

CORRUPCIÓN PÚBLICA Y PRIVADA: DELIMITACIÓN

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO
Catedrática de Derecho penal
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. Introducción. II. Política criminal y corrupción. III. Corrupción pública: cohecho. IV. Corrupción en los negocios. V. Corrupción en los negocios y Compliance. VI. Protección de la libre competencia y de los consumidores. VII. Conclusiones. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE: derecho penal económico, cohecho, corrupción en los negocios, compliance

I. INTRODUCCIÓN

1. Tradicionalmente la corrupción ha sido un tema vinculado a la función pública. Actualmente, desde las instituciones internacionales y nacionales, se trata de perseguir la corrupción privada o corrupción en los negocios. Incluso se confunden ambas, en parte por la influencia anglosajona. El contenido del *Bribery Act 2010*, en el que se regulan ambas formas de corrupción, se dirige en mayor medida a la corrupción privada. A la corrupción pública le dedica, únicamente, el capítulo 6 “*Brivey of foreign public officials*”, en relación con la corrupción de funcionarios extranjeros. Para el mundo anglosajón la relevancia penal de la corrupción pública debe de considerarse a partir de su concepto de funcionario, diferente al existente en España que abarca a cualquiera que ejerza la función pública. En relación con la corrupción privada, por su parte, las indicaciones son muy abiertas, planteándose como una cuestión interna de las empresas.

2. Mientras la corrupción pública no plantea dudas sobre su lesividad y mínimas sobre su alcance, en la corrupción privada es discutible su relevancia penal, suscitando dudas tanto respecto del bien jurídico protegido como de qué conductas, que no constituyendo otro delito, podrían calificarse como corrupción en los negocios. Respecto del bien jurídico, la doctrina mayoritaria defiende que se protege la competencia leal¹, mientras un sector minoritario entiende que es el patrimonio. Desde la academia y en la propia normativa, al analizar este delito

¹ FARALDO CABANA, “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, N° 23, (2002); SANTANA VEGA/GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed. (Valencia, 2015); BLANCO CORDERO, “La reforma de los

se refieren a “ética del mercado”, a “honrada competencia”..., terminología que se compadece mal, en general, con la distinción entre Derecho y Moral y, en particular, con el efectivo funcionamiento del mercado que tiene, como finalidad primordial, la búsqueda del mayor beneficio posible. Con independencia de que sea importante introducir valores éticos en la empresa, tal y como se pretende con la introducción de los Programas de Cumplimiento (*Compliance*), ello no puede configurarse como un bien jurídico-penal a proteger.

3. Precisamente, debido a su naturaleza privada, la tutela del mercado a través del Derecho penal es relativamente reciente. Desde una concepción liberal de la economía, la defensa de los intereses de las partes intervinientes en un contrato se llevaba a efecto a través de la plena libertad y autonomía de voluntad para establecer los pactos que creyesen más adecuados a sus intereses. El Derecho mercantil y, en ocasiones el Derecho administrativo, tenían la función de proteger el cumplimiento del contrato libremente otorgado entre las partes, mientras que el Derecho penal no se consideraba legitimado para intervenir. La concepción del Estado, como Estado Social y Democrático de Derecho, determina que surjan posicionamientos más intervencionistas, lo que, a su vez, se refleja en la protección de los intereses de las empresas, los socios... En ese contexto se introducen en el Código Penal los delitos contra el mercado y los consumidores, para proteger los intereses económicos de los consumidores. Protección que se amplía progresivamente con la introducción de los delitos societarios, la protección del mercado de valores, de la propiedad industrial e intelectual y, finalmente, de la corrupción, en la que se incluye la limpieza de las competiciones deportivas. Uno de los argumentos que se esgrime para defender esta incriminación es el poder de las grandes empresas y corporaciones que, se afirma, es mayor que el de las propias administraciones públicas. Argumento cierto pero no completo: estas grandes empresas/corporaciones están directamente vinculadas con el poder político².

4. Para poder entender las dudas acerca del alcance del delito de corrupción privada, es interesante acudir al antecedente de la protección de la competencia que se encuentra en la regulación Antitrust, tan relevante a finales del siglo XIX en EE. UU.³. Esta normativa perseguía proteger la libre competencia prohi-

delitos de corrupción mediante Ley Orgánica N° 5/2012. Nuevos delitos y aumento de penas”, en *Diario La Ley* N° 7534 (2010), p. 5.

² En España tenemos claros ejemplos de ello cuando se advierte que, políticos, incluso aquellos imputados y/o sospechosos en casos de corrupción, son “fichados” por esas empresas (“puertas giratorias”), lo que no es sino un mero reflejo de la complicitad que existe entre el poder político y las grandes empresas.

³ El *Sherman Antitrust Act*, de 2 julio de 1980, podría verse como la primera regulación del derecho de la competencia, en ella se definen, por una parte (Sección 1), lo que se entiende por

biendo los monopolios, la fusión de compañías o la conspiración para restringir la competencia. No obstante, en ningún caso esa ley prohíbe la competencia agresiva con precios bajos, comisiones o fidelización, ya que se pretende evitar, precisamente, que desaparezca la competencia cuando una empresa controla un determinado mercado⁴, pero, al mismo tiempo, aboga por una competencia “agresiva”. El problema se centra, por tanto, en el significado de “leal”, por una parte, y en la necesaria diferenciación respecto de la protección de la competencia en el ámbito mercantil, por otra. Como veremos, lo anterior debe de ponerse en relación con la referencia en el art. 286 bis CPE a “beneficio o ventaja no justificado” y “favorecimiento indebido”.

II. POLÍTICA CRIMINAL Y CORRUPCIÓN

1. Una primera cuestión a dilucidar es la conveniencia de tratar conjuntamente la corrupción pública y privada. Como se ha señalado, en muchos supuestos, es difícil determinar si se trata de uno u otro supuesto y, además, en la mayoría de los casos hay relaciones directas o indirectas con lo público. Ello no excluye que cuando están directamente implicados funcionarios o autoridades y/o dinero público, la gravedad de la conducta, no sólo desde un punto de vista valorativo, sino también del perjuicio que supone, es muy superior, lo que implica que la pena debería ser proporcional a ese mayor desvalor. En la decisión sobre una u otra postura se debe tomar en consideración qué se pretende proteger con la corrupción en los negocios. Si no se trata de proteger el patrimonio sino el mercado, es decir, la competencia leal y el buen funcionamiento del mercado, la naturaleza de una u otra forma de corrupción tiene similitudes porque en definitiva se pretende el buen funcionamiento de la economía que en un Estado social debería de beneficiar a todos. La diferencia se centra en el mayor desvalor que implica que la conducta se lleve a efecto por quienes tienen el deber de proteger el buen funcionamiento de la Administración Pública y por el hecho de que esté implicado, directa o indirectamente, dinero público, puesto que en ese supuesto el perjuicio para el ciudadano es más directo. Respecto del particular, especialmente cuando es sobornado, la situación frente a la corrupción pública y privada presenta un gran paralelismo ya que, en muchas ocasiones, una de las partes, la más débil, es coaccionada para prestarse al soborno si pretende seguir con su actividad empresarial.

conductas contra la competencia que estarían prohibidas mientras en la Sección 2 se trata de los resultados de las conductas que por su naturaleza son anticompetitivas.

⁴ En este sentido, el *Sherman Antitrust Act* se aplicó, por ejemplo, en 2001 cuando Microsoft intentó monopolizar el mercado de los navegadores al tener la posesión de las licencias de sistemas operativos en todo el mundo.

2. La cuestión, en relación con los particulares, es si cabe más compleja cuando la actividad económica se lleva a efecto con terceros países en los que la corrupción está institucionalizada. Es de dominio público que para contratar con determinados países es necesario “pagar” a funcionarios o directamente “adjudicar” un porcentaje del accionariado de la empresa al jefe de gobierno/rey/emir o/y de otros altos funcionarios o autoridades. En esta línea desde las instancias internacionales se ha requerido a los diferentes Estados que castiguen la corrupción en las transacciones internacionales. La primera Convención de la OCDE para *Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Internacionales*, data de 21 de noviembre de 1997. En ella se establecen diversos mecanismos de cooperación internacional, extradición... en orden a evitar la impunidad de estas conductas. A esta convención han seguido diversas Recomendaciones del Consejo, como la 26 de noviembre de 2009, para *Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de los Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Económicas Internacionales*, entre otras muchas. Las similitudes de la corrupción pública y privada se advierten, así mismo, en estas recomendaciones que incluyen una *Guía de Buenas Prácticas*, es decir, una forma de *compliance* que deben ser seguidos por los Estados.

3. La situación existente es contradictoria, de una parte, nos encontramos en un momento de avance imparable de ideologías de corte neoliberal y un poder político dominado por los “mercados”, discutiéndose la legitimidad de la intervención penal en la protección de estos intereses. En sentido opuesto, cada vez se introducen nuevos preceptos en las legislaciones penales y, en particular, en nuestro Código Penal, que, a su vez, responden a Directivas internacionales y europeas (Decisión Marco 2003/568/JAI)⁵. Aun cuando no es este el lugar para entrar en la discusión que se ha suscitado en la doctrina penal entre los defensores del llamado Derecho penal mínimo y quienes propugnan la necesidad de intervención en estos nuevos ámbitos, sobre la base de que nos encontramos en la llamada sociedad del riesgo⁶, lo cierto es que la interpretación de estos delitos y, en consecuencia, su aplicación, depende en gran medida del punto de partida por lo que será necesaria una mínima referencia. Y ello porque, como se señalaba, ni tan siquiera existe acuerdo acerca del bien jurídico protegido, una

⁵ Cfr. NIETO MARTÍN, “Introducción”, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la era del Compliance*, (Valencia, 2013), p. 13, pone de manifiesto la contradicción de la paulatina desaparición del Estado social, que cada vez presta menos servicios, lo que puede ser una expresión de un neoliberalismo y por otro la voluntad de regularlo todo.

⁶ Sobre la situación de la política criminal en Europa y, en concreto, sobre este debate, vid. MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, (dirs.), GÓMEZ MARTÍN, (coord.), *Política Criminal en Europa* (Barcelona 2004), *passim*.

de las razones que sirve a los defensores del Derecho penal mínimo para negar legitimidad a la intervención del Derecho penal en esos casos⁷.

4. Las dificultades de persecución y castigo de estas conductas, tanto desde un punto de vista procesal como desde las instituciones del Derecho penal material, así como los problemas que se suscitan desde una perspectiva sociológica y criminológica, no excluyen la relevancia de estas conductas. No puede negarse la legitimidad de la intervención penal en estos ámbitos respecto de determinadas conductas que en realidad son incardinables en un delito tan clásico como la estafa, porque no puede dudarse de que actuaciones como las que llevaron a efecto Enron/Arthur Andersen, Lehman Brothers o Maddox, los directivos de bancos islandeses, y, por supuesto, los españoles (Afinisa, Bankia, Caixa Catalunya, CAM...), tiene una lesividad incomparablemente superior a la que, por ejemplo, puedan suponer todos los hurtos que se llevan a efecto en un año. Partiendo de la necesidad de la intervención por el enorme riesgo/lesión que suponen para trabajadores, empresas competidoras, consumidores..., en definitiva para la sociedad en general, y, por consiguiente, la legitimidad de la intervención penal, nos queda una cuestión no menos importante ¿frente a qué conductas está legitimada la intervención penal?, ¿cómo podemos asegurar la eficacia de la intervención penal en estos ámbitos?

5. La corrupción la encontramos en todos los países, incluso aquéllos que parecen liderar la ética y los llamados códigos deontológicos, criticando a los países del “sur”, como es el caso de Alemania. Por otra parte, es muy difícil deslindar con claridad la corrupción pública de la privada, por diversas razones⁸. En primer lugar, porque en la actualidad no es tarea sencilla definir qué empresas son públicas y cuáles son privadas. En esa línea una de las propuestas es ampliar el concepto de funcionario a los responsables, en todos los supuestos en los que exista un interés social en el buen funcionamiento de la empresa, como ya ha sucedido, por ejemplo, en Argentina. Por otra parte, en los grandes casos de corrupción, que han sido tratados como de corrupción privada, materialmente son de corrupción pública. El caso Siemens, que normalmente se cita como ejemplo de corrupción privada y que se alega como un supuesto que legitima la sanción penal de la corrupción privada, nos permite advertir la íntima relación entre la corrupción pública y privada, que señalaba. Se trata, simplificando, de

⁷ CORCOY BIDASOLO, „Kriminalpolitische Probleme der Wirtschaftskorruption und Compliance“, en *Korruption und Strafrecht*, KUHLEN/KUDLICH/GÓMEZ MARTÍN/ORTIZ DE URBINA GIMENO (Hrsg.), (Heidelberg, 2018), pp. 173-186.

⁸ Los estudios revelan que la corrupción en los negocios se encuentra instalada de modo endémico en el tejido empresarial español. Según un estudio de Ernst & Young, 7 de cada 10 ejecutivos reconocen como habitual la corrupción en los negocios. El 46% justifica los sobornos si ello ayuda a la pervivencia o buena marcha de la compañía.

“sobornos”⁹, por parte de empleados de Siemens, a cargos estatales de Rusia, Argentina, Brasil, Nigeria o Grecia, entre otros muchos países. En este punto hay que resaltar cómo diversas instituciones como la *Securities and Exchange Commission* (SEC), el Departamento de Justicia, a través de la Fiscalía Federal, en EE. UU., el Banco Mundial, la OCDE..., han reaccionado de forma mucho más contundente que los tribunales¹⁰. En esta misma línea, en su momento, Enron y Arthur Andersen quebraron, al igual que han desaparecido Lehmans Brothers o Maddox, aun cuando en estos casos, la intervención penal también fue relevante¹¹. En esta misma línea, no hay que olvidar que la corrupción pública, en cuanto es un delito de encuentro, afecta también a la competencia y los autores no sólo son funcionarios o autoridades sino también particulares. Por ello creo más adecuado denominar a la corrupción privada “corrupción en los negocios”, en la línea seguida por la LO 1/2015.

6. Para conseguir que la intervención penal sea eficaz, es necesario la concurrencia de diversos elementos: a) una buena técnica legislativa; b) contar con los medios necesarios para que la investigación y persecución sea efectiva; c) para cumplir con la función de prevención y motivación, que se predica de la norma penal, es necesario que las consecuencias de la intervención penal tengan eficacia intimidatoria, respecto de los autores de estas conductas; d) es necesario que las sanciones a los responsables, persona física y/o persona jurídica, no perjudiquen a terceros; e) es imprescindible concienciar a la sociedad de la gravedad de estas conductas. En relación con la técnica legislativa en nuestro Código Penal nos encontramos con una superposición de delitos de los que se discute desde su naturaleza, hasta los requisitos y el bien jurídico protegido. En este sentido, creo que el punto de partida es determinar qué queremos perseguir, siempre que se trate de conductas realmente lesivas. En relación con la corrupción podemos llegar a la conclusión de que lo que se pretende perseguir son los sobornos y a partir de ese punto habría que concretar qué elementos deben concurrir para que sean típicos. Respecto de la investigación sería necesario contar con

⁹ 1.500.000 \$ entre 2001 y 2006, que representaba prácticamente la mitad del importe total de los contratos (8 millones, por ejemplo, a dos representantes del gobierno de Sao Paolo).

¹⁰ Las sanciones pecuniarias multimillonarias impuestas por la SEC, la interdicción para obtener proyectos del Banco Mundial o el nombramiento de un investigador externo que fiscalice a la empresa son las medidas acordadas. Por el contrario, en Alemania, estos sobornos fueron investigados por los tribunales de Darmstadt y el BGH, terminando con una pena de multa, y, posteriormente, por el Tribunal Federal de Munich, que condenó por administración desleal, con una pena de prisión suspendida y multa.

¹¹ En la mayoría de supuestos en las actuaciones de la SEC, que es una Agencia Federal, o la Fiscalía, no se llega a sentencia por llegarse a una conformidad, ello no excluye que se trate de una actuación jurisdiccional.

peritos económicos independientes y con fiscales realmente especializados. En cuanto a las sanciones creo que no cabe excluir ninguna, desde la prisión, aun cuando sea corta, a la multa, y especialmente, las prohibiciones de contratar con instituciones públicas, de obtener subvenciones o beneficios fiscales, hasta la intervención o el control por expertos externos. Así mismo, hay que tomar en consideración que las sanciones no deberían perjudicar a terceros, trabajadores, proveedores, clientes, socios minoritarios... Cuestión especialmente relevante en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por último, la conciencia social en relación con la corrupción no es una cuestión baladí porque, como enunciaremos, por diversas razones, como el no existir un perjuicio directo a personas concretas, en muchas ocasiones, o por existir una cierta admiración hacia quienes llevan a efecto estas actividades (“si pudiera lo haría”), la sociedad no advierte la gravedad de las consecuencias, a medio y largo plazo.

7. Junto a las medidas anteriores, que podríamos denominar “clásicas”, en este contexto adquieren una importancia esencial los “*compliance*” o “programas de cumplimiento”¹². Con ellos se trata de establecer medidas preventivas, obligaciones y deberes, que eviten el riesgo de comisión de delitos en el desarrollo de la actividad empresarial, con la pretensión de que no sea necesaria la intervención penal. En esta línea, los “*compliance*”, que se están desarrollando en el ámbito de la empresa, se propone introducirlos también en las instituciones públicas. Partiendo de que cualquier medida preventiva que pueda ser eficaz no puede rechazarse, creo que es necesario poner de manifiesto que, tanto en el ámbito privado como en el público ya existen mecanismos de control nacionales (auditorías¹³, interventores, Tribunal de Cuentas, CNMV, Banco de España...) e internacionales (*Centre for International Crime Prevention (CIPC)*, *United Nations Convention Against Corruption, UNCAC*). Por consiguiente, antes de proceder a crear nuevas figuras (“oficiales de cumplimiento”¹⁴, “programas de cumplimiento”...) es necesario analizar por qué los anteriores no han sido efectivos¹⁵. En caso contrario caeríamos en un viejo error: crear algo nuevo, que

¹² Los “*compliance*” surgen en EE. UU., especialmente, en 2001 a partir del caso Enron. Se crea la *United States Sentencing Commission* que desarrolla las *Sentencing Guidelines*.

¹³ Auditorías que no impidieron que se produjera el caso Enron o Afinsa, ni han impedido Bankia.

¹⁴ La figura del “*compliance officer*” se ha convertido en un elemento clave en la implementación de los *compliance*.

¹⁵ En este sentido, la regulación alemana pone de manifiesto que los *Compliance* no es algo muy diferente de las auditorías y, en todo caso, que la vigilancia de su cumplimiento se llevará a efecto por los auditores. En este sentido, el Instituto alemán de Auditores de Cuentas (*Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW)* quien, en 2011, aprobó la *IDW Prüfungsstandard: Grundsätze ordnungsmässiger Prüfung von Compliance Management Systemen (IDW PS 980)*.

se superpone con lo anterior, con los réditos políticos que ello puede conllevar, y los graves problemas que puede suponer, tanto de ineficacia, como de problemas de competencia, que dificultarían a su vez el control y la persecución¹⁶.

8. Desde una perspectiva sociológica, otro aspecto a considerar es que no puede confundirse ética con Derecho y que no todo hecho que formalmente podría interpretarse como corrupción es ilícito y menos todavía delito. Ello lleva aparejada la dificultad de poder establecer una línea divisoria clara entre lo lícito, lo ilícito y lo delictivo, en este tipo de conductas¹⁷. En cierta medida, a partir de una perspectiva filosófica y sociológica, se plantea una cuestión con ciertas similitudes a la finalidad de prevención general positiva que se analiza desde la política-criminal. No obstante, hay una diferencia clara de paradigma ya que desde la sociología no se defiende que se deba de perseguir la fidelidad al Derecho, afirmando, por el contrario, que el Derecho no será efectivo y legítimo si la ciudadanía no es capaz de discernir entre lo lícito y lo ilícito. Situación que se plantea de forma muy evidente en los delitos que nos ocupan¹⁸. Desde luego ello no puede llevar a aceptar determinadas conductas, con base en que un amplio sector de la ciudadanía crea que son lícitas. Por el contrario, es necesario explicar con claridad las consecuencias que tienen esos hechos para la sociedad en orden a cambiar su percepción. En esta línea, y no tanto por las explicaciones que desde los medios obligados a ello se han ofrecido, a partir de la crisis, y de que su origen, al menos en gran medida, se encuentra en la corrupción generalizada, la sociedad empieza a ser consciente de su gravedad y del incalculable perjuicio que causan.

9. Así mismo, en esta línea de diferenciar lo lícito de lo ilícito y de lo penal, es necesario poner de relieve que, mientras en la corrupción pública el ámbito del riesgo permitido debe de ser mínimo, el ámbito de lo que sería riesgo permitido, e incluso valorable positivamente, desde una perspectiva mercantil/económica es especialmente relevante en el ámbito de la corrupción en los negocios. Si analizamos la redacción del delito de “*corrupción en los negocios*” encontramos

¹⁶ Así, por ejemplo, por LO 5/2010, se desarrollan los llamados delitos de organización, afirmando, en la Exposición de Motivos, que es necesario porque los delitos de asociación ilícita no estaban siendo aplicados por los tribunales.

¹⁷ Cfr. GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno* (en el original, *Lying, Cheating, and Stealing: A Moral Theory of White Collar Crime*, 2006) (trad. Amorós Bas/Ortiz de Urbina Gimeno/Agustina Sanllehí), (Madrid, 2013), *passim*, trata de poner de manifiesto la relación entre lo penal y lo ético que, aun cuando no puede confundirse tampoco puede contradecirse.

¹⁸ GREEN/KUGLER, “Public Perceptions of White Collar Crime Culpability; Bribery, Perjury and Fraud”, en *Law and Contemporary Problems*, vol. 75, N° 2, (2012), pp. 33 ss., ponen, como ejemplos de líneas difusas entre lo inmoral y lo criminal, el cohecho, el falso testimonio, el tráfico de influencia y la estafa.

referencias a “*beneficio o ventaja no justificados*” o “*de cualquier beneficio o ventaja indebidos*”. Ello implica que será necesario delimitar lo que está justificado, igual a permitido, o lo que es o no indebido, igualmente permitido. En otras palabras, en el propio tipo se introduce una cláusula que nos lleva directamente al riesgo permitido/causa de justificación.

III. CORRUPCIÓN PÚBLICA: COHECHO

1. En sentido contrario a lo que sucede con la corrupción privada o corrupción en los negocios, cuya relevancia penal y la oportunidad político criminal de su tipificación es muy discutible, la corrupción pública puede considerarse derecho penal nuclear, en el sentido de que tradicionalmente, con distintas denominaciones y alcance, lo encontramos en todos los ordenamientos jurídico-penales continentales. La razón esencial del diferente desvalor de una y otra modalidad delictiva la encontramos en la implicación de funcionarios o autoridades, en sentido amplio, que es propia de la corrupción privada. Ello conlleva que, así como se discutía el bien jurídico-penal protegido en la corrupción en los negocios ello no sucede en el caso de la corrupción pública. Aun cuando la doctrina ha propuesto diversos conceptos acerca del bien jurídico-penal protegido en las diversas modalidades de cohecho, lo cierto es que, en todo caso, este delito afecta a las Administraciones públicas y con ello a todos los ciudadanos.

2. Y la concurrencia de esta afectación es común a las diversas opiniones que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado acerca del bien jurídico penal protegido. Entre estas acepciones es posible reseñar algunas: el principio de imparcialidad; el principio de igualdad en el acceso a la Administración; la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración; la no comerciabilidad de la actuación administrativa¹⁹. En definitiva, de estas concepciones puede deducirse que en el delito de cohecho se protege a las Administraciones Públicas, como instituciones al servicio del interés general, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. Originalmente el bien jurídico protegido en el delito de cohecho se centraba en la protección de la Administración, como institución, lo que evolucionó a partir de la configuración del Estado como Estado social y democrático, entendiéndose que se protegían las condiciones externas e internas de su correcto funcionamiento. De ahí se ha pasado a basar el bien jurídico en el respeto de los derechos de los ciudadanos, especialmente del derecho a la igualdad.

¹⁹ Sobre el bien jurídico-penal protegido en el delito de cohecho, ampliamente, entre otros, DE LA MATA BARRANCO, *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, *RDPC (17)* (2006); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “El delito de cohecho”, en ASÚA BATARRITA, Adela (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, (Bilbao 1997); OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, (Valencia, 1999).

3. En los últimos años el delito de cohecho se ha visto modificado en dos sentidos. Legalmente se han introducidos dos nuevos tipos, el llamado delito de cohecho de facilitación (art. 422), al que se hará referencia, y la corrupción internacional (art. 427). Ello conlleva que sujeto activo puede ser tanto un funcionario nacional²⁰ como uno internacional. Por otra parte, desde una perspectiva de interpretación de los tipos, ha evolucionado el ámbito de la adecuación social que era tomada en consideración de una forma bastante laxa y que, actualmente, ha quedado reducida su aplicación al máximo. Incluso en algunos supuestos, podría afirmarse que de una forma excesiva, como sucede, por ejemplo, en el caso de determinados regalos con ocasión de las fiestas navideñas.

4. Esto último es relevante, en concreto, en el llamado cohecho de facilitación al que se ha hecho referencia. Y ello porque en este caso, la dádiva o regalo no se realiza para conseguir que el funcionario lleve a efecto alguna actuación, ya sea contraria a sus deberes o propio de éstos, sino únicamente en razón de su cargo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que la razón de su tipicidad estriba en que: “Los objetivos del particular que ofrece dádivas o regalos en consideración a la función, en general, están vinculados, hablando de manera coloquial, al ‘engrasamiento’ general de la maquinaria burocrática administrativa por la vía del agradecimiento o complacencia de la autoridad o funcionario...”²¹.

5. Así como, en los supuestos clásicos es idóneo no limitar los tipos con base en la adecuación social, por el contrario, en el cohecho de facilitación, o cohecho pasivo impropio, sí que debería tenerse en cuenta ya que en realidad se trata de un adelanto de la barrera de protección, en cuando no se ha producido ninguna actuación indebida del funcionario, y, *de facto*, una presunción de culpabilidad o al menos, según cómo se interprete, de infracción del *in dubio pro reo*²². La naturaleza de delito de sospecha subyace en la argumentación que justifica la introducción del art. 422 CPE en que el regalo “podría

²⁰ Concepto de funcionario que, conforme al art. 24, comprende a las autoridades, incluidos los miembros del Ministerio Fiscal, como a los funcionarios, entendiendo por tales a todas las personas que ejercen funciones públicas. Es decir, un concepto de funcionario más amplio que el administrativo, ya que incluye tanto a los que han obtenido plaza por oposición como elección o nombramiento.

²¹ STS 323/2013, de 23 de abril, conocida como “Caso Camps”, que siendo el presidente de la Comunidad Autónoma de Valencia, aceptó trajes regalados por sujetos vinculados al Caso Gurtel (relativo a la corrupción del PP).

²² En sentido similar, DE LA MATA BARRANCO, “El bien jurídico protegido...”, ob. cit., p. 137, quien considera que estas conductas no “van más allá que un juicio moral de reproche”; OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho* (Valencia, 1999), pp. 108-109.

ser” una supuesta recompensa encubierta²³. El regalo de un ciudadano a un funcionario en agradecimiento a la efectividad y solvencia en alguna cuestión no puede presumirse que se realice para “engrasar la maquinaria burocrática”, en espera que con ello en el futuro tenga un trato de favor²⁴. Por consiguiente, entender que el regalo a un funcionario únicamente carece de relevancia penal si se lleva a efecto en una relación de amistad o familiar no está justificado²⁵. Entiendo que es necesario tomar en consideración criterios cuantitativos y cualitativos, tomando en consideración no sólo lo culturalmente adecuado sino especialmente el contexto²⁶.

6. En diversos países, como por ejemplo en Suecia o Alemania, se han establecido límites en el valor de los regalos que pueden ser considerados como adecuados socialmente²⁷. Siendo cierto que los límites cuantitativos aportan seguridad jurídica lo cierto es que la cuantía debe de ponerse en relación con las concretas circunstancias. Es decir, siempre deben de tomarse en consideración los criterios cualitativos, interpretando los hechos a partir de la *ratio legis* para no convertir conductas que no sean idóneas para afectar el bien jurídico-penal protegido en delito. Por consiguiente, es esencial tomar en consideración si la conducta, en el caso concreto, es o no adecuada socialmente, siendo evidente la cuantía será un elemento esencial en esta valoración²⁸.

²³ Cfr. RODRÍGUEZ PUERTA, “Modificaciones en materia de cohecho”, en ÁLVAREZ GARCÍA/ GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.) *Comentarios a la reforma penal de 2010* (Valencia 2010), p. 467.

²⁴ Este posicionamiento se corresponde con las recomendaciones del GRECO que apuesta por penalizar la creación de “un clima de corrupción”, a través de la entrega de regalos, que abone un trato de favor en algún acto futuro no identificado.

²⁵ En este sentido se afirma: “Si, evidentemente, el regalo se presenta y acepta no en consideración a la función desempeñada por la autoridad o funcionario, sino, en virtud, por ejemplo de relaciones familiares o amistosas, la acción quedaría fuera del perímetro típico del art. 426 CP. 1995, con independencia a la dificultad en la práctica de distinguir cuando el regalo se ha hecho por meras relaciones amistosas y no en consideración a la función” (STS 323/13, 23-4, caso Camps).

²⁶ Así, por ejemplo, en el ámbito de la medicina pública en España es habitual que el enfermo que ha sido bien atendido quiera agradecer a los profesionales sanitarios la atención recibida, sin que pueda advertirse la “sospecha” de que pretende en el futuro un trato de favor. No obstante, en la actualidad la mayoría de hospitales han prohibido que los profesionales reciban estos regalos y, en algunos casos, los envían a instituciones benéficas, con el consiguiente enfado del paciente.

²⁷ En Suecia, en 2006, el Ministerio sueco de finanzas dictó unas “Directrices en materia de sobornos y conflictos de intereses”, en la que se establecen límites cuantitativos. En Alemania, el expresidente Christian Wulff, en 2013, ha sido juzgado por aceptar la invitación de un productor de cine por valor de 719 €.

²⁸ GIMBERNAT ORDEIG, El endiabrado cohecho impropio, en *El Mundo*, 5 de julio (2010), p. 23, se refería a la cantidad de 600 €, como límite a lo que es factible considerar adecuado socialmente.

IV. CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

1. Por LO 5/2010 se introdujo en España el delito de corrupción en los negocios. Ello se atribuye, en la Exposición de Motivos, a la necesaria transposición de la Directiva Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Si el bien jurídico protegido es la competencia leal su íntima relación con los delitos contra el mercado y los consumidores²⁹ y, en particular, con el delito de competencia desleal y utilización de información privilegiada, del art. 284 CP³⁰, es evidente. Por LO 1/2015 se amplían los supuestos típicos bajo la rúbrica de “*Delitos de corrupción en los negocios*”, incluyendo un art. 286 ter CP, de difícil delimitación con el delito de cohecho de particular, art. 424 CP, ya que, en el art. 286 ter, se trata de influir mediante precio, recompensa o cualquier ventaja indebida, en un funcionario público para que “*actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas*”, mientras que, en el art. 424, una de las conductas típicas consiste en “*realizar un acto propio de su cargo*” y otra “*no realizar o retrasar el que debiera practicar*”. Incluso una tercera conducta típica sería el ofrecimiento “*en consideración a su cargo*”.

2. El tipo además está redactado como delito de peligro abstracto sin que requiera ni perjuicio patrimonial ni tan siquiera se hace referencia a que afecte a la competencia³¹. En consecuencia, supone un evidente adelantamiento de las barreras de protección no justificado por tratarse de un ámbito en el que existe una específica legislación mercantil al respecto. Más grave si cabe es el hecho de que, conforme a la Ley N° 29/2009, de Competencia Desleal, las conductas que pretendidamente se castigarían con este delito no constituyen ilícito mercantil. No debería ser necesario poner de manifiesto la infracción flagrante que ello implica respecto de los principios de *ultima ratio*, subsidiariedad y fragmentariedad. Se han pretendido limitaciones como la que plantea Kindhäuser exigiendo que se produzca un conflicto de intereses entre empleado y director³². Siendo

²⁹ Arts. 278-280 CPE, de descubrimiento, cesión y revelación de secretos de empresa; de alteración de los precios, art. 281; de publicidad engañosa, art. 282.

³⁰ Art. 284 CPE “Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de seis a dieciocho meses, a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos”.

³¹ En Alemania el § 299 StGB, se refiere tanto en el apartado 1 como en el 2 a que la conducta afecte a la competencia de un modo desleal.

³² KINDHÄUSER, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán”, en revista *Política Criminal*, N° 3 (2007), p. 15.

interesante la voluntad de restringir el ámbito del tipo no parece coherente con el pretendido bien jurídico protegido de competencia leal y, por otra parte, de existir ese conflicto la conducta podría entrar en el ámbito de protección de otros delitos como, por ejemplo, el delito de competencia desleal, la estafa o la apropiación indebida. Tampoco es aplicable la referida restricción a la regulación del delito de corrupción en los negocios del Código Penal español, ya que requiere que la conducta se lleve a efecto en beneficio directo o indirecto de la empresa.

3. Una cuestión esencial al respecto es el alcance que puede tener en este ámbito la adecuación social. Adecuación social que si bien tiene una eficacia limitada en el marco de la corrupción pública, adquiere, como se enunciaba, mayor importancia en la privada. El problema surge a partir de que en la referida Directiva parece que el concepto de competencia leal se equipara a la necesaria transparencia, vigente en el sector público, lo que pienso que no es trasladable. La idea de la adecuación social o riesgo permitido se encuentra expresamente recogida en el precepto a través de la introducción de dos elementos negativos del tipo: “beneficio o ventaja no justificada” y “favorecer indebidamente”. Límites a la relevancia penal que son lógicos y que enlazan con el funcionamiento del *marketing* y las estrategias de descuentos y fidelización así como la “*hospitality*”, es decir, la aceptación de invitaciones a comidas, viajes, entradas... En el Bribery Act de 2010, en su inicio, en los “Key Points”, se afirma: “*Hospitality is not prohibited by the Act*”. En este sentido, hay que poner en relación el principio de riesgo permitido o adecuación social con uno de los elementos típicos negativos del delito de corrupción en los negocios: “*no justificados*”. ¿Cuándo está justificado un regalo, un favor, una promesa...? Por ejemplo, cuando ese regalo o favor se deba a la celeridad en la actuación, a la buena disposición... y ¿a la simpatía? ¿al cariño? No olvidemos que los hechos más graves pasan a configurarse como delitos de estafa, apropiación indebida o administración desleal. En este punto nos encontramos en una franja gris en la que de un lado encontramos la atipicidad y en el otro la comisión de delitos propios del llamado derecho penal nuclear. Es cierto que un argumento a favor de la creación de este tipo se basa en su configuración como delito de peligro que, según como se interprete, para su consumación únicamente requiere la solicitud o el ofrecimiento de ventajas injustificadas sin que sea necesario probar ningún perjuicio ni tan siquiera la afectación de la competencia. No obstante, esta postura obvia el principio de lesividad que obliga a probar que, en cada caso concreto, el bien jurídico protegido ha resultado afectado *ex post*. Esta crítica es especialmente relevante en un ámbito en el que también desde el Derecho mercantil se sanciona la competencia desleal, por lo que en ningún caso puede existir una laguna de punibilidad.

4. En la misma línea, y con argumentos análogos, se debe de interpretar el alcance del otro elemento negativo del tipo del art. 286 bis, consistente en “*fa-*

vorecer indebidamente”. Problema que se suscita a partir de que no hay criterios claros de lo que es “debido” o, por el contrario, “indebido”. Lo que se entienda por “favorecimiento indebido” será diferente atendiendo a la actividad de que se trate y también a los usos y costumbres de cada ámbito, así como de la zona geográfica. En relación con descuentos o facilidades de pago, entiendo que no serán indebidos siempre que la razón sea lógica, por ejemplo, ser un buen cliente.

5. Como ya se ha enunciado, la relevancia penal también puede cuestionarse a través de la inexistencia de perjuicio, entendida como ausencia de afectación del bien jurídico-penal protegido. Ello puede plantearse en dos supuestos: a) productos o servicios en los que hay una situación, al menos *de facto*, de monopolio; b) productos o servicios que se ofrecen más baratos o se beneficia de otra forma a los clientes con mayor capacidad de compra, sin que pueda afirmarse que objetivamente haya un perjuicio para terceros. Las políticas de fidelización, seguidas y aceptadas en el mercado, suponen beneficios para los clientes “fieles” sin que se considere corrupción, al igual que los descuentos por cuantía de la compra o por pronto pago... ¿Podría decirse que con esos beneficios o descuentos se perjudica a terceros consumidores no clientes o a empresas que no siguen esas políticas? Esta situación se plantea muchas veces cuando existe un intermediario porque, al fabricante del producto o a quien realiza el servicio, no le importa tener un beneficio menor a cambio de contar con un cliente, el intermediario, que le va a posibilitar seguir trabajando. Habría que plantearse si, en este caso, o similares, se produce un “favorecimiento indebido” como elemento típico del delito³³.

6. En teoría, si se atiende a un amplio sector de la doctrina y a la propia Exposición de Motivos, lo debido sería seleccionar un producto o contratar un servicio guiados exclusivamente por la finalidad de que el proveedor o profesional contratado, teniendo en cuenta todos los factores que puedan concurrir (precio, calidad, servicio técnico...), sea el más idóneo para la empresa o institución de la que depende o que dirige. Para algunos este deber se infringe aun cuando sin mediar el regalo o promesa se hubiera seleccionado el mismo producto o servicio, por lo que sólo se deberá acreditar que la elección resultó mediatizada por la promesa, regalo o favor, aun cuando el producto o servicio sea el idóneo³⁴. Postura que no comparto pues entiendo que un criterio de esta naturaleza puede

³³ En este sentido no estaría de acuerdo con KINDHÄUSER, “Presupuestos de la corrupción punible...”, *ob. cit.*, p. 14, que considera corrupción el supuesto de que un carnicero otorga ventajas financieras al propietario de una cadena de restaurantes para que compre su carne y no la de otros competidores.

³⁴ Cfr. BAÑERES SANTOS, “El delito de corrupción entre particulares”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, N° 4 (2011), pp. 1-12, realiza la comparación con el juez que, habiendo recibido un regalo o favor, dicta una sentencia igual a la que hubiera dictado sin mediar ese ofrecimiento.

defenderse respecto de la corrupción pública, por los diferentes deberes que recaen sobre los funcionarios, lo que explica el llamado cohecho de facilitación, art. 422, pero no en el ámbito de la corrupción en los negocios. Sencillamente porque en esos casos realmente no hay corrupción, porque no hay perjuicio, en cuanto el producto o servicio es el idóneo y no hay lesividad, en cuanto no hay afectación de la competencia, como bien jurídico-penal protegido, ni tampoco del patrimonio, si entendiéramos que es el bien jurídico protegido. En la misma línea, la exigencia de que los contratos privados deban cumplir idénticas exigencias que los públicos, como puede ser que existan al menos tres ofertas, es contraria a las bases del mercado.

V. CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS Y *COMPLIANCE*

1. En este contexto adquieren relevancia los “programas de cumplimiento”, es decir, los “*compliances*”, a través del cual se pretende concretar los protocolos de actuación de las diferentes áreas y los mecanismos de control que sirvan a la detección y evitación de delitos. Determinación de cuáles son las conductas debidas, esencial en orden a la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas³⁵. Respecto del delito de corrupción en los negocios, los *compliance* deberían ser útiles, no sólo para excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino también para determinar tanto el contenido concreto del tipo, como los supuestos de justificación³⁶.

2. En relación, en concreto, con el delito de corrupción en los negocios el problema esencial es la configuración del Protocolo Anticorrupción. Una primera cuestión que se suscita es si es necesario un Protocolo diferente para el cohecho y para la corrupción en los negocios. La confusión entre ambos ha llevado a que, en muchas empresas, en el *compliance* se prevea un único protocolo anticorrupción que abarcaría ambas cuestiones. Por lo que se ha ido desarrollando en este trabajo es evidente que no es la solución adecuada, entre otras muchas razones, porque desde una perspectiva estrictamente jurídico-penal el ámbito del riesgo permitido es mucho mayor en la corrupción en los negocios, sobre la base de dos requisitos típicos: “beneficio o ventaja no justificado” y “favorecer

Entiendo que esta comparación no es adecuada porque el Juez tiene un deber especial de probidad que no recae en el particular.

³⁵ Cfr. LASCURAIN SÁNCHEZ, “*Compliance*, debido control y unos refrescos”, en ARROYO ZAPATERO/ NIETO MARTÍN, (dirs.) ob. cit., pp. 125 ss., pone de manifiesto la importancia de los *compliances*, en orden a evitar que la responsabilidad de las personas jurídicas suponga una responsabilidad objetiva, así como evitar la infracción del principio *non bis in idem*.

³⁶ Respecto del significado y función de los oficiales de *compliance*, ampliamente, KUHLEN/ MONTIEL/ORTIZ DE ÚRBINA GIMENO, (dirs.) *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, (Madrid, 2013).

indebidamente”. Elementos típicos que no están previstos en los delitos de cohecho, en los que, en principio, cualquier beneficio es injustificado y supone un favorecimiento indebido. Un ejemplo evidente de esta problemática puede observarse en el Código de Buenas Prácticas de la Industria Farmacéutica de 2016³⁷, en el que se parte de la prohibición de cualquier regalo³⁸ para luego establecer una serie de excepciones que más bien son reglas generales. Excepciones que se corresponden con las costumbres arraigadas en este ámbito aun cuando, ciertamente, limitadas. En todo caso, lo que pone de relieve esa autorregulación de la industria farmacéutica es la dificultad para establecer líneas claras entre lo permitido y lo prohibido, es decir entre lo justificado o injustificado y lo debido o indebido. En ese ámbito, no obstante, hay dos aspectos que deben considerarse: 1) gran parte de la venta de productos farmacéuticos se realiza en la sanidad pública, por lo que es de aplicación el cohecho; 2) los riesgos para la salud que puedan derivarse de un medicamento con menor eficacia.

3. La intervención del Derecho penal en zonas grises de la corrupción privada, “*hospitality*” “*fidelización*”, creo que no está legitimada, al menos, si no se requiere expresamente que la intervención penal exija que se haya producido un resultado de afectación de la competencia o del mercado. Incluso, en esos casos, es discutible ya que existe la posibilidad de acudir a la legislación mercantil y las acciones de responsabilidad en ellas previstas, siempre que no se haya producido un perjuicio valorable para otras empresas o para los consumidores. En consecuencia el problema subyace en la conducta típica prevista en el art. 286 bis CPE, ya que no requiere perjuicio y ello conlleva que sea difícil, si no imposible, establecer qué se pretende proteger ya que la “*transparencia*”, con todo lo ética y conveniente que es, no puede convertirse, en este contexto, en un bien

³⁷ Este Código está basado en la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo, por el que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano. Se ha tenido también en cuenta la Ley N° 29/2006, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, la Ley N° 3/1991, de Competencia Desleal, los Códigos de la Federación Europea de las Asociaciones e Industria Farmacéutica (EFPIA) y el Código de la Federación Internacional de la Industria del Medicamento (IFPMA).

³⁸ En el Capítulo II, art. 10.1, se parte de la prohibición de todo tipo de obsequios, y ya en el art. 10.2.2. se autoriza la entrega de artículos de utilidad médica cuyo precio de mercado no supere los 60€. En el art. 11, 1, se parte así mismo de la prohibición de cualquier forma de hospitalidad, mientras en el art. 11.2, se señala que es posible siempre que su coste sea “razonable” y no exceda del que los “destinatarios estarían dispuestos a pagar en las mismas circunstancias”. En la misma línea mientras el art. 11.4 se indica que no se podrán aceptar pagos para alquilar locales, en el art. 11.5 y 11.6 se posibilita siempre que se haga constar y se paguen honorarios “razonables” y el reembolso de los gastos personales, incluidos los viajes. Especialmente relevante es el art. 15, en el que de nuevo se parte de la prohibición de donaciones o subvenciones a asociaciones o fundaciones compuestas por profesionales sanitarios, estableciendo a continuación todos los supuestos en los que son permitidas.

jurídico-penal ya que, por lo demás, entraría en conflicto con la protección del secreto de empresa (arts. 278-280 CP) y la tipificación del delito de información privilegiada.

4. Cuando se trata de establecer el mapa de riesgos de un posible *compliance*, se advierte que el delito de corrupción en los negocios, art. 286 bis CPE, debido a que su redacción carece de sentido ya que no se corresponde con la problemática actual del mercado. Si, como plantea la doctrina mayoritaria, con este delito lo que pretende es proteger la libre competencia no es eficaz y, desde la perspectiva del principio de lesividad, no es idóneo ya que no se requiere una afectación de los consumidores. Y ello es así porque, actualmente, el problema para la libre competencia, derivado de una economía global, surge a partir de que las pequeñas empresas no pueden competir con las grandes empresas multinacionales lo que en la práctica supone una proliferación de situaciones de monopolio.

VI. PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA Y DE LOS CONSUMIDORES

1. Lo anterior nos lleva a analizar qué debería protegerse y, sobre todo, cómo hacerlo, ya que se trata de evitar los monopolios que, no sólo perjudican a las pequeñas y medianas empresas, limitando sino impidiendo la competencia, sino también, como consecuencia de ello, a los consumidores³⁹. Mientras el perjuicio a los consumidores se produce basándose en que el monopolista puede fijar los precios, aumentándolos con la finalidad de incrementar los beneficios, el perjuicio a la libre competencia surge al manipular la realidad del mercado. Como pone de manifiesto Salazar, “el acuerdo entre competidores para alterar las condiciones existentes en un determinado mercado importa una especie autónoma de fraude, distinta (pero emparentada) con el engaño y el abuso de confianza”⁴⁰.

2. Partiendo de la necesidad de limitar los monopolios, lo que se corresponde con la legislación norteamericana antitrust a la que se hizo referencia⁴¹, la siguiente cuestión estriba la decisión acerca de si las penas efectivas de prisión son las únicas que pueden tener efectos disuasorios o si lo único efectivo es establecer medidas que potencien las denuncias, con la finalidad de lograr detectar y desarticular el monopolio. Entiendo que la forma más eficaz de alcanzar efectos preventivos es combinar las penas privativas de libertad con el ofrecimiento de beneficios a quienes denuncien y faciliten la desaparición del monopolio. Por

³⁹ SALAZAR CÁDIZ, “El delito de colusión. Comentarios críticos (sustantivos y procesales) relacionados con la nueva figura penal”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 8 (2017), pp. 191-198, desarrolla los argumentos que desde los economistas escolásticos hasta la actualidad han justificado la punición de los monopolios.

⁴⁰ SALAZAR CÁDIZ, “El delito de colusión...”, ob. cit., p. 198.

⁴¹ *Vid. supra* notas 3 y 4.

el contrario, las penas de multa podrían suscitar consecuencias perversas⁴², ya que los monopolistas pueden evitar con facilidad ser perjudicados económicamente aumentando los precios lo que a su vez perjudicaría en mayor medida a los consumidores⁴³.

3. El tipo penal que se corresponde con la pretensión de protección de la libre competencia es el delito de colusión, previsto en el art. 285 CPCh⁴⁴⁻⁴⁵. Este precepto carece de un tipo análogo en el Código penal español, en el que el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, art. 281 CPE y el previsto en el art. 284 CPE, serían los más similares⁴⁶. En el art. 281 CPE⁴⁷, la doctrina considera que se protege la libre competencia y la defensa del mercado, junto con la defensa de los consumidores, ya que entre los requisitos

⁴² En sentido contrario a lo que defienden algunos defensores del Derecho penal mínimo, en la delincuencia socioeconómica las penas de multa carecen de efectos disuasorios, sobre todo si, como sucede en España, las sanciones administrativas suelen ser superiores a las penales. Cfr. CORCOY BIDASOLO, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.); GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Política criminal y reforma penal*, (Buenos Aires, 2007), pp. 25-53.

⁴³ En este sentido, ARTAZA VARELA, “La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación”, en *Revista de Derecho*, vol. XXX, N° 2 (2017), p. 363.

⁴⁴ Introducido en Chile por Ley N° 20.945, de 30.08.2016, que “Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia”. En el art 62, castiga la ejecución u organización de un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos u órganos públicos.

⁴⁵ En este trabajo no es posible entrar en profundidad en las cuestiones de diverso orden que plantea este tipo. Sobre el delito de colusión, ampliamente, ARTAZA VARELA, *El delito de colusión*, (Valencia, 2020); ARTAZA VARELA, “La colusión...”, ob. cit., pp. 339-366; SALAZAR CÁDIZ, *Los delitos de manipulación del mercado en el derecho chileno. Análisis desde una perspectiva internacional*, (Valencia, 2020); SALAZAR CÁDIZ, “La alteración de precios como fraude”, en revista *Política Criminal*, vol. 11, N° 22 (2016), pp. 391-438; SALAZAR CÁDIZ, “El delito de colusión...”, ob. cit., pp. 185-202; ARTAZA VARELA/SALAZAR CÁDIZ/SALGADO CABRERA, “Protección de la libre competencia en Chile. Desafío para el derecho penal y las ciencias económicas”, en revista *Política Criminal*, vol. 11, N° 22, (2016), pp. 794-809.

⁴⁶ Cfr. SANTANA VEGA, “Delitos relativos al mercado y los consumidores”, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.) *Comentarios...*, ob. cit.

⁴⁷ *Artículo 281*

1. *El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.*

2. *Se impondrá la pena superior en grado si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas.*

típicos se establece, junto a las finalidades de desabastecer el mercado y alterar los precios, la de perjudicar gravemente a los consumidores. No obstante, la redacción de este precepto no es idónea para la situación actual del mercado, ya que “detraer del mercado materias primas y productos de primera necesidad”, no son las conductas que, hoy día, plantean mayores conflictos, lo que explica su nula aplicación. Respecto del art. 284 CPE⁴⁸, su relación con el art. 281 CPE y con el delito de corrupción en los negocios es si cabe más confusa, ya que también en este precepto la doctrina entiende que se protege la libre competencia, siendo la diferencia esencial la ampliación de los objetos del delito, respecto del art. 281 CPE.

4. En el art. 284 CPE, siguiendo la muy discutible técnica legislativa vigente, junto a enumerar expresamente los objetos del delito: “*productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios*”, introduce una cláusula de cierre: “*o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación*”. Respecto de las conductas típicas tradicionales, “violencia, amenaza o engaño”, excepto, como veremos, el engaño, no se corresponden con los sistemas que las multinacionales emplean para limitar la competencia y conseguir situaciones de monopolio. Ello explica la introducción por LO 1/2019, de una nueva modalidad delictiva “cualquier otro artificio” que abarca cualquier otra modalidad que se pudiera generar en el contexto sumamente dinámico y creativo del mercado⁴⁹. Si todo ello es inadecuado en relación con la pretensión de proteger el mercado y a los consumidores, el hecho de que mientras en el primer apartado no se requiere perjuicio⁵⁰, aun cuando no es establecida la cantidad, en el segundo se requiera probar la existencia de un beneficio de al menos 300.000 €, conjuntamente con un perjuicio equivalente, explicaría, así mismo, el porqué de su relativa inaplicación. Pese a los problemas señalados lo cierto es que, entre los delitos que en

⁴⁸ Artículo 284.1º “Empleando violencia, amenaza o engaño o cualquier otro artificio alterasen los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, instrumentos financieros, contratos de contado sobre materias primas relacionados con ellos, índices de referencia, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos”.

⁴⁹ Esta nueva conducta típica, impediría que se absolviese en supuestos como el contemplado en la STS 600/2007, 11 de septiembre, Caso *Grupo Torrás*, al considerar que el medio utilizado “la compra de acciones de prima, utilizando la fórmula de las sociedades ficticias financiadas, por más que infrinja la normativa del sector, y suponga la ocultación del auténtico comprador, no se encuadraba en ninguno de los medios determinados en el tipo”.

⁵⁰ No obstante, la redacción ha mejorado con la LO 1/2019, ya que antes se sancionaba “la intención de alterar los precios”.

el Código penal español pretenden proteger la competencia, es el único que ha sido aplicado, en relación con la conducta de engaño⁵¹.

6. Partiendo de que el bien jurídico penal que se pretende proteger es la libre competencia en cuanto su limitación afecte a los consumidores, la cuestión que se plantea es cómo y en qué medida se debe proteger. Existiendo la protección mercantil de la libre competencia, el Derecho penal únicamente debería protegerla en aquellos supuestos en los que estas conductas afecten a los consumidores⁵² y no configurarse como un instrumento para mantener el orden económico⁵³. Por consiguiente, para que concurra la necesaria antijuridicidad material –principio de lesividad– es necesario que en el caso concreto los acuerdos de no competencia, que generan situaciones de monopolio, afecten realmente a los consumidores, en cuanto supongan un aumento de los precios o dificultades para acceder a determinados productos o servicios.

7. Considerando idónea la intervención penal para limitar la creación de monopolios, es especialmente relevante la interpretación de los tipos a la luz de los principios limitadores del Derecho penal⁵⁴ y, en esta línea, son límites esenciales los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad⁵⁵. En consecuencia, es

⁵¹ STS 504/2003, 2 de abril, FJ 4: “El que no existiera una norma sobre la contratación con el Ayuntamiento no quiere decir que adoptado el Acuerdo de ofrecer en licitación a las empresas del sector la realización de la obra con la finalidad de adjudicarla a la empresa que ofertara su realización por menor precio no supusiera ya la existencia de un mecanismo de fijación de precios que el recurrente, mediante engaño, haciendo figurar la aparente concurrencia de empresas en realidad ficticias, o comunicando datos esenciales para la definitiva adjudicación, alteraba los precios de los servicios, maquinando sobre su fijación de acuerdo a la práctica existente...”; cfr. también STS 575/2004, 11 de mayo).

⁵² CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, (Valencia, 1999), pp. 175-224, considerando que, en los llamados delitos de peligro, en los que se protegen bienes jurídico-penales supraindividuales, es necesaria una interpretación de estos bienes en relación con el desarrollo de la libre personalidad de los ciudadanos.

⁵³ En este sentido, KINDHÄUSER, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, en ARROYO ZAPATERO, Luis (coord.) *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, (Madrid, 1995), p. 442, adaptando su concepto de delitos de peligro abstracto al Derecho penal económico. Sobre su postura, ampliamente, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, (Frankfurt am Main, 1989), *passim*.

⁵⁴ CORCOY BIDASOLO, “Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales”, en *Revista de Derechos fundamentales, Universidad de Viña del Mar*, N° 8 (2012), pp. 45-76; LA MISMA “Bienes jurídicos colectivos y derecho penal mínimo”, *Revista Jurídica del Perú*, N° 98 (2009), pp. 221-239; LA MISMA, “Derecho penal mínimo y protección de bienes jurídicos colectivos”, en MIR PUIG, Santiago (dir.), *Derecho penal para el S. XXI*, CDJ, 207, (Madrid, 2008), pp. 363-400.

⁵⁵ En el sentido de limitar la aplicación del delito de colusión atendiendo a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, *vid.* también, ARTAZA VARELA, “La colusión como forma de agresión...”, *ob. cit.*, pp. 360 ss.

necesario analizar previamente el alcance de la protección mercantil de la libre competencia, de forma que, en ningún caso, se tipifiquen conductas que carecen de relevancia extrapenal⁵⁶, tal y como sucede, por ejemplo, con el art. 286 bis CPE, de corrupción en los negocios. Por ello se trata de tipificar exclusivamente las conductas más graves que afectan a la libre competencia, como los acuerdos para alterar el precio, restringir la producción, repartirse cuotas de mercado o afectando procesos de licitación, respetando así los referidos principios, tal y como se ha llevado a efecto en la legislación chilena⁵⁷.

VII. CONCLUSIONES

1. La intervención del Derecho penal en el ámbito de la corrupción en los negocios, con la pretensión de una “honesta competencia”, se contradice con el efectivo funcionamiento del mercado en el que las grandes multinacionales absorben a las empresas medianas y pequeñas generándose monopolios que casan mal con esa pretendida “honesta competencia”. ¿Qué se pretende realmente con la intervención del Derecho penal en estos ámbitos? Habría que preguntarse si la regulación del delito de corrupción privada en el Código penal español únicamente serviría, de ser aplicado, a perpetuar las situaciones de monopolio o, en el mejor de los casos, a impedir que los grandes colosos empresariales se perjudiquen entre sí. El mayor problema para la libre competencia, derivado de una economía global, surge, en la actualidad, a partir de que las pequeñas empresas no pueden competir con las grandes empresas multinacionales lo que en la práctica supone una proliferación de situaciones de monopolio. Monopolios *de facto* que no sólo perjudican al mercado, impidiendo la subsistencia de las pequeñas y medianas empresas, sino también a los consumidores.

2. La búsqueda de mecanismos extrapenales, como el *compliance*, para prevenir los delitos en el ámbito de la empresa no puede sino calificarse *a priori* como positiva. Ello especialmente en relación con la responsabilidad penal de la persona jurídica ya que, en tanto el cumplimiento efectivo del *Compliance* puede eximir de responsabilidad a la empresa, ello permite fundamentar la condena en un defecto de organización y no ser una mera responsabilidad objetiva. Cuestiones diferentes, aunque importantes, son si realmente esos programas de prevención serán efectivos para prevenir delitos y si esos nuevos costes pueden ser asumibles en un contexto de crisis como el actual. ¿Es posible que estas exigencias sean difícilmente asumibles por la pequeña y mediana empresa y, por el contrario,

⁵⁶ En este sentido, ARTAZA VARELA, “La colusión como forma de agresión...”, ob. cit.

⁵⁷ Cfr. SALAZAR CÁDIZ, “El delito de colusión...”, ob. cit., p. 199.

suponga un coste proporcionalmente mínimo para las grandes multinacionales? ¿Podría llevar todo ello a una incluso mayor concentración del capital?

3. Respecto de la introducción del delito de corrupción en los negocios tendrá que verse en un futuro como opera en la práctica⁵⁸. El hecho de que, aun cuando no se diga expresamente, trate de limitar la competencia abierta o libre en los negocios plantea problemas tanto de legitimidad como, esencialmente, de delimitación. En relación con la legitimidad la cuestión es más grave en cuanto las penas se asemejan a las de la corrupción pública lo que, por el diferente desvalor de ambos supuestos, infringe el principio de proporcionalidad. Respecto de la delimitación entre las conductas que deberían calificarse como adecuadas socialmente o, en su caso, exclusivamente con relevancia mercantil o civil, y aquéllas que tendrían relevancia penal es especialmente complicado porque choca con el principio mercantil de que el deber de una empresa es conseguir el mayor número de clientes. La pregunta sería, ¿dónde está el límite en la búsqueda de clientes? Al respecto hay que poner de manifiesto que si en ello concurre engaño y perjuicio estaremos ante un delito de estafa. Y en ese punto, hay que preguntarse, ¿concurso de leyes o de delitos? La respuesta que ofrecería es clara: estafa o apropiación indebida y sobra la corrupción en los negocios. No obstante, tendremos que esperar para ver cómo se desarrolla la jurisprudencia en este ámbito.

4. Independientemente de ello, si se entiende que lo que debería protegerse es el mercado, no en su perspectiva de la competencia leal entre empresas, sino respecto de la existencia de una efectiva competencia y de la protección de los consumidores aparece como mucho más idóneo el delito de colusión chileno o el art. 281 CPE, de maquinación para alterar el precio de las cosas, art. 281 CPE y el art. 284 CPE. No obstante, en ambos casos sería necesario mejorar su regulación para adecuarse en mayor medida a la situación actual del mercado. Mejora tanto en relación con los elementos típicos como las penas previstas.

5. Por el contrario, es indiscutible el desvalor de la corrupción pública y la legitimidad de su sanción penal. En este sentido, únicamente se plantea la cuestión de lo que pueda entenderse como adecuado socialmente, en particular, en el llamado cohecho de facilitamiento. Por ello sería especialmente relevante que la obligación de implementar un *Compliance* se extendiera a las instituciones públicas y se determinara, entre otras cuestiones, el alcance del riesgo permitido. Cuestión diferente son los problemas que puedan suscitarse para poder

⁵⁸ Desde su entrada en vigor, por LO 5/2010, reformado por LO 1/2015, hasta la actualidad sólo ha sido aplicado respecto de la llamada “corrupción en las actividades deportivas” (art. 286 bis, apartado 4), lo que en realidad no está relacionado con la libre competencia entendida como protección del mercado y de los consumidores.

implementar un canal de denuncias efectivo en este ámbito. No obstante, un análisis criminológico de la corrupción pública prueba que, normalmente, los corruptos no son funcionarios, en sentido administrativo, sino políticos (asesores) designados para llevar a efecto determinadas actividades, en general, de carácter ejecutivo. Ello implica que los funcionarios, en cuanto tienen asegurado el puesto de trabajo, en principio, no deberían tener obstáculos para denunciar. El otro aspecto conflictivo en relación con los programas de cumplimiento es siempre la designación del *compliance officer* y sobre todo su autonomía, ya que de ello dependerá realmente que sea eficaz y esta problemática, que se suscita en la empresa privada, puede ser incluso más conflictiva en el ámbito de la administración pública.

BIBLIOGRAFÍA

- ARTAZA VARELA, *El delito de colusión*, (Valencia, 2020).
- _____, “La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXX, N° 2 (2017), pp. 339-366.
- ARTAZA VARELA/SALAZAR CÁDIZ/SALGADO CABRERA, “Protección de la libre competencia en Chile. Desafío para el derecho penal y las ciencias económicas”, en revista *Política Criminal*, vol. 11, N° 22, (2016) SANTANA VEGA, “Delitos relativos al mercado y los consumidores”, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.)
- BAÑERES SANTOS, “El delito de corrupción entre particulares”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, N° 4 (2011), pp. 1035-1046.
- BLANCO CORDERO, “La reforma de los delitos de corrupción mediante Ley Orgánica 5/2012. Nuevos delitos y aumento de penas”, en *Diario La Ley* N° 7534 (2010).
- CORCOY BIDASOLO, “Bienes jurídicos colectivos y derecho penal mínimo”, *Revista Jurídica del Perú*, N° 98 (2009), pp. 221-239.
- _____, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, (Valencia, 1999).
- _____, “Derecho penal mínimo y protección de bienes jurídicos colectivos”, en MIR PUIG, Santiago (dir.), *Derecho penal para el S. XXI*, CDJ, 207, (Madrid, 2008).
- _____, “Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales”, en *Revista de Derechos fundamentales, Universidad de Viña del Mar*, N° 8 (2012), pp. 45-76.

- _____, “Kriminalpolitische Probleme der Wirtschaftskorruption und Compliance”, en *Korruption und Strafrecht*, KUHLEN/KUDLICH/GÓMEZ MARTÍN/ORTIZ DE URBINA GIMENO (HRSG.), (HEIDELBERG, 2018).
- _____, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.); GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Política criminal y reforma penal*, (Buenos Aires, 2007).
- DE LA MATA BARRANCO, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”, RDPC (17) (2006), pp. 81-152.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “El delito de cohecho”, en ASÚA BATARRITA, Adela (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, (Bilbao 1997); OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, (Valencia, 1999).
- FARALDO CABANA, “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, N° 23 (2002), pp. 60-98.
- GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno* (en el original, *Lying, Cheating, and Stealing: A Moral Theory of White Collar Crime*, 2006) (trad. Amorós Bas/Ortiz de Urbina Gimeno/Agustina Sanllehí), (Madrid, 2013).
- KINDHÄUSER, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, en ARROYO ZAPATERO, Luis (coord.) *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, (Madrid, 1995).
- _____, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, (Frankfurt am Main, 1989).
- _____, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán”, en revista *Política Criminal*, N° 3 (2007), pp. 1-18.
- KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO, (dirs.) *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, (Madrid, 2013).
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Compliance, debido control y unos refrescos”, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la era del Compliance*, (Valencia, 2013).
- MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, (dirs.), GÓMEZ MARTÍN, (coord.), *Política Criminal en Europa* (Barcelona 2004).
- NIETO MARTÍN, “Introducción”, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la era del Compliance*, (Valencia, 2013).
- OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho* (Valencia, 1999).

- RODRÍGUEZ PUERTA, “Modificaciones en materia de cohecho”, en ÁLVAREZ GARCÍA/ GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.) *Comentarios a la reforma penal de 2010* (Valencia 2010).
- SALAZAR CÁDIZ, “El delito de colusión. Comentarios críticos (sustantivos y procesales) relacionados con la nueva figura penal”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 8 (2017), pp. 185-213.
- _____, “La alteración de precios como fraude”, en revista *Política Criminal*, vol. 11, N° 22 (2016), pp. 391-438.
- _____, *Los delitos de manipulación del mercado en el derecho chileno. Análisis desde una perspectiva internacional*, (Valencia, 2020).
- SANTANA VEGA, “Delitos relativos al mercado y los consumidores”, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.) *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed. (Valencia, 2015).
- SANTANA VEGA/GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed. (Valencia, 2015).