objeto social o,

⁵ Ver en: <http://dle.rae.es/?id=Dr0oRwT>

⁶ <http://dle.rae.es/?id=9j3aNLq>

⁷ En: <http://dle.rae.es/?id=9j7x3u4>

El delito de corrupción en los negocios

empleados de la construcción que hagan alguna reparación⁸. Ello, se debe hacer claridad, se analiza de forma preliminar y sin tener aun en cuenta la exigencia de los verbos rectores de la conducta, análisis que se hará posteriormente.

Así, se concluye que el legislador pretendió abarcar un mayor número de individuos en la configuración del tipo penal, por vía de la figura del “colaborador”, pero si la conducta se fundamenta en que ese sujeto activo “*reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados*”, podría ser excesivo que, por un obsequio o algún tipo de compensación, a una persona no ligada a la empresa por un vínculo contractual se le pueda acusar como infractora del delito de corrupción en los negocios⁹.

Ahora bien, aunque se estima que bastaba con los tres iniciales descriptores del sujeto activo, y resultaba innecesario amplificar el espectro de la conducta bajo examen a la figura del “colaborador”, su introducción como el cuarto sujeto activo de la conducta, se piensa, podría obedecer a la transposición literal de la Decisión Marco al CPE.

Ella responde, se considera, a la necesidad del legislador de abarcar todas las vertientes del delito de corrupción comercial, incluso, algunas que no deberían ser consideradas como delito, por ejemplo, los casos planteados en los interrogantes expuestos por GÓMEZ – JARA (ob. cit.) y como lo expone REQUEJO (ob. cit.), al señalar que su inclusión podría responder “*a una posible ampliación del círculo de sujetos activos para evitar lagunas punitivas*”.

De otra parte, un sector minoritario de la doctrina considera que el tipo penal quedó “corto” en punto de los sujetos activos de la conducta, pues omitió incluir en ella al “empresario”¹⁰, que también está en capacidad de “*determinar la ejecución de este tipo de actividades ilícitas*”¹¹. En criterio de MIRÓ LLINARES (Ob. Cit.), esa omisión no permite la plena tutela del bien jurídico que busca proteger el delito de corrupción comercial.

No obstante, la doctrina mayoritaria estima que el empresario fue excluido, intencionalmente, de la descripción típica de la conducta, porque no puede ser autor idóneo del delito. Al respecto, REQUEJO (ob. cit). Afirma que “*el titular de la empresa no puede ser un autor idóneo, ya que es esencialmente libre en sus decisiones sobre adquisiciones de mercaderías y las actividades relativas a la prestación de servicios empresariales, tal como dispone el art. 38 CE al reconocer la libertad empresarial*”.

⁸ Al respecto, ORBEGOZO (2011) expone lo siguiente: “*La inclusión del término "colaboradores" desde luego servirá como cajón de sastre para evitar argucias que tengan como fin eludir la responsabilidad penal, ya que, a la espera de pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, es de suponer que dicho término puede servir para dar entrada a un concepto enormemente amplio, al margen, claro está, de autónomos que a pesar de no tener relación estrictamente laboral con la empresa, presten servicios para ella*”.

⁹ Esa misma problemática la plantea GÓMEZ-JARA (2014: 229), quien advierte que en la tipificación de este tipo de conductas puede “... *estar presente el riesgo de incluir conductas que son socialmente adecuadas*”. Se pregunta el mencionado doctrinante si “*¿puede constituir corrupción en el sector privado, el envío de cestas de Navidad a clientes para que sigan contratando los servicios de la empresa que se representa y no se vayan a otra? ¿Y los regalos al director de una sucursal bancaria para que siga dispensando un trato flexible en la concesión de préstamos hipotecarios? ¿Y la propina a un camarero para que atienda mejor a una mesa que a otra?*”.

¹⁰ En ese sentido, se puede consultar a MIRÓ LLINARES (2015: 653).

¹¹ Ídem.

Se considera acertada esa postura doctrinal que avala la imposibilidad de que el empresario pueda ser considerado autor del delito, finalidad que, se estima, busca la protección de la libre competencia. No obstante, dicha libertad tiene límites, enmarcados en la prohibición de actos de competencia desleal.

Lo anterior, se estima, no es óbice para que dado el caso pueda verse abocado a responder punitivamente, en casos límite, como responsable del delito de corrupción en los negocios. Basta con acudir al tenor literal de la palabra “*empresario*”¹², para concluir con suficiencia que esa acepción, al momento en que el Ministerio Fiscal o la Acusación Privada pretendan acusar a una persona con esas calidades, pueda quedar cobijada bajo el calificativo de “*directivo*” e incluso, dependiendo de la naturaleza y condiciones de la empresa, como “*administrador*”, lo que, se estima, no genera dificultades al momento de llevar a cabo la imputación frente a quien se considera el “*dueño*” de la empresa.

ii. *Los verbos rectores en el tipo penal de corrupción pasiva en los negocios.*

Entendiendo la conducta típica como uno de los elementos del tipo penal, se ocupa este estudio, en la referida materia, de establecer cuáles son los comportamientos humanos que definen y configuran el delito de corrupción en los negocios. Ello, a partir de los verbos rectores del delito contenidos en el Art. 286 bis del Código Penal español.

Así pues, en el delito de corrupción pasiva contenido en el inciso 1º de ese canon precedentemente citado, los verbos rectores son:

RECIBIR, acepción entendida, en su definición gramatical, como la acción de “*tomar lo que le dan o le envían*”¹³.

SOLICITAR, acción que se define como la de “*pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado*”¹⁴.

ACEPTAR, que el DRAE define como la acción de “*recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga*”¹⁵.

Se considera que los tres verbos rectores descritos en precedencia son de índole disyuntiva en el delito de corrupción pasiva en los negocios. En otras palabras, el sujeto activo puede ejecutar uno solo de ellos, pero de todas maneras se verá abocado a las consecuencias jurídico-penales correspondientes.

Pero existe además un verbo rector complementario a los mencionados, que es el de FAVORECER, entendida como la acción de “*ayudar o amparar a alguien*”¹⁶. Es decir, con esta acepción se amplía el espectro de la conducta pues no basta solo que se

12 Que según el DRAE se define como el “*Titular propietario o **directivo** de una industria, negocio o empresa*”. (<http://dle.rae.es/?id=Et5NIRo>)

13 <http://dle.rae.es/?id=VQtI8Xn>

14 <http://dle.rae.es/?id=YI2EH8k>

15 <http://dle.rae.es/?id=0NYmQ7a>

16 <http://dle.rae.es/?id=HgudzUt>

El delito de corrupción en los negocios

reciba, solicite o acepte un beneficio, sino que con esa acción se busque favorezca a otro.

El mencionado verbo complementario soluciona los interrogantes a los que se refiere GÓMEZ-JARA (ob. cit), pues el delito de corrupción en los negocios se materializará si y solo si, en nuestro criterio, cuando con alguna de las conductas descritas se busque la obtención de ese beneficio indebido.

Cabe aclarar que no basta solo con favorecer de cualquier manera “a otro”, sino que ese favorecimiento debe ser *indebido*, es decir, que dicho actuar sea “*ilícito, injusto y falta de equidad*”¹⁷, lo que en otras palabras permite delimitar claramente qué clase de actuaciones serán las que puedan considerarse como constitutivas del delito de corrupción en los negocios.

iii. Otros elementos especiales y características relevantes del tipo penal de corrupción pasiva en los negocios.

Continuando con la descripción de los distintos elementos que integran el delito de corrupción pasiva en los negocios (Art. 286 bis inc. 1º), se referirá este acápite, en primer término a distintos ingredientes del tipo penal que ameritan una especial valoración, sea esta de índole jurídica (ingrediente normativo), o susceptible de ser percibida a través de la simple utilización de los sentidos (ingrediente descriptivo).

Para el presente análisis, dichos elementos esenciales del tipo penal de corrupción en los negocios son:

- i. La adquisición o venta de mercancías.
- ii. La contratación de servicios.
- iii. Las relaciones comerciales.

Aunque se piense en principio que tales ingredientes normativos son de índole descriptiva¹⁸, en nuestro criterio y en línea con lo expuesto por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (ob. cit.), consideramos que son de índole normativa, en tanto se requiere un juicioso proceso valorativo intelectual del juez – o del Ministerio Fiscal, según sea el caso – para establecer si las relaciones mercantiles a las que se refiere el tipo se pueden acompasar a la conducta humana que se materializó en perjuicio de la sana competencia.

En otras palabras, es preciso que al momento de calificar la conducta, se establezca qué clase de actividades pueden constituir compraventa de mercaderías, celebración de contratos u otras operaciones que se susciten en el marco del derecho de los negocios.

¹⁷ <http://dle.rae.es/?id=LLpJHWV>

¹⁸ Al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2008: 45) afirma lo siguiente: “*Elementos descriptivos del tipo son aquellos –externos o internos– aprehensibles o comprensibles por la mera observación sensorial, es decir, aquellos accesibles a la percepción sensorial, mientras que los elementos normativos del tipo no son accesibles a esa percepción, sino que es necesario un proceso de comprensión intelectual o espiritual o un proceso valorativo*”.

El delito de corrupción en los negocios

Queda claro de lo anterior, la adecuada delimitación del delito que hizo el legislador español a partir de la reforma de la L.O. 1/2015, para variar la denominación del delito a la de *corrupción en los negocios*, pues esos tres ingredientes normativos mencionados delimitan aún más el espectro en el cual las actividades de los sujetos activos de la conducta, podrán verse incursos en el delito.

Otro elemento que se debe destacar en punto del análisis que se está llevando a cabo, es que el *beneficio o ventaja no justificados* que recibe, solicita o acepta el sujeto autor de la conducta de corrupción pasiva, puede ser de *“cualquier naturaleza”*. Es decir, no necesariamente debe ser cuantificable en dinero para que la conducta se entienda materializada.

En ese sentido, al referirse el legislador a la entrega de un elemento *“de cualquier naturaleza”*, se estima, pretendió cobijar no solo beneficios económicos o en especie, sino también, por que no concluirlo, dádivas de índole moral, por ejemplo, la posibilidad de que un hijo del sujeto activo de la conducta pueda ingresar a una institución educativa secundaria o de educación superior específica; la prestación de servicios especiales en un club privado o una asociación o la entrega de los conocidos pases VIP para eventos de distinta naturaleza.

Los ejemplos citados serán difícilmente cuantificables en dinero, pero no por ello podría dejarse de lado la adecuación típica del actuar en el delito de corrupción pasiva porque, como claramente lo expone la norma, el *favorecimiento indebido* es el que debe estar ligado a la realización de actividades mercantiles, no la entrega del beneficio o ventaja.

De igual manera, contempló la norma que ese beneficio sea concedido *“para sí o para un tercero”*, lo que reafirma la postura antes mencionada en cuanto a que la dádiva puede ser recibida por un familiar del sujeto activo y no cuantificarse en dinero.

Finalmente, el tipo penal de corrupción pasiva contempla, además de sanción privativa de la libertad (6 meses a 4 años), las penas, también principales, de inhabilitación especial para el ejercicio de industria y comercio por el plazo de uno a 6 años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

En este punto, aunque se estima que la pena privativa de la libertad es acorde a la lesividad de la conducta punible y por ende, proporcional, podrían generarse problemas **prácticos** al momento de imponer las sanciones de multa e inhabilitación que derivarían, incluso, en que esas sanciones puedan *“caer en el vacío”*.

Para explicar la afirmación anterior, se hace alusión, en primer lugar, a la *“inhabilitación especial para el ejercicio de industria y comercio”*. Esa sanción, se considera, aunque el juez la debe imponer, tiene serias restricciones en su aplicación, concretamente, cuando la conducta de corrupción pasiva la comete el *“empleado”* de la empresa pues cabe preguntarse ¿cómo podría operar la aludida inhabilitación en el caso de un trabajador, cuando éste no desarrolla actividades relacionadas con la *industria y comercio*, sino únicamente está vinculado mediante contrato de trabajo?

En este evento, se estima que aun cuando el juez, debe imponer la aludida restricción, ésta será inoperante en la práctica, y la prohibición de ejercer industria y comercio, de ningún modo puede implicar que el *empleado* que ejecuta la conducta punible, pueda ver restringido su derecho **al trabajo**, garantía protegida por la Constitución.

En los demás casos, es decir, cuando se trate del directivo, administrador o colaborador no se encuentran dificultades cuando el juez imponga la referida sanción, en tanto ellos sí llevan a cabo – analizando, claro está, cada caso concreto– actividades relacionadas con la industria y comercio.

Ahora bien, en lo que se refiere a la sanción de multa “*del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja*” también se pueden encontrar dificultades para que el juez establezca su tasación.

En efecto, si como se expuso en precedencia, el beneficio o ventaja resulta no ser cuantificable en dinero, ¿cómo podría llevarse a cabo el ejercicio dosimétrico de la sanción pecuniaria? La respuesta es negativa, es decir, no se puede cuantificar un beneficio de índole moral y por ende, en casos como los de los ejemplos anteriormente citados, tampoco sería posible, en la práctica, que el juez efectúe la tasación de la sanción de multa, porque ésta no es cuantificable.

Así las cosas, solo si el beneficio o ventaja es cuantificable en dinero, el juez podrá tasar la pena de multa.

En tales eventos, el legislador debió cuantificar la sanción pecuniaria, no ligándola al “*beneficio o ventaja*”, sino a la fijación de montos mínimos y máximos de movilidad que le permitieran ejercitar, con mayor precisión, criterios dosimétricos.

Sin embargo, una solución a la falencia que se acaba de describir, la trae el canon 52 del CPE, que describe los criterios para la tasación de la pena a la persona jurídica. En ese sentido, el literal 4º ejusdem dispone que, cuando se prevé una pena de multa para la persona jurídica, “*en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos*”, el juez tendrá el deber de motivar la imposibilidad de llegar a tal cálculo y posibilitar la sustitución de la sanción pecuniaria por las siguientes:

- a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.
- c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

En esas condiciones, se advierte una omisión del legislador que requerirá una reforma legislativa del CPE para superar la falencia en punto de determinar la cuantificación de la multa para las personas físicas cuando el delito no permita la cuantificación del daño o perjuicio ocasionado. Hasta tanto, la solución quedará en manos del TS como corporación encargada de la unificación de la jurisprudencia, pero mientras ello suceda, se estima que el juez deberá acudir a los criterios del artículo 52.4 (destinados a las personas jurídicas) para cuantificar la pena de multa a una persona física en casos como los que se mencionaron precedentemente.

V.2.2. La modalidad activa del delito de corrupción en los negocios.

Sobre esa modalidad de la conducta punible, el inciso 2º del Art. 286 bis del CPE dispone lo siguiente:

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

Bajo esa descripción normativa, se puede definir la modalidad activa del delito de corrupción en los negocios como aquella conducta en la que cualquier persona le promete, ofrece o concede a alguno de los integrantes de una empresa mercantil o sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, con el fin de que ese individuo o un tercero lo favorezca, indebidamente, en la realización de actividades o negocios originados en el marco de las relaciones comerciales.

Al igual que como se hizo con la conducta de corrupción pasiva, en este acápite se hará alusión a los aspectos dogmáticos más relevantes del tipo penal contenido en el inciso 2º del Art. 286 bis.

i. El sujeto activo.

Para el inciso 2º descrito precedentemente, el sujeto activo de la conducta será, en principio, **cualquier persona**. Entonces, en la descripción que ahora se analiza, el sujeto activo es **indeterminado**, situación que convierte al delito de corrupción en los negocios en su modalidad activa, como uno de origen común¹⁹.

No obstante, se considera que no cualquier persona tiene la posibilidad de prometer, conceder u ofrecer a algún integrante de la empresa un beneficio para que lo favorezca en el marco de actividades de índole mercantil. Solo aquellos que se desempeñen en ese ramo, se estima, podrían ser sujetos activos del delito de corrupción en los negocios.

Del análisis de este inciso se puede destacar un aspecto relevante en punto de la autoría. La norma tuvo en cuenta la sanción punitiva del denominado “*autor mediato*” o “*autor detrás del autor*”. Esto, en tanto la norma hace atribución a “*quien por sí, o por interpuesta persona*” cometa el delito, permite inferir que si el ofrecimiento se hace en favor de “*otro*”, ese otro deberá responder por la comisión de la conducta en condición de determinador (inductor, según lo previsto en el art. 28 letra a) del CPE, que se define como aquella persona “*que induce directamente a otro u otros a ejecutarlo*”).

¹⁹ VEGA ARRIETA (2016: 58).

El delito de corrupción en los negocios

El inciso bajo análisis no dice de qué manera podría responder la “*interpuesta persona*” en punto de la comisión de la conducta punible. Y no puede responder como autor porque el canon en cita solo considera sujeto activo del delito a quien prometa, ofrezca o conceda o cuando ese individuo determine a otro a ejecutar tales actos en su beneficio. Podría decirse que la norma “*quedó corta*” en ese aspecto al guardar silencio sobre la responsabilidad del autor material.

Sin embargo, en tales casos, se considera que esa “*interpuesta persona*” deberá responder a título de **cómplice**, calidad del sujeto activo que se da en los individuos que “*cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*”²⁰ y teniendo en cuenta la problemática que se suscitó ante la falencia del legislador en considerar a ese tercero, también un coautor de la conducta.

ii. Los verbos rectores en el tipo de corrupción activa en los negocios.

En la modalidad activa del delito de corrupción en los negocios, se tienen los siguientes verbos rectores cuya acción edifica la conducta punible:

PROMETER, es decir, obligarse a hacer, decir o dar algo²¹.

OFRECER, que según el DRAE, se refiere a la acción de comprometerse a dar, hacer o decir algo²².

CONCEDER, que significa, en el DRAE, la acción de dar, otorgar, hacer merced y gracia de algo²³.

Dichas acciones, al igual que en la modalidad pasiva de la conducta, son de carácter disyuntivo, es decir, basta con solo la realización de una de aquellas para que se entienda materializada la conducta.

Para este caso, de todas maneras, también se debe tener en cuenta el verbo complementario “*FAVORECER*” cuya valoración, a diferencia de las anteriores acciones descritas, debe realizarse conjuntamente y debe acreditarse al momento de su imputación, al igual que en la modalidad pasiva, como elemento esencial del tipo.

Claro está, así como sucede en el delito de corrupción pasiva, en esta clase de corrupción también ese favorecimiento debe ser indebido, esto es, como se dijo en precedencia, que sea de índole ilícita, injusta o inequitativa.

iii. Otros elementos especiales y características relevantes del tipo penal de corrupción activa en los negocios.

²⁰ CPE, Art. 29.

²¹ <http://dle.rae.es/?id=ULSmbRK>

²² <http://dle.rae.es/?id=QwAzBOh>

²³ <http://dle.rae.es/?id=A6X6Zm4>

El delito de corrupción en los negocios

Se encuentran como elementos especiales del tipo penal de corrupción activa en los negocios los elementos característicos del tipo penal en su modalidad pasiva. Entre ellos que con la conducta se busque favorecer al sujeto activo en actividades relacionadas con el comercio, es decir:

- i. La adquisición o venta de mercancías.
- ii. La contratación de servicios.
- iii. Las relaciones comerciales.

Para no resultar repetitivo y como las características de tales actividades fueron analizadas en páginas precedentes, a los comentarios antedichos se tendrá este estudio.

Igual sucede con el “*beneficio o ventaja no justificados*” que promete, ofrece o concede el sujeto autor de la conducta de corrupción activa. Como se dijo en antecedencia, puede ser de “*cualquier naturaleza*”. Es decir, no necesariamente debe ser cuantificable en dinero para que la conducta se entienda materializada y conlleva las mismas dificultades de dosificación que la conducta en su modalidad pasiva.

V.2.3. Circunstancias de atenuación del delito de corrupción privada.

En este acápite el presente estudio se referirá a las circunstancias específicas de atenuación del delito de corrupción privada a las que hace alusión el inciso 3º del Art. 286 bis del CPE y no a las circunstancias genéricas de atenuación punitiva contenidas en el canon 21 ejusdem.

Al respecto, el mencionado inciso 3º señala lo siguiente:

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

Lo primero que se debe destacar de ese texto normativo, es que a diferencia de la existencia y adecuación típica de las conductas de corrupción activa y pasiva en los negocios, cuyo origen se encuentra, principalmente, en la Decisión Marco de la Unión Europea de 2003, la cláusula bajo análisis fue incorporada al CPE por iniciativa propia del Gobierno Español²⁴.

Otro aspecto relevante ligado al anterior, es la laxitud del legislador en lo que se refiere a la existencia de circunstancias atenuantes.

Se dice que es laxo el legislador, no de manera despectiva, pues con esa circunstancia atenuante descrita se resuelven algunas problemáticas que se han ido elaborando a lo largo de este escrito.

Una de ellas, que se estima de relevancia, es la sanción punitiva al trabajador de la empresa que comete el delito de corrupción pasiva. Si la norma permite la aplicación

²⁴ En ese sentido, cfr. NAVARRO (2011: 112).
El delito de corrupción en los negocios

de la atenuante analizando la *“trascendencia de las funciones del culpable”*, en caso de quien está al servicio de la empresa, con claridad podrá ser benéfica en el evento en que el sujeto activo de la conducta punible haya ejecutado su actuar bajo las órdenes que algún superior jerárquico le impartió.

Ahora bien, en consonancia con lo que expone NAVARRO (ob. cit.), la aplicación de la aludida circunstancia atenuante es potestativa y no obligatoria. La norma advierte que el juez *“podrá imponer”* la pena inferior en grado, criterio que, se considera, es acertado porque al ser esa circunstancia una cláusula innominada²⁵, el juez tendrá el deber de sopesar los elementos de convicción que obren en el proceso y, con base en ellos, definir si la persona involucrada en la comisión del delito puede estar o no beneficiada de esa gracia punitiva.

Cabe añadir que la *“trascendencia de las funciones del culpable”* no es la única condición a aplicar para que el autor de la conducta obtenga la prerrogativa que se analiza, pues la norma impone al funcionario judicial que también analice *“la cuantía del beneficio”* o *“el valor de la ventaja”* y añade la conjunción *“y”*, lo que permite concluir que tales factores deben ir ligados y, a falta de uno de ellos, la atenuante no podrá ser aplicada por el juez.

Por otra parte, al hacer referencia a los elementos *“la cuantía del beneficio”* o *“el valor de la ventaja”*, se puede decir que con ellos se soluciona la problemática atrás mencionada en punto de la graduación de la sanción. Particularmente, se considera, si no son cuantificables crematísticamente el beneficio o la ventaja, el juez se verá obligado a considerar la aplicación de la diminuyente objeto de estudio, al caso concreto.

Finalmente, si bien se estima acertado que el juez sea quien determine la procedencia de aplicar la diminuyente, no se considera lo mismo frente a la graduación de la multa, que el legislador permitió que el juzgador la aplicara *“a su prudente arbitrio”*, factor que, se piensa, es subjetivo y por ende, improcedente en eventos en los que se deba definir la imposición de la referida sanción pecuniaria, que debe tener montos predeterminados en la norma.

V.2.4. El delito de corrupción en el deporte.

Las Reformas de las L.O. 5/2010 y 1/2015 introdujeron también el delito de corrupción en el ámbito del deporte.

Esa conducta, se encuentra regulada en el numeral 4º del Art. 286 bis del CPE, bajo los siguientes términos:

²⁵ Según NAVARRO (2011: 113), las cláusulas innominadas son *“regulaciones que anudan modificaciones cualitativas o relevantes de la pena a supuestos de hecho que permanecen (al menos parcialmente) innominados (en el sentido de no nombrados en la ley); primero, porque el legislador no termina de describirlos de forma precisa y concreta en la ley, y segundo porque, a través del carácter facultativo de la consecuencia jurídica, hace depender la final aplicación de la rebaja de pena de factores no explicitados en la ley y, por tanto, en última instancia, de las valoraciones del juez”*.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquella en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate.

Tuvo en cuenta el legislador español que los actos de corrupción también podían presentarse en el ámbito deportivo, donde, dependiendo de la clase de espectáculo, los movimientos e intereses económicos involucran altas sumas de dinero.

Tal fue la razón para que también en el ámbito del deporte se introdujera un tipo penal dedicado a la protección de bienes jurídicos, claro está, únicamente cuando se trate de eventos deportivos “*de especial relevancia económica*”, en los términos definidos por el inciso 2º del literal 4º arriba citado.

De esta conducta típica se puede destacar, que el legislador sí utilizó la acepción “*directivo*”, como uno de los sujetos activos del delito de corrupción en el ámbito del deporte, vocablo que la doctrina mayoritaria echó de menos en punto de la adecuación típica para los casos del delito de corrupción en los negocios.

Sin embargo, se reitera, la ausencia de aquella denominación no comporta dificultad ninguna de imputar a un “*directivo*”, el delito de corrupción en los negocios, por las razones precedentemente expuestas.

De otra parte, se debe aclarar que el presente estudio se centrará en los literales 1 a 3 del artículo 286 bis del CPE, pues el inciso 4º de la norma en comento hace alusión a un tipo que, se considera, es una desviación (si así se le puede llamar), del tipo de corrupción en los negocios y que da lugar a un análisis mucho más profundo. Por tal razón, no será analizado en este opúsculo.

V.2.5. El delito de corrupción transnacional.

Como se dijo en páginas precedentes, esta modalidad del delito de corrupción en los negocios se origina en la necesidad de que el Gobierno Español cumpla las recomendaciones que emitió la OCDE, en la tercera fase de evaluación de implementación del Convenio de la OCDE contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

Así, la L.O. 1/2015 adicionó al CPE el artículo 286 ter, que se refiere al delito de corrupción transnacional, en los siguientes términos:

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

Al ser de gran relevancia esta conducta en el marco de las relaciones comerciales internacionales, su análisis requiere de un estudio profundo que podría desviar la atención del tema central objeto de valoración.

Sin embargo, no se pueden dejar de lado elementos característicos de esta conducta que, al igual que el delito de corrupción en los negocios, su inclusión en el CPE es el resultado del cumplimiento de los compromisos internacionales del Gobierno Español.

De esta conducta es posible destacar que el sujeto activo es indeterminado “*los que*”, pero, al igual que sucede con la modalidad activa del delito de corrupción en los negocios, se estima que no cualquier persona lo puede cometer, sino solo aquella que pueda verse beneficiada “*en la realización de actividades económicas internacionales*” bajo las condiciones allí descritas.

También se puede destacar que la finalidad del delito es la de evitar que se *corrompa* a un funcionario público o autoridad con el fin de que favorezca al sujeto autor de la conducta, de alguna manera, mediante el otorgamiento o conservación de contratos, negocios o ventajas económicas en la realización de actividades económicas internacionales.

Sin embargo, se considera que este tipo penal no resulta ser más que el reflejo del cumplimiento de los antedichos compromisos internacionales y cuenta con dificultades prácticas de imputación, por vía de la cláusula “*salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código*”, por la cual, fácilmente podrían adecuarse las conductas que se cometan a la luz de este delito, en alguna de las variantes de los delitos contra la Administración pública (por ejemplo, el cohecho, en sus distintas vertientes), que, como es bien sabido, contemplan penas más gravosas que la que se impone por la comisión de esta conducta.

De todas maneras, este delito cuenta con características similares en su estructura típica, al de corrupción en los negocios en su vertiente activa, al que nos referimos con amplitud en precedencia.

V.2.6. Otras disposiciones del CPE aplicables al delito de corrupción en los negocios.

En este capítulo, se hará referencia a otros apartados del CPE que también permiten analizar, en contexto, más condiciones que resultan aplicables al delito de corrupción en los negocios:

Se inicia por traer a colación el artículo 286 *quater* del CPE, que se refiere a los hechos de *especial gravedad*, que aumentan la sanción del delito de corrupción en los negocios, cuando se presenten los siguientes eventos:

- 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.*

De tales circunstancias, es posible destacar lo siguiente en cuanto al tema que es objeto de valoración:

1. El art. 286 *quater*, en punto del delito de corrupción en los negocios, considera que “*si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de especial gravedad*” deberá incrementarse la pena.

Sin embargo, se considera en exceso ambiguo y amplio ese precepto, porque el legislador permitió que, además de los cuatro casos arriba mencionados se pudieran considerar otros hechos (no dijo cuales), como de especial gravedad, lo que daría lugar a que el juez, bajo criterios subjetivos, estableciera cuáles conductas podrían encasillarse en ese supuesto.

Además, la denominación “*especial gravedad*”, conlleva una interpretación, necesariamente, **subjetiva**, que, como se expuso en precedencia, conlleva riesgos y no puede ir de la mano con condiciones de imputación de penas más gravosas y menos aún en materia penal, donde se requiere especificidad de la norma con miras a imponer una sanción a quien resulte declarado penalmente responsable.

Por tal razón, se estima que la “*especial gravedad*” del delito de *corrupción en los negocios* debería endilgarse al sujeto autor del delito, **exclusivamente**, cuando la conducta se haya cometido en alguno de los cuatro supuestos arriba descritos, pues en materia penal, la interpretación de la ley debe ser aplicada en favor del procesado y no en su desmedro.

2. Ahora bien, de los cuatro preceptos del canon 286 *quater* mencionados en precedencia, se considera discutible la forma en la que el legislador español formuló los dos primeros, estos son:

- a) *el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado,*
- b) *la acción del autor no sea meramente ocasional,*

De nuevo, la crítica se centra en la falta de técnica y precisión para definir las circunstancias en que se cometen las dos agravantes del delito cuyo análisis se lleva a cabo.

En cuanto a la primera, esto es, que “*el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado*”, surge el interrogante de ¿cómo podría cuantificarse un “*valor especialmente elevado*”? Entendiendo, claro está, que dicho valor haga referencia a un elemento que sea posible ponderar en dinero, y, si es así, ha debido el legislador, más bien, especificar una suma, como lo hizo para otras conductas²⁶. En esas condiciones y en consonancia con lo que se expuso en precedencia, ante la indefinición del precepto, la interpretación que se debe hacer al momento de adecuar típicamente la conducta debe ser favorable al procesado y por ende, el funcionario judicial o el Ministerio Fiscal – en la acusación – estarán en el deber de demostrar que el delito reviste “*especial gravedad*” por el valor “*especialmente elevado*” cuantificando ese elemento en dinero.

Si las partes acusadoras no logran demostrar esa condición, la conducta de corrupción en los negocios, se entiende, no podrá ser considerada como de “*especial gravedad*”.

La segunda circunstancia agravante reviste la misma problemática. ¿Cómo puede definirse el precepto “*la acción del autor no sea meramente ocasional*”? ¿Se configurará esa condición con la comisión de dos o más conductas? ¿Tres? ¿Cuatro? Lo cierto es que los problemas interpretativos que ahora se describen no deberían presentarse, pues la norma penal, dadas sus condiciones en lo que se trata de restringir derechos fundamentales como la libertad, no podría dar lugar a ambivalencias como a las que ahora se hace alusión. Menos aún, se reitera, cuando de lo que se trata es de incrementar la sanción punitiva que se deba imponer.

Así pues, se estima que las analizadas circunstancias de agravación deberían ser objeto de una mayor precisión por parte del legislador y, hasta tanto ello no suceda, no podrían ser endilgadas al infractor de la norma, claro está, se insiste, exclusivamente, en lo que se refiere al delito de corrupción privada cuyo análisis es el eje central de este estudio.

Las dos restantes circunstancias que convierten al delito en uno de “*especial gravedad*” no acarrearán ninguna dificultad en punto de su interpretación. Basta con decir que la pena para el delito de corrupción en los negocios será agravada si la conducta se materializa en el seno de una organización o grupo criminal, o también, cuando el negocio jurídico realizado gire en torno a bienes o servicios humanitarios o artículos de primera necesidad.

3. El primer inciso del art. 288 del CPE prevé la publicación de la sentencia en los diarios oficiales y, cuando lo solicite el perjudicado, en otros medios informativos, a costa del condenado.

La disposición en comento es genérica al indicar que se debe publicar la sentencia – condenatoria o absolutoria–. Se estima así acertado ese precepto porque, por un lado, implica, además de la sanción punitiva que le impone el poder punitivo estatal, un castigo social al declarado penalmente responsable del delito de corrupción en los

²⁶ A modo de ejemplo, se puede traer a colación la circunstancia agravante del artículo 250.5 en la cual, para el caso del delito de estafa, incrementa la sanción la defraudación que supere la suma de € 50.000. También, lo previsto en el art. 259 bis, que incrementa la pena a imponer para la conducta de insolvencias punibles, en los casos en los cuales el perjuicio económico ocasionado al acreedor supere los 600.000€.

negocios, pero también, la publicación de la sentencia de otra parte, favorece a quien resulta absuelto de esa conducta, dadas las consecuencias económicas y en el buen nombre de la sociedad, o de uno de sus integrantes, por cuenta de haberse visto abocados al trámite de un proceso penal.

4. Finalmente, el canon 297 del CPE se encarga de describir el término “*sociedad*” como toda aquella “*cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado*”. Se estima un acierto que el legislador haya incluido ese precepto en el CPE, pues se evita la creación de tipos penales en blanco o la indefinición del precepto “*sociedad*”, por lo cual no resulta necesario acudir a otras legislaciones con miras a definir qué clase de empresas podría cobijar esa acepción, de cara a establecer dentro de qué clase de organizaciones dedicadas al comercio podría cometerse el delito de corrupción en los negocios. Claro está, dentro de tal acepción quedarán cobijadas las personas jurídicas que puedan ser sujeto de la acción penal bajo los parámetros del art. 31 bis del CPE.

V.2.7. La empresa como sujeto activo del delito de corrupción en los negocios.

El inciso 2º del artículo 288 del CPE avala la responsabilidad penal de la persona jurídica por la comisión del delito de corrupción en los negocios. Este es un avance que ha tenido la legislación española frente a la colombiana, última que no considera, aun, que la empresa pueda ser sujeto activo de la comisión de delitos.

Esa es la primera de las diferencias esenciales que se encuentra de cara a un cotejo de las dos legislaciones, en lo que se refiere al delito de corrupción privada.

Al margen de los abundantes desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica, sobre los cuales este análisis no se adentrará en profundidad, de nuevo, con miras a no desviar el cauce del presente estudio, se puede destacar la imposición de la pena de multa a la empresa que sea declarada autora del delito de corrupción en los negocios, en cuantía de 2 a 5 años “*o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física*” tenga prevista pena de más de dos años de privación de la libertad.

Cabe aclarar, que la responsabilidad penal de la persona jurídica no está ligada a la declaración de responsabilidad que pueda pesar sobre la persona física. La norma buscó, en este particular aspecto, fijar la sanción punitiva para la empresa de acuerdo a la conducta que haya materializado el autor físico, pero solo la sanción, sin que las conductas de uno y otra estén necesariamente vinculadas, pues recuérdese que como expuso el TS en decisión STS 221/2016, el juicio de reproche que recae sobre la empresa es autónomo y debe también demostrarse, en tanto el sistema español “*no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad*” (STS 221/2016).

De otra parte, BOLEA (2016), estima que no es procedente atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, “*especialmente, en relación con la modalidad de*

corrupción pasiva, puesto que el favorecimiento indebido que requiere el tipo... lo que determina es la infracción de deberes de lealtad hacia la empresa para la que se trabaja, con lo que no parece compatible con el beneficio para la persona jurídica que requiere el art. 31 CP para poder establecer una responsabilidad penal de esta. De modo que difícilmente será aplicable esta modalidad de corrupción privada en la práctica respecto a personas jurídicas”²⁷.

No obstante, se considera desatinada esa posición, porque el “*beneficio*” exigido por el canon 31bis del CPE para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, puede acompañarse al “*beneficio o ventaja no justificados*” al que se refiere el art. 286_bis ejusdem, que podría obtener alguno de los sujetos activos del delito, para favorecer finalmente a la empresa. Por esa vía, entonces, sí podría afirmarse que la empresa puede ser quien obtenga el “*beneficio o ventaja no justificados*” y por ende, considerarse sujeto activo del delito.

En esas condiciones, contrario al criterio doctrinal antes citado en precedencia, sí es posible, en la práctica, atribuir responsabilidad penal a la empresa como sujeto activo del delito de corrupción en los negocios.

²⁷ BOLEA BARDÓN C. (2016: 104)
El delito de corrupción en los negocios

V.3. Tipificación de la conducta en el Código Penal colombiano.

En un informe que publicó la ONG Transparencia por Colombia en el año 2013 y que cimentó la reforma del artículo 272 de la Constitución Política colombiana, se estableció como uno de los retos de la sociedad colombiana para combatir la corrupción, el deber de que los empresarios asuman un liderazgo en la lucha contra la corrupción, partiendo de la base de que una empresa socialmente responsable debe llevar a cabo sus negocios *“con principios éticos y de transparencia. Los empresarios pueden asumir su corresponsabilidad en la lucha contra la corrupción poniendo en marcha de programas de ética organizacional al interior de sus empresas y sus cadenas de valor, e implementando esquemas para prevenir el soborno en la gestión empresarial”*²⁸.

Esa reforma también tuvo como base, la modificación del Código Penal (en adelante CPC) en materia de actos de corrupción, que se materializó por medio de la Ley 1474 de 2011, y que adicionó al CPC el delito de *corrupción privada*.

En la exposición de motivos de la mencionada Ley, se advierte que la base normativa principal, o *“modelo”* es la legislación española, *“pues en la misma... el delito de corrupción privada está tipificado en la Ley Orgánica 010 de 2010 (sic), que reformó la legislación punitiva de ese país.”*²⁹

Así pues, el principal modelo que rigió la creación del delito de corrupción privada en Colombia, fue la reforma que el legislador español introdujo en el año 2010 al CPE. Cabe aclarar, que el órgano legislativo de Colombia no se limitó a *“copiar”* literalmente los compendios normativos españoles, sino que repensó las condiciones normativas contenidas en la Reforma de la L.O. 1/2010 y las mejoró, para hacerlas más precisas, en punto de los aspectos que exige el derecho penal para determinar la responsabilidad del sujeto activo responsable del delito de corrupción privada.

Pues bien, la referida conducta fue integrada en el título VII del CPC, que busca la tutela de los delitos que afecten el patrimonio económico. Por técnica legislativa, se integró el delito de corrupción privada en el capítulo que contiene las conductas constitutivas de *“abuso de confianza”*.

- i. *El delito de corrupción privada en sus modalidades activa y pasiva. Consideraciones generales sobre el tipo penal.*

El legislador colombiano introdujo en el inciso primero del Art. 250_A del CPC, el delito de corrupción privada activa, que define así:

El que directamente o por interpuesta persona prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, asociación o fundación una dádiva o cualquier beneficio no justificado para que

²⁸ http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=03&p_numero=04&p_consec=37207

²⁹ <http://www.anticorruccion.gov.co/Documents/Publicaciones/estatuto-anticorruccion-ley-1474-2011.pdf>

El delito de corrupción en los negocios

le favorezca a él o a un tercero, en perjuicio de aquella, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De este precepto, es posible destacar una notoria similitud conceptual con el delito de corrupción activa en los negocios al que se refiere el inciso 2º del Art. 286 bis del CPE. Tanto en el sujeto activo del delito (el que directamente o por interpuesta persona), como las partes pasivas de la conducta (directivo, administrador, empleado), salvo en lo relacionado con el “colaborador” al cual se refiere la legislación española, que fue variada por el vocablo “asesores” que, se considera, reviste menor especificidad en cuanto a la descripción típica del agente involucrado en la materialización de la conducta.

Si la definición gramatical que el DRAE contiene respecto del término “asesorar”, es la de aquella acción de “dar consejo o dictamen”³⁰, el espectro de individuos que podrían verse incurso en el delito de corrupción privada activa sería mayor, comparado con el vocablo “colaborador” al que se refiere la legislación española, ello, sin tener en cuenta los problemas de imputación que podría acarrear el medio por el cual ese asesor está vinculado a la “sociedad, asociación o fundación”.

Además, el ingrediente normativo del delito en el CPC, es idéntico al que contiene el CPE, en cuanto a obtener un “beneficio no justificado”. Pero la normativa colombiana cuenta con un elemento adicional frente al tipo penal de corrupción en los negocios activa en el CPE, y es que el beneficio o ventaja debe obrar “en perjuicio de la sociedad”. Ese ingrediente, se considera, es de gran relevancia porque implica una diferenciación entre los simples obsequios que se dan con el fin de obtener una ventaja en el marco de las actividades mercantiles y las irregularidades que se pueden suscitar cuando un negocio es celebrado con el fin de que alguno de los involucrados obtenga un provecho.

Ahora bien, el inciso 2º del Art. 250A del CPC consagra el delito de corrupción privada pasiva, de la siguiente manera:

Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad, asociación o fundación que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte una dádiva o cualquier beneficio no justificado, en perjuicio de aquella.

Al igual que sucede con el delito de corrupción pasiva en los negocios del CPE, la redacción que utilizó el legislador colombiano es idéntica. Difiere, únicamente, en punto de utilizar la acepción “directivo”, echada de menos en la legislación española por la doctrina mayoritaria pero en términos generales, los elementos que configuran el tipo penal en nada se diferencian.

Ahora bien, en la línea de análisis que se realiza del tipo penal de corrupción privada en el CPC, se considera como aspecto relevante que la sanción de la conducta en el derecho colombiano es más gravosa que las que contempla la legislación española para ese delito. Ello, se estima, obedece a que el ordenamiento punitivo colombiano, en los últimos lustros, ha propendido por el incremento generalizado de penas, siendo

³⁰ <http://dle.rae.es/?id=3ynGm2m>
El delito de corrupción en los negocios

esa una tendencia a nivel latinoamericano, a pesar de que en Europa, la propuesta es la del reduccionismo penal. Al menos, en punto de la imposición de sanciones.

Basta comparar los extremos punitivos de la sanción para el delito en las dos legislaciones (6 meses a 4 años en el CPE, vs. 4 a 8 años en el CPC) para corroborar la afirmación arriba expuesta. Y ello, sin tener en cuenta las circunstancias que agravan la conducta en el CPC, que ahora se abordarán.

ii. *Las circunstancias atenuantes y agravantes del delito de corrupción privada.*

Una de tales condiciones agravantes, fue incluida en el inciso 3º del Art. 250 A, y resulta aplicable cuando el delito de corrupción privada (en cualquiera de sus dos vertientes, *“produzca un perjuicio económico en detrimento de la sociedad, asociación o fundación”*). En tales eventos, fijó el legislador colombiano una pena *“de seis (6) a diez (10) años”* que se considera excesiva pero que, como se dijo, obedece a la tendencia legislativa latinoamericana de considerar que altas penas reducen la comisión de conductas punibles³¹.

Ahora bien, existen otras disposiciones en el CPC que también agravan o atenúan el delito de corrupción en los negocios.

Dentro de ellas, se pueden destacar las circunstancias genéricas de agravación de los delitos contra el patrimonio económico, contenidas en el Art. 267 del CPC y que incrementan la pena *“de una tercera parte a la mitad”* cuando la conducta punible recaiga sobre una cosa que supere un valor de *“cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o que siendo inferior, haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica”*.

Además, también se agrava el comportamiento punible, según el artículo en cita cuando éste afecte bienes del Estado.

En este aspecto, se considera más precisa la delimitación de las circunstancias agravantes en el derecho colombiano que la redacción utilizada por el legislador español para formularlas, bajo las pautas analizadas en páginas precedentes que incluso, llevaron a la elaboración de reparos al respecto.

Es que el derecho colombiano sí es específico en señalar cual podría ser el *“valor especialmente elevado”* que de forma genérica invoca el Art. 286 *quater* literal a) del CPE. Se precisa, en el Art. 267 literal 1º del CPC, que la conducta se agravará cuando el beneficio o incentivo supere el monto de 100 salarios mínimos mensuales o, cuando no se supere ese tope, si se le ocasiona *“grave daño a la víctima, atendida su situación económica”*. Circunstancia que también conlleva mayor especificidad que la que consideró el legislador español.

³¹ En ese sentido, BOTTOMS, citado por LARRAURI (2006:15), expone que el populismo punitivo se refiere a los eventos en los cuales el uso del derecho penal *“por los gobernantes aparece guiado por tres asunciones: que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que hay unas ganancias electorales producto de este uso”*.

Se agrega a los reparos expuestos en páginas precedentes, cuando se analizó la conducta de corrupción en los negocios, que aunque el legislador español, con la L.O. 1/2015 tuvo la oportunidad de remediar las falencias de argumentación que traía la norma, estas se mantuvieron, con las posibles consecuencias en torno a la interpretación penal que describimos en capítulo anterior.

No obstante, también el CPC contiene situaciones criticables. Al respecto, se considera inaplicable al delito de corrupción privada la circunstancia agravante del literal 2º del art. 267 mencionado, pues ¿de qué manera podría el injusto objeto de análisis recaer sobre bienes del Estado? Sin embargo, no se estima que se trate de un problema de técnica legislativa, pues las referidas circunstancias de agravación punitiva son genéricas, es decir, que están contempladas no solo para el delito que se analiza, sino para todos los contenidos en el título VII del CPC, que regula los *“delitos contra el patrimonio económico”*.

De otra parte, también existe en el CPC una circunstancia de atenuación punitiva *genérica*, para los delitos contra el patrimonio económico, aplicable al reato de corrupción privada, que se presenta en los eventos en los que la conducta se materialice *“sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual, siempre que el agente no tenga antecedentes penales y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica”*, a voces del art. 269 del CPC.

Frente al mencionado canon, la circunstancia de atenuación si contempla la especificidad que se echa de menos en el artículo 286bis del CPE y que en precedencia se mencionó. La legislación punitiva colombiana es clara al referir que la sanción se **atenuará** cuando el perjuicio no supere el valor de un (1) salario mínimo mensual y además, bajo las condiciones de que *i)* el sujeto activo no tenga antecedentes penales y *ii)* no se haya ocasionado *“grave daño a la víctima, atendida su situación económica”*, pues, es de recordar que el incumplimiento de esta segunda condición es causal de agravación del delito de corrupción privada.

iii. Otros elementos complementarios del tipo penal de corrupción privada.

Dentro de éstos, se debe traer a colación el artículo 269 del CPC, que prevé la posibilidad de reparar, con fines de atenuación de la sanción, el daño ocasionado con la conducta punible restituyendo el objeto material del delito e indemnizando los perjuicios ocasionados. Esa posibilidad, aunada a las condiciones atenuantes de la conducta punible descritas en precedencia, podría reducir la pena a una mínima expresión e incluso, posibilitar que el sujeto activo no purgue la sanción que se le imponga, por vía de la obtención de beneficios como la suspensión condicional de la ejecución de la condena o la libertad condicional. La única condición para la procedencia de esa atenuante, es que se repare al afectado *“antes de dictarse sentencia de primera o única instancia”*.

Ahora bien, en Colombia la empresa no puede ser sujeto activo de la conducta punible y por ende, no puede responder por la comisión del delito de corrupción privada, porque no ha sido previsto en la legislación punitiva que un ente abstracto pueda ser juzgado por vía del derecho penal.

La única previsión normativa que al respecto se halla, está contenida en el Código de Procedimiento Penal colombiano, en su art. 91, que hace alusión a la *“suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas”*.

Es posible que tales medidas se adopten con carácter definitivo, *“cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron”*.

Aun cuando en principio las mencionadas sanciones son aplicables a los casos que hacen alusión a la comisión del delito de corrupción privada, se considera que su ejecución está limitada por cuenta del *“principio de adecuación social”*³² que, implica la imposibilidad de implementar, por ejemplo, una medida de suspensión de la personería jurídica o de cierre del establecimiento, para el caso de los delitos de corrupción privada. Ello, porque estas conductas no están enmarcadas en el *“desarrollo de actividades delictivas”*, sino en el ofrecimiento o solicitud de un beneficio, dentro del giro ordinario de los negocios.

Así pues, para el caso del delito de corrupción privada, no es posible endilgar responsabilidad penal a la empresa. Esa, como se expuso atrás, se estima como la principal diferencia que impera en torno a la aplicación del delito de corrupción en los negocios en los dos países.

Finalmente, la Ley 1778 de 2016³³, incorporó disposiciones encaminadas a prevenir el soborno transnacional en eventos en los que estén involucradas personas jurídicas, bajo similares términos a los consagrados por el legislador español en el canon 286 *ter*.

Sin embargo, cabe aclarar que esa disposición legislativa colombiana solo prevé, exclusivamente, la responsabilidad administrativa de la persona jurídica por actos que, en el derecho español, acarrearían su sanción por vía del derecho penal. Esa situación ratifica la imposibilidad de que en Colombia, la empresa pueda ser sujeto activo del delito.

³² Sobre el referido principio, BOLEA BARDÓN (2016:16), advierte que *“según la opinión mayoritaria en Alemania, ventajas de escaso volumen, de escasa entidad, en principio inidóneas para lesionar la competencia como regalos promocionales, propinas o la invitación a una comida de trabajo **deben quedar fuera del tipo**. Y ello es así, para unos, porque aplicando la teoría de la adecuación social, dichas ventajas se mueven dentro del orden social de la vida; y, para otros, porque difícilmente pueden ser consideraras como contraprestación para un concreto favorecimiento prometido, exigido o recibido”*.

³³ *“Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”*.

V.4. Otros elementos descriptivos del tipo que permiten abordar un análisis dogmático del tipo penal.

Desde el siglo XIX, Rudolph von Ihering planteó la necesidad de que el tipo penal no sea desglosado, exclusivamente, en punto de su tenor semántico o literal, sino que, a partir de ese escenario, la norma sea descompuesta en distintos elementos estructurales que permitan definirla y clasificarla de acuerdo a cada una de las condiciones, por así decirlo, inamovibles, es decir, en *dogmas*³⁴.

La finalidad de este trabajo no es la de adentrarse en el estudio de la dogmática jurídico-penal, pues para ello se requerirían años de análisis conceptuales. En ese entendido, en el presente acápite se pretende elaborar una construcción descriptiva de los más relevantes aspectos dogmáticos del tipo penal de *corrupción en los negocios*, bajo los principales *dogmas* que la parte general del derecho penal ha edificado, claro está, habida omisión de los que se analizaron en páginas precedentes.

i. El bien jurídico tutelado.

El delito al que se refiere el art. 286 bis está contenido en el capítulo XI del CPE, denominado “*de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*”. Particularmente, en la sección 4ª de ese apartado, que contiene los “*delitos de corrupción en los negocios*”.

El bien jurídico que se busca proteger con la tipificación de esa conducta, se considera, es la sana competencia en el mercado y en los negocios, o mejor, “*la leal competencia en la contratación de bienes y servicios como medio para asegurar el normal funcionamiento del mercado*”³⁵. La finalidad por la cual se buscó la tipificación de la conducta fue la de proteger el normal funcionamiento de las relaciones comerciales.

En cuanto al bien jurídico, BOLEA (Indret 2/2013: 10), señala que además del normal funcionamiento de las relaciones, se intenta proteger la afectación de la sana competencia “*ad extra y ad intra, esto es: por un lado, el interés de los terceros competidores en no quedar desplazados por ofertas claramente peores que, sin embargo, son preferidas por venir acompañadas de incentivos, beneficios o ventajas; y, por otro, el interés de la propia empresa en que el encargado adquiera bienes o servicios que constituyan la mejor oferta en el mercado*”.

Añade, que los conceptos de “*incentivo, beneficio o ventaja*” a los que se refiere el modificado art. 286 bis no se deben interpretar restrictivamente, porque la finalidad trascendental es que ese incentivo “*constituya un medio idóneo para tentar al beneficiario del mismo, para que, incumpliendo sus obligaciones, favorezca a quien le otorga ese incentivo frente a terceros*”. Agrega también que el mismo precepto

³⁴ ZAFFARONI E. (2005: 69).

³⁵ BOLEA BARDON C. (Indret 2/2013: 10)
El delito de corrupción en los negocios

consagra que ese beneficio o ventaja puede tener o no carácter económico, al ser “*de cualquier naturaleza*”.

Bajo la misma línea, considera BOLEA (Ob. Cit.: 13-14), que la afectación de la competencia será un bien jurídico mediato, lesionado “*a través de la vulneración de las relaciones internas de confianza entre empresa y encargado*”. Y también expone que la protección del bien jurídico no va encaminada a la competencia en sí misma, como sí sucede en el derecho alemán, “*ni siquiera entendida como confianza en la existencia de una competencia leal (competencia en igualdad de condiciones)*”, ni al buen funcionamiento del mercado, porque la protección penal solo opera “*cuando se altera el buen funcionamiento de las relaciones comerciales (afectación de la competencia) a través de la vulneración del deber (negativo) de no perjudicar el patrimonio de la empresa*”.

Por su parte, VELÁSQUEZ (2015: 19-20) considera, en punto del delito de corrupción privada visto desde la perspectiva del derecho penal colombiano, que la ubicación de la conducta en el capítulo relacionado con los delitos contra el patrimonio económico, podría dar a entender que ese es el bien jurídico tutelado, punto que, en principio, podría reforzar la redacción del tipo penal, por vía de la incorporación, como elemento estructural de la conducta, del “*perjuicio patrimonial para la sociedad, asociación o fundación*”. En su criterio, “*se puede colegir que se está privilegiando el interés patrimonial de la entidad a la cual asesore o de la que sea directivo, administrador o empleado, el sujeto que realiza alguna de las conductas descritas en los incisos 1º y 2º del artículo 250 A del código penal*”.

Precisa la doctrinante en cita, sin embargo, que si la finalidad de que en los tratados y convenios internacionales regulatorios del delito de corrupción privada se buscaba la prevención y sanción de tales fenómenos, no es posible limitarse, exclusivamente, a “*la afectación patrimonial que se pudiera causar a la sociedad, fundación o asociación, dejando de lado el hecho de que muchos de estos comportamientos podrían afectar la competencia justa y honesta en el ámbito del mercado y que con independencia de si el derecho penal debe ocuparse o no de la protección de este tipo de “bienes jurídicos”, lo cierto es que los citados instrumentos internacionales parecen inspirados en la protección de esa justa y honesta competencia*”.

Así pues, de lo anterior puede extraerse, que la inclusión del delito de corrupción en los negocios (o corrupción privada), busca la protección, por vía del derecho penal, del bien jurídico de **la sana competencia en el mercado**.

Ese es, se considera, el bien jurídico tutelado por el delito de corrupción en los negocios, pues lo que se busca proteger con la tipificación de la conducta en cita, es que los directivos, administradores, empleados y colaboradores respeten y acaten los deberes inherentes a sus funciones, pero que con su actuar no excedan los compromisos que adquieren al momento de llevar a cabo negociaciones en el ámbito del comercio y tampoco afectar el buen funcionamiento de la empresa o de otras organizaciones relacionadas con el ámbito de los negocios. Esto, previniendo los actos de corrupción a partir de los cuales se busque obtener beneficios injustificados.

Así podría definirse el bien jurídico denominado “*justa y honesta competencia*”, que pretende proteger el delito de corrupción en los negocios³⁶ sin que, claro está, sea el único elemento del orden normativo que el delito contenido en el art. 286 bis pretende proteger, pues, por esa vía y de modo conexo, se encuentra que el *patrimonio económico*, en su faceta de bien jurídico también puede ser protegido por la vía punitiva a través de la consagración del referido delito.

ii. *El sujeto pasivo de la conducta.*

Podría pensarse que con ocasión al *favorecimiento indebido* que contempla la descripción típica del delito analizado, el sujeto pasivo sería **la empresa**. Sin embargo, se debe recordar que el principal bien jurídico cuya protección punitiva busca la norma bajo análisis es la *sana competencia en el mercado y los negocios*; por ende, se puede colegir que el sujeto afectado con la conducta sería, de modo inmaterial, el comercio entre empresarios.

Lo anterior no impide descartar, de todas maneras, que la persona jurídica sea sujeto pasivo – secundario, claro está – de la acción penal, porque el favorecimiento indebido del que se beneficia el sujeto activo del delito, claramente irá en desmedro de sus intereses. En esos eventos, el sujeto pasivo será “*el titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito*” (MIR PUIG. 2008: 220).

iii. *Objeto material.*

Dicha figura puede definirse como la sustancia física o abstracta sobre la cual recae, directamente, el daño que ocasiona la comisión del delito.

En el caso de la conducta bajo análisis, no sería posible hablar, propiamente, de un elemento sobre el cual pueda recaer el daño, pues la conducta es de peligro y la lesión del bien jurídico se materializa, sin que necesariamente ese daño afecte a una persona (natural o jurídica).

Sin embargo, es posible afirmar que, de modo indirecto, el objeto material de la conducta, o mejor, el daño percibido con ocasión a la comisión del delito recae sobre la empresa (o persona física) que se ve **perjudicada** por cuenta del favorecimiento indebido a otro, por vía de la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

Ese objeto material, entonces, es de carácter fenomenológico, entendido como “*aquel fenómeno jurídico, natural o social sobre el cual se concreta la violación del interés*”

³⁶ Así mismo lo consideró GÓMEZ-JARA (2014: 233), cuando afirma, frente a la Decisión Marco del 22 de julio de 2003 atrás mencionada, lo siguiente: “*Un análisis de la regulación contenida en la decisión marco arroja como resultado que se fundamenta, básicamente, en la vulneración de la competencia leal; o dicho de otra manera, en la realización de una conducta de competencia desleal frente al resto de los participantes en el mercado libre*”. Dicho criterio, se estima, ratifica que el principal bien jurídico que se busca proteger, por la vía de la *última ratio* del derecho penal, es la libre y justa competencia en el mercado.

jurídicamente protegido y al que se refiere la acción u omisión del sujeto activo”
(Reyes, 1981).

V.5 Pronunciamientos de los distintos tribunales españoles sobre el delito de corrupción en los negocios.

En este apartado se mostrará la posición que han adoptado los distintos tribunales de la jurisdicción española frente a la conducta cuyo análisis concita la atención del presente estudio.

En ese entendido, se hará una síntesis de la situación fáctica que se sometió a juicio ante los Tribunales y de la *ratio decidendi*, únicamente, en punto del delito que ha sido analizado.

*i. Análisis de la decisión proferida el 14 de junio de 2016 la Audiencia Provincial de Valencia, sentencia núm. 344/2016 (ARP/2016/1068)*³⁷.

Como situación fáctica, se tiene el caso de Norberto, quien por alrededor de veintitrés años ejerció funciones como cobrador de Antonia, que a su vez trabajaba para Alianza Española de Seguros S.A., en el ofrecimiento de seguros funerarios. Ella le comunicó que se jubilaría y por tal razón, Norberto acudió a Inpogest S.L., empresa dedicada también a la venta de seguros funerarios, con el fin de ser contratado.

El 6 de abril de 2011, el inspector y el vocal del consejo de administración de Alianza Española de Seguros S.A. vieron a Norberto laborando para Inpogest. Allí se suscitó una discusión.

Entre el 11 y 12 de abril siguiente, la Alianza Española de Seguros S.A. recibió un total de 126 solicitudes de baja de seguros funerarios remitidos algunos vía fax, en los que se evidenció que tales peticiones eran enviadas de la filial de Inpogest.

Por esos hechos, la acusación particular, integrada por Alianza Española de Seguros S.A., representada por una Procuradora de los Tribunales y un abogado, les endilgó a Norberto y a los representantes legales de Inpogest, entre otros, el delito de corrupción entre particulares (denominación de la conducta anterior a la reforma del año 2015).

Sin embargo, la Audiencia Provincial absolvió a los acusados, como así lo pidió también el Ministerio Fiscal, porque los hechos no podían ser adecuados en la aludida conducta, pues, dijo la Audiencia, *“no ha habido ningún ofrecimiento a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa o cualquier otra de las entidades mencionadas en el precepto, de alguna ventaja o beneficio que le favorezca a él o a un tercero frente a otros”*.

Expuso también esa Colegiatura que no resultaba contrario a la actividad mercantil, que *“los asegurados, por un motivo u otro, cambien en un momento dado de compañía porque les es más ventajoso o, como ha manifestado algún testigo, por tener confianza en la persona que les ofrece el producto”*.

³⁷ Se aclara, que en garantía de los derechos a la intimidad, honra y buen nombre de los involucrados en el trámite penal, se hizo uso de la providencia judicial publicada en “Aranzadi Instituciones”, en la que la denominación de las partes fue modificada.

En ese entendido, para el Tribunal quedó claro que ninguno de los elementos del tipo penal de corrupción entre particulares se había acreditado y, menos aún, que el traslado de los asegurados a la filial de Inpogest, se haya hecho a través de un ofrecimiento injustificado. La acusación particular tampoco tuvo en cuenta ese particular elemento del delito y por ende, la Audiencia la condenó, incluso, al pago de las costas procesales.

De esta decisión es posible reafirmar lo expuesto en páginas precedentes, en punto de que el delito de corrupción en los negocios exige un sujeto activo (o pasivo, según sea el caso) **calificado**. El yerro que detectó la Audiencia partió de esa base, habida cuenta que no se tuvo conocimiento de algún ofrecimiento indebido por parte de Norberto, a alguno de los miembros o colaboradores de Alianza Española de Seguros S.A. y por ende, no podía afirmarse que el traslado de la multitud de asegurados, se haya materializado por vía de un favorecimiento indebido.

Que puedan resultar discutibles los métodos que utilizó Norberto para lograr que los 126 asegurados cancelaran sus pólizas –sobre los cuales nada se dijo en el proceso penal– es un escenario que, a pesar de ser censurable, escapa de la esfera del derecho punitivo en punto del delito que concita nuestro análisis. Cosa distinta fuera, por ejemplo, que el actuar del procesado, o de Inpogest, configurara una situación de competencia desleal, perseguible por la vía mercantil o administrativa sancionatoria, pero no a través del delito de corrupción privada.

ii. *Análisis y comentarios de la decisión dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 4ª) del 27 de octubre de 2016.*

Se discutió en aquella oportunidad, un caso en el que por vía de apelación se buscaba discutir la condición de perjudicada que el Juzgado de instancia declaró a favor de Indra Sistemas S.A.

De aquella decisión, es posible destacar destacar que la Audiencia Provincial consideró que el perjuicio podía ocasionarse, *“en un ámbito moral ya sea por prestigio empresarial, daño en su imagen, a la querellante”*, extremos que aun cuando son difíciles de probar, deben definirse a lo largo del proceso.

También se considera relevante, el argumento relativo a que la Audiencia haya tenido en cuenta que en el delito en cita no es necesario acreditar el daño o perjuicio patrimonial sufrido para avalar la condición de víctima o perjudicado del delito de corrupción en los negocios. *“Basta la conducta de pedir y/o recibir comisiones para que **el libre mercado se vea afectado**”*.

Esa afirmación de la Audiencia destaca la naturaleza del delito de corrupción en los negocios como delito de peligro, pues no se exige el resultado (afectación patrimonial), para la materialización del punible.

Además, ratifica que el libre mercado, como faceta de la sana competencia en los negocios es, por excelencia, el bien jurídico tutelado.

En este caso, la Audiencia Provincial no hace mayores elucubraciones aparte de la que se destacó en precedencia y, luego de transcribir la exposición de motivos que fundamentó la Reforma de la L. O. 5/2010, desestima el recurso de apelación al concluir que sí se acreditó la condición de ofendida de la empresa Indra Sistemas.

Al margen de un extenso rastreo jurisprudencial, se señala que no se hallaron decisiones del Tribunal Supremo en punto del delito bajo análisis. Es posible que ello se deba a que el delito aun es novedoso en la legislación española y por esa razón aún no existe alguna decisión mediante la cual, el órgano jurisdiccional de cierre, se haya pronunciado en sede casacional sobre esa conducta.

V.6 Pronunciamientos judiciales sobre el delito en Colombia.

Si bien se pretendía en este apartado hacer un rastreo jurisprudencial que permitiera establecer qué piensa el máximo Tribunal de Casación sobre el delito de corrupción privada, al llevar a cabo la búsqueda correspondiente no se halló alguna decisión que haya llegado a esa Corporación por vía del recurso extraordinario de casación.

Además, debe ponerse de presente lo siguiente:

Al revisar el sistema de información del poder judicial de Colombia³⁸, solo se halló una actuación adelantada por el delito de corrupción privada, que se configuró por razón de que un alto directivo de una cadena de supermercados de origen extranjero, le exigió sumas de dinero y otros beneficios a contratistas, que estaban interesados en construir las tiendas que esa cadena establecería en Colombia.

El infractor, les exigía entre cincuenta y ochenta millones de pesos a los afectados para otorgar los contratos de construcción de las tiendas (entre 15.000 y 25.000 euros aproximadamente), situación fáctica por la que fue privado de la libertad.

Sin embargo, aunque ese caso sea uno de los primeros que se conocen por la comisión del delito que se analiza, en Colombia, desafortunadamente es probable que no sea desarrollado, jurisprudencialmente, por la Corte de Casación de Colombia, por cuanto el infractor de la ley penal admitió su responsabilidad por el delito y está próximo a ser condenado en Colombia.

Se considera entonces, que aunque el delito de corrupción privada esté tipificado en Colombia, solo en casos extremos, como el que acabamos de mencionar, habrá de ser objeto del derecho penal, pues si se trata del giro ordinario de los negocios, lo más común es que los afectados callen, con miras a cerrar un negocio o incluso, evitar que su nombre se vea afectado al verse involucrado en una situación de esa índole.

38

<http://procesos.ramajudicial.gov.co/consultaprocesos/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=4PVAasS3qP8IMGJp39rdlrAzmdU%3d>

El delito de corrupción en los negocios

VI. CONCLUSIONES

La integración del delito de corrupción en los negocios al Código Penal español, a partir de la reforma introducida en el año 2010 es el resultado del cumplimiento de los compromisos internacionales que el Gobierno adquirió al suscribir la Decisión Marco 2003.

Aunque al ser de creación reciente no se halló suficiente material jurisprudencial en punto del delito, se considera que un factor que también puede incidir en cuanto a un número mayor de casos en los que se analice a profundidad esa conducta, es el hecho de que en las relaciones comerciales se acepten, de modo habitual, conductas que podrían ser constitutivas de corrupción en los negocios.

Algunos sectores de la doctrina plantean dificultades de imputación derivadas de la estructura del tipo penal, particularmente, por la falta de inclusión del “directivo” de la empresa y también, algunas ausencias en punto de los elementos constitutivos del delito. Sin embargo, no hay tales falencias en la norma penal, pues quedó claro en páginas precedentes que el delito, con la reforma de 2015, fue reformado para incluir suficientes elementos jurídicos y normativos, de cara a una correcta imputación de los distintos sujetos involucrados en la conducta punible.

El delito de corrupción en los negocios busca castigar a los dos extremos de la relación empresarial del mismo modo que sucede en el delito de cohecho en la administración pública. A los integrantes de la empresa que reciben el beneficio o ventaja no justificados (por vía de la corrupción pasiva), y también a la persona que les ofrece esa dádiva, bajo las mismas condiciones que la legislación penal contempla para las modalidades de cohecho (a través de la corrupción activa)³⁹.

En España, la empresa responde penalmente del delito de corrupción en los negocios cuando ésta sea quien obtenga el beneficio o ventaja no justificados, por lo cual, también puede verse sometida a juzgamiento penal. En Colombia, por el contrario, solo pueden imponérsele sanciones de índole administrativa que, como se vio en precedencia, cuentan con similares características de las penas que contempla el Código Penal español (por ejemplo, la suspensión y cancelación de la personería jurídica).

³⁹ MARTÍNEZ- BUJÁN (2015: 384).
El delito de corrupción en los negocios

VII. FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS

A. BIBLIOGRAFÍA

BOLEA BARDÓN, C; “El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*”. 2016. En: GRAFFE GONZÁLEZ, L. (coord.) *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, páginas 101-114.

BOLEA BARDON, C. “El delito de corrupción privada, bien jurídico, estructura e intervinientes”. 2013. *InDret, revista para el análisis del derecho*. [Consulta: 7 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/966_c.pdf

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. 2008. *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*. 1ª ed. Madrid: La Ley.

GÓMEZ – JARA DÍEZ, C. 2014. *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico, parte general y especial*. 1ª ed. B de F.

JAEN VALLEJO, M. *La recuperación de activos frente a la corrupción*. 1ª ed. Dykinson.

LARRAURI, E. 2006. “Populismo punitivo... y como resistirlo”. *Jueces para la democracia*. [Consulta: 30 de enero de 2018]. Disponible en: www.academia.edu/9812655/Populismo_Punitivo

MIRÓ LLINARES, F. “Un problema de técnica legislativa: Las cláusulas innominadas”. 2015. En: MORILLAS CUEVA, L. (coord.) *Estudios sobre el Código Penal reformado*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, páginas 652-654.

NAVARRO FRÍAS, I. 2011. “Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación”. En: PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed.) *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales*. 1ª ed. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, páginas 111 - 115.

ORBEGOZO, X. 2011. “El nuevo delito de corrupción entre particulares: un paso significativo contra el soborno de directivos de empresas”. *Boletín contable*. [Consulta: 28 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/contable/corrupcion-particulares-significativo-directivos-empresas_11_271930001.html

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2011. *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Espasa, [consultado en 23 de enero de 2018]. Acceso en: www.rae.es/diccionario

REQUEJO NAVEROS, M. 2013. “La lucha contra la corrupción en el sector privado y el nuevo delito de corrupción entre particulares”. *Actas de las Jornadas de Profesores y Alumnos de las Universidades de Madrid* 1ª ed. URJC (publicación digital).

REYES, A. 1981. *Derecho penal*. 1ª ed. Bogotá: Temis

ROSALES ZAVALA, M. 2004. *Estudios dogmáticos de los elementos del delito*. 1ª ed. U. Autónoma de Nuevo León.

SUÁREZ, F.; CHRISTENSEN, A. 2014. *Aspectos teóricos, contextuales y metodológicos en el análisis comparado de la corrupción organizacional*. 1ª ed. El Cid Editor.

VEGA ARRIETA, H. 2016. "El análisis gramatical del tipo penal". *Revista Justicia*. Volumen (29), pp. 57 – 69. [Consulta: 23 de enero de 2018] ISSN: 0124-7441. Disponible en <http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/rdigital/justicia/index.php/justicia>.

VELÁSQUEZ VÉLEZ, V. 2015. *Consideraciones sobre el delito de corrupción privada en Colombia (antecedentes, bien jurídico y sujetos)*. 1ª ed. U. EAFIT.

B. NORMATIVA:

Supranacional.

Organización de las Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada mediante Resolución 58/4 de la Asamblea General el 31 de octubre de 2003.

Consejo de Europa. Convenio penal sobre la corrupción, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999. Boletín Oficial del Estado, núm. 182, de 28 de julio de 2010, páginas 65780 a 65812.

Unión Europea. Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (2003). *Diario Oficial n° L 192 de 31/07/2003 p. 0054 – 0056*.

Legislación.

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

Colombia. Ley 599, de 24 de julio de 2000, por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial, 24 de julio de 2000, núm. 44.097.

Colombia. Ley 1474, de 12 de julio de 2011, Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial, 12 de julio de 2011, núm. 48.128.

Colombia. Exposición de motivos de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011. [Consultado en 2 de febrero de 2018]. Acceso en: www.cej.org.co/doc_sl/SL_PAL_SEN_004_2013.pdf

C. JURISPRUDENCIA

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia núm. 221/2016 de 16 de marzo (RC 1535/2015).

España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 4ª). Sentencia núm. 777/2016, de 27 de octubre (JUR/2016/255185).

España. Audiencia Provincial de Valencia (Sección 5ª). Sentencia núm. 344/2016, de 14 de junio (ARP/2016/1068).

VIII. ANEXOS

Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado

(Diario Oficial n° L 192 de 31/07/2003 p. 0054 – 0056)

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de la Unión Europea, y en particular su artículo 29, la letra e) del apartado 1 del artículo 31 y la letra b) del apartado 2 del artículo 34,

Vista la iniciativa del Reino de Dinamarca (1),

Visto el dictamen del Parlamento Europeo (2),

Considerando lo siguiente:

(1) Junto con la mundialización, los últimos años han traído un aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios, por lo que la corrupción en el sector privado de un Estado miembro ha dejado de ser un problema meramente interno para convertirse en un problema también transnacional, que se aborda más eficazmente mediante una actuación conjunta de la Unión Europea.

(2) El 27 de septiembre de 1996, el Consejo adoptó el Acto por el que se establece un Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (3). El Protocolo, que entró en vigor el 17 de octubre de 2002, contiene definiciones de los delitos de corrupción y sanciones armonizadas de los mismos.

(3) El 26 de mayo de 1997, el Consejo aprobó un 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 (4).

(4) El Consejo también adoptó, el 22 de diciembre de 1998, la Acción Común 98/742/JAI sobre la corrupción en el sector privado (5). En relación con la adopción de dicha Acción Común, el Consejo manifestó en una declaración que acordaba que la Acción Común era un primer paso a escala de la Unión Europea en la lucha contra ese tipo de corrupción y que se adoptarían nuevas medidas en una fase posterior, a la luz del resultado de la evaluación que debía efectuarse con arreglo al apartado 2 del artículo 8 de la Acción Común. No se dispone aún de un informe sobre la manera en que los Estados miembros han incorporado la Acción Común a la legislación nacional.

(5) El 13 de junio de 2002, el Consejo adoptó la Decisión marco 2002/584/JAI relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros(6), en la que la corrupción se incluye en la lista de delitos contemplados en la orden de detención europea respecto de los cuales no se pide la verificación previa de la doble tipicidad.

(6) Con arreglo al artículo 29 del Tratado de la Unión Europea, el objetivo de la Unión es ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, objetivo que habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, incluida la corrupción.

(7) Según el punto 48 de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999, la corrupción es un ámbito de especial importancia a la hora de establecer normas mínimas sobre lo que constituye una infracción penal en los Estados miembros y las sanciones aplicables.

(8) En la conferencia de negociación de 21 de noviembre de 1997 la OCDE aprobó un Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; el Consejo de Europa, por su parte, ha aprobado un Convenio de Derecho penal sobre la corrupción, que quedó abierto a la

firma el 27 de enero de 1999. Este Convenio va acompañado de un Acuerdo por el que se establece el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO). También se han iniciado las negociaciones para la elaboración de un Convenio de las Naciones Unidas sobre lucha contra la corrupción.

(9) Los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido. En este sentido, los Estados miembros que todavía no han ratificado el Convenio de la Unión Europea de 26 de mayo de 1997 y el Convenio del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 estudiarán el modo de hacerlo lo antes posible.

(10) El objetivo de la presente Decisión marco es, en especial, asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros, que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales delitos y que éstos se castiguen con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN MARCO:

Artículo 1

Definiciones

A efectos de la presente Decisión marco:

- se entenderá por persona jurídica cualquier entidad que goce de tal régimen jurídico con arreglo al Derecho nacional aplicable, con excepción de los Estados o de otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas,
- la expresión incumplimiento de las obligaciones se entenderá conforme al Derecho nacional. El concepto del incumplimiento de las obligaciones en el Derecho nacional deberá incluir como mínimo cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado.

Artículo 2

Corrupción activa y pasiva en el sector privado

1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los siguientes actos intencionados constituyan una infracción penal cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales:

- a) prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones;
- b) pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.

2. El apartado 1 se aplicará a las actividades profesionales de entidades con fines lucrativos y no lucrativos.

3. Todo Estado miembro podrá declarar que limitará el ámbito de aplicación del apartado 1 a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales.

4. Las declaraciones contempladas en el apartado 3 se notificarán al Consejo en el momento de la adopción de la presente Decisión marco y serán válidas durante cinco años a partir del 22 de julio de 2005.

5. El Consejo revisará el presente artículo con suficiente antelación antes del 22 de julio de 2010 a efectos de estudiar si es necesario que se puedan renovar las declaraciones realizadas en virtud del apartado 3.

Artículo 3

Incitación y complicidad

Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que la complicidad y la incitación a cometer los actos mencionados en el artículo 2 constituyan infracciones penales.

Artículo 4

Sanciones penales y de otro tipo

1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los actos mencionados en los artículos 2 y 3 sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los actos mencionados en el artículo 2 sean punibles con sanciones privativas de libertad de una duración máxima de al menos de uno a tres años.

3. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias, de acuerdo con sus normas y principios constitucionales, para garantizar que a una persona física que haya sido condenada por los actos mencionados en el artículo 2 en relación con alguna actividad profesional en el sector privado, al menos en los casos en que haya ocupado un puesto destacado en la empresa dentro del ramo de actividad de que se trate, se le pueda prohibir temporalmente el ejercicio de esa actividad profesional o de una actividad comparable en un puesto o función similares, cuando los hechos comprobados den motivos para pensar que existe un claro riesgo de que abuse de su posición o cargo mediante actos de corrupción activa o pasiva.

Artículo 5

Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones mencionadas en los artículos 2 y 3 cometidas en su provecho por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basado en:

- a) un poder de representación de dicha persona jurídica, o
- b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
- c) una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica.

2. Además de los casos a que se refiere el apartado 1, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que pueda considerarse responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas mencionadas en el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica cometa en provecho de ésta una infracción del tipo descrito en los artículos 2 y 3.

3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 no excluirá el ejercicio de acciones penales contra las personas físicas implicadas como

autoras, instigadoras o cómplices de una infracción del tipo descrito en los artículos 2 y 3.

Artículo 6

Sanciones a las personas jurídicas

1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas consideradas responsables en virtud del apartado 1 del artículo 5 puedan ser castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y que podrán incluir otras sanciones, tales como:

- a) exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas;
- b) inhabilitación temporal o permanente para desempeñar actividades comerciales;
- c) vigilancia judicial, o
- d) medida judicial de disolución.

2. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas consideradas responsables en virtud del apartado 2 del artículo 5 puedan ser castigadas con sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Artículo 7

Competencia

1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para establecer su competencia con respecto a las infracciones a que se refieren los artículos 2 y 3 cuando la infracción haya sido cometida:

- a) total o parcialmente en su territorio;
- b) por uno de sus nacionales, o
- c) en beneficio de una persona jurídica cuya sede se encuentre en el territorio del Estado miembro.

2. Los Estados miembros podrán decidir que cuando la infracción se haya cometido fuera de su territorio no aplicarán, o que sólo aplicarán en casos o condiciones específicos, la norma de competencia establecida en las letras b) y c) del apartado 1.

3. Los Estados miembros que en virtud de su legislación no concedan la extradición de sus propios nacionales, tomarán las medidas necesarias para establecer su competencia en lo que se refiere a las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 que sean cometidas por sus propios nacionales fuera de su territorio.

4. Los Estados miembros que decidan aplicar el apartado 2 informarán de ello a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión indicando, si procede, los casos o condiciones concretos en los que se aplicará la decisión.

Artículo 8

Derogación

Queda derogada la Acción Común 98/742/JAI.

Artículo 9

Ejecución

1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión marco antes del 22 de julio de 2005.

2. En la misma fecha, los Estados miembros transmitirán a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión el texto de las disposiciones de adaptación de sus legislaciones nacionales en virtud de las obligaciones derivadas de la presente Decisión marco. Sobre la base de un informe elaborado a partir de esa información y de un informe escrito de la Comisión, el Consejo verificará antes del 22 de octubre de

2005, en qué medida los Estados miembros han dado cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión marco.

Artículo 10

Aplicación territorial

La presente Decisión marco es aplicable a Gibraltar.

Artículo 11

Entrada en vigor

La presente Decisión marco entrará en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Hecho en Bruselas, el 22 de julio de 2003.