

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL ECONÓMICO



TEMA DE INVESTIGACIÓN

“RECONOCIMIENTO A LA LESIVIDAD DE BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR EL ESTADO SALVADOREÑO QUE PRESENTA LA CORRUPCIÓN EFECTUADA EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LLEVADAS A CABO EXCLUSIVAMENTE ENTRE PARTICULARES”

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRA EN DERECHO PENAL ECONÓMICO

PRESENTADO POR:

LICDA. KATHERINE ESTEFANY GUARDADO IGLESIAS

CARNET:

GI12001

ASESOR:

DR. GILBERTO RAMÍREZ MELARA

CIUDAD UNIVERSITARIA, 30 DE MAYO DE 2022

TRIBUNAL CALIFICADOR

MSC. MARVIN HUMBERTO FLORES JUÁREZ

PRESIDENTE

MSC. HUGO DAGOBERTO PINEDA ARGUETA

SECRETARIO

DR. GILBERTO RAMÍREZ MELARA

DOCENTE ASESOR

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado

RECTOR

Dr. Raúl Ernesto Azcúnaga López

VICERRECTOR ACADÉMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Alarcón

SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco

VICEDECANO

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo

SECRETARIA

Dr. José Miguel Vásquez López

COORDINADOR DE LA UNIDAD DE POSGRADO

AGRADECIMIENTOS

A mi madre y padre por apoyarme en todo momento e incondicionalmente durante mis años de vida y estudio, por procurar siempre mi bienestar, por sus esfuerzos y sacrificios ya que sin estos no hubiese sido posible, por su dedicación, comprensión y paciencia para tratar de hacer de mí una mujer de bien con valores y principios, por ser esos ejemplos a seguir y pilares fundamentales en mi vida y por siempre brindarme ánimos a seguir adelante sin importar las adversidades que se presenten en el camino.

A mis hermanas por acompañarme y apoyarme a lo largo de mi vida y en el proceso de culminación de mi maestría.

ÍNDICE

RESUMEN	i
INTRODUCCIÓN	ii
ABREVIATURAS	v
CAPÍTULO 1:	1
ASPECTOS GENERALES DE LA CORRUPCIÓN	1
1. La corrupción	1
1.1.1. Definición y elementos generales sobre la corrupción	1
1.1.2. Antecedentes históricos de la corrupción en la legislación salvadoreña	6
1.1.4. La corrupción como fenómeno político	9
1.1.5 La corrupción como fenómeno social	13
1.1.6 La corrupción como fenómeno económico	15
1.2. La corrupción entre particulares	19
1.2. 1. Aspectos esenciales	23
1.2.2. Características de la corrupción en el sector privado	27
1.2.3 Lesividad	29
CAPÍTULO 2	37
ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL Y REGULACIÓN DEL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES EN AMÉRICA Y EUROPA	37
2.1 Ordenamiento jurídico internacional	37
2.1.1. Regulación Regional	45
2.1.2. Regulación Internacional Europea	47

2.2 Regulación del delito de Corrupción Entre Particulares en América y Europa.	51
2.2.1 Regulación de la corrupción privada en España.	51
2.2.2 Regulación de la Corrupción privada en Alemania.	54
2.2.3 Regulación de la Corrupción privada en Austria e Italia.	57
2.2.4 Regulación de la Corrupción privada en Suecia.	61
2.2.5 Regulación de la Corrupción privada en Francia.	61
2.2.6 Regulación de la corrupción privada en Chile.	64
2.2.7 Regulación de la Corrupción privada en Panamá.	66
2.3. Análisis de los sistemas normativos de las teorías de protección de la corrupción entre particulares.	67
CAPÍTULO 3	68
EFFECTOS LESIVOS DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA Y TEORÍAS SOBRE LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO.	68
3.1 Efectos Lesivos de la Corrupción particular.	68
3.1.1 Efecto económico.	68
3.1. 2. Efecto en los consumidores.	73
3.1.3 Efecto para las empresas.	74
3.1.4 Efectos para los terceros.	75
3.2. Lesividad de la Corrupción privada.	77
3.3 Bien Jurídico protegido.	84
3 .3.1. Teoría de la protección al patrimonio.	90
3.3.2 Teoría de la protección a la Competencia leal.	92
3. 3. 3. Teoría del deber de protección de la fidelidad hacia el empresario.	96
3.3.4 Teoría de la Corrupción entre particulares como un delito pluriofensivo.	98

CAPÍTULO 4.....	102
PRESUPUESTOS BÁSICOS DEL TIPO PENAL Y PROPUESTA DE LEGE FERENDA DE LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO.....	102
.4.1. Presupuestos básicos del tipo penal.....	102
4.1.1. Conducta típica.....	102
4.1.2. Objeto Material.....	105
4.1.3. Sujetos	108
4.2 Casos prácticos.....	118
4.3. Propuesta de lege ferenda.....	123
CONCLUSIÓN.....	127
BIBLIOGRAFÍA	130

RESUMEN

Se realiza un estudio de carácter doctrinario, puesto que se ha escrito escasamente sobre ello, teniendo por objeto profundizar de modo descriptivo los intereses que potencialmente sean de protección por el Derecho penal, dentro del reconocimiento a la lesividad de estos, modificando la perspectiva que se tiene de la corrupción en el sector privado y estableciendo la necesidad de incorporarla en el ordenamiento jurídico.

El concepto de corrupción adopta una postura como medio de agresión de distintos bienes jurídicos, teniendo en cuenta una serie de distinciones, que se extraen al realizar un cotejo del Ordenamiento Jurídico Internacional, con el objeto de tener una visión global, integradora y comparativa de los heterogéneos modelos de incriminación adoptados por los Estados que cuentan con este delito en sus ordenamientos.

Posteriormente se analizan los efectos lesivos de esta particular corrupción, y a su vez presenta la interrelación entre corrupción y Derecho, en particular corrupción y Derecho Privado Patrimonial, sin olvidar considerar la constatación de una serie de problemas interpretativos que podrían presentar como producto de la fórmula escogida por el legislador para su tipificación.

Al final de la investigación se evaluaron los presupuestos básicos del delito penal definiéndose como antecedentes jurídicos necesarios en orden de identificar las exigencias técnicas requeridas por la Ley Penal para confirmar existencia de la conducta típica de la cual depende el delito, adicionalmente se especifica un caso internacional en contraste de un caso nacional, finalmente haciendo uso del término *De lege ferenda* se plantea una recomendación de tipo penal respecto a la corrupción privada.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación denominado reconocimiento a la lesividad de bienes jurídicos protegidos por el Estado salvadoreño que presenta la corrupción efectuada en el marco de las relaciones llevadas a cabo exclusivamente entre particulares, donde se expone un estudio de carácter técnico jurídico dogmático referente a la tipificación de conductas corruptas en el sector privado.

El propósito de la investigación es desarrollar de manera descriptiva los intereses de protección del Derecho penal económico, a través del reconocimiento a la lesividad de los bienes jurídicos que perjudica la corrupción en el sector privado. Muy poco se ha escrito sobre esto en nuestro país, por ello el estudio será principalmente doctrinario.

En ese orden de ideas, la investigación se desarrolla en el ámbito del Derecho Penal Económico, en el que los actores son únicamente los agentes del sector privado que participan en las diferentes actividades económicas, siendo importante regular ciertas conductas que ponen en peligro el normal desarrollo de la libertad de mercado y competencia, y demás bienes jurídico supra individuales.

Resulta necesario establecer de manera clara la importancia y utilidad de esta investigación; que se concreta con los aportes que se pueda realizar al investigar en que consiste esta figura delictiva, cual es el ámbito de protección y cuál podría ser la necesidad de incorporarla en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

Es de recalcar que la investigación que se realizará es de tipo dogmática jurídica y jurisprudencial, no obstante, la misma no se limitará a la realización de análisis jurídico-dogmático formalista, sino que además se toma en cuenta la regulación internacional y el derecho comparado, para exponer a nivel descriptivo y crítico la criminalización que se ha realizado sobre esta conducta, con el propósito de efectuar distinciones, que puedan ser de relevancia para la política criminal.

Para tales efectos, la presente investigación se encuentra estructurada en cuatro capítulos, el primero de ellos se encuentra titulado como: “Aspectos generales de la Corrupción”, en el cual se aborda la corrupción en general, detallando diversas definiciones dogmáticas, sus antecedentes históricos en la legislación salvadoreña, la corrupción como fenómeno político, económico y social, y La Corrupción entre particulares, señalando sus principales características, aspectos esenciales y la lesividad que ocasiona estas prácticas corruptas.

Luego el capítulo dos, denominado como: “Ordenamiento Jurídico Internacional y el Derecho Comparado”, se exponen los diversos ordenamientos jurídicos internacionales asumidos por el Estado Salvadoreño, y por la comunidad internacional, destacando la regulación internacional Europa, y la Regulación Regional vinculada con El Salvador, y el Derecho Comparado, destacando los modelos de regulación, que se diferencian básicamente en el interés de protección de la corrupción privada.

En el capítulo tres, el cual es denominado como: “Efectos lesivos de la corrupción privada y teorías sobre la protección del Bien Jurídico”, en este capítulo se desarrolla, cada uno de los efectos que provoca la corrupción privada, los efectos económicos, el efecto en los consumidores, efecto en las

empresas, la lesividad que estas conductas generan en el orden socioeconómico, y las diversas teorías de protección de los bienes jurídicos, en el cual se desarrolla la toma de postura del presente trabajo.

Y por último el capítulo número cuatro, denominado: “Presupuestos básicos del tipo penal y propuesta de Lege Ferenda de la Corrupción en el Sector Privado”, en el cual a través de la doctrina se desarrolla cada uno de los presupuestos básicos, se delimita la conducta típica, el objeto material de la regulación normativa, los sujetos intervinientes, se ejemplifican casos prácticos, y por último se realiza una propuesta de lege ferenda, analizando los elementos objetivos y subjetivos que debería contener el tipo penal a introducir en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

ABREVIATURAS

Art. – Artículo.

C. Com. Código de Comercio.

Cn. – Constitución de la República de El Salvador.

CNUCC. – Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

CCIC -- Convención Interamericana contra la Corrupción

Ed. – Edición.

FGR – Fiscalía General de la República.

inc. – Inciso.

Inc. – Inconstitucionalidad.

OCDE. – Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

OEA – Organización de los Estados Americanos.

SC – Superintendencia de Competencia.

CAPÍTULO 1:

ASPECTOS GENERALES DE LA CORRUPCIÓN.

1. La corrupción.

1.1.1. Definición y elementos generales sobre la corrupción.

La corrupción, es un término complejo que puede ser desarrollado, definido, explicado, analizado desde muchos enfoques. Hay que empezar delimitando el concepto de corrupción, en la Revista de Economía Institucional, en su artículo “La Economía de la Corrupción y la Corrupción de la Economía”, se señala que la Corrupción proviene del adjetivo *corruptus*, que en latín significa estropeado, descompuesto o destruido.¹

En la doctrina, hay una diversidad de definiciones del término corrupción, que son propuestas por diferentes autores, pero que son dictadas en contextos diferentes. El autor Mark Philip², estableció que nadie ha logrado dar con una definición concisa y universalmente satisfactoria de la corrupción.

Primero tenemos al autor Nicolás Rodríguez, en su libro Corrupción y Desarrollo³, el cual hace alusión a diferentes conceptos. El primero de ellos tenemos que “La corrupción es un término general que comprende el mal uso de la autoridad derivado de consideraciones de beneficio personal que no necesariamente se traduce a ganancias monetarias”, esta definición fue realizada por el autor David H. Bayley. De igual forma tenemos a la corrupción

¹ Geoffrey Hodgson, Jiang Shuxia. “La Economía de La Corrupción y La Corrupción de La Economía.” *Revista de Economía Institucional* 10 (2008): 7. <http://www.scielo.org.co/pdf/rei/10n18/v10n18a3.pdf>.

² Mark Philip, “Defining Corruption: An Analysis of the Republican Tradition, Mesa redonda de investigación de la Asociación Internacional de Ciencias Políticas sobre financiación política y corrupción política”, Bellagio, Italia, 1987.

³ Nicolás Rodríguez, Fernando Rodríguez, “Corrupción y Desarrollo,” España, 2017, 24.

como “Abuso de poder por parte de los agentes públicos para obtener una ganancia personal”. Esta definición, fue propuesta por el autor Arvind K. Jain, y fue criticada, porque se enfocó en los agentes, que actúan en el sector público, argumentándose que el concepto debe extenderse también a las acciones de los agentes privados.

El autor Manuel Villoria expresa que la corrupción es uno de los problemas más importantes de las democracias contemporáneas, y que debe ser estudiado desde las diferentes ramas de la ciencia para comprender lo que engloba. Para el Derecho, la corrupción, sería “toda acción u omisión realizada por un acto público que incumpla las normas jurídicas y viole las obligaciones del cargo, con abuso de su posición y la finalidad de obtener beneficios privados personales o para un grupo del que forma parte el corrupto”⁴.

Para el autor, es considerada como un abuso de poder, con un beneficio directo o indirecto para el corrupto o de los grupos de que forma parte este con incumplimiento de normas jurídicas o de las normas éticas que una comunidad asume como válidas, y donde el actor corrupto siempre pone por delante el interés privado sobre el interés general⁵.

De La Sierra Casanova Moreno, en su tesis doctoral denominada “La Corrupción Política En Democracia y La Confianza”, sostiene que en la

⁴ Manuel Villoria, “Corrupción Pública.,” *Revista En Cultura de La Legalidad* 5 (2013): 159–67.

⁵ Ibid. Además el autor menciona que para la Fiscalía General del Estado (ESPAÑA), en su instructivo 1/96, considera corrupta: “aquellas acciones u omisiones, dolosas o culposas, que pudiendo ser constitutivas de una o varias infracciones delictivas, se realizan por autoridad o funcionario prevaliéndose de su cargo, ya sea con miras a un injusto enriquecimiento o a la obtención de cualquier otro fin, siempre que por su trascendencia, incidan directa y gravemente en el buen orden y gobierno de la colectividad, con grave desprestigio de sus instituciones”.

actualidad la corrupción se concibe como una enfermedad endémica que ha soportado y acompañado a todas las sociedades a lo largo de la historia⁶.

La corrupción supone un perjuicio grave para la economía y la sociedad en su conjunto, ya que es considerada en muchas ocasiones como un peculiar negocio jurídico, de carácter marcadamente patrimonial. Hay autores que, tanto en el ámbito público como el privado, entienden la corrupción como aquella “compraventa”, que tiene como fin el quebrantamiento de los deberes⁷.

La jurisprudencia señala que la corrupción a medida pasa el tiempo se ha vuelto un fenómeno que va evolucionando: tan es así que la corrupción en esta era se ha convertido en un fenómeno generalizado, contagioso e invencible, un problema en el que ha caído la sociedad actual, generalmente por la falta de valores, dada la precaria formación ética que ofrece el sistema educacional⁸.

Además, en dicha resolución se señala que a medida pasa el tiempo la corrupción, se ha vuelto un fenómeno que va evolucionando, la corrupción en esta era se ha convertido en un fenómeno generalizado, contagioso e invencible, un problema en el que ha caído la sociedad actual, generalmente por la falta de valores, dada la precaria formación ética que ofrece el sistema educacional⁹.

De conformidad a la información que se desprende del “Índice de Percepción

⁶ Maria De la Sierra, “La Corrupción Política En Democracia y La Confianza,” 2009, 26.

⁷ Fabían Caparrós Eduardo, Miguel Ontiveros Alonso, and Nicolás Rodríguez García, *EL Derecho Penal y La Política Criminal Frente a La Corrupción.*, Ubijus (México, 2012). 16.

⁸ Resolución de la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, con número de referencia INC-220-17, emitida a las once horas del veinticinco de septiembre de dos mil diecisiete.

⁹ Ibid.

de la Corrupción” que elabora Transparencia Internacional (TI)¹⁰, la región (incluyendo a El Salvador) se encuentra en la medianía de la tabla mundial en materia de corrupción. En un análisis detallado de los países del hemisferio, se hace evidente que, salvo algunas excepciones, la mayoría de los Estados americanos ocupan lugares preocupantes de los rankings internacionales en materia de corrupción¹¹.

Las Naciones Unidas, ha realizado investigaciones e informes correspondientes a este tema de la corrupción, en específico el “Informe preliminar de la Relatora Especial La corrupción y sus repercusiones en el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales” del cual establece que según a la información disponible, a partir de la década de los años noventa, cuando la agenda económica colocó a la internacionalización de los negocios en el centro del debate, surgió la necesidad de dar garantía a las empresas que podrían competir en forma eficiente a nivel local e internacional. A su vez, ese mismo modelo contenía las bases de fomento para la corrupción, pero ya no

¹⁰ Transparencia Internacional es un movimiento global que trabaja en más de 100 países para poner fin a la injusticia de la corrupción. Se enfocan en los problemas con mayor impacto en la vida de las personas, a través de la promoción, campañas e investigación, trabajan para exponer los sistemas y las redes que permiten que prospere la corrupción, exigiendo una mayor transparencia e integridad en todas las áreas de la vida pública. Su misión es detener la corrupción y promover la transparencia, la rendición de cuentas y la integridad en todos los niveles y en todos los sectores de la sociedad. El índice de Percepción de la Corrupción (IPC), es el ranking global de corrupción más utilizado en el mundo. Mide la percepción de corrupción del sector público de cada país, según expertos y empresarios.

El IPC es la principal medida de la corrupción en el sector público en todo el mundo. Debido a que combina muchas manifestaciones diferentes de corrupción en un indicador comparable a nivel mundial, brinda una imagen más completa de la situación en un país en particular que cada fuente tomada por separado. El proceso de cálculo del IPC se revisa periódicamente para garantizar que sea lo más sólido y coherente posible. <https://www.transparency.org/en/news/how-cpi-scores-are-calculated>. Visto el 18/08/2022 a las 22: 01

¹¹ Transparencia Internacional, Américas: El Debilitamiento de la Democracia y el auge del populismo, 29 de enero de 2019. Visto en <https://www.transparency.org/es/news/cpi-2018-regional-analysis-americas>.

solo a nivel nacional, sino que también internacional¹².

Así, la liberalización de los mercados, los procesos de privatización de empresas públicas y de servicios públicos, sentaban las bases para nuevas figuras ilícitas de actos de corrupción en la región.¹³ Se considera que ello generó como consecuencia que el debate sobre corrupción comenzara a tener presencia en la agenda pública y se considerara que la corrupción era un impedimento para el normal desenvolvimiento de los negocios en las Américas, y que en consecuencia, afectara significativamente el desarrollo. Por ello, se observa que quienes lideraron los primeros esfuerzos en materia de lucha contra la corrupción fueron instituciones económicas internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y, en la Región, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)¹⁴.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC)¹⁵, que fue celebrada del 9 al 11 de diciembre de 2003 y que es conocida comúnmente como Convención de Mérida, por haber sido firmada en Mérida, México, dicha Convención fue el inicio de una sistematización normativa para contrarrestar la corrupción como un problema social, económico y político en general para toda sociedad.

¹² Naciones Unidas, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Informe preliminar de la Relatora Especial La corrupción y sus repercusiones en el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, Sra. Christy Mbonu, visto en https://digitallibrary.un.org/record/552132/files/E_CN.4_Sub.2_2005_18-ES.pdf. A

¹³ Ibid.

¹⁴ Morris & Blake, "Corruption and Democracy in Latin America" Pitt Latin American Series, 2009. Visto en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos", diciembre 2019, 20.

¹⁵ La finalidad de dicha Convención es: 1) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; 2) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; 3) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Sólo cuando surge el fenómeno de la globalización, los autores comienzan a tomar conciencia de las dimensiones del problema de la corrupción privada. Dicho fenómeno constituye un proceso de interconexión financiera, económica, social, política y cultural, acelerado por la facilidad de las comunicaciones y especialmente por la incorporación institucional de tecnologías de información y comunicación¹⁶.

De lo anterior, se considera, que al estudiar esta serie de definiciones, se debe de hacer un estudio, completo, que no genere ninguna exclusión de agentes, porque como se ha verificado, la corrupción no solo se da entre agentes o funcionarios públicos, sino también entre cualquier agente particular, que realice un acto de infidelidad ante la empresa o cargo que ocupe.

1.1.2. Antecedentes históricos de la corrupción en la legislación salvadoreña.

En 1824 la Asamblea constituyente decreta la primera Constitución de El Salvador, dentro de la Federación Centroamericana, la cual en su artículo 53 se estableció lo siguiente: *“Por acción popular podrá intentarse la deposición de los Jueces magistrados notados de cohecho, soborno o prevaricación”*.

En la transición entre la independencia de Centroamérica y la creación de la Federación Centroamericana, en 1825 se creó el primer Código Penal¹⁷, el cual regulaba las prácticas corruptas realizadas por diversos funcionarios públicos, aunque la palabra corrupción como tal, no fue utilizado por los legisladores de esa época, para referirse a ese tipo de conductas torticeras.

¹⁶ María De la Sierra, “La Corrupción Política En Democracia y La Confianza.” 17

¹⁷ Isidro Menéndez, “Recopilación de Leyes del Salvador: Centro América. 1821-1855”. Luna, Plazuela del Sagrario, Guatemala, 1855. 55.
<https://play.google.com/books/reader?id=t04tAQAAMAAJ&pg=GBS.RA1-PA162&hl=es> 419

Luego tenemos la primer Constitución como República en 1841, el cual en su artículo 50, estableció: “*Los magistrados se hacen responsables por traición, venalidad, cohecho o soborno, falta grave en el ejercicio de sus funciones y por delitos comunes que merezcan penas más que correccional*”. Ambas constituciones relacionaban en sus demás articulados, que los funcionarios que fueren responsables de realizar este tipo de conductas, serían procesados por ejercer abuso en el ejercicio de su cargo. Las demás constituciones de El Salvador, desde 1864 hasta la actual de 1983, han venido estableciendo responsabilidad penal por diversas conductas a los funcionarios públicos.

En el Código Penal de 1859¹⁸, se estableció un capítulo denominado “*De los delitos de los Empleados Públicos en el Ejercicio de sus Cargos*”, el cual contenía una diversidad de conductas relacionadas a la corrupción de los funcionarios públicos, luego se promulgó el Código Penal de 1881, el cual nuevamente regulaba “*De los delitos de los Empleados Públicos en el Ejercicio de sus Cargos*”, de igual forma el código de 1904, hasta llegar al Código Penal de 1973, Arrieta Gallegos, en su libro El Nuevo Código Penal Salvadoreño, expone que se pretendió alcanzar una legislación independiente de toda influencia extranjera no aplicable a nuestro medio y que tuviera en cuenta las corrientes doctrinarias modernas únicamente en lo que pudieran adaptarse y ser de utilidad en nuestra realidad social, política y humana, con el fin de lograr una aplicación de justicia más eficaz¹⁹, además en este Código, se incorporó una diversidad de tipos penales, en relación a la corrupción de funcionarios y empleados públicos, y los delitos cometidos por particulares contra la administración pública.

¹⁸ Código Penal de 1859, Imprenta el Cometa, San Salvador, El Salvador, 1959, 44.

¹⁹ Manuel Arrieta Gallegos, “El Nuevo Código Penal Salvadoreño” (El Salvador), 1973, 4.

Además, se han venido realizando una serie de reformas, a través del decreto número 235, del dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho, en el Diario Oficial número 131, Tomo número 340, del 15 de julio de 1998²⁰, con este decreto se sustituyó el artículo 262 relativo a la responsabilidad de funcionarios y empleados públicos, en relación a los delitos relativos a la naturaleza y el medio ambiente.

En la mayoría de países la palabra corrupción, forma parte de un delito especial, en los ordenamientos jurídicos, tenemos por ejemplo en Italia que dentro de su Código Penal desde el artículo 318 y siguientes, se utiliza la palabra corrupción, para determinar una cierta conducta típica, denominándolo como *Corruzione*. El Código Penal Salvadoreño, no contempla un delito que tenga por denominación la palabra *corrupción*, como tal, lo cual no significa que la conducta denominada *corruzione*, en el ordenamiento italiano²¹, no se encuentre en el ordenamiento salvadoreño.

El Salvador, ha seguido la técnica legislativa del ordenamiento español, en el que creen que el término corrupción, es un término demasiado genérico para poder incorporarlo dentro del ordenamiento normativo, esto proviene de los ordenamientos que han sido empleados en Alemania e Inglaterra, en todos estos Códigos esta conducta que Italia de denomina *Corruzione*, ellos la denominan como *Cohecho*.

²⁰ Consultado en: <https://imprentanacional.gob.sv/servicios/archivo-digital-del-diario-oficial/>. Visto a las 19:25 del 29/08/2021.

²¹ Consultado en: https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-ii/capolo-ii/art318.html?utm_source=internal&utm_medium=link&utm_campaign=articolo&utm_content=nav_art_succ_top a las 23:25 del 29/08/2021.

Esta denominación ha sido incluida en el ordenamiento salvadoreño, desde 1825²² hasta la fecha, actualmente, en el Código Penal Salvadoreño, el término Corrupción, es utilizado para denominar un capítulo entero, que contiene delitos relativos a la Administración pública.

En el Código Español desde 1822 hasta el 2000, el término “corrupción” como tal para denominar o titular un delito, no se había utilizado, hasta que se introdujo el delito de “corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”, el doce de enero del dos mil, para implementar las obligaciones que había contraído el Estado Español en el Convenio de Lucha Contra la Corrupción de Agentes públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales²³.

La corrupción es tan antigua como la Humanidad. Sin embargo, a medida que ha ganado terreno en las sociedades democráticas, se ha valorado más la incidencia en las prerrogativas de la sociedad, sus efectos como fenómeno político, económico y como fenómeno social, ya que la corrupción de igual forma vulnera derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad.

1.1.4. La corrupción como fenómeno político.

La corrupción política es un atentado o transgresión de unas determinadas normas, principios y valores que se consideran importantes para la existencia y mantenimiento de un orden social justo y razonable²⁴, también es

²² Isidro Menéndez, “Recopilación de Leyes del Salvador: Centro América. 1821-1855”. Luna, Plazuela del Sagrario, Guatemala, 1855. 55. <https://play.google.com/books/reader?id=t04tAQAAMAAJ&pg=GBS.RA1-PA162&hl=es> 419

²³ De modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”, BOE de 12 de enero de 2000, No. 10, 1139.

²⁴ Nicolás López Calera, “Corrupción, Ética y Democracia nueva tesis sobre la Corrupción política”, visto en <http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/legislacion> (visto el día 25/09/2021 a las 22:45).

considerada como aquella que realizan las personas que ejercen un cargo de elección popular o que genera responsabilidad de esa índole. En los casos dudosos, la asignación de uno u otro carácter se define por su actor principal²⁵.

La corrupción incluye aquellas maneras de usar dinero para atender objetivos privados por medios políticos que son criminales o al menos ilegales²⁶. La doctrina establece como que son actos políticamente corruptos aquellos que reúnen las siguientes características:

- a) Un acto de corrupción implica la violación de un deber posicional. Quienes se corrompen, transgreden, activa o pasivamente, algunas de las reglas que rigen el cargo que ostentan o la función que cumplen²⁷.
- b) Para que exista un acto de corrupción política, debe haber un sistema normativo de carácter político que le sirva de referencia. La noción de corrupción es parasitaria de un sistema normativo²⁸.
- c) Un acto de corrupción política no siempre entraña una acción antijurídica. Que tal acto de corrupción sea legal o ilegal dependerá del tratamiento que el sistema jurídico les ofrezca a las reglas del sistema normativo²⁹.
- d) Los actos de corrupción política, o de otro tipo, están siempre vinculados a la expectativa de obtener un beneficio extra posicional.³⁰

²⁵ Luis Rodríguez Collao, "Delimitación del concepto penal de corrupción", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, no. 25 (2010): 52.

²⁶ Arnold J. Heidenheimer y Michael Johnston, *Political Corruption, Concepts and Contexts*, Arnold J. Heidenheimer y Michael Johnston, vol. Third Edition, 2002. 25.

²⁷ Jorge F. Malem Seña, "La Corrupción Política," 1997, 26–34. En <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174814.pdf> (visto en 29/09/2021 a las 20:38).

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ *Ibíd.*

De lo anterior se puede definir a los actos de corrupción política, como aquellos que constituyen una violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de una función de carácter político con el objeto de obtener un beneficio extra posicional, cualquiera que sea su naturaleza.

Hay autores que hacen mención a la antigua Grecia, a Platón y a Aristóteles, como el origen del estudio de la corrupción, y mencionan que estos se referían a la corrupción, como la degeneración de las formas de gobierno a consecuencia de la pérdida de la virtud del gobernante que, embriagado por el poder, pospone la utilidad común al interés propio³¹.

A la corrupción política, se le debe de realizar un análisis, pormenorizado de los efectos que produce, como primer punto, los efectos económicos, los cuales de una u otra forma merman el normal desarrollo económico de un país. El daño que se puede ocasionar, puede verse reflejada en sus bajos niveles de crecimiento económico.

El presidente de Transparencia Internacional, el Dr. Peter Eigen, dijo “La corrupción es la causa del subdesarrollo y pobreza; por su parte, la pobreza contribuye a extender la corrupción, ya que aquel que no puede cubrir sus necesidades básicas puede verse forzado a recurrir métodos menos honestos para su subsistencia. Por lo tanto, la corrupción es causa y consecuencia del

³¹ En la tesis doctoral de María de la Sierra, “la Corrupción política en la democracia y la confianza”, pág. 27, se menciona que Platón consideraba que por sólida que fuese la construcción de un gobierno, irremediamente acabaría degenerándose. Además, menciona que la mejor forma que puede adoptar un Estado es el gobierno de los mejor preparados, de los filósofos, el cual puede adoptar dos formas. Por su parte, Aristóteles concebía dos tipos de constituciones: las puras, que se realizan observando el interés general y practican rigurosamente la justicia y las impuras, las cuales están viciadas en su base pues sólo tienen en cuenta el interés personal y verdaderamente no son más que la degeneración de las buenas constituciones. Del mismo modo que establecía dos tipos de constituciones, también instituía dos formas de gobierno: los puros, monarquía, aristocracia y democracia o república y sus desviaciones o gobiernos corruptos: tiranía, oligarquía y demagogia.

subdesarrollo”³². Una concepción enfocada en relación a los efectos que produce la corrupción en la economía de un país, y su consecuencia primordial el subdesarrollo, que mina a un estancamiento social, del cual es difícil que un país logre salir.

La doctrina considera la corrupción política de dos formas, primero como la corrupción del sistema político o como la corrupción de los políticos, en donde se hace alusión en el bien esencial dañado y en el sistema político, lo cual consiste en la degradación de los fundamentos de los sistemas políticos legítimos.

La segunda como corrupción de los políticos, la cual es la violación del político en el ejercicio de las obligaciones que le son propias, con la finalidad de alcanzar una ganancia extra posicional en beneficio propio o de terceros³³, ésta última versión, no solo se queda en el ámbito personal, sino que también abarca un conjunto de elementos entre los cuales se encuentra el beneficio perseguido como las consecuencias derivadas de esas conductas.

La corrupción en la Administración Pública es el fenómeno por el que un funcionario público es impulsado a actuar en modo distinto de los estándares normativos del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa³⁴.

Una diversidad de concepciones, entre restrictivas a extensas, que enmarcan los elementos, los efectos, las causas, las consecuencias, los objetivos, y que

³² Peter Eigen: “La corrupción en los países desarrollados y en desarrollo. Un desafío de los '90' en Contribuciones N° 4/1995, Buenos Aires.10.

³³ De la Sierra, “La Corrupción Política En Democracia y La Confianza.”, 2009. 117.

³⁴ Adela Cortina, “El paradigma ético del Estado Contemporáneo, en la corrupción al descubierto”, Bogotá, 1994, 107.

buscan comprender en su conjunto este tipo de comportamientos en la sociedad.

1.1.5 La corrupción como fenómeno social.

La corrupción según la Sociología, es un conjunto de conductas, de aquellos abusos de poder para beneficio privado, que en el contexto histórico y social de cada país se considera como una conducta moralmente reprochable.

Desde la ética, se puede considerar que el sector público, es corrupto actuar poniendo por delante los bienes externos (el dinero o el poder, sobre todo), a los bienes internos de la profesión, (servir el interés general), “corrupto es abusar del cargo para beneficiarse privadamente, [...], es corrupto toda acción en la que el responsable público pone por delante el interés privado sobre el interés general, aunque no incumpla ninguna ley”³⁵.

Además, agrega el autor que, según Friedrich, la corrupción existe cuando un responsable de un puesto público, con unas funciones y atribuciones definidas, es, por medios monetarios o de otra naturaleza, inducido a traicionar sus deberes y a actuar favoreciendo a quien proporciona beneficio y por ello dañando al público y a sus intereses³⁶.

En el ámbito de las ciencias sociales, desde la perspectiva del funcionario público, se define como “el comportamiento de un funcionario público que se desvía de los deberes formales propios de su cargo, debido a una ganancia privada que puede estar relacionada con un mejoramiento del estatus, con bienes pecuniarios o personales (familiares o de círculos muy allegados); o

³⁵ Villoria, “Corrupción Pública.” 161.

³⁶ Ibid.

que viola normas que proscriben el ejercicio de cierto tipo de influencias de carácter privado³⁷.

Según Mario Olivera³⁸, la corrupción no se queda a nivel de Gobiernos, y áreas de poder visible, sino que está llegando a las organizaciones y colectividades sociales, instituciones tutelares de la sociedad, entidades empresariales y financieras, asociaciones de todo tipo, entidades educativas, clubes deportivos. Con lo que se advierte, que comúnmente la sociedad en general, enmarca la corrupción en el sector público, con los funcionarios públicos y terceros.

En el mismo sentido, la corrupción se puede definir, como “un atentado o transgresión de unas determinadas normas, principios y valores que se consideran importantes para la existencia y mantenimiento de un orden social justo y razonable”³⁹. La concepción de corrupción desde la moral, pregona la determinación de un sistema normativo, basado en principios y valores morales, que dependen según la cultura y el contexto histórico de cada sociedad como se mencionó en párrafos supra.

La autora María de la Sierra, expone que, para entender la corrupción desde el punto de vista social, se debe de plantear el relativismo moral, en el que se encuentra sumergida la sociedad actual. Esto implica que muchos consideran que estas conductas son reprochables a todas luces, dado que en un sistema democrático no existe ninguna causa justificativa creíble. Otros las perdonan

³⁷ De la Sierra, “La Corrupción Política En Democracia y La Confianza.” 27.

³⁸ Mario Olivera Prado, "Hacia una sociología de la corrupción," Revista Probidad, no. 16 (octubre-noviembre 2001): 9-10.

³⁹ Nicolás María López Calera, “Corrupción, Ética y Democracia”, en Francisco Javier Laporta San Miguel, Silvia Álvarez, “La Corrupción Política”, Alianza, (España), 1997, 120.

“por considerarla el precio de la eficacia” y otros, amparándose en el subjetivismo de valores existente, aplican la moral del camaleón⁴⁰.

Al respecto de lo anterior, se dice que las concepciones primarias de corrupción nos vinieron a dar, ciertos o tales parámetros, que debemos de seguir como sociedades modernas, líneas fijas de las virtudes que deben de tener los sujetos activos o pasivos en la corrupción, ante los intereses particulares que estos puedan tener. Son concepciones que intentan explicar el porqué del comportamiento humano, ante escenarios específicos, que a lo largo de la historia ha demostrado que no hay variabilidad en las circunstancias sociales que eviten estos tipos de comportamientos.

1.1.6 La corrupción como fenómeno económico.

Los economistas parten de un análisis que considera los costes y beneficios de la corrupción, pero plantean que ésta no sería ventajosa sino una traba al desarrollo por generar un alto coste a los ciudadanos y empresarios, a las personas en general.

La corrupción conduce a la ineficiencia económica y dilapidación debido a su efecto sobre la asignación de recursos, la producción y el consumo. Es improbable que las ganancias obtenidas gracias a los mecanismos de la corrupción se traduzcan en inversiones. El dinero obtenido de forma irregular, se utiliza en consumo ostentoso o se transfiere a cuentas bancarias del exterior. Estas transferencias constituyen un drenaje de capital para la economía doméstica. Además, la corrupción genera ineficiencia en la asignación de recursos cuando permite que el contratista con mayor habilidad para sobornar sea el adjudicatario de los contratos del gobierno.

⁴⁰ De la Sierra, “La Corrupción Política En Democracia y La Confianza.” 28.

Desde el punto de vista económico, la corrupción la realiza cualquiera que ocupa un cargo en el que tenga poder y privilegios, tendiente a abusar de ellos y a maximizar sus beneficios⁴¹.

Para los economistas, predomina un consenso diferente. En su artículo de revisión, Jain declara que “hay consenso en que la corrupción se refiere a actos en los que el poder del cargo público se usa para beneficio personal de una manera que contraviene las reglas del juego”. En otro importante artículo de revisión de una revista de economía, Aidt, escribe: “La corrupción es un acto en el que el poder de un cargo público se usa para beneficio personal de una manera que contraviene las reglas del juego”⁴².

Aunque estas reglas del juego, para muchos autores, son las causas que provocan la corrupción, en los países con una excesiva regulación de los mercados, señalándose que el origen de la corrupción es la incorrecta regulación de los mercados por parte del Estado. La excesiva regulación les permite a los funcionarios públicos capturar las cuasi rentas que se derivan de las restricciones impuestas por las regulaciones. Adicionalmente, la corrupción

⁴¹ Villoria, “Corrupción Pública.” 162.

⁴² Geoffrey Hodgson and Shuxia Jiang, “La Economía de La Corrupción y La Corrupción de La Economía,” *Revista de Economía Institucional* 10, no. 18 (2008): 7, <http://www.scielo.org.co/pdf/rei/10n18/v10n18a3.pdf>.

Estos dos artículos de revisión informan exactamente y aprueban la tendencia de la mayoría de los economistas a limitar su definición de corrupción a la esfera pública. En un artículo muy citado, titulado simplemente “Corrupción” Andréi Shleifer y Robert Vishny (1993, 599) restringen su atención a la corrupción del gobierno, y la definen como “la venta de propiedades del gobierno por funcionarios públicos para beneficio personal”. El influyente estudio de los efectos negativos de la corrupción sobre el crecimiento económico de Paolo Mauro (1995) usa sin calificativos la palabra “corrupción” en su título, pero en el texto sólo menciona la corrupción del gobierno. Así mismo, Daron Acemoglu y Thierry Verdier (2000) usan sin adjetivos la palabra, “corrupción” en su título, pero, en su análisis se limitan totalmente a la corrupción de funcionarios del gobierno. Igual que muchos otros, Daniel Treisman (2000, 399) define la corrupción como “el mal uso de cargos públicos para beneficio privado”. A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell (2001) restringen su estudio a la corrupción en el cumplimiento de la ley. Por definición o por defecto, muchos economistas limitan su atención a la corrupción en el sector público.

aparecería como una manera de esquivar los costos de los errores cometidos por el Estado al regular, bajo estas condiciones, la corrupción es positiva en la medida que permite que los mercados asignen de mejor modo los recursos⁴³.

El autor Osterfeld señala que en una economía demasiado regulada la corrupción toma dos formas. Corrupción expansiva (que incluye actividades para aumentar la flexibilidad y competitividad de la economía) y corrupción restrictiva (que limita las oportunidades de intercambio y beneficio social). Mientras la segunda es directamente causa de ineficiencias y distorsiones en la economía que reducen el bienestar, la primera sería positiva al “engrasar las ruedas” de la economía. Entre las prácticas identificadas por Osterfeld como ejemplos de corrupción expansiva se encuentra el soborno de jueces, políticos o burócratas por parte del sector privado⁴⁴.

Aparte de sus connotaciones éticas y sociales, desde un punto de vista económico cada acto de corrupción provoca un costo social en la medida en que las decisiones sean tomadas por funcionarios públicos de acuerdo a motivos ajenos a los legítimos, sin tomar en cuenta las consecuencias adversas que ellas tienen sobre la comunidad⁴⁵.

Cuando la corrupción es generalizada, ello significa una distorsión grave para el funcionamiento de una sociedad desde un punto de vista político, social y económico tanto en el corto como largo plazo. Los efectos son, evidentemente, demasiado numerosos, por ello, la corrupción debe ser tratada, como un problema transnacional pluriofensivo en el que están involucrados desde

⁴³ Raimundo Soto, “La Corrupción Desde Una Perspectiva Económica,” *Estudios Públicos* 89, (2003): 35.

⁴⁴ Osterfeld, D. *Prosperity Versus Planning: How Government Stifles Economic Growth*. Nueva York: Oxford University Press, 1992. *Ibid.* 36.

⁴⁵ *Ibid.* 42.

grupos de delincuencia organizada hasta gobiernos, pasando por compañías multinacionales⁴⁶.

La corrupción deteriora el ambiente de negocios en el cual actúa el sector privado, lo que deriva en la búsqueda de ganancias rápidas y excesivas en momentos de incertidumbre. En muchos casos, ha significado un aumento en los niveles de endeudamiento de los países, con su consiguiente mayor costo en el servicio del crédito, en la medida en que los beneficios de actividades corruptas han sido depositados en el extranjero⁴⁷.

La corrupción reduce el crecimiento económico al reducir los incentivos a la inversión. Este mecanismo opera en varias formas. Primero, los negocios hechos sobre la base de sobornos son más riesgosos que los proyectos legales porque no hay derechos de propiedad legales y por lo tanto la cartera de inversiones de la economía tiene mayores niveles de riesgo del óptimo.

Segundo, si los negocios se obtienen por conexiones o pagos ilegales, se desincentiva la entrada de potenciales empresarios a los mercados en particular, los inversionistas extranjeros. De hecho, la calidad de los potenciales entrantes se deteriora precisamente porque los únicos interesados son aquellos que tienen mayores habilidades para la corrupción y no los más eficientes. Tercero, los proyectos corruptos se convierten en competidores de, y frecuentemente desplazan a, los otros proyectos de inversión disponibles. En particular, las actividades se hacen relativamente más atractivas que los proyectos productivos que maduran más lentamente⁴⁸.

⁴⁶ Carlos Tablante and Mariela Morales Antoniazzi, *Impacto de La Corrupción En Los Derechos Humanos.*, Instituto de Estudios Constitucionales Del Estado de Querétaro, 2018. 210.

⁴⁷ *Ibíd.* 43

⁴⁸ *Ibíd.* 43.

Previo a desarrollar dogmáticamente la corrupción en el sector privado, es importante mencionar que la diferencia entre el tipo de corrupción pública y privada radica en los actores de cada una y sobre el perjuicio en el que recaen, por ello es esencial dejar bien en claro la diferencia entre una acción corrupta en el sector público y una en el sector privado.

1.2. La corrupción entre particulares.

Es importante distinguir entre aquellos autores que elaboran la definición partiendo de criterios y fines criminológicos y de Política Criminal⁴⁹, de aquellos que los hacen desde la perspectiva de la dogmática, específicamente desde el elemento de los bienes jurídicos protegidos, e incluso puede afirmarse que existe un tercer criterio, defendido por Jaén Vallejo, partiendo de los postulados de Jakobs y Bacigalupo⁵⁰, sosteniendo que de lo que se trata es de una “lesión de normas”, de las normas que integran el orden económico y social, en particular, en una sociedad de economía de mercado, según el modelo constitucional y comunitario europeo⁵¹.

⁴⁹ La Política criminal, consiste según Liszt Franz Von, como “el contenido sistemático de principios garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena, según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito por medio de la pena y de sus formas de ejecución” posteriormente la define como “Conjunto sistemático de principios según los cuales deben organizar el Estado y la sociedad la lucha contra el crimen”. El autor Alberto Binder, en su libro “Política Criminal”, la define como “El conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal hacia determinados objetivos”.

⁵⁰ Jakobs Gunther “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”, traducción de Manuel Cancio y Bernardo Feijóo, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, 25; «Los valores superiores del ordenamiento jurídico (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político), así como los llamados fundamentos del orden político, la paz social y los derechos fundamentales de ellos derivados, marcan los límites del legislador para la creación de normas penales». E. Bacigalupo, “Principios de Derecho Penal”, Madrid, 1997, 20.

⁵¹ Manuel Jaén Vallejo, “Nuevas conductas delictivas: Especial referencial al Derecho penal económico”, en: Reyna Alfaro, Luis Miguel (director). Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa, Ara, Lima, 2005, p. 187.

Entre las normas que integran el orden económico y social pueden mencionarse las siguientes: a) Las normas que reglan el juego económico, exigiendo el pago de los preceptivos tributos (delitos fiscales); b) las normas que reglan la ética económica; abarca todo aquello que aparezca como una forma de “corrupción económica”; c) También se ha sumado últimamente a esta categoría del Derecho penal económico, la “criminalidad a través de la empresa”, especialmente por su incidencia como escenario apropiado para la comisión de delitos con significación económica⁵².

Transparencia Internacional y el Banco Mundial definen la corrupción como el abuso de poder delegado para la obtención de beneficios privados.⁵³ Carlos Tablante y Mariela Morales Antoniazzi, expresan que este concepto puede ser aplicado tanto a los sectores públicos o privados, destacándose, en este último caso, la corrupción entre particulares, tipificada en diversos países, teniendo como principal bien jurídico protegido la competencia justa y leal entre empresas, una de las bases para el crecimiento económico de la nación.⁵⁴

El artículo 21 de la Convención de Mérida establece el Soborno en el sector privado:

“Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a 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,

⁵² *Ibíd.* 188.

⁵³ Alexandra Abboud, “Temas de la democracia: cómo combatir la corrupción”, E. *Jornal USA*, vol. 11, núm. 12, 2006, 1.

⁵⁴ Tablante and Antoniazzi, *Impacto de La Corrupción En Los Derechos Humanos*. 89.

faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar; b) La solicitud o aceptación, 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”.

En la Convención se enuncia como soborno en el sector privado, se enmarca que cada Estado participante, deberá de considerar la posibilidad de adoptar medidas para tipificar como delito esta conducta cuando se cometieren intencionalmente en las actividades económicas, financieras o comerciales, si bien es cierto, dicha disposición no establece una definición en sí de corrupción privada, pero enuncia los principales verbos rectores que rigen la conducta criminal, el primero es en relación a la acción de prometer⁵⁵, a una persona⁵⁶ con una posición dentro de una empresa, de un beneficio indebido, para su propio provecho o de otra persona, infringiendo sus funciones ya sea por acción u omisión. Y la segunda por la solicitud o aceptación, por una persona, con una posición dentro de una empresa de un beneficio indebido, para su propio provecho o de otra persona, infringiendo sus funciones ya sea por acción u omisión.

La corrupción privada o entre particulares, como se le denomina en la doctrina, es una conducta que ha tomado relevancia a inicios de este siglo, debido a la globalización en la comunidad internacional, que ha permitido exponerla como

⁵⁵ El diccionario de la Real Academia Española, define prometer como: “Obligarse a hacer, decir o dar algo”, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <https://dle.rae.es>. Esta acción de prometer, es el verbo rector, que realiza el sujeto activo.

⁵⁶ Determinado como el sujeto pasivo, que debe de dirigir una entidad del sector privado o que esta ejerza cualquier función dentro de dicha empresa. Si bien es cierto, es una condición específica que se exige, para ser sujeto dentro de la acción, no es de relevancia, debido a que cualquier persona puede ejercer una posición dentro de una empresa privada.

una regulación necesaria por diversas partes. Tenemos de parte de la doctrina, que los Estados Unidos de América tomó la iniciativa para implementar directrices y códigos de conducta de prevención de la corrupción, se creó el Código de Buenas Conductas; el Código de Buenas Prácticas de Transparencia Fiscal, y el Código sobre Buenas Prácticas en las Políticas Monetarias y Financieras.⁵⁷ Además de esto, también ha sido precursor sobre la criminalización de estas conductas en diferentes países y continentes, el cual se ha realizado través de instituciones internacionales, como el Fondo Monetario Internacional, u Organismos Internacionales y no gubernamentales como Transparencia Internacional, logrando con ello promulgar un texto normativo de carácter internacional, como se enunció en los párrafos supra.

La corrupción en el sector privado, según Fernando Carbajo Cascón es el fruto de comportamientos desviados por parte de los centros de poder y decisión de las empresas privadas (administradores y cargos directivos laborales, como los apoderados, gerentes, directores generales, [...])⁵⁸.

Tenemos el concepto que propone el autor Miguel Ángel Encina del Pozo, quien en su Tesis Doctoral⁵⁹, establece que es aquella que sucede en el seno de organizaciones comerciales o mercantiles. Del Pozo, expone que esta corrupción ocurre en dos materias diferentes. La primera es en relación a conductas y algunas prácticas de ámbitos de actividad determinados, como es el ámbito farmacéutico y sanitario. Y el segundo es en relación al delito de corrupción entre particulares y el delito de administración desleal, situaciones

⁵⁷ Ana Isabel Parés, "Delitos de Corrupción En Las Transacciones Comerciales Internacionales," 2017, 3, <https://eprints.ucm.es/41078/1/T38341.pdf>.

⁵⁸ Fernando Carbajo Cascón, "Corrupción en el sector privado (i) la corrupción privada y el derecho privado patrimonial", *Iustiti* No. 10, Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia, 2012, 286.

⁵⁹ Miguel Ángel Encinar del Pozo, "El Delito de Corrupción Entre Particulares Del Artículo 286 Bis Del Código Penal.," 2017, <http://eprints.ucm.es/40940/1/T38278.pdf>.

en las que el administrador recibe el pago indebido, pagos corruptos que el administrador de una sociedad realiza, para obtener ventajas competitivas.

1.2. 1. Aspectos esenciales.

Hasta hace poco, en la comunidad jurídica internacional, la corrupción en el sector privado, no existía, o más bien no era objeto de control, más que por razones dogmáticas, por razones políticas criminales, ante la necesidad de una regulación o más bien una prevención en general de las conductas realizadas en el marco de las relaciones llevadas a cabo exclusivamente en el sector privado, se han venido realizando diversos estudios, que enmarcan este tipo de conductas, en una serie de aspectos determinantes que logran identificar este comportamiento criminal.

En ese sentido, tenemos primero a) Corrupción activa en el sector privado. El artículo 7 de la Convención Penal sobre la Corrupción, del Consejo de Europa, hecha en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, regula la corrupción activa en el sector privado. El cual dice así: *“Cada parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se comete intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje 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 incumplimiento sus deberes”*.

La corrupción activa, lo que se exige, es que la acción sea cometida como sujeto activo, por una persona, por sí misma, o mediante un tercero. El sujeto activo puede ser cualquier persona con cualquier calidad, (administradores y

cargos directivos laborales, como los apoderados, gerentes, directores generales, empresarios en general).

Además, se menciona que, si el corruptor actúa por cuenta o en nombre de una empresa, ésta puede igualmente incurrir en responsabilidad en tanto que persona jurídica y sin que la responsabilidad de la empresa impida en modo alguno el ejercicio de las acciones penales contra la persona física⁶⁰.

La acción de *prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje cualquier calidad para una entidad del sector privado*. El acto de corrupción se centra en las ventajas indebidas, que por lógica deben ser económicas o financieras. En el Rapport explicatif de la Convención se señala que también este beneficio puede ser de carácter inmaterial. Y que esa mejora se vea ya sea en el corruptor o en un pariente, en el cual su posición haya mejorado desde la acción ventajosa.⁶¹

La conducta que se describe debe ser prometer, ofrecer u otorgar ventajas indebidas para sí o para un tercero, como se dijo en el párrafo supra, que puede ser para un pariente, a personas que dirigen o trabajan en una entidad del sector privado. Dicho informe, manifiesta que las tres acciones son similares. Prometer⁶² comprende, la conducta en la que el corruptor se compromete a dar en el futuro una ventaja indebida o cuando el corrupto o el corruptor acuerdan su entrega ulterior. El término ofrecer⁶³ engloba las situaciones en las que el corruptor manifiesta su disposición a entregar la

⁶⁰ Conseil De Europe, "Rapport Explicatif," 2009, 1–32.

⁶¹ Ibid.

⁶² Promesa: Oferta deliberada que una persona hace a otra de darle o hacerle una cosa. Promesa para delinquir: Todo estímulo monetario o de cualquier otra índole que se ofrezca seria y eficazmente para cometer un delito constituye circunstancia agravante para el autor que lo comete y para el inductor que formula la promesa. Manuel Ossorio, "Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales" 0329, no. 502 (n.d.).

⁶³ Ofrecer: proponer un acto o negocio. En especial, invitar a adquirir o a hacer, casi siempre contra alguna compensación. Ibid.

ventaja indebida en cualquier momento. Dar abarca situaciones en las que se produce efectivamente la entrega de la ventaja indebida⁶⁴. Básicamente la diferencia consiste en que cada acción descrita, se realiza en diferentes escenarios, la primera para un futuro ulterior, la segunda para un futuro inmediato y la última para el presente.

Estas acciones descritas en el párrafo supra, son dirigidas para un tercero, el sujeto pasivo que al igual que el sujeto activo, son administradores, cargos de directivos laborales, apoderados, gerentes, directores, empresarios en general.

En el sector privado que es principalmente a las sociedades, empresas, fundaciones o cualquier organización dirigida por particulares, que desarrollan una actividad comercial⁶⁵.

Infringiendo sus deberes la incriminación de la corrupción en el sector privado, tiene por objeto proteger la confianza y la lealtad imprescindibles para el desarrollo adecuado de las relaciones llevadas a cabo exclusivamente entre particulares. Estos deberes en el sector privado, generalmente y no es que casi siempre se encuentran establecidos en contratos o en reglamentos internos de las entidades privadas.

b) La corrupción pasiva en el sector privado. El artículo 7 de la Convención Penal sobre la Corrupción, del Consejo de Europa, hecha en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, regula la corrupción activa en el sector privado. *“Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de que una*

⁶⁴ Europe, “Rapport Explicatif.”

⁶⁵ Ibid.

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”.

a) El sujeto pasivo puede ser cualquier persona que posea un rol directivo dentro de una empresa, o entidad privada, aunque esta puede ser cualquier directivo, administrador, empleado incluso. La Decisión Marco⁶⁶ dice que puede ser cualquier persona que realice una función laboral para la empresa, sociedad, asociación, fundación u organización. Hay diversas opiniones acerca de lo anterior, en cuanto a la especificidad de establecer concretamente quienes son estas personas, debido a que la ley no puede tener estos vacíos por el principio de legalidad.

Además, la doctrina toma en cuenta a la persona jurídica, como un ente capaz de realizar este tipo de conductas ya sea como sujeto activo o como pasivo, debido a que cuando se menciona a la sociedad, fundación u organización, comprende ya personas jurídicas del tipo penal citado, en donde no se exige la intervención directa en el mercado como tal, sino actividades comerciales o estrictamente privadas⁶⁷, el cual se desarrollará más adelante.

Básicamente la corrupción pasiva⁶⁸, contiene los siguientes requisitos: a) La acción consiste en recibir, solicitar o aceptar un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados. Y ello por sí o por persona interpuesta. b) Que el objetivo de la acción lo sea con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja. c) Elemento normativo:

⁶⁶ Decisión Marco 2003/568/JAI, “relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado”

⁶⁷ Julián Sánchez Melgar, “La Corrupción En El Sector Privado,” *Revista Xurídica Galega*, 2010. 24

⁶⁸ *Ibid.*

incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. d) El carácter doloso de la acción.

Se dice que hay ciertos factores específicos que benefician la aparición y el crecimiento de la corrupción general. Sin embargo, Francisco J. Laporta señala que existe una triple condición formal o estructural, que es un caldo de cultivo más decisivo, al cual llama condición formal de la corrupción, formulada a partir de lo que se ha llamado la ecuación básica de la corrupción, ideada por Klitgaard, que también abarca la corrupción privada, la cual es la siguiente: Corrupción = Monopolio de la decisión pública(privada) + Discrecionalidad de la decisión pública(privada) – Responsabilidad (en el sentido de obligación de rendición de cuentas) de la decisión pública(privada). El individuo en cuestión debe de tener una motivación que le impulse al acto corrupto, que no es más que la conducta deshonesto del actor⁶⁹.

1.2.2. Características de la corrupción en el sector privado.

La iniciativa de la regulación de la corrupción privada, ha iniciado a través de la presión de organismos internacionales⁷⁰ e internos de algunos países⁷¹, esta conducta podría entenderse como el uso desviado del poder de decisión en el ámbito de las relaciones económicas entre⁷² particulares. La necesidad de regulación no está sobre la base de la lesividad de la conducta o en la necesidad subsidiaria de criminalizar, ya que no hay una claridad, en la

⁶⁹ Tadeo Eduardo Hübbe Contreras, "La Corrupción Ante Una Sociedad Globalizada," *Dike* 15 (2014).87.

⁷⁰ Convención Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa (1999), Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. (2003).

⁷¹ Muchos países como Alemania, Francia, Perú, España, castigan la corrupción privada a través de Leyes Especiales o agregando artículos a sus Códigos Penales. En Alemania en su artículo 299 ubicado en los delitos contra la competencia. En Perú en el artículo 241-A, ubicado en otros delitos económicos. En España en el artículo 286 bis, ubicado en los delitos relativos al mercado y a los consumidores.

⁷² Eduardo Fabián Caparrós, "Relaciones entre Blanqueo de capitales y corrupción." 2002, 104.

doctrina sobre el bien jurídico protegido u objeto de protección, tenemos el orden socioeconómico, la transparencia del mercado, el patrimonio privado, la libre competencia. Tenemos que el soborno de funcionarios extranjeros puede ser medio para facilitar un negocio entre empresas privadas de diferentes países⁷³.

El estudio del objeto de protección nos puede llevar a una discusión sobre el límite que existe, en cuanto a querer regular conductas meramente privadas, que pueden ser acuerdos que realicen los agentes particulares con el absoluto consentimiento de ambos, por eso es muy importante, determinar qué es lo que se pretende proteger, al tratar de incluir este tipo de conductas, en un ordenamiento jurídico. Los actos de corrupción en el sector privado representan una vulneración de los valores de lealtad y confianza necesarios para el mantenimiento y el desarrollo de las relaciones sociales y económicas.

La corrupción pública (tradicional) y privada (moderna) son dos caras de la misma moneda y comparten ciertas características, entre ellas, que este acto implica la infracción de un deber institucional, además violenta un marco normativo de referencia, también que esta acción está orientado a obtener un beneficios extra institucional de carácter económico o de cualquier otra naturaleza, que se realiza de forma reservada tanto en su ejecución y posterior resguardo de las ganancias ilícitas, las cuales serán sometidas a una estrategia de ocultamiento para que no sean en supervisión de los flujos de capitales⁷⁴.

⁷³ Carlos Manfroni, "Soborno transnacional", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, 36-37.

⁷⁴ Martínez Medero, David, "Ámbito de aplicación de la euroorden Líneas de Interpretación", "La orden de detención y entrega europea, editorial Cuencia, Castilla-La Mancha, España, 2006, 103.

1.2.3 Lesividad.

De acuerdo al principio de subsidiariedad, también denominado como “principio de intervención mínima” el Derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos y graves que los penales, ya que la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales.

En estrecha conexión con el principio de subsidiariedad se encuentra el llamado carácter fragmentario que exige que el Derecho penal no sancione todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Ello obliga a tomar todas las posibles medidas positivas de tipo jurídico o político-social, que ayuden a evitar los delitos sin tener que acudir al Derecho penal⁷⁵.

Terradillos Basoco, manifiesta que las nuevas formas de agresión a bienes jurídicos definidos, como la salud, exigen la identificación de otros, como el medio ambiente, relacionados con aquellos. Por lo tanto, considera, que no puede construirse el concepto de bien jurídico colectivo sin que en él sean identificables bienes jurídicos individuales, pero sólo en contadas ocasiones esa nueva entidad, por su abstracción, podrá ser un bien jurídico en sentido estricto; más bien constituye un marco de referencia o un conjunto de condiciones que aseguran la viabilidad de los bienes jurídicos individuales⁷⁶.

Doctrinariamente, la tesis mayoritaria considera que los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal económico son de naturaleza colectiva o supraindividual, cuyo paradigma es el orden económico; esto supone, como

⁷⁵ Diego Manuel Luzón Peña, *Derecho Penal, Parte General* (Buenos Aires., 2016). 83.

⁷⁶ Juan Terradillos Basoco, “Derecho Penal de la Empresa”, editorial Trotta, Madrid, (1995), 47.

sostiene Tiedemann, que para distinguir los delitos económicos pertenecientes al ámbito del Derecho penal económico de los del Derecho penal estrictamente patrimonial se hace prevalecer el bien jurídico colectivo o supraindividual⁷⁷.

Al respecto Martínez Buján Pérez, considera que la afectación, aún de modo mediato, a intereses socioeconómicos supraindividuales, será el presupuesto imprescindible, ya que en la esfera de los delitos socioeconómicos el bien jurídico técnicamente protegido podrá ser un bien de naturaleza individual o de naturaleza supraindividual, y dentro de esta segunda categoría, a su vez, puede tratarse de un bien jurídico social general o de un bien jurídico difuso. Quedando por lo tanto excluidos todos aquellos delitos patrimoniales clásicos que conceptualmente no incorporan de forma indefectible entre sus elementos básicos una afectación al orden económico⁷⁸.

El autor Sánchez Escobar, establece que la vinculación del Derecho penal económico hacia la tutela de bienes jurídicos supraindividuales ha sido objetada bajo la perspectiva de expansión del derecho penal, sobre todo cuando en la técnica de tipificación penal se recurre a la metodología de los delitos de peligro.

Además, expresa que en los actuales procesos económicos complejos han adquirido relevancia los llamados bienes jurídicos “intermedios”, es decir aquellos bienes que se sitúan entre los intereses del Estado y los de un agente económico individual. En ese sentido, mediante la protección de bienes jurídicos supraindividuales se tutelan, de manera intermedia, intereses o bienes jurídicos individuales; esto también justifica la intervención penal y no

⁷⁷ Klaus Tiedemann, “Lecciones de Derecho Penal Económico”, Editorial Olejnik, Chile, 2021, 32.

⁷⁸ Carlos Martínez-Buján Pérez, “Derecho Penal Económico parte General”, Tirant Lo Blanch, Valencia (1998), 94.

meramente administrativa, por la aptitud lesiva de los delitos económicos hacia otros intereses o bienes jurídicos⁷⁹.

Por lo tanto, una política criminal bien orientada debe partir de un objetivo claro: la necesidad de hacer frente a los elementos que le dan vida: su motivación desordenadamente lucrativa, el perfil psicológico característico de sus sujetos activos y la inadecuada percepción que tiene la sociedad de estos delitos a pesar de ser su más directa víctima⁸⁰. Asimismo, previo a la criminalización de conductas, debe demostrarse la conexión real entre el bien jurídico y el funcionamiento del sistema económico⁸¹.

Cancio Meliá, expone que el punto de partida del fenómeno expansivo, es a partir de la evolución político criminal actual, que se resume en dos fenómenos: el llamado “Derecho penal Simbólico” y el resurgir del “Punitivismo”⁸².

En cuanto al primero, este se refiere a aquellos fenómenos de neo criminalización o promulgación de normas penales meramente “simbólicas”, ya que se recurre al derecho penal como instrumento para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a no ser aplicadas; mientras que el segundo, consiste en utilizar procesos de criminalización “a la antigua usanza”, es decir la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación

⁷⁹ Adrián Nieto Martín, Carlos Sánchez Escobar, “Derecho Penal Económico, Textos de Apoyo 5”, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2009. 43.

⁸⁰ Leticia Jericó Ojer, “Utilización de información privilegiada en el ámbito del mercado de valores, en: Derecho penal de la empresa”, Universidad Pública de Navarra, 2002, 8.

⁸¹Ibid. 9.

⁸²Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá, “Derecho Penal del Enemigo”, Ed. Civitas, Madrid, (2003), 80. Consultado en: <http://vlex.com>, (visto el día 18 de enero de 2022 a las 21:35).

con toda decisión o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes⁸³.

La importancia de los bienes jurídicos afectados por la corrupción y el importante grado de lesividad que estas conductas tienen sobre los mismos, unidos a la insuficiencia de otros medios de control menos agresivos, hacen que hoy no se cuestione que el legislador deba recurrir a la utilización del Derecho Penal⁸⁴. La corrupción en los negocios ha dejado de ser un problema interno para los Estados, en la medida en que poco a poco ha adquirido importancia internacional, debido a la mundialización y al aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios⁸⁵.

Para ser eficaz la utilización de los delitos y las penas tiene que adecuarse a los nuevos perfiles que presenta la corrupción, sin olvidar también que debe estar presente todos los principios garantistas que limitan el *ius puniendi* estatal. La política criminal frente a comportamientos que, debido a su lesividad, son rechazados socialmente, no puede limitarse a la elaboración y aplicación de nuevos o viejos tipos penales. Son esenciales las medidas preventivas de carácter no penal.

Aunque el artículo 3 de nuestro Código Penal, contiene el Principio de Lesividad del Bien jurídico, el cual dice: *“No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal”*, haciendo alusión a *nullum crimen, sine*

⁸³Ibíd., 81-83.

⁸⁴ Ignacio Berdugo Gómez de la Torre and Nuria Matellanes Rodríguez, “Respuesta Penal Frente a La Corrupción y Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas,” *Revista General de Derecho Penal*, no. 20 (2013). 25.

⁸⁵ Considerando número 1 de la Decisión Marco 2003/568/JAI, “relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado”

iniuria, este principio impone un concepto de delito como afectación, actual o potencial, a un bien jurídico. La posibilidad a una prohibición penal se basa en una eventual lesión. Lo que debería ser penalmente prohibido es la creación de un riesgo para un bien jurídico determinado.

Los delitos de lesión, de resultado lesivo, y los de peligro, presentan un objeto jurídico de protección idéntico. Cuando no es necesario comprobar la puesta en peligro de una manifestación concreta del bien jurídico, el delito será de peligro abstracto. Lo que no implica que la conducta carezca de lesividad, que el peligro sea real y la conducta peligrosa, aunque no se requiera la constatación en el caso concreto de que lo que sea para un objeto individualizado⁸⁶.

Ferrajoli⁸⁷, dice que el principio de lesividad impone a la ciencia y a la práctica jurídica precisamente la carga de demostración. La idea del bien jurídico merecedor de tutela penal como bien empíricamente determinado remite a la idea de su lesión como comportamiento a la vez determinado, lo cual alude que la lesión de un bien así no puede provenir sino de un comportamiento, de un hecho que se encuentre en una relación de causalidad con tal lesión, la cual consiste en un daño o en un peligro materialmente identificable.

1.2.3.1 Lesividad directa.

La corrupción en el sector privado, genera un gasto en las operaciones que se realizan entre los empresarios, perjudicando en cierta forma, el normal desarrollo del orden socioeconómico y del mercado en general, ya que esos

⁸⁶ Ricardo Mata y Martín, “Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro”, Ed. Comadres, (Granada), 1997, 53:

⁸⁷ Luigi Ferrajoli, “Derecho y Razón”, Ed. Trotta, (Madrid), 1995, 467.

pagos que se realizan como sobornos, son como un impuesto oculto en dichas operaciones⁸⁸.

La corrupción tiene como efecto el cierre de mercados como consecuencia del sólido pacto corrupto ente sobornante y sobornado y también como consecuencia de que una vez que se ha producido el primer acto de corrupción los siguientes son subsecuentes del primero que consintió estas acciones.

En ocasiones, el coste irregular que implica el pago de sobornos constituye una inversión con la que los particulares y, en especial, los empresarios-eluden el pago de costes regulares, como los tributos. Cuando esto ocurre, las cuentas del Estado también se ven directamente perjudicadas, no ya por un mayor gasto, sino por un menor ingreso⁸⁹.

La Decisión Marco destaca en sus considerandos que la corrupción falsea la competencia leal, y compromete los principios de apertura y libertad de los mercados, distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido amenazando el correcto funcionamiento del mercado interior⁹⁰.

1.2.3.2 Lesividad inducida.

La corrupción representa un instrumento utilizado habitual y sistemáticamente por las empresas para conquistar el mercado. El Soborno puede constituir un

⁸⁸En la medida que haya diferentes grados de corrupción en los sectores de la economía, va a ir causando desviaciones arbitrarias en la asignación de recursos y con ello provocando un aumento en el costo final de la producción, lo que en gran medida se manifestará en el bolsillo de los consumidores.

⁸⁹ Eduardo Fabián Caparrós, "La Corrupcion de Agente Publico Extranjero e Internacional," 2003, <http://www.intercodex.com/libros/la-corrupcion-de-agente-publico-extranjero-e-internacional/9788484429258/>. 32.

⁹⁰Considerando número 9 de la Decisión Marco 2003/568/JAI, "relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado".

medio idóneo para determinar la decisión de quienes tienen la potestad para adjudicar la realización de operaciones en el mercado. Los competidores del mercado honestos, se ven apartados del juego, si no se adhieren a las reglas del sistema. Si la empresa quiere seguir en el mercado, se ve obligada a sobornar más y mejor que su oponente⁹¹.

La tendencia hacia la monopolización del mercado de los proveedores lesiona al Estado especialmente, si se encuentra en vía de desarrollo, dado que las posibilidades de captar riqueza sobre el sector privado son muy limitadas-, que ve cómo se reduce progresivamente su capacidad de elección, debiéndose conformar con los precios y calidades ofrecidos por el dominante. Pero también perjudica gravemente a los leales competidores, que son expulsados por efecto del soborno, así como a los consumidores y al conjunto de los contribuyentes⁹².

La inducción a la realización de este tipo de conducta hace que nos encontremos ante una de las situaciones clásicas de la fenomenología de la delincuencia económica: en un mercado de fuerte competencia, la deslealtad se produce cuando se han agotado las posibilidades legales de lucha. Quien primero delinque, presiona al resto a la comisión de nuevos hechos delictivos -efecto resaca-, convirtiéndose cada participante en el eje de una nueva resaca -efecto espiral⁹³.

Este efecto de especial contagio, se ve además facilitado porque el autor potencial es consciente del número enorme de delitos económicos y de los

⁹¹ Hübbe Contreras, "La Corrupción Ante Una Sociedad Globalizada." 142.

⁹² Fabián Caparrós, "La Corrupción de Agente Público Extranjero e Internacional." 33.

⁹³ El efecto de resaca o espiral. Cuando se han agotado las posibilidades legales de lucha en el mercado altamente competitivo, el que primero delinque presiona al resto de competidores a la comisión de nuevos hechos delictivos (resaca) y cada participante se convierte así en eje de una nueva resaca (espiral).

posibles daños que ocasiona, provocando la reacción cadena⁹⁴. Esta reacción cadena se produce cuando el delito económico causa graves daños materiales, los perjudicados se convierten en un primer eslabón de una cadena de víctimas porque hace transmitir de unos a otros las dificultades de pago⁹⁵, provocando así una inducción indeterminada de sujetos a realizar sobornos para poder obtener un lugar en la economía.

⁹⁴ FABIÁN CAPARRÓS, “La Corrupcion de Agente Publico Extranjero e Internacional.” 34.

⁹⁵ Gonzalo Rodriguez Mourullo, “Algunas Consideraciones Politico-Criminales Sobre Los Delitos Societarios,” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Marzo (1984): 677–92.

CAPÍTULO 2

ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL Y REGULACIÓN DEL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES EN AMÉRICA Y EUROPA.

2.1 Ordenamiento jurídico internacional.

- 1) El Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997.

El Convenio fue promovido por la OCDE, el diecisiete de diciembre mil novecientos noventa y siete, en la ciudad de París, Francia. La corrupción contemplada en este Convenio tiene lugar únicamente en la corrupción del sector público, no abordándose el sector privado, pero es una iniciativa de organización para combatir la corrupción llevada a cabo en las transacciones comerciales internacionales por agentes públicos.

La progresiva globalización ha puesto de urgencia en garantizar la lealtad en el marco de las transacciones internacionales y la necesidad de hacerlo de un modo internacional para evitar que las regulaciones nacionales restrictivas supusieran una desventaja competitiva de las propias empresas en el exterior, lo cual fue evidente en Estados Unidos, ya que en 1977 aprobaron una ley de prácticas corruptas en el exterior (Foreign Corrupt Practices Act)⁹⁶.

⁹⁶ En la década de los 70 del siglo pasado la corrupción pasó a formar parte de la discusión pública en los Estados Unidos, como consecuencia de numerosos escándalos que ponían en entredicho la actuación de las multinacionales norteamericanas en muchos países del mundo, donde de manera sistemática realizaban pagos ilícitos con el fin de recibir contratos públicos, cuando no intervenían directamente en la política nacional de otros países, financiando ilegalmente a los candidatos que mejor podían defender sus intereses. La corrupción en las relaciones económicas internacionales también estaba extendida en las compañías europeas, que incluso podían desgravarse fiscalmente las cantidades «invertidas» en sobornos. Años

La ley FCPA, surgió de una política legislativa con incidencia extraterritorial, que tiene dos bases principales sobre las cuales se erige la potestad jurisdiccional que otorga la ley FCPA: (a) Jurisdicción por nacionalidad, otorga jurisdicción en razón de la vinculación de la persona natural o jurídica con el ordenamiento jurídico de Estados Unidos y su registro solemne en las instituciones de dicho país; (b) Jurisdicción por territorio, reconoce jurisdicción cuando una persona natural o jurídica usa como fin, medio o instrumento al territorio de los Estados Unidos para realizar un acto de corrupción contraviniendo la Ley FCPA⁹⁷.

La promulgación de leyes con incidencia jurídica extraterritorial no es ajena al desarrollo doctrinario y jurisprudencial en el marco del derecho internacional público. En su respecto, observamos un amplio bagaje de estudios y casos concretos⁹⁸ sobre los cuales se han estimado criterios para valorar los

después, tras la caída del muro de Berlín, Estados Unidos eligió la OCDE, la organización, que agrupa los países con economías más desarrolladas, para globalizar su regulación. Norberto J. de la Mata Barranco et al., Derecho Penal Económico y de La Empresa, Derecho Penal Económico y de La Empresa, Dykinson (Madrid, 2018), 419-420.

⁹⁷ Víctor Cabezas, “La Ley FCPA, ¿un Caso de Jurisdicción Universal?,” *USFQ Law Review* 2 (2AD). 66.

⁹⁸ Siemens, AG y otros: En diciembre de 2008 la compañía de ingeniería, sistemas y tecnología con sede en Alemania fue protagonista en un caso de corrupción que le costó el pago de 1.6 mil millones de dólares. Este desembolso fue realizado tanto al Departamento de Justicia de los Estados Unidos como al Estado alemán –quien también inició diligencias judiciales en razón de los actos de corrupción en los que incidió Siemens-. La empresa alemana fue condenada por haber pagado sobornos en Argentina, Nigeria, China, Venezuela, Rusia y Vietnam. Los sobornos, en su mayoría, estaban destinados a la adjudicación de contratos de telecomunicaciones, redes eléctricas, equipos médicos, entre otros. Después de un largo litigio, en el cual se alegó la incompetencia y falta de jurisdicción de los Estados Unidos, en aplicación de la Ley FCPA, la Empresa alemana declaró culpable y aceptó el pago de USD 800 millones al Departamento de Justicia y a la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos. Estos organismos estadounidenses alegaron jurisdicción en razón de que Siemens posee altos ejecutivos de nacionalidad americana y cotiza en la Bolsa de Nueva York. De esta manera se configurarían los supuestos de sujeto a la ley FCPA por constituirse “terceros y agentes” –altos directivos de Siemens de nacionalidad estadounidense- y “de asuntos domésticos”-la empresa es sujeto al control de la Comisión de Bolsa y Valores al cotizar dentro del mercado bursátil de ese país.

escenarios en los cuales un Estado puede ejercer su potestad jurisdiccional con efectos jurídicos extraterritoriales⁹⁹.

Dicha ley fue enmendada posteriormente por la Omnibus Trade and Competitiveness Act de 1988, ya que dicha ley es ambigua y vaga en cuanto a su ámbito de aplicación, quienes pueden ser sujetos del ejercicio de la jurisdicción de Estados Unidos.

Por lo que, se cree que, por influencia de los Estados Unidos, la OCDE comienza a desplegar un conjunto de acciones dirigidas a establecer mecanismos de cooperación interestatal en la lucha contra la corrupción, abriendo camino al Derecho Internacional¹⁰⁰.

En relación a este Convenio y demás compromisos internacionales el 12 de enero de dos mil cinco, se reformó el Código Penal, introduciendo el delito de Soborno Transnacional en el artículo 335-A del Código Penal, teniendo como bien jurídico protegido el correcto funcionamiento de la administración pública y la competencia leal en el comercio internacional, siendo el sujeto activo el particular que actúa como dolo.

- 2) La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003 (CNUCC, o UNCAC por sus siglas en inglés).

Como principal impulsadora de esta Convención, tenemos a la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, por medio de resolución número 58/4 de fecha treinta y uno de octubre de dos mil tres, dictada en la Ciudad de Mérida, Yucatán, de los Estados Unidos Mexicanos, el cual lleva

⁹⁹ Cabezas, "La Ley FCPA, ¿un Caso de Jurisdicción Universal?" 71.

¹⁰⁰ José Luís de la Cuesta Arzamendi, "Iniciativas Internacionales Contra La Corrupción," Eguzkilore 17 (2003): 19.

como nombre Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción¹⁰¹, conocida comúnmente como Convención de Mérida, el cual en su capítulo III, regula la corrupción privada.

Esta Convención pretende abarcar el fenómeno de la corrupción en todos sus aspectos, tanto la corrupción en su sentido estricto, como en los delitos conexos o relativos a la corrupción en el sector privado, propiciando la intervención sin necesidad de esperar a que se produzcan daños directos a víctimas particulares o incluso al propio Estado. El objetivo principal es tratar de impulsar las políticas preventivas coordinadas, con participación social y con pleno respeto de los principios del Estado de Derecho, la adopción de normas y criterios claros, transparentes y homologados¹⁰².

Así, puede decirse que la Convención se ha construido sobre la base de cinco pilares, todos ellos juntos diseñados para dar eficacia a los objetivos centrales de la misma, que son: a) medidas de prevención de la corrupción; b) tipificación de conductas y aplicación de la Ley; c) cooperación internacional; d) recuperación de activos; e) asistencia técnica e intercambio de información¹⁰³.

El artículo 12 de esta Convención es el inicio de una regulación internacional, globalizada, que establece las directrices, en cuanto a la corrupción en el sector privado. Esta Convención de Naciones Unidas parte de una concepción amplia y multidisciplinar del fenómeno de la corrupción, teniendo muy presente que las consecuencias de la corrupción afectan no sólo al sector público sino también, y de manera muy importante, al sector privado, obstaculizando

¹⁰¹ Este instrumento internacional fue ratificado por la República de El Salvador mediante Decreto Legislativo N° 325 de fecha veinte de mayo de dos mil cuatro, y publicada en el Diario Oficial N°131, Tomo N° 364, del catorce de julio del dos mil cuatro.

¹⁰² José Luí de la Cuesta Arzamendi, "Iniciativas Internacionales Contra La Corrupción," 22.

¹⁰³ Sergio Berenguer Pascual, *El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios*, Boletín O (Madrid, 2020). 68.

sobremanera las transacciones comerciales, tecnológicas y financieras en el tráfico económico internacional¹⁰⁴.

Artículo 12. Sector privado *“Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su Derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas [...]”*¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Fernando Carbajo Cascón, “Corrupción En El Sector Privado,” *Revista Penal* 342 (2012). 297.

¹⁰⁵ 2. Las medidas que se adopten para alcanzar esos fines podrán consistir, entre otras cosas, en:

- a) Promover la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las entidades privadas pertinentes;
 - b) Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado;
 - c) Promover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de empresas;
 - d) Prevenir la utilización indebida de los procedimientos que regulan a las entidades privadas, incluidos los procedimientos relativos a la concesión de subsidios y licencias por las autoridades públicas para actividades comerciales;
 - e) Prevenir los conflictos de intereses imponiendo restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo;
 - f) Velar porque las empresas privadas, teniendo en cuenta su estructura y tamaño, dispongan de suficientes controles contables internos para ayudar a prevenir y detectar los actos de corrupción, y porque las cuentas y los estados financieros requeridos de esas empresas privadas estén sujetos a procedimientos apropiados de auditoría y certificación.
3. A fin de prevenir la corrupción, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus leyes y reglamentos internos relativos al mantenimiento de libros y registros, la divulgación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, para prohibir los siguientes actos realizados con el fin de cometer cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención:

Este artículo fue muy importante debido que fue el inicio para modificar esta perspectiva de la corrupción, ya que se tomó conciencia del papel protagónico que las empresas o actores privados puedan desempeñar en la corrupción¹⁰⁶.

Las empresas privadas suelen ser las que están en mejores condiciones de individualizar y detectar las irregularidades indicativas de comportamientos corruptos. A su vez, sucede a menudo que también son víctimas de las prácticas corruptas a las que recurren sus competidores para obtener ventajas desleales e ilícitas. Por ende, la cooperación entre el sector privado y los organismos encargados de hacer cumplir la ley actúa como factor preventivo y disuasivo de la comisión de actos de corrupción¹⁰⁷.

Esta disposición regula los códigos de conducta que puede realizar el sector privado, estos pueden ser ya sea formal o informal y elaborarse gracias a iniciativas del sector privado o, incluso, de una sola empresa. Pueden instaurarse con los auspicios del gobierno en consulta con el sector privado. Una importante función de ese tipo de código es mejorar la previsibilidad, dilucidar cuestiones y procedimientos y servir de orientación y apoyo a los

-
- a) El establecimiento de cuentas no registradas en libros;
 - b) La realización de operaciones no registradas en libros o mal consignadas; c) El registro de gastos inexistentes;
 - d) El asiento de gastos en los libros de contabilidad con indicación incorrecta de su objeto;
 - e) La utilización de documentos falsos; y
 - f) La destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley.
4. Cada Estado Parte denegará la deducción tributaria respecto de gastos que constituyan soborno, que es uno de los elementos constitutivos de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 15 y 16 de la presente Convención y, cuando proceda, respecto de otros gastos que hayan tenido por objeto promover un comportamiento corrupto”.

¹⁰⁶ Carlos Melgar ICEFI, *La Corrupción Sus Caminos e Impacto En La Sociedad y Una Agenda Para Enfrentarla En El Triangulo Norte Centroamericano*, ed. Isabel Aguilar Umaña (Guatemala, 2017). 115.

¹⁰⁷ Naciones Unidas, “Guía Técnica de La Convención de Las Naciones Unidas Contra La Corrupción” (Viena, 2012). https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_tecnica_corrupcion.pdf.

funcionarios privados en cuanto a cómo deben actuar frente a dilemas que se les plantean con frecuencia¹⁰⁸.

Los dos delitos dentro de la Convención¹⁰⁹, entran en la categoría de obligación de considerar la penalización, delito de tipificación no obligatoria para los Estados partes del Convenio. La Convención contra la Corrupción también introduce los conceptos de soborno activo y pasivo en el sector privado, una innovación importante con respecto a la Convención contra la Delincuencia Organizada u otros instrumentos internacionales. Es así que en el artículo 21 se destaca la importancia de exigir integridad y honestidad en las actividades económicas, financieras o comerciales¹¹⁰.

Y dice el Artículo 21. Soborno en el sector privado: *“Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a 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; b) La solicitud o aceptación, 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”.*

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Soborno Activo y Soborno pasivo.

¹¹⁰ Unidas, “Guía Técnica de La Convención de Las Naciones Unidas Contra La Corrupción.” 90.

https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_tecnica_corrupcion.pdf

Este artículo contiene los dos tipos de corrupción, tanto la activa como la pasiva. Los elementos requeridos de este delito son la promesa, el ofrecimiento o la concesión de algo a una persona que dirija una entidad del sector privado o trabaje en ella. El delito debe abarcar los casos en que lo que se ofrece, no es un regalo o algo tangible. Así pues, un beneficio indebido puede ser algo tangible o intangible, pecuniario o no pecuniario¹¹¹.

El beneficio indebido no tiene por qué darse inmediata o directamente a una persona que dirija una entidad del sector privado o trabaje en ella. Puede prometerse, ofrecerse o concederse directa o indirectamente. Puede tratarse de un regalo, una concesión u otro beneficio que se dé a alguna otra persona, como un familiar o una organización política. Tal vez algunas legislaciones nacionales contemplen la promesa y la oferta en disposiciones relativas a la tentativa de comisión de soborno¹¹².

El Artículo 22. De dicho Convenio, contiene también la Malversación o Peculado de bienes en el Sector Privado. *“Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo”*. El artículo 21, así como el 22, sobre malversación o peculado de bienes, tiene por objetivo contemplar conductas limitadas por completo al sector privado, en las que no hay ningún contacto con el sector público.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid.

De acuerdo a la Convención, las medidas señaladas permitirán la prevención, investigación y a la detección de delitos de corrupción en el sector privado, por lo que las agencias estatales de control, en especial las tributarias están obligadas a notificar a la fiscalía o a las instituciones que persiguen el delito, los indicios de practica fraudulentas que puedan ser constitutivas de ilícitos penales, para ser procesadas conforme a la ley de esta materia y así lograr sancionar a los culpables¹¹³.

2.1.1. Regulación Regional.

Convención Interamericana contra la Corrupción.

Esta Convención fue adoptada en Caracas, Venezuela, en fecha 29 de marzo de 1996, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en la Conferencia Especializada sobre el Proyecto de Convención Interamericana contra la Corrupción. Dicha Convención fue ratificada por El Salvador, mediante Decreto Legislativo No. 351 de fecha el 9 de julio de mil 1998, publicada en el Diario Oficial No. 150, Tomo 340, del 17 de agosto de 1998.

La Convención en principio, en su artículo VI¹¹⁴, establece los Actos de Corrupción en el sector público, y lo que para dicha convención se entenderá

¹¹³ Naciones Unidas, "Guía Técnica de La Convención de Las Naciones Unidas Contra La Corrupción," 2010, 65. https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_tecnica_corrupcion.pdf

¹¹⁴ 1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para

como corrupción. La Convención en este artículo en su apartado 1 no recoge el soborno en el ámbito privado, pero en el apartado número 2. Expresa “La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella”, lo cual, para muchos autores, deja la puerta entre abierta, para considerar regular este tipo de conductas, si así lo estimaran conveniente según sus políticas criminales.

Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica.

Dicho Tratado¹¹⁵ fue suscrito en San Pedro Sula, Honduras, el quince de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, por los gobiernos de las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, y Panamá.

El Tratado Marco en su artículo número cinco, establece lo siguiente: “*La corrupción, pública o privada, constituye una amenaza a la democracia y la seguridad de los habitantes y de los Estados de la región centroamericana. Las Partes se comprometen a realizar todos los esfuerzos para su erradicación en todos los niveles y modalidades. En este sentido, la reunión de los entes controladores del Estado de cada una de Las Partes, asesorará a la Comisión de Seguridad en el diseño, establecimiento e instrumentación de programas y*

otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo. [...]”

¹¹⁵ Tratado Marco de seguridad Democrática en Centroamérica. <http://teg.gob.sv/wp-content/uploads/2019/07/Tratado-Marco-de-Seguridad-Democrtica-en-Centromerica.pdf>. visto a las 19:58 de la fecha 07/02/2022.

proyectos regionales de modernización y armonización legislativa, investigación, educación y prevención de la corrupción”.

Este es el único instrumento a nivel regional, que existe acerca de la corrupción en el sector privado, y que debe de tomarse como una forma de iniciativa regional, para combatir la corrupción en sus diferentes modalidades, tanto en el sector público como en el sector privado, aunque desde su promulgación y ratificación, no se le ha dado seguimiento por ninguno de los Estados Partes, en las diferentes reuniones ordinarias de la Comisión de Seguridad de Centroamérica, que se han venido realizando a lo largo de los años desde su promulgación, ni se han realizado estudios o investigaciones sobre el tema de la corrupción privada.

Aunque en relación a su mención, hay que hacer una crítica, en cuanto a que, si bien es cierto, dicha disposición menciona la corrupción en el sector privado, pero no profundiza en cuando a una propuesta de tipo penal, o no define los sujetos activos o pasivos y los verbos rectores que debería tener un supuesto tipo penal.

2.1.2. Regulación Internacional Europea.

- 1) Convenio Penal sobre la Corrupción (número 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999.

Esta Convención penal, ha sido calificada como el “instrumento multilateral más ambicioso”¹¹⁶, ya que recoge un conjunto de medidas muy amplias, a desarrollar fundamentalmente por los Estados, en relación a los actos de corrupción en un sentido muy amplio, ocupándose del cohecho, el tráfico de influencias, el blanqueo de capitales, y hasta de infracciones de un carácter

¹¹⁶ *Ibíd.* 15

contable que pueda facilitar o favorecer el descontrol, fija la corrupción activa o pasiva relativa a funcionarios públicos nacionales o extranjeros, sino que también aborda la cuestión de la corrupción en el sector privado, exigiendo a los Estados su regulación¹¹⁷.

Artículo 7. Corrupción activa en el sector privado: *Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, 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.*

Artículo 8. Corrupción pasiva en el sector privado: *Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de 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.*

Sobre lo anterior, se puede decir que el referido Convenio tiene un alcance regional destinado a los miembros de la Unión Europea, en razón de lo anterior, la normativa citada debe ser incorporada en los Código Penales de los respectivos países del referido continente. De ahí que, deberá contener los

¹¹⁷ *Ibíd.*

elementos prohibitivos descritos, es decir, que una persona realice una acción dentro de la actividad mercantil, determinando los sujetos activos y pasivos, los verbos rectores, los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal¹¹⁸.

- 2) La Decisión marco 2003/568/JAI relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, adoptada en julio de 2003.

En el año 1998 la Unión Europea empezó a prestar atención al fenómeno de la corrupción en el sector privado, ya como un problema de carácter internacional, con la Acción Común 98/742/JAI de 22 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo. Esta Acción Común fue derogada, sin embargo, tras la aprobación de la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, del Consejo de la Unión Europea, que vino a renovar el compromiso comunitario¹¹⁹.

La Acción Común como en la Decisión Marco se destaca que la corrupción falsea la competencia leal y compromete los principios de apertura y libertad de los mercados, y distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido, amenazando el correcto funcionamiento del mercado interior.

El artículo primero de esta Decisión Marco dispone que “la expresión incumplimiento de las obligaciones se entenderá conforme al Derecho nacional”¹²⁰, aunque esta infracción deberá incluir como mínimo cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación

¹¹⁸ José Luis Díez Repolles, “La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, artículo corresponde a De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “La Criminalización de la Corrupción en el Sector Privado: ¿Asignatura Pendiente del Derecho Penal Español?, Madrid, España, 2002, 261.

¹¹⁹ Berenguer Pascual, *El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios*. 77.

¹²⁰ Eduardo Fabián Caparrós, Miguel Ontiveros Alonso, Nicolás Rodríguez García, “El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción”, 45.

legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad en el que opere la persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado¹²¹.

La citada Decisión Marco obligó a los Estados miembros a considerar los actos de corrupción activa y pasiva en el sector privado como constitutivos de infracción penal, al menos para los casos en que tales conductas impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación a la adquisición de bienes o servicios comerciales¹²².

El artículo 2.3 de la Decisión marco, deja abierta la posibilidad para aquellos Estados miembros que así lo deseen y declaren de limitar el ámbito de aplicación del delito 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 bien jurídico a protegerse es la lealtad competencial, sería legítima, siempre y cuando fuera oportunamente declarada, la postura de aquel Estado que considere delictivo tan sólo el pacto corrupto cuya finalidad sea la realización de un acto relacionado con la adquisición de bienes o de servicios comerciales contrario a leyes y reglamentos nacionales¹²³.

¹²¹ Berenguer Pascual, *El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios*. 83.

¹²² Parés, “Delitos de Corrupción En Las Transacciones Comerciales Internacionales.” 89.

¹²³ El informe de la Comisión Europea al Consejo Europeo basado en lo dispuesto en el artículo 9 de la Decisión marco (Documento COM(2007) 328 final), dispone que *“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”* y que, *“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”*. Con lo que a los Estados miembros se les presentan dos opciones, limitar la tipificación de la corrupción entre particulares a comportamientos que afecten a la *“lealtad de la competencia”*, o establecer una tipificación que tuviera presentes otros intereses. Finalmente, cabe observar que las mencionadas declaraciones (formuladas sólo por Alemania, Italia, Polonia y Austria) han tenido validez hasta el día 21 de julio de 2010. Eduardo

2.2 Regulación del delito de Corrupción Entre Particulares en América y Europa.

El abordaje de la corrupción en el sector privado plantea una cuestión previa: el bien jurídico a proteger, y es que sí determinadas conductas susceptibles de calificación como actos de corrupción en el sector privado son generalmente objeto de sanción por parte de los códigos penales de los Estados Americanos y Europeos, son extremadamente varios y heterogéneos¹²⁴.

Sin pretender realizar un estudio pormenorizado de cada una de las legislaciones europeas, en cuanto a la regulación de la corrupción en el sector privado se describirán, en líneas generales, cómo funcionan los sistemas de España, Alemania, Austria, Italia, Suecia, Francia, Chile y Perú desarrollándose en cada sistema un modelo característico. Tenemos como ejemplo el Reino Unido fue el primer territorio en que se castigó penalmente la corrupción entre particulares derivada del soborno, concretamente a partir de la Prevention of Corruption Act de 1906¹²⁵.

2.2.1 Regulación de la corrupción privada en España.

La incorporación del delito de corrupción entre particulares en España, se realiza mediante la reforma del artículo 286 bis, mediante la Ley Orgánica 5/2010, del veintidós de junio del año dos mil diez, en la Sección 4ª del Capítulo

Fabián Caparrós, Miguel Ontiveros Alonso, Nicolás Rodríguez García, "El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción", 46-47.

¹²⁴ Luigi Foffani, "La Corrupción En El Sector Privado: La Experiencia Italiana y Del Derecho Comparado," 2009. 63.

¹²⁵ Luego en la Bribery Act 2010 del Reino unido sanciona, en su artículo 1, supuestos de corrupción activa y pasiva derivada de sobornos con independencia de que el sujeto corrupto tenga o no la condición de autoridad o servidor público, siempre que tal ventaja se ofrezca para inducir a otra persona a desempeñar de forma impropia una función o actividad relevante o para recompensar a otra persona por haber llevado a cabo un desempeño impropio de una función o actividad. <https://vlex.es/vid/antisoborno-reino-unido-bribery-act-510943590>.

XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, estableciéndose como bien jurídico protegido la competencia justa y honesta¹²⁶.

Con la reforma que se hizo al artículo 286 bis, se incorpora en el Código Penal la novedosa Sección 4ª rubricada como «De la corrupción entre particulares», ubicada sistemáticamente dentro del Capítulo XI «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores», en el Título XIII de los «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico»¹²⁷, justificándose en los compromisos internacionales suscritos por dicho país, particularmente en el ámbito de la Unión Europea (Decisión Marco 2003/568/JAI)¹²⁸ relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, norma comunitaria emanada del Consejo Europeo que demanda a los Estados de la Unión Europea la sanción penal de estos comportamientos ilícitos¹²⁹.

Luego la Ley Orgánica N° 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, lleva a cabo una profunda modificación del paradigma de tipificación de la corrupción entre particulares en España. En primer término, altera la sistemática de la figura: la Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII pasa a denominarse “Delitos de corrupción en los negocios”¹³⁰ y alberga, junto a la

¹²⁶Isidoro Blanco Cordero, “Armonización En La UE de Los Delitos de Corrupción. Caso España”, *Periodismo De Marca* (European inklings, n.d.), 158. <http://irenecano.wordpress.com/2008/12/11/el-caso-de-benetton/>.

¹²⁷ La ubicación sistemática en el citado Capítulo XI se consideró adecuada por la doctrina; pero también se puso de manifiesto que, sin embargo, no se explicaba por qué el delito no había sido incluido en la Sección 3ª del Capítulo, junto con los delitos relativos al mercado y a los consumidores, dado que las prácticas, a las que el tipo penal se refería, repercutían básicamente en los precios de las mercancías y los servicios.

¹²⁸ Berenguer Pascual, *El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios*. 84.

¹²⁹ Javier Sánchez Bernal, “Estudio de La Sanción Penal de La Corrupción Entre Privados a Partir de Los Ejemplos de España y Chile,” *Revista de Ciencias Penales XLVII* (2021): 81.

¹³⁰ La nueva edición de 2015 elimina el elemento típico del “incumplimiento de obligaciones” que, recuérdese, debía caracterizar la actuación u omisión del sujeto corrupto que desempeña su labor en el seno de una empresa mercantil o sociedad, sustituyéndolo por la expresión de “favorecer indebidamente” a otro. Con ello, pareció ser intención del legislador enfocar la

corrupción entre particulares y la modalidad de fraude en el deporte¹³¹, la sanción penal de la corrupción en las relaciones económicas internacionales también conocida como corrupción transnacional o corrupción de servidor público extranjero que, hasta ese momento, había sido regulada entre los delitos contra la administración pública¹³².

En el año 2019 se da una segunda reforma, a través de la Ley Orgánica N° 1/2019, de 20 de febrero, por la que se reforma el Código Penal, con las directrices del Grupo de Estudios contra la Corrupción (Greco) considerando I de la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2019. Esta reforma consiste en el ámbito de aplicación del delito, incluyendo, como verbos rectores la modalidad de corrupción pasiva, basada en las diferentes propuestas internacionales¹³³.

corrupción privada desde los efectos ad extra, esto es, hacia el mercado, en detrimento de la ya explorada visión ad intra, que se centra en el vínculo de lealtad interna del subordinado hacia su empleador principal. Ibid. 85.

¹³¹ El Art. 218-A Pn., es una reforma que el legislador penal salvadoreño introdujo en el año de 2016, mediante Decreto Legislativo No. 313, del día 16 de marzo de 2016, publicado en el Diario Oficial No. 67, Tomo No. 411, del día 13 de abril de 2016.

¹³² Javier Sánchez Bernal, “Estudio de La Sanción Penal de La Corrupción Entre Privados a Partir de Los Ejemplos de España y Chile,” *Revista de Ciencias Penales* XLVII (2021): 119–37.

¹³³ El artículo 286 “*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. 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. 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. 4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva,*

El “*art. 286 quater*” establece supuestos agravados para los delitos de corrupción de los negocios. Pero lo hace a partir de una técnica legislativa poco frecuente hasta ahora en el Código Penal español, y que proviene del derecho alemán: la técnica de los ejemplos típicos. La primera fase de este precepto deja libertad al juez para qué considere que es un supuesto especialmente agravado, mientras que la segunda parte del artículo le indica una serie de supuestos que necesariamente deben considerarse agravados y que además le orientan acerca de cuándo puede considerar que existe un supuesto agravado¹³⁴.

El tipo penal exige además que la infracción de las obligaciones hacia el principal se produzca en un sector muy determinado: la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales. Los casos más claros y frecuentes de este delito se darán en relación a la adquisición de mercancías o productos, favorecer desleal o indebidamente al tercero, aun siendo desleal con el principal, no equivale necesariamente a que deba existir un perjuicio patrimonial para el principal. Existe delito, aunque el bien o el servicio sea el mejor del mercado y la empresa salga beneficiada con la compra¹³⁵.

2.2.2 Regulación de la Corrupción privada en Alemania.

En Alemania, la regulación de esta conducta, va orientada a la protección de la competencia entre las empresas. La utilización del derecho frente a la corrupción en el sector privado ha sido y es todavía objeto de un encendido

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, [...]”.

¹³⁴ Norberto J. de la Mata Barranco et al., Derecho Penal Económico y de La Empresa, Derecho Penal Económico y de La Empresa, Dykinson (Madrid, 2018), 443.

¹³⁵ *Ibíd.* 449.

debate doctrinal. Se expresa que la discusión inicia a finales del siglo XIX cuando en el marco de la ley de competencia desleal de 1896, además el delito de corrupción de empleados, fue incorporado en la ley en 1909¹³⁶.

A lo largo de los años al seguir siendo escasamente utilizado, el legislador el 13 de agosto de 1997, incorporó al párrafo 299¹³⁷ del Código Penal bajo la rúbrica “Corrupción activa y pasiva en el tráfico económico”¹³⁸, castigando con pena de tres años o multa al empleado o representante de una empresa que pretende, se deja prometer o acepta una ventaja para sí o para tercero a título de contraprestación para privilegiar deslealmente al corruptor o a un tercero en el intercambio de mercancías o de prestaciones profesionales.

En consecuencia, el corrupto no tiene que infringir sus obligaciones para con el empresario a efectos de la comisión de la conducta típica. Ello implica, a su vez, que en los casos de pago de comisiones (Rick backs) puede plantearse

¹³⁶ Eduardo Fabián Caparrós, Miguel Ontiveros Alonso, Nicolás Rodríguez García, “El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción”, 65, citando a M. Überhofen, Germany, en G. Heine - B. Huber - T. O. Rose, Private commercial loc. cit., 120-121.

¹³⁷ El § 299 del Código Penal: “*Quien como empleado o encargado de un establecimiento comercial exija, permita que le prometan o acepte en el tráfico comercial una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para que prefiera a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa*”. El párrafo dos añade que “*de igual manera será castigado quien en el tráfico comercial, con fines de competencia, ofrezca, prometa o conceda una ventaja en el tráfico comercial a un empleado o encargado de una empresa comercial para sí o para un tercero como contraprestación para que favorezca al que ofrece o a otro en la compra de mercancías o servicios de manera desleal*”. El § 300 contiene una agravante para los casos de particular gravedad, en los que, por ejemplo, se dan, ofrecen, prometen, exigen “*ventajas de cantidad relevante*” o en que el autor actúa profesionalmente o como miembro de una banda que se haya asociado para cometer continuamente hechos de esta índole. El § 301 dispone que el delito tipificado por el § 299 se persigue solamente tras la presentación de querrela. Según dispone la propia norma: “*El derecho a presentar la querrela según el inciso 1 la tienen aparte del lesionado todos los comerciantes, asociaciones y cámaras de comercio mencionados en el § 13 inciso 2, numeral 1, 2 y 4 de la Ley contra la Competencia Desleal (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)*”.

¹³⁸ Eduardo Fabián Caparrós, Miguel Ontiveros Alonso, Nicolás Rodríguez García, “El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción”. 65.

la existencia de concurso entre el delito de competencia desleal (corrupción privada, &299) y el de administración desleal (&266).

La nueva regulación además permite que este tipo de conductas sean perseguibles de oficio y no únicamente a través de una querrela. En 2002 se añade un párrafo al &299¹³⁹, que hace punibles los actos de corrupción privada en carácter internacional.

En Alemania este delito sanciona “el acuerdo entre dos sujetos” en el que ninguno de los dos, desempeña una función pública, y que tiene como finalidad que uno de los dos, a cambio de una ventaja, “favorezca”¹⁴⁰ de forma desleal, a otros en la adquisición de mercancía o servicios comerciales.

La doctrina alemana en general destaca que el objeto jurídico de la norma con el “interés general en la lealtad de competencia”, entendido como el “bien jurídico supraindividual referido a la entera colectividad”. Además, se expresa que el tipo penal está orientado a una dimensión externa a la empresa, pretendiendo tutelar los intereses de sujetos terceros con respecto a la relación agente-principal. La configuración del tipo sobre la relevancia penal de comportamientos consistentes en la “compra” de una futura y eventual actuación lesiva del bien jurídico supraindividual lealtad en la competencia, lleva a la creación de un delito de peligro abstracto, con las consecuencias dogmáticas y político-criminales. El bien jurídico entra en debate sobre el contenido de desleal¹⁴¹.

¹³⁹ Se añade “Los párrafos 1 y 2 también se aplican a las acciones en competencia extranjera”.

¹⁴⁰ Apoyar un intento, empresa u opinión. Dar o hacer un favor. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es>>.

¹⁴¹ Eduardo Fabián Caparrós, Miguel Ontiveros Alonso, Nicolás Rodríguez García, “El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción”. 65. La doctrina alemana, a este respecto, es dividida: algunos autores, sostienen que “desleal” es aquel comportamiento susceptible de poner en peligro la competencia leal (así parece M. Überhofen, Germany, loc. cit., p. 130).

La competencia es el bien jurídico tutelado no resulta relevante que el empresario del cual depende el destinatario del soborno conozca y consienta dicha situación, es decir, resultan igualmente punibles los supuestos de sobornos autorizados por el empresario, sin perjuicio de que éste último no pueda ser considerado sujeto activo de la corrupción privada pasiva, por no reunir las calidades exigidas en los tipos penales citados.

2.2.3 Regulación de la Corrupción privada en Austria e Italia.

Modelo patrimonialista: Austria e Italia. Austria vincula la corrupción privada a la deslealtad patrimonial entre mandatario y mandante¹⁴². El bien jurídico que se pretende proteger, es la lealtad del empleado respecto de su empleador, tratando de evitar que un empleado pueda verse influido en cuanto a sus decisiones por elementos o intereses diversos de los intereses de la empresa, de su empleador¹⁴³.

En el año 1987 se introdujo en el §153a öStGB, un tipo penal de corrupción privada pasiva, donde se castiga a quien teniendo un poder de disposición sobre un patrimonio ajeno o poder de obligar a otro, que derive de la ley, de un encargo de la autoridad o de un negocio jurídico, acepta y reciba para sí de

Vigente el actual tipo penal, sin embargo, parece también posible defender que desleal es todo aquel comportamiento que trae su motivación en el pago de un soborno; o, finalmente, tampoco parece incompatible con la *litera legis* afirmar que desleal es toda conducta que supone una violación de las obligaciones que el corrupto mantiene hacia su empleador: este último planteamiento incide inevitablemente sobre la reconstrucción del objeto jurídico de la norma, puesto que limita la punibilidad de conductas lesivas de la competencia leal a aquellas que también suponen una violación de los deberes del empleado hacia su empleador. Finalmente, la doctrina mayoritaria observa que, para definir lo que es desleal, es necesario apelar a la buena costumbre, debiéndose considerar todas las circunstancias del caso.

¹⁴² De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, La criminalización de la corrupción en el sector privado ¿asignatura pendiente del derecho penal español?, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Ed. Tecnos, Madrid, 2002: 274.

¹⁴³ Eduardo Fabián Caparrós, Miguel Ontiveros Alonso, Nicolás Rodríguez García, “El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción”. 234.

manera indebida una utilidad patrimonial no insignificante, con la pena de prisión hasta de un año.

El §153a öStGB¹⁴⁴, cuyo nomen iuris se traduce como “aceptación de ventajas indebidas de parte del representante” (Geschenkannahme durch machtaber), se contempla como una figura específica y atenuada del tipo de infidelidad (Untreue) -modalidad del delito de administración desleal- previsto en el §153 öStG, pero que a diferencia de ésta última, prevé como medio comisivo específico, que quien administra un patrimonio ajeno acepte o reciba un soborno sin conocimiento del empresario o principal, justificándose su menor penalidad en el hecho de que no requiere que se produzca un perjuicio económico efectivo al titular del patrimonio administrado, como si lo requiere la figura de infidelidad patrimonial de referencia¹⁴⁵.

El bien jurídico tutelado por el tipo sería el deber de fidelidad patrimonial que corresponde al empleado respecto al empresario, bien jurídico que queda comprendido dentro del deber de fidelidad contractual que pretende resguardar el primer modelo expuesto, por lo que este tercer modelo sería una subespecie que tendría un mayor grado de especificidad y, por ello, un ámbito de aplicación más restringido que aquel modelo¹⁴⁶.

En este modelo el conocimiento y aceptación del empresario respecto a la solicitud o aceptación del soborno por parte de su representante, determina que la conducta sea atípica, pues la esencia del ilícito lo constituiría el enriquecimiento ilícito del representante o administrador del patrimonio ajeno.

¹⁴⁴ ÖStGB, que se traduce en español a Código Penal.

¹⁴⁵ Juan Ignacio Rosas Oliva, “Cuadernos de Política Criminal Segunda Época Consideraciones Para,” *Dykinson S. L.* 99 (2009). 25.

¹⁴⁶ *Ibid.*

Italia al igual que Austria, por su parte sigue un modelo político criminal contradictorio en lo que atañe a la corrupción privada. Tradicionalmente en el ordenamiento italiano no había existido, ni en el Derecho Penal, ni en el Derecho civil, regulación en cuanto a la Corrupción en el sector privado. Se dice que hay excepciones que vienen representadas por unas pocas disposiciones penales, que se encuentran tanto en el Código como en la legislación especial¹⁴⁷.

En el año 2002 se introdujo al Codice Civile un nuevo art. 2.635, con el que se sancionó la conducta de los administradores, directores generales, síndicos, liquidadores y responsables de la revisión, que como consecuencia de la entrega o promesa de ventajas, cometan u omitan actos en violación de las obligaciones inherentes a su cargo, causando un perjuicio económico en la sociedad, contemplándose la pena de reclusión hasta tres años, al igual que para quién entrega o promete la ventaja indebida¹⁴⁸.

En la Ley comunitaria 2007, que inicia el procedimiento de trasposición de la Directiva 2003/568/GAI a la legislación italiana, y mediante el art. 29 de la ley

¹⁴⁷ Como ejemplo en la legislación especial: la "turbada libertad en los concursos de adjudicación": art. 353 CP20; o el "mercadeo de votos" en los procedimientos concursales: art. 233 de la Ley Concursal de 194221) o en el ámbito del ejercicio de algunas actividades económicas particulares: en especial la comercialización de productos farmacéuticos (el llamado delito de comparaggio: arts. 170 a 172 del Real Decreto 126522, de 27 de julio de 1934) y la actividad deportiva profesional o amatellf ("fraude en competiciones deportivas": art. 1 de la Ley 40123, de 13 de diciembre de 1989); o, por último, en el ámbito de algunas importantes actividades de control de naturaleza privada (la dación de "compensaciones ilegales" a administradores, socios y dependientes de sociedades de auditoría: art. 178 del Decreto Legislativo 58, de 24 febrero 1998). Y de carácter general extraídas del ámbito de los delitos contra el patrimonio (estafa y apropiación indebida: arts. 640 y 646 CP24) y de protección de la competencia ("turbada libertad de industria o comercio": art. 513 CP25), además de las disposiciones penales de protección del secreto profesional, societario, científico o industrial (arts. 622 y 623 CP26) y del delito de extorsión (art. 629 CP). En Foffani, "La Corrupción En El Sector Privado: La Experiencia Italiana y Del Derecho Comparado." 64 y 65.

¹⁴⁸ De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, La criminalización de la corrupción en el sector privado ¿asignatura pendiente del derecho penal español?, 275.

28 de Febrero de 2008, n. 34, se delega al gobierno la tarea de introducir en el Código Penale, en un nuevo art. 373 ter, un específico “reato di corruzione privata”, en el que se sancionaría con pena de reclusión de uno a cinco años la conducta de *“quien, en el ámbito de una actividad profesional, intencionalmente solicita o recibe, para sí o para un tercero, directamente o mediante un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o acepta la promesa de tal ventaja, en el cumplimiento de funciones directivas o laborales no meramente ejecutivas pero a cuenta de una entidad del sector privado, para ejecutar u omitir un acto, en violación de un deber, siempre que tal conducta comportara o pudiese comportar una distorsión de la competencia en la adquisición de bienes o servicios comerciales, como así mismo a quien, intencionalmente, directamente o mediante un intermediario, da, ofrece o promete una ventaja indebida en los términos antes expuestos”*.

En esta postura se afirma que el patrimonio del empresario donde tiene lugar el acto corrupto, es el bien jurídico protegido. El autor Rubén Herrero Giménez, en su tesis doctoral, cuestiona el hecho de ¿Cómo puede verse lesionado el patrimonio? Y expone de manera ejemplificativa que en el caso de que se agraven los costes de producción en el seno de la empresa en la que tenga lugar la corrupción, aumentan consecuentemente los costes finales de los bienes y/o servicios. Así, a su vez, esto propicia que los consumidores y/o usuarios, no le compren a esta empresa sino a la competencia, al resultar los productos o servicios más baratos; es aquí, por lo tanto, donde se lesiona el patrimonio de la empresa en la que tiene lugar la corrupción, puesto que nos encontramos con un daño emergente y un lucro cesante¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Rubén Herrero Giménez, “El Tipo de Injusto En El Delito de Corrupción Entre Particulares.” (Universidad Complutense de Madrid, 2018), <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis35.pdf>.

2.2.4 Regulación de la Corrupción privada en Suecia.

Modelo omnicomprensivo. Suecia desde 1978, se tipifica el delito de cohecho, como delito común, aplicable a sujetos públicos y privados, como consecuencia de la creciente privatización de empresas públicas, por lo que se consideraría que ya no existe diferencia ontológica entre ambos tipos de corrupción¹⁵⁰. La unificación de la tipificación del sector privado como el público, tiene su sentido lógico enfocando el desvalor de la conducta en el perjuicio patrimonial que recae sobre los usuarios o consumidores por las ineficiencias producidas por la corrupción.

El problema de la corrupción para los suecos, es una idea omnicomprensiva de la corrupción, en la que ya no tiene sentido la tradicional demarcación entre lo público y lo privado, y en la que se afirma que la corrupción podría verse como un tipo penal común, que pueda prescindir de cualquier calificación subjetiva del autor¹⁵¹.

El modelo sueco solo se entiende, si se tiene presente que la amplia extensión y prestigio que tiene el sector público en Suecia, lo que ha determinado que empresas privadas hayan adoptados formas de gestión pública¹⁵².

2.2.5 Regulación de la Corrupción privada en Francia.

La regulación francesa protege el deber de fidelidad del trabajador. Francia, hasta 2005, incriminaba la corrupción de empleados en el marco de las relaciones laborales protegiendo el deber de fidelidad del trabajador respecto

¹⁵⁰ Pilar Otero González, "Corrupción Entre Particulares," Revista en Cultura de la Legalidad. 3 (2013): 178.

¹⁵¹ Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín (coord.), "Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude", Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, 388.

¹⁵² Adán Nieto Martín, "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento jurídico español a la luz del derecho comparado" en Revista penal, N° 10, La Ley, (2002), 57.

del empresario. Por tanto, se desvincula actualmente del ámbito iuslaboralista, no obstante, tiene que realizarse incumpliendo las obligaciones legales, contractuales o profesionales y con un ámbito de aplicación muy amplio pues no se limita al contorno estrictamente comercial¹⁵³.

En términos generales, este modelo de incriminación de la corrupción privada viene caracterizado por abordar dicho fenómeno criminal desde una aproximación jurídico-laboral, por cuanto el núcleo del injusto se concentra en la infracción del deber de fidelidad contractual, presupuesto de la relación profesional que une al empleado y al empleador. En este sentido, esta postura se sustenta sobre la base de un elemento del tipo: la infracción de las obligaciones de quien ejerce funciones directivas y laborales en la empresa. La conducta de corrupción privada, de esta forma, haría hincapié en las denominadas deslealtades internas de los sujetos corruptos respecto de la organización a la que pertenecen, frente a las deslealtades externas, que viciarían la competencia entre los competidores¹⁵⁴.

En dicho país, aunque la corrupción privada se encontraba tipificada originariamente en su Código Laboral, se transpuso la Decisión Marco 2003/568/JAI mediante la Ley nº 2005-750 de 4 de julio de 2005, introduciéndose así en el Código Penal francés (artículos 445-1 a 445-4¹⁵⁵),

¹⁵³ Pilar Otero González, "Corrupción Entre Particulares," Revista en Cultura de la Legalidad. 3 (2013): 178.

¹⁵⁴ Sergio Berenguer, "La Integración Europea En La Lucha Contra La Corrupción Privada En Torno a La Cuestión Del Interés Jurídico Penalmente Protegido," Revista de Estudios Europeos 71, no. 4 (2018): 48–58, <https://bit.ly/3igbtJe>. 53.

¹⁵⁵ Sección 1: Corrupción activa y pasiva de personas que no ejercen una función pública. Artículo 445-1: "Con la pena de cinco años de prisión y multa de 500.000 euros, cuya cuantía podrá ser aumentada hasta el doble del producto de la infracción, es el acto, por cualquiera, de proponer, sin derecho, en cualquier momento, directa o indirectamente, a la persona que, sin ser depositario de la autoridad pública, ni encargado de una misión de servicio público, ni investido de un cargo público electivo, ejerce, en el marco de una actividad profesional o social, una función de dirección o trabajo para una persona natural o persona jurídica o para cualquier organización, ofertas, promesas, dádivas, presentes o ventajas de cualquier clase, para sí o para otros, para que realice o se abstenga de realizar, o porque haya realizado o se haya

un nuevo Capítulo V, relativo al delito de corrupción de personas que no ejercen una función pública (*corruption des personnes n'exerçant pas une fonction publique*)¹⁵⁶.

Este tipo penal parece configurarse como un delito público, pues no requiere una denuncia previa para su perseguibilidad y se encuentra comprendido en el Título IV relativo a los atentados contra la fe pública, el cual se encuentra a su vez dentro del Libro Cuarto, referido a los delitos contra la nación, el Estado y la paz pública¹⁵⁷.

El delito de corrupción privada francés, al igual que en la Decisión Marco 2003/568/JAI, se exige que la conducta de soborno comercial, sea la acción u omisión de un acto empresarial, que se produzca en violación de las obligaciones legales, contractuales o profesionales de los sujetos activos del delito (*en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles*). Pese a las posteriores reformas del delito producidas en Francia en los años 2007 (Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007), 2011 (Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011), 2013 (Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013) y 2017 (Loi n° 2017-261 du 1er mars 2017), este componente típico no ha

abstenido de realizar un acto de su actividad o función o facilitado por su actividad o función, en violación de sus obligaciones legales, contractuales o profesionales.

Las mismas penas se aplican al hecho, por cualquiera, de enajenar a una de las personas a que se refiere el primer párrafo que solicite, sin derecho, en cualquier tiempo, directa o indirectamente, ofertas, promesas, dádivas, presentes o ventajas de cualquier clase, para para sí o para otros, realizar o haber realizado, abstenerse o haberse abstenido de realizar un acto a que se refiere el citado párrafo, en violación de sus obligaciones legales, contractuales o profesionales”.

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149858/#LEGISCTA000006149858 (visto el 05/02/2022 a las 22:25).

¹⁵⁶ *Ibíd.* 54.

¹⁵⁷ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149858/#LEGISCTA000006149858 visto 05/02/2022 a las 22:30.

variado, de modo que el modelo francés se muestra fiel a la descripción del delito efectuada en la citada Decisión Marco.

2.2.6 Regulación de la corrupción privada en Chile.

Mediante la ley 21.121 que modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción. Este cuerpo normativo, en el numeral 19) de su artículo 1º, ordena intercalar, dentro del Título VI del Libro Segundo del Código Penal, un párrafo §7º bis, bajo la denominación “De la corrupción entre particulares” integrado por los artículos 287 bis y 287 ter³⁷, creados ex novo, con la siguiente redacción¹⁵⁸:

“Artículo 287 bis. - El empleado o mandatario que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para favorecer o por haber favorecido en el ejercicio de sus labores la contratación con un oferente sobre otro será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio y multa del tanto al duplo del beneficio solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales.

Artículo 287 ter. - El que diere, ofreciere o consintiere en dar a un empleado o mandatario un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para que favorezca o por haber favorecido la contratación con un oferente por sobre otro será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio dado u ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido. Además, se le sancionará con las penas de multa señaladas en el artículo precedente”.

¹⁵⁸ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1125600> Visto a las 15:48 del día 26/02/2022.

Según el autor Sánchez Bernal, el tipo penal chileno parece reforzar la idea de que solo podrán ser objeto de soborno aquellos sujetos que se encuentran subordinados a un empresario principal. Esta interpretación parece la más acorde a la redacción finalmente aprobada e incorporada al Código Penal chileno, si bien debe hacerse notar que, en el Proyecto de Ley que modifica el Código Penal en lo relativo a los delitos de cohecho y soborno, aumentando las penas, se tipifican los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal, y en la ley N° 20.393 (boletín N° 10.739-07) se optaba por entender incluidos, dentro del círculo de sujetos activos, al “director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad”, elenco mucho más concreto que el finalmente recogido en los artículos 287 bis y ter del Código Penal¹⁵⁹.

Además, expresa que las conductas típicas se concretan en “solicitar” o “aceptar recibir” un beneficio económico o de otra naturaleza. Encontrándose ante un delito de mera actividad y de peligro abstracto, cuya consumación solo se requiere la realización de cualquiera de las conductas descritas: desde la solicitud hasta la efectiva recepción del beneficio. Parece evidente que, aunque el precepto no lo recoge expresamente, el beneficio será indebido, por cuanto se ha solicitado, aceptado o recibido en el contexto de un pacto de corrupción. Al igual que sucede en la regulación española, el beneficio solicitado, aceptado o recibido puede beneficiar al empleado o mandatario o a un tercero¹⁶⁰.

Se entiende que en Chile el bien jurídico protegido se cifra en la competencia en el mercado, habremos de afirmar también que la intervención penal solo estará legitimada cuando se constate la insuficiencia o ineficacia de otros

¹⁵⁹ Bernal, “Estudio de La Sanción Penal de La Corrupción Entre Privados a Partir de Los Ejemplos de España y Chile.”20.

¹⁶⁰ Ibid.

instrumentos jurídicos de protección, entre ellos la citada Ley sobre competencia desleal. No obstante, en el proyecto de ley anteriormente citado se expresaba la posibilidad de que el bien jurídico en el delito chileno no fuese ni la libre ni la leal competencia, sino el orden público económico¹⁶¹.

2.2.7 Regulación de la Corrupción privada en Panamá.

El artículo 253 del Código Penal Panameño regula el soborno privado de la siguiente manera: *“Quien, de manera directa o indirecta prometa, ofrezca, conceda, solicite o acepte a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en esta, 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, será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión o su equivalente en días-multa o trabajo comunitario”*.

La República de Panamá integró esta disposición su repertorio de delitos a través de la Ley 14 de 18 de mayo de 2007, entrando en vigencia a partir del día 22 de mayo de 2008, en razón a las recomendaciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la cual fue ratificada por Panamá mediante la Ley 15 de 10 de mayo de 2005¹⁶². Aunque el artículo se encuentra dentro de los delitos financieros, su aplicación no se centra únicamente en los entes regulados, sino que es extensible a todas las empresas, al considerarse que la corrupción en éstas, afecta su situación financiera y por ende el buen desenvolvimiento de los negocios.

La regulación panameña establece el soborno en el sector privado, tal cual como lo hace la propuesta de la Convención de las Naciones Unidas contra la

¹⁶¹ *Ibíd.* 21.

¹⁶² https://www.prensa.com/imprensa/opinion/Soborno-sector-privado_0_2297770358.html visto a las 21:06 del día 25/02/2022.

Corrupción, esbozando un articulado sencillo, con los principales presupuestos del tipo penal, sin entrar en más detalles sobre las conductas que realizan los agentes particulares en las diversas actividades económicas o financieras. Es por ello, que desde la fecha que entró en vigencia ha sido poco o nula su aplicabilidad.

2.3. Análisis de los sistemas normativos de las teorías de protección de la corrupción entre particulares.

Luego de haber descrito cada uno de los sistemas normativos de diferentes países, es importante señalar, las teorías de protección a diferentes bienes jurídicos que nos proporciona cada sistema, y que se originan de acuerdo a los intereses y necesidades de cada sociedad. Es importante analizar cada sistema, en razón de determinar los factores comunes y diferentes que puedan ser relevantes para una posible regulación en El Salvador.

Además de ello, también contamos con los diferentes compromisos internacionales que ha suscrito El Salvador como Estado Parte, para combatir cualquier tipo de corrupción, que afecte el normal desarrollo del orden económico en general. Aunque de manera regional solo contemos con la convención interamericana, que solo se refiere en específico a la corrupción en el sector público, es un inicio, para regular cualquier tipo de corrupción que menosprecie o ponga en peligro la democracia y la seguridad de los ciudadanos.

Es por ello, que, en el siguiente capítulo, se desarrollará, cada una de las teorías de protección de bienes jurídicos, que se mencionan en los sistemas normativos relacionados, para exponer el ámbito de aplicabilidad que puedan tener en El Salvador y así definir los elementos objetivos y subjetivos de un posible tipo penal, definir los verbos rectores, los sujetos activos y pasivos.

CAPÍTULO 3

EFFECTOS LESIVOS DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA Y TEORÍAS SOBRE LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO.

3.1 Efectos Lesivos de la Corrupción particular.

3.1.1 Efecto económico.

La corrupción afecta a todos los sectores de la vida económica pública y privada. En muchos estudios se han presentado pruebas de los costos económicos y sociales de la corrupción. Está demostrado que la corrupción obstaculiza la inversión nacional y extranjera, reduciendo así el crecimiento, restringe el comercio y distorsiona el gasto público cuantitativa y cualitativamente.

La corrupción debilita el sistema financiero al tiempo que refuerza la economía sumergida, fomentando el tráfico de drogas y el contrabando. Igualmente, importante es la fuerte vinculación existente entre la corrupción y el aumento de la pobreza y la disparidad de ingresos. De manera análoga, los efectos negativos de la corrupción en la inversión y el crecimiento exacerban la pobreza¹⁶³.

El principal efecto que tiene la corrupción privada en el sistema económico y el mercado, es la pérdida general de confianza en la actividad empresarial o privada, la reducción de la efectividad y calidad de las políticas económicas y en general el debilitamiento del sistema económico¹⁶⁴. Considerando que su tipificación respondería a un análisis económico del fenómeno de la corrupción

¹⁶³ Tadeo Eduardo Hübbe Contreras, "La Corrupción Ante Una Sociedad Globalizada," 85.

¹⁶⁴ Sergio Berenguer Pascual, *El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios*, 2016, 61.

en cuanto ésta siempre produciría ineficiencia económica y costes excesivos que finalmente termina por gravar los ciudadanos en su calidad de administradores o consumidores¹⁶⁵.

De manera general, podemos decir que la corrupción tiene efectos devastadores en el mercado y la eficiencia del mismo, pues envician las normas básicas o ideales por los que deben regirse las leyes de mercado, ya que la competencia y la igualdad de oportunidades dejan paso al abuso de poder, la desigualdad, y la manipulación de las reglas del juego¹⁶⁶.

De ahí que la corrupción en los negocios afecte a la eficiencia económica y pone en peligro el libre desarrollo del mercado, hasta el punto de que puede reducir la tasa de crecimiento de los países y ahuyentar la inversión (debido a una correlativa reducción de la rentabilidad de los negocios); además de generar una gran cantidad de dinero opaco que incrementa la economía sumergida (lo que reduce los ingresos públicos, dando lugar previsiblemente a una mayor una carga fiscal para los contribuyentes).

La acción común insta especialmente a la incriminación de las conductas de corrupción privadas que además de ser idóneas para afectar de forma sensible la competencia leal puedan producir perjuicios económicos a terceros por efectuarse una incorrecta adjudicación o ejecución de un contrato, la distorsión de la competencia que provoca la adjudicación desleal a quien paga un soborno implicará normalmente un perjuicio económico a sus competidores.

Barbara Huber, sostiene que el análisis de las diversas legislaciones que criminalizan estas conductas, puede verse facilitado recurriendo a tres

¹⁶⁵ Juan Ignacio Rosas Oliva, “Cuadernos de Política Criminal Segunda Época Consideraciones Para,” 103.

¹⁶⁶ Javier Miranzo Díaz, “Causas-Efectos-Corrupción-Sociedades-Democráticas” Revista de La Escuela Jacobea de Posgrado (Castilla La Mancha, June 2018), 22.

modelos básicos. El primero se caracteriza por considerar intereses que deben protegerse a través de la criminalización de la corrupción privada son los intereses económicos corporativos, los intereses de los accionistas o los intereses patrimoniales en sentido amplio. Bajo el segundo modelo se privilegia la protección de los deberes de lealtad en el ámbito laboral que deben los empleados a sus empleadores. Y por último se potenciarían, a través de su criminalización, la protección de la libre y leal competencia, así como el buen funcionamiento de los mercados¹⁶⁷.

El primer modelo que tiene por objeto proteger los intereses económicos corporativos, los intereses de los accionistas o los intereses patrimoniales, radica en los elementos característicos de la corrupción en general y la del sector privado. La corrupción socava los principios fundamentales en los que se basan las actividades comerciales, la competencia leal y la selección en función del mérito y que resultan indispensables para que los mercados sean fuentes de innovación, eficiencia y productividad y crecimiento; por lo que, se convierte en una amenaza fundamental para la confianza de las economías de mercado y su funcionamiento¹⁶⁸.

Desde una perspectiva diferente se cree que cuando una economía está excesivamente regulada con restricciones burocráticas, los actores privados, encuentran las distintas formas de corrupción, para romper las diversas

¹⁶⁷ Osvaldo Artaza Varela, "Corrupción entre particulares: lesividad de la conducta". En G. Heine, B. Huber y T. Rose (Eds.), *Private commercial bribery. A comparison of national and supranational legal structures* (Vol. S. 94, 603-656). Freiburg im Breisgau: Edition Iuscrim. Dicho autor relaciona que el efecto lesivo más reconocido, al menor en el ámbito angloamericano, sería el de la violación, por parte del agente sobornado, de sus deberes fiduciarios de lealtad. Reconoce a su vez, que tales infracciones traerían aparejadas consecuencias económicas adversas para el principal. Ya que en las transacciones económicas el sobornado, normalmente, añadiría subrepticamente el costo del soborno en los contratos celebrados por el principal.

¹⁶⁸ Miguel Ángel Encinar del Pozo, "El Delito de Corrupción Entre Particulares Del Artículo 286 Bis Del Código Penal.," 2017: 80 <http://eprints.ucm.es/40940/1/T38278.pdf>.

limitantes que estas regulaciones les impiden operar con agilidad y eficiencia. Se especula¹⁶⁹ que uno de las causas que impulsa este tipo de conductas, es la excesiva regulación para impulsar, promover, operar un negocio, que genera un tipo de desesperación al empresario de recurrir a este tipo de conductas.

Desde el momento en el que los pagos solamente pueden ser asumidos por quienes disponen suficiente capacidad económica, se producirá el desplazamiento de quienes carecen de tales medios. De esta forma, un sistema económico con corrupción penaliza a los participantes que operan con lealtad al mercado. Las empresas que no accedan a participar en el juego del soborno, no tendrán verdaderas oportunidades de competir frente a las que, si lo hacen, generándose así un eventual, pero más significativo, daño social en el sistema, puesto que se instauraría la creencia de que sólo quienes pagan consiguen obtener contratos, desincentivando la inversión y la creación de negocios¹⁷⁰.

Bajo el segundo modelo se privilegia la protección de los deberes de lealtad en el ámbito laboral que deben los empleados a sus empleadores. Eduardo de Porres¹⁷¹ dice que los deberes de lealtad hacia el empresario y hacia la propia empresa, es la denominada corrupción pasiva. Expresa que la obligación no

¹⁶⁹ Los trámites necesarios para autorizar inversiones privadas son equivalentes a un impuesto oculto a las inversiones, aunque con el agravante de no existir un conjunto de exenciones o deducciones y que el producido se concentra en unos pocos individuos en lugar de destinarse a toda la población a través de acciones del Estado. A su vez se producirá un desvío de recursos hacia actividades donde se premia la utilización de métodos más conocidos, aunque sean de menor eficacia, en lugar de alentar la innovación y nuevos emprendimientos. En general estas últimas son actividades que deben ser autorizadas puesto que no existían con anterioridad. Si los procedimientos de autorización son sumamente engorrosos, con el propósito de generar oportunidades de sobornos y corrupción, habrá desaliento a esas actividades innovadoras.

¹⁷⁰ Berenguer Pascual, "El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios".64.

¹⁷¹ Eduardo De Porres and Ortiz D E Urbina, "El Delito de Corrupción Privada," 2012. 5.

puede ser otra que el deber de lealtad¹⁷² frente a su principal, frente al empresario que dependen, por lo tanto, se castigaría los beneficios económicos o ventajas que originen el incumplimiento de las obligaciones privadas existentes entre los dependientes de la empresa y la propia empresa y no entre ésta y sus competidores o clientes.

La corrupción económica es interpretada de forma extendida en Europa con un acento de Derecho Laboral, lo cual se corresponde también con el caso criminológico usual de la corrupción del empleado. Conforme a esa interpretación, el injusto radica en la lesión de deberes de lealtad del empleado corrupto frente a su empleador¹⁷³. Este segundo supuesto de la criminalización de la corrupción particular, será desarrollado en el punto del bien jurídico protegido.

El tercer modelo habla sobre la protección de la libre y leal competencia, así como el buen funcionamiento de los mercados. Algunas doctrinas consideran, que el tutelar la competencia leal, y el buen funcionamiento de los mercados hace, que estos delitos sean considerados como delitos sin víctimas, ya que estas transacciones para que se lleven a cabo debe haber un consentimiento mutuo de ambas partes sobornador y el sobornado. La afectación económica, no se vería reflejada en los negocios de ambas partes, pues el actuar de estos traería provecho para ambos, pero no para los terceros que se encuentra en

¹⁷² *Ibíd.* Eduardo de Porres dice que el deber de lealtad hacia la propia empresa puede regularse específicamente en programas (Compliance programs) que, para evitar problemas a su propia empresa, programas que detallen los deberes y condiciones a seguir en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. [...]. Parece incuestionable que, caso de existir tales programas, si el dependiente los incumple para obtener una ventaja económica indebida estará incumpliendo el deber de lealtad hacia la empresa, y, por tanto, se cumplirán las exigencias del tipo.

¹⁷³ Urs Kindhäuser, "Presupuestos de La Corrupción Punible En El Estado, La Economía y La Sociedad. Los Delitos de Corrupción En El Código Penal Alemán," *Política Criminal* 2, no. 3 (2007): 5.

el mercado, esperando oportunidades lícitas para hacer e impulsar sus empresas.

El detrimento económico producido por los actos de corrupción llevados a cabo en el marco de las relaciones exclusivamente entre particulares, lo sufren en mayor medida las empresas que se ven involucradas, primero por la pérdida de confianza en la empresa, en sus dirigentes, y en el sistema económico en general, por lo que, haciendo un breve análisis de lo ulterior con este último modelo, podemos decir, que es lo más aplicable a las necesidades de nuestra sociedad.

3.1. 2. Efecto en los consumidores.

El problema de la corrupción alcanza en la conmoción social que provoca la misma. La corrupción como se ha dicho en muchas ocasiones es muy difícil de medir con exactitud, el nivel real que existe en la sociedad, pues como es una acción en la cual, tanto el sujeto activo como el pasivo, lo único que buscan es un beneficio económico en común, y como se relacionaba anteriormente es considerado un delito sin víctima, ya que los participantes prestan el consentimiento para llevar a cabo este tipo de conductas.

El fenómeno de la corrupción en los negocios también afecta a los consumidores, en la medida en que el “soborno” se repercute finalmente en el valor de los productos y servicios ofrecidos en el mercado, viéndose estos privados de poder acceder a precios más bajos o prestaciones de mejor calidad. Esto se produciría, lógicamente, como consecuencia de la introducción de mayores costos en las transacciones comerciales¹⁷⁴. Sin embargo, los consumidores serían desde este punto de vista víctimas del

¹⁷⁴ Sergio Berenguer Pascual, El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios, 67. En HESS, «Corrupción en la cadena de valor», 2009, 24.

fenómeno del “soborno comercial” pero de una forma indirecta o transversal, al encontrarse al final del eslabón en el mercado.

Mediante los actos de corrupción, quien actúa en el mercado se ve inclinado a favorecer a un proveedor o prestador de servicios inferiores o a no cumplir la diligencia debida en la prestación de servicios. Además, incide en los precios de tales productos y servicios, en la medida en que la competencia es un mecanismo decisivo en nuestros sistemas económicos para la determinación del precio de cualquier actividad¹⁷⁵.

3.1.3 Efecto para las empresas.

Sobre las empresas se presenta ciertos efectos, y que se mencionan en párrafos supra, que es su eficacia y agilidad para realizar negocios. El perjuicio económico manifestado en el aumento de los costes y la correlativa disminución de los beneficios; a la pérdida de oportunidades comerciales debido a la distorsión del mercado¹⁷⁶.

Las empresas que operan en mercados altamente competitivos necesitan asegurarse de que haya justicia y equidad en sus relaciones comerciales¹⁷⁷. En la medida que la corrupción, por su propia naturaleza es inestable en

¹⁷⁵ Berdugo Gómez De La Torre, I. y Eduardo Fabián Caparrós, «Corrupción y Der Sergio Berenguer Pascual, *El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios*, 2016, 81, 2009, 15; Silvina Bacigalupo. y Jesús Lizcano, “administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción”, Madrid, 17.

¹⁷⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “Programa Anticorrupción de Ética y Cumplimiento Para Las Empresas: Guía Práctica” (New York, Estados Unidos: Oficinas de las Naciones Unidas, 2013). 1. En dicha guía se menciona que los profesionales, personales o privados que se desvían de los intereses que se espera que esa persona tenga cuando está representando a la empresa; en resumen, los intereses de la persona están en conflicto con los de la empresa. Por ejemplo, un director de comercialización de un distribuidor de bebidas que sea responsable de patrocinar actividades deportivas puede enfrentar un conflicto de intereses si ocupa el cargo de miembro del consejo de un club deportivo que está siendo considerado para un patrocinio.

¹⁷⁷ Berenguer Pascual, *El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios*. 64.

términos de los contratos que definen su vigencia y con mayores costos de transacción esperados, se genera una incertidumbre adicional a las empresas, lo cual afecta las decisiones de inversión de largo plazo.

Y al margen del detrimento económico producido mediante los actos de “soborno comercial”, es muy probable que sufra la moral de la organización privada, por la pérdida de la confianza en la empresa, en particular, y en el sistema económico, en general. Sin perjuicio, además, de que los individuos que conforman la empresa pueden tener la tentación de abandonarla, con la correspondiente pérdida de capital humano para la compañía.

La corrupción se manifiesta en las relaciones internas de los administradores, directores, trabajadores y empleados de una empresa, lo que implica en un grupo de conductas que afectan directamente el funcionamiento de las empresas y que implican el desconocimiento a las reglas básicas del buen gobierno corporativo.

Por no decir que, si la empresa se ve salpicada por un caso de corrupción, su reputación podrá deteriorarse seriamente (por ejemplo: quedando manchado su nombre, de forma pública, en los medios de comunicación; o incluyendo a la empresa en alguna lista negra de organizaciones, como la del Banco Mundial), con el consiguiente riesgo de pérdida de confianza de los inversores¹⁷⁸.

3.1.4 Efectos para los terceros.

Los efectos socioeconómicos de las conductas corruptas de los particulares, genera una especie de incidencia en la sociedad, en cuanto a que este tipo de conductas genera un tipo de modelo económico entre los actores más

¹⁷⁸ *Ibíd.*

importante de este, abordando un tipo de ampliación de lo correcto y generan sus propias reglas.

La corrupción de manera indiscriminada tanto en el sector público y privado, es producto de factores clásicos, favorecedores de estas prácticas corruptas, ya que hay un tipo de corrupción mixta o híbrida, como lo suelen denominar, que es una mezcla entre agentes del sector público con agentes particulares, que para beneficio propio o de un tercero realizan conductas lesivas al buen gobierno dentro de una empresa o de una institución pública, generando un tipo de vulneración al derecho fundamental de igualdad, puesto que el pago de un soborno para la obtención de un servicio público excluye del disfrute del mismo a los que no tienen recursos para efectuar dicho pago¹⁷⁹.

Cuando un sujeto realiza una acción corrupta, presiona al resto para que realice más, iniciándose toda una cadena de actos corruptos a la que será difícil poner fin, ya que cuando «todo el mundo lo hace», la corrupción se convierte en sistémica, y deja de ser racional (sobre todo en el ámbito empresarial) permanecer fuera de ese «círculo de corrupción». Concretamente, la corrupción reduce la eficiencia en el uso de los recursos públicos, aumenta el gasto público, pero destinándolo a proyectos innecesarios o improductivos («catedrales en el desierto»), reduce la inversión extranjera en el largo plazo, provoca la huida de los capitales «honestos» hacia otros territorios, impide el libre juego de la oferta y la demanda no sólo en los mercados nacionales, sino también procedencia de los actores a nivel mundial¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Ignacio Berdugo Gómez de la Torre and Ana Elisa Libertadores Bechara, *Estudios Sobre La Corrupción, Una Reflexión Hispano Brasileña*, Graficas L (Salamanca, 2012). 18.

¹⁸⁰ Ibid. 20.

Por ejemplo, la exoneración de impuestos que reciben algunas compañías escandinavas cuando colocan dentro de su rubro de gastos los actos de soborno transnacional. Ese tipo de permisiones conduce a que se piense que forma parte de los costos de transacción el pago de las coimas o de los chanchullos, sin detenerse a pensar los efectos sobre la estabilidad del sistema¹⁸¹.

Por otra parte, la percepción que se tenga del grado de corrupción afecta a la seguridad jurídica, en la medida en que este factor se pondera al realizar el cálculo de las condiciones necesarias para decidir sobre las inversiones de capital en un determinado Estado: la existencia de corrupción en el funcionariado y en las relaciones comerciales entre particulares pone en tela de juicio la vigencia del Derecho y perturba seriamente la competencia¹⁸².

Es de este modo como a largo plazo todos los participantes del mercado se ven afectados, dado que no se puede obviar que el pago de sobornos puede desembocar en el aumento de los precios de los productos y servicios: al ser la comisión ilícita un costo añadido del negocio, el precio final de la transacción comercial podrá verse incrementado en la cadena de suministros.

3.2. Lesividad de la Corrupción privada.

El principio de lesividad exige en todos los tipos penales la presencia de un bien jurídico acorde a un modelo de sociedad personalista constitucionalmente diseñado. El principio de lesividad está más claramente respetado cuando el legislador acude a la fórmula de delitos de lesión o de peligro concreto. La lesividad implica la utilización racional del Derecho Penal, que se tome como

¹⁸¹ Benavides Vanegas Farid Samir, "Corrupción, Violencia y Derecho Penal," *Derecho Penal y Criminología* 21, no. 68 (2000). 154.

¹⁸² Pozo, "El Delito de Corrupción Entre Particulares Del Artículo 286 Bis Del Código Penal." 81.

punto de partida el hecho indudable del que el ordenamiento punitivo no es el único medio que tiene el Estado para proteger los intereses importantes para el mantenimiento de un modelo social¹⁸³.

Hay autores que señalan que estas conductas por muy ilícitas o lesivas que sean, no justifica la intromisión del Derecho penal, ya que se estaría entrando sobre un área cuya tutela debe estar debidamente limitada, ya que, al no haber una afectación económica a la Administración Pública, se estaría únicamente ante la denuncia por las mismas instancias particulares.

Tenemos que tener en cuenta aspectos generales de la corrupción, ya que ésta se encuentra inherente al poder, ya que constituye una manifestación del ejercicio de este, de manera desviada.

De lo que resulta, que, si el modelo que quiere seguirse en la incriminación de estas conductas es el de la tutela de la competencia, debería exigirse una mayor y más evidente lesividad de las mismas, que denote la afectación a relevantes reglas del mercado y a los intereses de los competidores y/o de los consumidores y no tanto a deberes de fidelidad del empleado o administrador respecto de la sociedad para la que trabaja¹⁸⁴.

Hay demasiados autores que señalan, que el primer efecto negativo de tipificar este tipo de conductas, que a su percepción es excesivamente amplia, es la escasa lesividad a los bienes jurídicos que se pretenden proteger.

En realidad, mediante este delito se castiga conductas que por muy lesivas que sean, según la doctrina no justifican la entrada en juego del ius puniendi,

¹⁸³ Sintura Varela, Francisco, "El Estado de Derecho Colombiano frente a la corrupción. Retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011", Ed. Universidad del Rosario, 2013, Colombia. 95.

¹⁸⁴ Pozo, "El Delito de Corrupción Entre Particulares Del Artículo 286 Bis Del Código Penal." 101.

que se extendería peligrosamente sobre un área cuya tutela debe estar esencialmente encomendada a otras instancias jurídicas de control¹⁸⁵. El propio tenor de la figura carece de la taxatividad necesaria para distinguir la infracción penal de otras infracciones no penales, configurándose como un delito de mera actividad y de riesgo abstracto que contraviene así el principio de intervención mínima¹⁸⁶.

La intromisión del Derecho Penal, siendo este la última ratio, ya que habría intrusión en un área cuya tutela debe estar debidamente limitada, ya que, al no haber una afectación económica a la Administración Pública, se estaría únicamente ante la denuncia por las mismas instancias particulares, es por ello importante identificar los intereses que puedan ser objeto de protección y que tengan una relevancia tal que sea necesaria la intervención del Derecho Penal.

El Derecho penal no podrá incriminar cualquier conducta, sino tan solo aquellas que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico, correspondiéndose esta forma del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos con el principio de ofensividad o lesividad utilizado para expresar el aforismo *nullum crimen sine iniura*.

La mayor crítica que se realiza a la regulación de esta conducta, es la falta de claridad, en cuanto a lo que protege, pues en el caso de España, se expone, que su regulación es difusa, vaga e indeterminada en los términos empleados en su texto normativo.

La finalidad radica en seleccionar los objetos, medios e instrumentos para controlar la criminalidad, y por esa razón debe ser siempre el Derecho penal

¹⁸⁵ Fabián Caparrós, “La Corrupción de Agente Público Extranjero e Internacional.” 25.

¹⁸⁶ Pozo, “El Delito de Corrupción Entre Particulares del Artículo 286 Bis del Código Penal.”106.

la última ratio, es decir, interceder en casos de estricta necesidad y defender así bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves, siempre que no existan otras garantías exitosas de naturaleza no penal.

Miguel Ángel Encinar del Pozo, quien, en su Tesis Doctoral¹⁸⁷, expone que se evidencia un nuevo hito en la tendencia expansiva del Derecho Penal, con ciertos elementos específicos:

- 1) Se incrimina el comportamiento venal (principalmente de los administradores o empleados de las empresas en el ámbito de sus responsabilidades en los negocios) por la mera concurrencia de la venalidad, no por la lesividad de esas conductas venales respecto de la libre competencia¹⁸⁸.
- 2) Se opta por la estructura de un delito de mera actividad, cual es la del delito de cohecho, y no por un delito de resultado.
- 3) Bajo la aparente pretensión de velar por un orden concurrencial no falseado o un buen funcionamiento del mercado y la intencionada omisión de la incriminación de actos de corrupción entre empresarios (los clásicos actos prohibidos por el Derecho de Defensa de la Competencia, cuya sanción se mantiene en el ámbito administrativo) se introducen en realidad parámetros ajenos al concepto de bien jurídico y próximos a la ética (a la falta de ética de los trabajadores), en la decisión

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Arturo Ventura Püschel, "Corrupción entre particulares (no deporte): art. 286 bis PCP" en, Francisco Javier Álvarez García, José Luis González Cussac, "Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal. (Conclusiones del Seminario Interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)". Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, 266.

de extender el transversal fenómeno de la corrupción a la incriminación del soborno entre particulares¹⁸⁹.

Para la construcción del delito de corrupción privada, y reunir, de este modo, los requisitos propios de un bien jurídico susceptible y necesitado de tutela penal, es necesario estudiar la relevancia de la lesividad del bien jurídico dañado y la legitimación penal del mismo, que no equivalen a la legitimidad de la tipificación penal de cualesquiera conductas capaces de afectarlo, sino que habrá de determinarse cuál ha de ser el contenido mínimo de lesividad que conceda relevancia a estos comportamientos¹⁹⁰.

El problema¹⁹¹ de entender que en el delito de corrupción entre particulares lo que se protege es en gran parte las relaciones mercantiles o civiles que se producen, los cuales como ya se ha dicho afectarían no solo la relación comercial entre estos, sino otros factores de interés investigativo, como los es el daño patrimonial, el orden socioeconómico, que para muchos autores entran en segundo plano, pues el interés primordial es la competencia leal¹⁹².

La mera alusión a la competencia no permite una clara delimitación entre injusto penal e ilícito civil o mercantil y la afectación o vulneración de las reglas de la competencia no contiene por sí sola un grado de lesividad suficiente para legitimar la intervención penal.

¹⁸⁹ Pozo, "El Delito de Corrupción Entre Particulares Del Artículo 286 Bis Del Código Penal."

¹⁹⁰ Ibid. 268

¹⁹¹ Carolina Bolea Bardon, "El Delito de Corrupción Privada. Bien Jurídico, Estructura Típica e Intervinientes," *InDret, Revista Para El Analisis Del Derecho* 2 (2013), <https://bit.ly/38tXKKp>. 5.

¹⁹² Pozo, "El Delito de Corrupción Entre Particulares Del Artículo 286 Bis Del Código Penal." 269.

La doctrina española en su mayoría¹⁹³, ha sido contraria a la tipificación penal de la corrupción entre particulares, atendiendo a criterios de política criminal. Los argumentos en contra son variados y son los siguientes:

- 1) No ha existido un previo debate serio sobre el merecimiento y necesidad de pena de las conductas tipificadas en el art. 286 bis CP.
- 2) La normativa administrativa y mercantil en materia de defensa de la competencia es más que suficiente para responder a las conductas de soborno recogidas en el art. 286 bis CP.
- 3) La amplitud con la que se describe la conducta típica en el Código Penal supone el castigo de hechos que no merecen reproche penal y, por otro lado, hay conductas que suponen un ataque más grave a la competencia que se mantienen fuera del Derecho penal.
- 4) Supone avanzar en la tendencia hacia un Derecho penal expansivo apartado de los principios de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos.

Estos argumentos han originado, un verdadero debate, en cuanto al principio de lesividad, ya que todos reconocemos que el derecho penal es un mecanismo violento para dar respuesta a ciertos conflictos sociales y que por esa naturaleza violenta del sistema penal es que se exige su uso como un instrumento aplicable sólo cuando los otros subsistemas del sistema jurídico o del sistema social no son capaces de dar solución racional al conflicto¹⁹⁴. Tal naturaleza justifica también que el monopolio de esa violencia se encuentre en

¹⁹³ Berenguer Pascual, *El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios*. 109.

¹⁹⁴ Claus Roxin, Diego Manuel Luzón Peña, "Problemas básicos del Derecho Penal. Barcelona", Ed. Reus, Madrid, (1975), 21.

manos del Estado y, por ello, que se sustraiga a los particulares de su ejercicio a través de la aplicación justa de la pena¹⁹⁵.

Además, esos argumentos, son aplicables a la regulación que fue impuesta en el sistema normativo de España, el cual tiene como objeto de protección la competencia leal, y que genera un tipo de confusión en el sentido que es ámbito de aplicación es difuso y conflictivo, puesto que dicha regulación trata de incluir en su articulado acciones que disparan del objetivo de protección.

Contrario a lo señalado en los párrafos supra, la doctrina ha determinado también, que esta conducta criminal, afecta intereses diversos señalados y estudiados a través de la comparación de diferentes sistemas normativos, ya que, cada país ha regulado esta conducta, conforme a los intereses de cada sociedad y por ello es importante sus análisis, puesto que la diversidad de tipificación de esta conducta pretende proteger una pluralidad de intereses dentro de los que destacan:

- a) La teoría de protección patrimonial del empresario;
- b) Teoría de protección a la competencia leal y la libertad del mercado;
- c) Teoría de protección de los deberes de lealtad hacia el empresario o su relación de trabajo dentro de la empresa¹⁹⁶.

La lesividad de la corrupción entre particulares es discutida por la doctrina en el sentido, que cada autor, señala desde su perspectiva, cuáles son sus argumentos para determinar que su regulación no tiene la relevancia suficiente o necesaria, para tipificar este tipo de conductas. Pero esto ayuda para ilustrarse sobre cuáles son los argumentos que hay que llenar para completar

¹⁹⁵ Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón".

¹⁹⁶ Las cuáles serán desarrolladas más adelante.

un estudio concreto sobre la tipificación y la protección a un bien jurídico concreto que esté protegido por el Estado de Derecho.

3.3 Bien Jurídico protegido.

Como se ha relacionado anteriormente, el bien jurídico protegido de este tipo penal, varía conforme a los estándares de la normativa constitucional de protección de cada país. Se dice que los bienes jurídicos que el legislador ha de proteger a través del Derecho penal, deben estar expresados en la Constitución o que estos se deriven procedimentalmente de los principios y valores en ella reconocidos y aún más si la Constitución contiene mandatos expresos o tácitos de incriminación.

Al efecto se entienden, desde la óptica de la Constitución, como bienes jurídicos todas aquellas condiciones existenciales que aseguran la satisfacción de las necesidades humanas y cuyo menoscabo anulan o limita las posibilidades de desarrollo personal dentro del marco social contemplado por la Constitución. Así, solo aquellas funciones sociales que posibiliten la plena autorrealización individual dentro de un orden democrático y respetuoso de los derechos fundamentales, merecen el interés del legislador a efectos de la elaboración de la norma penal¹⁹⁷. El injusto criminal ha de suponer un nexo entre el bien jurídico y la conducta activa u omisa del agente o sujeto; siendo castigado este último, en la medida en que su comportamiento suponga un menoscabo o peligro a los bienes jurídicos protegidos por la norma Constitucional.

¹⁹⁷ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de las nueve horas con cincuenta minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil diez. Con referencia con referencia 5-2001/10-2001/24-2001/25 2001/34-2002/40-2002/3-2003/ 10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7 2004.

Diez Ripollés, expresa que todo bien jurídico es en sí, un juicio de valor positivo sobre una situación o relación de la realidad social, poseyendo un componente ideal, tal juicio supone integrar esa relación o situación en lugar preciso dentro de determinada ordenación valorativa de las realidades sociales. Estas situaciones o relaciones de la realidad social son el substrato del bien jurídico, substrato que, cuando se habla en términos globales del bien jurídico de un precepto, sufre un proceso de abstracción o generalización que lo desvincula de sus concretas formas de manifestación¹⁹⁸.

Además, tenemos la definición que da Bacigalupo, el cual dice que los bienes jurídicos son todas aquellas situaciones o valores que el legislador quiere proteger, prácticamente todo delito, es decir, toda amenaza de pena referida a un comportamiento determinado, protegerá un bien jurídico que será lisa y llanamente la finalidad perseguida por el legislador. Son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad; los intereses no los crea el ordenamiento jurídico sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico¹⁹⁹.

La función básica del *ius puniendi* estatal es la protección de bienes jurídicos frente a los ataques que puedan lesionarlos o ponerlos en peligro. Desde esta óptica, los bienes jurídicos son definidos como aquellos presupuestos valiosos y necesarios para la existencia de la persona y su libre desarrollo dentro del marco de un sistema social²⁰⁰.

¹⁹⁸ José Luis Diez Ripollés, “La contextualización del Bien Jurídico Protegido en un Derecho penal Garantistas”, Revista de la Asociación de Ciencias Penales Costa Rica, vol. 10, 15, 1998.

¹⁹⁹ Enrique Bacigalupo, “Manual de Derecho Penal”, Ed. Temis, Colombia, 1994, 9.

²⁰⁰ Sentencia de Inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional de las quince horas y veintidós minutos del día veinticuatro de agosto de dos mil quince. Con número de referencia 22-2007/42-2007/89-2007/96-2007.

Las acciones externas, que producen efectos lesivos e imputables a la culpabilidad de una persona y no a su apariencia, actitud o características antropológicas, expresables con términos indeterminables objetivamente, son verificables ante el juez de manera precisa y prescribibles taxativamente por el legislador como elementos constitutivos de delito en el sentido exigido por la Constitución. Pues al referirse a un hecho empírico objetivo, la desviación punible es verificable y refutable, mientras que, por el contrario, si se refiere a una actitud de desaprobación moral e indeterminable jurídicamente, la desviación punible es absolutamente irrefutable, pues constituye un acto de valoración basado en una opción subjetivista²⁰¹. Asimismo, previo a la criminalización de conductas, debe demostrarse la conexión real entre el bien jurídico y el funcionamiento del sistema económico.

El Derecho penal económico, lo que exige, es precisamente la criminalización de conductas porque se pretende proteger bienes jurídicos supraindividuales, con independencia de si se produce o no una lesión a un bien jurídico individual; aun y cuando aquellos sean de difícil concreción²⁰².

Lascano, además, expresa que debe seguirse sosteniendo la existencia de una real necesidad de proteger una serie de bienes jurídicos, con independencia de si se produce o no una lesión de un bien jurídico individual, y pone de ejemplo la utilización abusiva de información privilegiada, que no le provoca un perjuicio patrimonio concreto²⁰³.

²⁰¹ Sentencia de Inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional de las quince horas del día uno de abril de dos mil cuatro. Con número de referencia 52-2003/56-2003/57-2003.

²⁰² Carlos Lascano, "Los principios Constitucionales del Derecho Penal Económico. Globalización y Armonización del Derecho Penal Económico", Revista del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 6.

²⁰³ *Ibíd.*

Existen dos importantes consecuencias limitadoras del ius puniendi estatal que son: (1) Si la intervención punitiva es la técnica del control social más gravosa de la libertad de los ciudadanos, debe exigirse que se recurra a ella como medio extremo. Por tanto, las únicas prohibiciones penales justificadas constitucionalmente son aquellas que resulten absolutamente necesarias para el mantenimiento del sistema social y el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos en general (principio de economía de las prohibiciones penales o mínima intervención penal) y (2) La exigencia de materialidad de la acción dañosa, lo cual significa que ningún daño o peligro puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción penalmente disvaliosa, con trascendencia más allá de la esfera del hechor. En consecuencia, la esencia de las infracciones delictivas no puede tener como base actitudes, estados de ánimo o en hechos genéricos; sino en actos que produzcan lesiones o exposiciones a bienes jurídicos sean individuales o colectivos (principio de lesividad).²⁰⁴.

La conducta penalmente antijurídica tiene que desencadenar una efectiva lesión o puesta en peligro de un bien, y ello constituye la esencia de este subprincipio que se expresa bajo el aforismo latino *nullum crimen sine iniuria*.

Este subprincipio ha tenido un papel esencial en la definición del moderno Estado de Derecho y en la elaboración, cuando menos teórica, de un Derecho Penal mínimo, al que facilita una fundamentación no teológica ni ética, sino laica y jurídica, que lo orienta hacia la función de defensa de los sujetos más débiles por medio de la tutela de derechos e intereses que se consideran necesarios o fundamentales²⁰⁵.

²⁰⁴ Sentencia 54-2005 de Inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional a las ocho horas y veinte minutos del día cinco de octubre de dos mil once.

²⁰⁵ Sentencia 54-2005 de Inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional a las ocho horas y veinte minutos del día cinco de octubre de dos mil once.

El Derecho penal en el ámbito de protección de los bienes jurídicos de naturaleza colectiva, puede ser utilizados para actuar contra posibles riesgos mediante el efecto preventivo de la amenaza penal, interviniendo antes que el concreto peligro o lesión pueda tener lugar, lo que es la necesaria adaptación de las normas penales a los nuevos ámbitos de protección que demanda una sociedad cada vez más compleja y tecnológica²⁰⁶.

La delincuencia económica esta falta de un control social y jurídico mínimamente satisfactorio; prueba de ello son las dificultades de su persecución, tales como: a) las específicas características del hecho, b) de la especial actitud que mantiene la sociedad frente al delincuente y frente al delito y de las dificultades para su tratamiento jurídico²⁰⁷.

En cuanto a las características del hecho, resulta difícil determinar en muchos casos si una operación mercantil específica es un acto normal propio de un empresario audaz o de una estafa. Consecuencia de ello es, por un lado, la ausencia de afectividad del delito (crimen appeal), a diferencia de figuras clásicas como el asesinato, la violación y el robo.

Esta neutralidad se deriva también de su circunstancialidad y abstracción; de otro lado una segunda consecuencia de la apariencia de licitud del hecho, es la vigencia de lo que se ha dado en llamar moral de frontera, es decir, nadie acepta el reproche jurídico penal por un hecho levemente más grave que otro considerado ilícito; en cuanto a la especial actitud social, una constante es la de "ausencia de negativa valoración social" que procede de varios factores: la ausencia del crimen appeal, la posición social del autor y la consideración de

²⁰⁶ Sentencia 178-2013 de Inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional a las quince horas del día catorce de marzo de dos mil dieciséis.

²⁰⁷ Miguel Bajo Fernández, "La Delincuencia Económica desde el punto de vista Criminológico", en Silvina Bacigalupo, "Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa", ARA editores, Lima 2005.44.

que sólo se lesiona el sector público, hasta que el reproche social va aumentando en la medida en que la lesión deja de afectar intereses públicos para lesionar intereses privados.

Finalmente en cuanto a las dificultades para el tratamiento jurídico y la persecución judicial, encontramos la dificultad de traducir al lenguaje del tipo penal los conceptos y criterios pertenecientes al ámbito de la economía en donde, por otra parte, influyen los rápidos avances tecnológicos; asimismo las dificultades en cuanto al conocimiento de la antijuricidad para determinar la culpabilidad del autor, habida cuenta que el delincuente, aunque consciente la ilicitud de sus actos, no los considera criminales²⁰⁸.

El autor Fabián Caparrós, expresa que, desde la perspectiva criminológica, la corrupción podría adscribirse a la categoría de los denominados “delitos sin víctima”. Es decir, no existe un perjudicado directo, sino un daño colectivo difuso. Si concebimos la corrupción como un negocio recíproco como el soborno, ambas partes estarán interesadas en conservar su acuerdo y, por ello, convendría que permanezca oculto a las autoridades. Sobornador y sobornado participan de un mismo interés por la ejecución y posterior encubrimiento del acto, motivo por el cual su tasa de esclarecimiento es muy baja. La perspectiva criminológica implica la amplificación del fenómeno y su vinculación a otras actividades delictivas, como el crimen organizado o los delitos de “cuello blanco”²⁰⁹.

En tal sentido, la protección penal de los denominados bienes jurídicos difusos o colectivos es legítima constitucionalmente, cuando su protección se muestre necesaria para proteger las condiciones que permitan un óptimo desarrollo personal de cada uno de los miembros de la sociedad. Por ello es importante

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ Hübbe Contreras, “La Corrupción Ante Una Sociedad Globalizada.” 89.

determinar el bien jurídico que se pretende proteger con la criminalización de esta conducta.

3 .3.1. Teoría de la protección al patrimonio.

Este modelo de protección al patrimonio, como se ha desarrollado en su apartado capitular, lo desarrolla el legislador italiano, mediante la reciente creación del delito de Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità²¹⁰ (art. 2635 del Cciv)²¹¹, que constituye una modalidad de administración desleal de patrimonios societarios²¹².

El fundamento de esta esfera de protección viene dado por la protección de los bienes y activos de la empresa, por lo que, el acto de corrupción entre particulares se contempla desde la perspectiva de la administración o gestión fraudulenta de la sociedad, afectando los intereses patrimoniales de la misma, sin tener en cuenta las exigencias de protección de terceros ni de la competencia. El autor Javier Sánchez Bernal, que la concepción del delito de corrupción privada se configura como una suerte de anticipación de la barrera punitiva ante la comisión de un delito societario, poniendo de ejemplo la administración desleal de patrimonio ajeno, en el que no se requiere la

²¹⁰ Infidelidad después del otorgamiento o promesa de utilidad.

²¹¹ El problema que presenta el texto definitivo, después de que el Gobierno modificara la original propuesta de la Comisión, es que el delito finalmente tipificado en el artículo 2635 del Código civil, ni es corrupción en sentido estricto, ni cumple con las obligaciones derivadas de los Convenios internacionales. El nuevo precepto no sanciona la compraventa de una actuación, sino que conmina con una pena a quien actúa en contra de sus deberes provocando un daño para la sociedad después de haber recibido un soborno. El legislador italiano, en otras palabras, una vez acatado que el vulnus del bien jurídico se produce no ya con el mercadeo sino con la violación de los deberes como consecuencia del pacto, parece desplazar el momento consumativo del delito de tal manera que coincida con el de la lesión del bien jurídico.

²¹² Adán Nieto Martín and Francisco Bañeres Santos, "Corrupción Entre Privados," Boletín Del Ministerio de Justicia 15 (2017): 4 217–24, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2020091>.

realización de disposición alguna sobre bienes de la sociedad ni la efectiva asunción de obligaciones a cargo de esta²¹³.

Miguel Ángel Encinar del Pozo, expresa que este es el enfoque que puede considerarse como clásico, Tiene la intención de proteger los bienes y activos de la empresa, por lo que el acto de corrupción privada se contempla desde la óptica de la administración o gestión fraudulenta de la sociedad. Y ello tanto desde una perspectiva pasiva como activa: pasiva, porque el administrador que recibe el soborno pone sus intereses por delante de los de la sociedad; y activa, porque el administrador que constituye o utiliza fondos para sobornar, lo hace fuera del control empresarial y para fines que son ilícitos y ajenos al objeto social de la empresa²¹⁴.

Es decir, los fondos que salen de una empresa para sobornar a un empleado público o privado suponen un menoscabo patrimonial desde el punto de vista económico; y en la empresa cuyo representante recibe el soborno, al encontrarse en una situación conflicto de intereses, puede posponer la salvaguarda de los intereses patrimoniales de su sociedad, por lo que, al menos, existe un peligro de administración desleal por parte del administrador sobornado²¹⁵.

²¹³ Javier Sánchez Bernal, "Estudio de La Sanción Penal de La Corrupción Entre Privados a Partir de Los Ejemplos de España y Chile.", Revista Ciencias Penales de la Universidad de Salamanca, Sexta Época, Vol. XLVLL, España, 2021. 10. Citando a Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, "La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española", en Estudios de Deusto 63/1 (2015), 164 y a Rodríguez Puerta, María José, "Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada: luces y sombras", en Agúndez, Miguel Ángel y Martínez-Simancas, Julián (dirs.), Albiñana, César (coord.), Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Cumplimiento normativo. Compliance (Madrid, 2012), 123.

²¹⁴ Pozo, "El Delito de Corrupción Entre Particulares Del Artículo 286 Bis Del Código Penal." 165.

²¹⁵ Ibid. Citando a Adrián Nieto Martín, "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)", Revista penal, nº 10, 2002, 58.

La libre competencia se configura como un elemento esencial de la economía del mercado y, en consecuencia, implica lógicamente al desarrollo de estrategias que permitan desplazar los productores y/o servicios de los competidores directos²¹⁶.

Además, Encinar del Pozo hace dos críticas de este modelo de protección: 1) El titular de los bienes y activos de la empresa, es decir, el propio empresario quedaría impune si comete estas conductas; 2) El consentimiento del empresario para que las cometieran los administradores eliminaría la ilicitud de la conducta de éstos. Incluso cabría la aprobación tácita de los sobornos en los casos en que el titular de la empresa consintiera implícitamente la puesta en peligro o el daño a la propiedad corporativa o tolerase un clima empresarial que fomentara el soborno.

3.3.2 Teoría de la protección a la Competencia leal.

La competencia desleal según jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional es una figura jurídica de naturaleza mercantil prevista en el Código de Comercio (CC). De acuerdo con el art. 491 de este cuerpo legal consiste en la realización de actos encaminados a atraer clientela en forma indebida. Son sujetos activos de estos actos, los comerciantes que a fin de obtener clientes emplean artimañas que ocasionan un perjuicio directo a otro comerciante o incluso a los mismos clientes²¹⁷.

²¹⁶ Modelo Puro D E Competencia, Dra. María, and Soledad Gil, "El Delito De Corrupción En Los Negocios (Art. 286 Bis): Análisis De La Responsabilidad Penal del Titular de la Empresa, El Administrador De" XXXV (2015): 567–624.

²¹⁷ El concepto de competencia desleal previsto en el Código de Comercio es de amplio espectro. En su campo semántico se incluyen el engaño al público en general o a personas determinadas (art. 491, I del CC), el perjuicio ocasionado directamente a otro comerciante que no se derive de una infracción contractual (art. 491, II del CC), el aprovechamiento de los servicios de quien ha roto su contrato de trabajo inducido por otro comerciante que le ha dado empleo (art. 491, IV del CC) y, como prueba de la extensión a la que se hizo referencia, cualquier otro acto similar encaminado directa o indirectamente a desviar la clientela de otro

La competencia libre y leal, en la sociedad, es el eje vertebrador de la economía de mercado. Sin embargo, las empresas no siempre actúan de esa forma, es decir, no siempre incrementan sus beneficios económicos mediante una competencia limpia y natural²¹⁸.

También hay que tener en cuenta, que en la competencia en general, no debe de perderse de vista que la competencia perfecta es un ideal inalcanzable y que, por lo tanto, el Derecho no debe de pretender la solidez del valor competencia, aunque su protección sea uno de los presupuestos elementales del progreso socio económico²¹⁹.

Es un punto muy importante a diferenciar, debido a que, de acuerdo a la Jurisprudencia de la Sala, se puede observar que una clase de actos de competencia desleal surge a partir de transacciones comerciales del cliente afectado y el comerciante desleal, es decir constituyen relaciones de naturaleza privada, por lo que la propagación de los efectos de estos actos al conjunto de la economía no es plausible.

Por otro lado, también existe otra clase de actos de competencia desleal por los que un comerciante determinado resulta afectado, no obstante, se puede concluir que los efectos de esta clase de actos se circunscriben a la esfera privada del comerciante perjudicado, por lo que no se pone en peligro la competencia en el mercado, pues a lo sumo dan lugar a litigios entre los comerciantes involucrados²²⁰.

comerciante (art. 491, V del CC). Sentencia de Amparo dictada por la Sala de lo Constitucional, de las diez horas con treinta y un minutos del día veintitrés de agosto de dos mil diecinueve. Con número de referencia 109-2016.

²¹⁸ Berenguer Pascual, *El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios*.40.

²¹⁹ Antoni Gili Pacual, "Bases Para La Delimitación Del Ámbito Típico En El Delito de Corrupción Privada," *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 13 (2007). 8

²²⁰ En relación a la Competencia desleal, relacionada en el Código de Comercio y regulada en el Código Penal. Sentencia de Amparo dictada por la Sala de lo Constitucional, de las diez

Lo relacionado en el párrafo supra, nos demuestra la postura de la competencia desleal, en nuestro ordenamiento jurídico, la cual tanto la configuración del delito de Competencia desleal²²¹, regulado en el artículo 238 del C. Pn., como su regulación en el C. Com., va orientado a que el sujeto activo actúe con dolo al hacer circular hechos falsos por medios fraudulentos para causarle un perjuicio a un competidor con la intención de lograr una ventaja indebida²²².

Según el Derecho de la Competencia, pueden establecer tres grupos de supuestos de deslealtad, (1) Prácticas que atentan deslealmente contra la posición del empresario competidor; (2) prácticas que atentan contra la autonomía del consumidor; (3) prácticas que perturban el correcto funcionamiento del orden concurrencial, o la “deslealtad del mercado”, dice el autor Gili Pascual, que entre las primeras, se encontrarían los actos que generan confusión, los actos denigratorios del competidor y los actos de agresión, grupo, este último, en el que se enmarcarían las conductas de corrupción²²³.

La competencia desleal como una forma de criminalización para la corrupción privada a diferencia de la configuración normativa salvadoreña, es relevante porque afecta al suministro de mercancías o la prestación de servicios, que se

horas con treinta y un minutos del día veintitrés de agosto de dos mil diecinueve. Con número de referencia 109-2016.

²²¹ COMPETENCIA DESLEAL Art. 238.- *“El que propalare hechos falsos o utilizare cualquier otro medio fraudulento capaz de ocasionar grave perjuicio a un competidor, con el fin de obtener para sí o un tercero una ventaja indebida, será sancionado con prisión de seis meses a dos años. Para iniciar el proceso se atenderá a lo dispuesto en el artículo 497 del Código de Comercio”.*

²²² Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, 824.

²²³ Pacual, “Bases Para La Delimitación Del Ámbito Típico En El Delito de Corrupción Privada.” 9.

efectúan en un régimen de competencia. Las conductas de corrupción atentan contra la competencia mercantil²²⁴.

Desde esta perspectiva, se considera que las conductas de corrupción alteran la competencia libre y leal, ya que se favorece de manera injusta a un competidor (el desleal, el que soborna) respecto a otros (que usan sólo métodos leales), de manera general y no a un competidor en específico.

En contraposición con los actos de competencia desleal, las prácticas anticompetitivas se caracterizan por las nocivas consecuencias que producen en el funcionamiento global de la economía. En efecto, estas prácticas no solo perjudican la competencia entre agentes económicos sino también la eficiencia económica, la asignación de recursos, la productividad, la innovación en la producción de bienes y servicios y el bienestar de los consumidores, de modo que sus efectos se propagan a distintos ámbitos de la economía.

Con la prohibición de prácticas anticompetitivas el ordenamiento jurídico asegura la competencia en el mercado, garantiza la libertad económica y, por consiguiente, evita la formación de monopolios proscritos por el art. 110, inc. 1º, de la Cn., que no solo cercenan la competencia, sino que también afectan a los consumidores.

El mercado resulta favorecido, con la aplicación de prácticas competitivas, libres de acciones que desequilibren las relaciones entre comerciantes, al generar productos de calidades y precios competitivos, y promover la innovación en la industria, lo que genera una mejor dinámica comercial al

²²⁴ Si en las relaciones comerciales median sobornos, entonces el sobornado preferirá al competidor que le ofrece o promete la dádiva respecto a otros competidores, aunque no sea la mejor oferta o el mejor servicio. Es decir, preferirá de manera desleal al corruptor frente a un tercero, a causa de la dádiva recibida o prometida. Pozo, "El Delito de Corrupción Entre Particulares Del Artículo 286 Bis Del Código Penal." 167.

provocar mayores consumos, e incrementar la inversión en rubros como la publicidad.

3. 3. 3. Teoría del deber de protección de la fidelidad hacia el empresario.

La identificación del bien jurídico protegido como la “lealtad” del empleado agente hacia el empleador-principal, implica que el consentimiento de este último es lógicamente incompatible con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido y, por consiguiente, convierte la conducta en irrelevante²²⁵.

Se trata de un delito de lesión, porque en el momento que se quebranta el interés protegido coincide exactamente con la consumación, que se produce en el mismo momento en el que se recibe el soborno de forma oculta.

Desde una perspectiva iuslaboralista se considera que el Derecho penal ha de asumir la protección del interés principal de que el empleado o subordinado no le “traicione” en el desarrollo de su actividad en el seno de la empresa, situándose el núcleo de lesividad en “la violación por parte del corrupto de los deberes que mantiene hacia su empleador y el carácter oculto del soborno para el empleador o principal”, se protege por tanto la “lealtad del empleado-agente hacia el empleador-principal²²⁶.

Se sugiere para la protección del empleador, que el castigo se debe de circunscribir en la conducta de un sujeto que actúa de modo corrupto en el marco de una relación laboral subordinada, tras la infracción del deber de

²²⁵ La autora María Viviana Caruso Fontán, expone que no se entiende muy bien por qué el dueño del negocio es excluido de los posibles sujetos activos del delito, es decir, por qué no puede el dueño lesionar o poner en peligro la libre competencia aceptando sobornos de terceros. María Caruso Fontán, “El Concepto de Corrupción. Su Evolución Hacia Un Nuevo Delito de Fraude En El Deporte Como Forma de Corrupción En El Sector Privado,” FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época 0, no. 9 (2009): 167, doi:10.5209/FORO.14330.

²²⁶ Bernal, “Estudio de La Sanción Penal de La Corrupción Entre Privados a Partir de Los Ejemplos de España y Chile.” 77.

fidelidad o lealtad contractual que se presupone, en la relación laboral del empleado hacia su empleador, siempre que la acción típica se lleve a cabo por parte del subordinado sin en el consentimiento o la autorización del empresario principal²²⁷.

La acción típica, radica en sí, en el hecho de proponer, en cualquier momento, directa o indirectamente, cualquier tipo de oferta, promesa, donación, presente o ventaja con el fin de obtener la realización o el dejar de realizar un acto propio de su actividad o de su función o facilitado por su actividad o función, violando sus obligaciones legales, contractuales o profesionales, por parte de una persona que, sin ser depositaria de autoridad pública o estar encargada de una misión de servicio público, desarrolle, en el marco de una actividad profesional o social, una función de dirección o un trabajo para una persona física o jurídica o para cualquier organismo²²⁸.

Contrario a lo anterior, y en relación a las críticas de este modelo de protección, se dice lo siguiente que, si el titular del negocio no puede ser responsable penalmente por la aceptación de la ventaja, entonces debe ser también improcedente una sanción penal para el empleado si el titular del negocio consiente el acuerdo de ventaja o incluso da una orden en este sentido²²⁹.

Finalmente, la corrupción penalmente relevante es tanto la propia como la impropia, tanto antecedente como subsiguiente y tanto activa como pasiva. En síntesis, la violación de los deberes se consuma en el mismo momento en el que se oculta el soborno de tal manera que es indiferente que el mismo se dé como recompensa de un acto ya realizado o para realizar un acto, siendo

²²⁷ Rosas Oliva, "Cuadernos de Política Criminal Segunda Época Consideraciones Para." 102
²²⁸ Ibid. 101.

²²⁹ Kindhäuser, "Presupuestos de La Corrupción Punible En El Estado, La Economía y La Sociedad. Los Delitos de Corrupción En El Código Penal Alemán." 14.

igualmente irrelevante que el acto en sí sea conforme o contrario a los deberes del empleado²³⁰.

3.3.4 Teoría de la Corrupción entre particulares como un delito pluriofensivo.

La autora Bolea Bardón, expresa que, para apreciar la tipicidad penal por actos de corrupción privada, deben darse dos elementos, atentar contra las reglas de libre competencia a través de una actuación que ponga en peligro los intereses patrimoniales de la empresa²³¹.

En ese sentido, el autor Muñoz Conde, expresa que el bien jurídico protegido en este delito es la competencia leal, pero también la confianza en la honestidad o ética profesional de los directivos y similares de una empresa²³².

En la legislación española, la corrupción entre particulares, se perfila como una figura con un objeto de protección bifronte, tutelándose por un lado a los competidores del operador económico desde que el corrupto interviene en el mercado y de forma mediata la competencia, y al propio empresario de aquel²³³.

Los perjudicados del delito serían dos: el mercado y los empresarios que hayan sufrido la corruptela. El injusto de corrupción entre particulares podría contemplarse asimismo desde dos perspectivas distintas: una interna y otra externa. En lo que se refiere a las conductas internamente desleales, se toman

²³⁰ Francisco Sintura Varela, "El Estado de Derecho Colombiano frente a la corrupción. Retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011". 90.

²³¹ Bolea Bardón, "El Delito de Corrupción Privada. Bien Jurídico, Estructura Típica e Intervinientes." 10.

²³² Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, ed. Tirant Lo Blanch, 20 Edición (Valencia, 2015). 430.

²³³ Pacual, "Bases Para La Delimitación Del Ámbito Típico En El Delito de Corrupción Privada." 35.

en consideración los lazos mayores o menormente intensos de lealtad institucional de los sujetos corruptos respecto de la empresa (quienes actúan en contra de los intereses de ésta). Y en cuanto a las externamente desleales, que vician la competencia entre unas y otras empresas, los intereses que se verían perjudicados son los de los competidores que no ofrecen incentivos injustificados, quienes se ven desplazados por otros competidores que sí incentivan a administradores, directivos, empleados o colaboradores de otra empresa (aun ofreciendo bienes o servicios de calidad inferior o superior precio)²³⁴.

El delito de corrupción en los negocios exigiría una infracción de un deber ad intra (infidelidad hacia el empresario) y otro ad extra (deslealtad frente al mercado). La vertiente externa la cometería quien ofrece, entrega o promete un incentivo ilícito para obtener una ventaja competitiva en el mercado; y la vertiente interna, quien acepte, reciba o solicite dicha dádiva con el propósito de otorgar un trato de favor a otro, infringiendo su obligación de fidelidad para con su empresario²³⁵.

Se expone la protección a la libertad de competencia o libertad en el mercado, y la fidelidad del empleado al empresario o los intereses del empresario, la primera abarca una posibilidad que el sujeto, el titular de la empresa o negocio acepte ventajas o sobornos, pero en el segundo supuesto este mismo titular no puede ser sancionado por la aceptación de esa ventaja²³⁶. Dicho autor expone que la protección de ambos en un mismo supuesto penal es

²³⁴ Berenguer Pascual, *El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios*. 100-101.

²³⁵ Ibid.

²³⁶ El autor Urs Kindhäuser, ejemplifica “el carnicero otorga una ventaja financiera privada al propietario o al administrador de una cadena de restaurantes para que compren su carne y no la de otros competidores. En este ejemplo los competidores son perjudicados de forma desleal. “KINDHÄUSER, Urs. ‘Presupuestos de La Corrupción Punible En El Estado, La Economía y La Sociedad. Los Delitos de Corrupción En El Código Penal Alemán’.” 2007, 13.

contradictoria en sí, pero bajo supuestos y condiciones diferentes, la protección de ambos podría darse, tal como lo hacía la regulación española antes de la reforma del año dos mil quince cuando se suprimió el requisito del incumplimiento de las obligaciones del administrador, directivo, empleado o colaborador de la empresa.

Lo anterior significa que el delito soborno entre particulares, se configuraría cuando la acción altere el buen funcionamiento de las relaciones comerciales, mediante un deber negativo de no atentar contra la capacidad competitiva de la empresa a través de un comportamiento desleal y a través de la infracción de las obligaciones que se derivan de las relaciones de confianza en la propia empresa.

Como segundo supuesto pluriofensivo se tutelaría conjuntamente el bien jurídico colectivo de la competencia y de los intereses patrimoniales de terceros, que pudieran verse afectados por la actuación del administrador, directivo, empleado o colaborador que resultase incentivado ilícitamente.

La configuración de este supuesto exigiría un peligro concreto respecto de los intereses patrimoniales del titular de la empresa o de los intereses de algún competidor del incentivador, más allá del peligro hipotético o abstracto para el buen funcionamiento del mercado, que pudiera ocasionarse como consecuencia de la recepción o entrega de un incentivo ilícito²³⁷.

El injusto típico de la corrupción en los negocios se interpretaría, de esta forma, adecuándose mejor a un Derecho Penal de intervención mínima, al limitarse el reproche penal sólo a aquellas conductas en las que se ponga en efectivo peligro los intereses patrimoniales de terceros (lo que iría más allá de un simple

²³⁷ Berenguer Pascual, *El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios*. 103.

incumplimiento de un deber de infidelidad: es decir, al menos sería necesario un peligro para su patrimonio)²³⁸.

La protección a estos bienes jurídicos de manera conjunta, parece ser no muy acertada para muchos, pero lo cierto es que combina las necesidades protección de los particulares, un mercado libre y justo para poder realizar las diversas actividades económicas y que se garantice la protección al patrimonio de las empresas, ante cualquier eventualidad en el accionar de los particulares que intervienen en las diversas actividades económicas, financieras y de mercado.

Esta teoría es la que resulta ser más congruente, ante las necesidades de la sociedad salvadoreña, puesto que resulta una teoría más inclusiva respecto de los bienes jurídicos que protege el Estado Salvadoreño a través de la Constitución de la República, y demás leyes secundarias.

²³⁸ Ibid.

CAPÍTULO 4

PRESUPUESTOS BÁSICOS DEL TIPO PENAL Y PROPUESTA DE LEGISFERENDA DE LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO.

.4.1. Presupuestos básicos del tipo penal.

A continuación, se analizará los presupuestos básicos para la tipificación del delito soborno entre particulares, en los que se establece los elementos normativos del tipo penal, la conducta típica, el objeto material, los sujetos participantes en la configuración del tipo penal, relacionando además normas regulatorias esenciales para lograr una correcta tutela a los bienes jurídicos protegidos.

4.1.1. Conducta típica.

El incumplimiento de las obligaciones como elemento típico, debe de entenderse según los parámetros que establezca la legislación nacional, aunque las regulaciones internacionales, como se ha dejado remarcado en el capítulo 2, requieren como mínimo que deba incluir como mínimo cualquier comportamiento desleal que construya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se apliquen en el sector de la actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad en el sector privado²³⁹.

²³⁹ Artículo 1, parte 2 de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/corrupcion/2003-Decision-Marco-2003-568-corrupcion-sector-privado.htm>, visto a las 18:56 del día 25/03/2022.

La conducta típica debe ser una infracción penal cuando sean actos intencionados y cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales, de entidades con fines lucrativos y no lucrativos.

El tipo no se estructura como delito de participación necesaria porque no se exige ningún concierto fraudulento entre el proveedor (sujeto activo del cohecho activo) y el cliente (sujeto activo del cohecho pasivo). Se dice que basta con que se ofrezca aun cuando la oferta no sea atendida (consumándose el cohecho activo) o con solicitar el beneficio aun cuando éste no se conceda consumándose el hecho pasivo. No se exige para su consumación un perjuicio patrimonial para la empresa, ni siquiera un peligro efectivo para dicho patrimonio.

El tipo penal debe estar estructurado al modo del cohecho, de tal manera que se divida en pasiva y activa, por ello la Decisión Marco, como a manera de ejemplo de su estructura, exige a través del artículo 2²⁴⁰, que los Estados miembros deben de tomar 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 como:

- 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

²⁴⁰ Consejo de la Unión Europea, “Decisión 2003/C 218/01 Del Consejo, de 22 de Julio de 2003, Relativa a La Lucha Contra La Corrupción En El Sector Privado,” 2003 § (2003), <https://bit.ly/3e5B1VY>.

tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones²⁴¹;

- 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 obligaciones²⁴².

En dicha regulación se contemplan ambos tipos de corrupción, tanto la activa como la pasiva, el soborno debe concretarse respecto de las conductas establecidas.

En el literal a) encontramos a la promesa²⁴³, para que sea típica esta conducta, tiene que haber llegado a conocimiento de las personas con capacidad de decisión en la empresa u organización. Por su parte, la oferta²⁴⁴ supone la materialización de la promesa; y la concesión²⁴⁵, que supondría la entrega, en su caso, de lo previamente prometido u ofrecido, dándose igual tratamiento penal a conductas de diferente intensidad, lo que habrá de ser captado en la individualización de la pena²⁴⁶.

²⁴¹ Artículo 2 de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/corrupcion/2003-Decision-Marco-2003-568-corrupcion-sector-privado.htm>, visto a las 20:26 del día 25/03/2022.

²⁴² *Ibíd.*

²⁴³ “La promesa, es la expresión de la voluntad de dar a uno o hacer por él una cosa”. Eduardo De Porres and Ortiz D E Urbina, “El Delito de Corrupción Privada,” 2012. 2.

²⁴⁴ “La oferta es la promesa de dar, cumplir o ejecutar algo o, en igual sentido, una propuesta que se hace a otro con un determinado contenido económico o jurídico”. *Ibíd.*

²⁴⁵ “La concesión es dar, otorgar, hacer merced y gracia de una cosa o prestación”. *Ibíd.*

²⁴⁶ Francisco Javier González Blesa, “Delito de Corrupción Entre Particulares: Comentarios y Críticas Al Artículo 286 Bis CP.,” *Noticias Jurídicas* 1, no. 1 (2012): 5,

La corrupción en los negocios, se configura como un delito de mera actividad y de carácter tendencial pues persigue una determinada finalidad, ya que el cohecho pasivo se realiza con el fin de favorecer indebidamente a otros en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales; y el cohecho activo como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros.

4.1.2. Objeto Material

El objeto material del delito, es aquello en lo que se concreta la vulneración del interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo penal y al cual se refiere la acción u omisión del agente, bien que se trate de una persona, una cosa o un fenómeno²⁴⁷

El objeto material del delito, sea cual sea la redacción, siempre consistirá en una ventaja indebida no justificada, ya sea para el sujeto activo o para un tercero. Se dice que los pilares básicos para la tipificación de este delito son tres, el primero el beneficio o ventaja de cualquier naturaleza, el segundo, que esta sea no justificable, y el tercero para sí o para un tercero²⁴⁸.

4.1.2.1 Ventaja indebida.

La contraprestación que solicita o recibe la persona y que le promete, ofrece o da el particular para que en el ejercicio de sus actividades empresariales realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones²⁴⁹.

<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4761-delito-de-corrupcion-entre-particulares:-comentarios-y-criticas-al-articulo-286-bis-cp-/>.

²⁴⁷ Alfonso Reyes Echandía, "Derecho Penal", Editorial Temis Obras Jurídicas, Bogotá, Colombia, 2017, 108.

²⁴⁸ Berenguer Pascual, *El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios*. 143.

²⁴⁹ Patricia Faraldo-Cabana, "Hacia Un Delito de Corrupción En El Sector Privado," *Estudios Penales y Criminológicos*, 2002. 76.

La ventaja indebida, la persona quien la reciba, no tiene ni el deber, ni el derecho, ni la facultad de recibirla, o sea un incumplimiento de las obligaciones que tenga esta persona²⁵⁰. No se define si la ventaja o ese beneficio tiene que ser necesariamente un contenido patrimonial o si es posible admitir cualquier tipo de ventaja.

Es importante mencionar, que, como ventaja indebida, deja afuera los regalos hechos a las personas, de acuerdo con los usos del tráfico o de cortesía²⁵¹, los regalos de poca insignificancia económica, se considera que difícilmente pueda variar la decisión que pueda adoptar el beneficiario sobre la libre concurrencia o que pueda ser entendido como admisible según la costumbre. Es posible que la realización de este tipo de prácticas se justifique como “actos socialmente tolerados” o como actos insignificantes o no lesivos del bien jurídico y, por tanto, no punibles²⁵².

Las ventajas indebidas deben ser solicitadas, recibidas, prometidas, ofrecidas, o dadas a cambio de que la persona, realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo las obligaciones. Si la persona obtiene o pretende obtener una ventaja indebida a través de la venta de su posición, el particular persigue que la persona realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones²⁵³.

²⁵⁰ *Ibíd.* 77.

²⁵¹ Se pone de ejemplo, los regalos que muchas veces realizan las empresas para navidad, o por su cumpleaños, invitaciones a eventos sociales, prestaciones. Se expresa que ante esto es importante tomar en cuenta el principio de insignificancia y de adecuación social, de forma que queden excluidos del delito las entregas u ofertas de cosas que o bien por su insignificancia no son objetivamente adecuados para motivar a la persona, a incumplir sus obligaciones. *Ibíd.*

²⁵² Eduardo De Porres and Ortiz D E Urbina, “El Delito de Corrupción Privada,” 2012. 3.

²⁵³ Faraldo-Cabana, “Hacia Un Delito de Corrupción En El Sector Privado.” 79.

La contraprestación de la persona puede ser tanto activa, realizar un acto, como omisiva, abstenerse de realizar un acto, en ambos casos incumpliendo sus obligaciones.

El beneficio o ventaja debe realizarse en interés y provecho del propio administrador, directivo, empleado o colaborador a quien se haga el ofrecimiento o concesión (modalidad activa) o al que la reciba, solicite o acepte (modalidad pasiva). Sin embargo, no existirá delito cuando se ofrezca el beneficio a la propia empresa²⁵⁴, ya que uno de los bienes jurídicos que se protege es el patrimonio de la propia empresa, y si la ventaja va para el mismo patrimonio de la empresa, no hay una lesividad.

4.1.2.2 No justificable.

La ventaja o beneficio de cualquier naturaleza debe ser no justificables. Este elemento es difícil de determinar. Encinar del Pozo, expresa que para determinar lo no justificable, hay que recurrir ante los convenios internacionales²⁵⁵.

Primero no encontramos ante el Convenio Penal del Consejo de Europa sobre la Corrupción del 27 de enero de 1999, en el que la Rapport Explicatif, indica que el término "indebida" debe interpretarse, a los efectos de la Convención, en el sentido de algo que el destinatario no está legalmente facultado para aceptar o recibir. Para los autores de la Convención, el adjetivo "indebida"

²⁵⁴ Un ejemplo, el proveedor de hostelería que ofrece un préstamo o mil litros de cerveza gratis al empresario que va a montar un nuevo establecimiento, a condición de que adquiera sus productos en exclusiva durante un determinado período, y no los de la competencia, no realiza el delito de corrupción entre particulares, aun cuando la ventaja entregada tenga por objeto excluir a la competencia, porque lo único que está haciendo es realizar una mejor oferta o propuesta más atractiva para la entidad que otros competidores Porres and Urbina, "El Delito de Corrupción Privada."

²⁵⁵ Pozo, "El Delito de Corrupción Entre Particulares Del Artículo 286 Bis Del Código Penal."

pretende excluir ventajas permitidas por la ley o los estatutos, así como obsequios de escaso valor o regalos socialmente aceptables²⁵⁶.

La ventaja debe ser injustificada, pero injustificada ante quien, ante obligaciones que deba tener la persona. Este elemento normativo es de difícil precisión, ya que las obligaciones variaran conforme al rol que desempeñe la persona. Además, las acciones de la persona deben ser no justificables ante las reglas de la competencia o libre mercado, el cual no es una tarea sencilla de determinar, debido a que es difícil establecer una línea entre las acciones socialmente válidas y las que no lo son.

“El incumplimiento de sus obligaciones” es claramente un elemento normativo del tipo, al tener que integrarse éste con normas extrapenales que no solamente nos servirán de clave interpretativa, sino de complemento del precepto por vía de remisión. No es propiamente un tipo penal en blanco, pero este elemento atrae al mismo toda la legislación principalmente de naturaleza mercantil sobre los deberes de los administradores sociales, pero también las normas civiles sobre tal contratación, que se han de traducir en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales²⁵⁷.

El incumplimiento de obligaciones, está ligado a una naturaleza contractual, contemplado ya sea en la ley o de forma contractual. El contrato crea obligaciones para las partes contratantes, por lo que, ese incumplimiento deberá ser determinado a través del acto jurídico al que esté ligado la persona.

4.1.3. Sujetos

La clasificación de los sujetos intervinientes en la corrupción privada, se basa como primer parámetro en la división de la corrupción pasiva y activa. Las

²⁵⁶ Europe, “Rapport Explicatif.”

²⁵⁷ Melgar, “La Corrupción En El Sector Privado.” 5.

diferentes regulaciones tanto de forma internacional como regulaciones propias de cada país, hacen una diferenciación entre los sujetos activos y pasivos de la corrupción.

La corrupción activa existiría cuando un sujeto promete, ofrece o concede la dádiva o ventaja; mientras que la corrupción pasiva existiría si la recibe, solicita o acepta, básicamente esa sería la diferencia principal, por la cual, se regula en diversos ordenamientos en diferentes articulados.

4.1.3.1 Sujeto Activo.

Es necesario establecer qué tipo de persona, es la que es capaz de cometer el delito. En este caso, una persona física, y al comenzar la descripción típica con la mención: “*quien por sí o por persona interpuesta...*”²⁵⁸, nos conduce a entender que se trata de un delito común, es decir, no especial o propio, como ocurre en la corrupción pasiva, que puede, en consecuencia, cometer cualquier persona, no exigiéndose ninguna relación o vinculación con el ámbito de concreción del bien jurídico protegido, y que tanto puede perpetrarse si la conducta desplegada por el sujeto activo se realiza personalmente por el mismo, como si se utiliza un intermediario para verificar tal comportamiento típico, lo que nos sitúa en los márgenes de la autoría mediata²⁵⁹.

Hay cierto sector de la doctrina, que no concuerda que estemos hablando de un delito común, donde el sujeto activo pueda ser cualquier persona, sin reunir ningún requisito previo para poder realizar la acción típica, se dice que en realidad nos encontramos ante un delito especial.

²⁵⁸ Regulación española artículo 286 Bis. Del Código Penal Español.

²⁵⁹ Melgar, “La Corrupción En El Sector Privado.” 9.

La doctrina mayoritaria se decanta por afirmar que la modalidad incentivadora se configura como un delito común, es decir, que esta vertiente delictiva la puede cometer cualquier persona, sin necesidad de acreditar que concurre en ella ninguna cualidad subjetiva especial²⁶⁰.

En el tipo penal únicamente se emplea la expresión genérica “*quien, por sí o por persona interpuesta*”, por lo que la opción del legislador en este caso habría sido no limitar expresamente el círculo de sujetos activos. Y mal desencaminada no estaría la idea, porque aun siendo cierto que, en general, quien cometa este delito será un administrador, directivo o empleado de una entidad mercantil, en verdad no existe ningún obstáculo gramatical para entender que el tipo penal también puede ser realizado por otros sujetos distintos (como, por ejemplo, el consumidor, o el titular de una empresa que pretenda beneficiarse de la contratación ilícita, o incluso un tercero que quiera favorecer a otra empresa)²⁶¹.

En apoyo de esta posición doctrinal, y teniendo también en cuenta el elemento del incumplimiento de obligaciones, se ha señalado que lo lógico sería pensar que la modalidad de corrupción activa se configura como un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona; pero si el sujeto activo no debía infringir un deber específico que le incumbiera (delito común), carecería de sentido que esta modalidad de corrupción activa tuviera atribuida la misma pena que la corrupción pasiva, en la que el autor sí debía infringir tal deber. La imposición de la misma pena a quien ofrece la dádiva que a quien la acepta sólo sería admisible si ambos infringen un deber especial, lo que es un argumento a favor de considerar que el sujeto activo de la corrupción activa también debe infringir tal deber y que, en consecuencia, el autor debe ser

²⁶⁰ Berenguer Pascual, *El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios*. 226.

²⁶¹ *Ibid.* 227.

también un administrador, directivo, empleado o colaborador de una empresa o entidad²⁶².

Además, se debe de tener en cuenta que el círculo de sujetos activos debe también limitarse a los competidores o personas que actuaran en interés de un competidor, sin extender el tipo a cualquier tercero privado que no actuara con fines concurrenciales²⁶³.

4.1.3.2 Sujeto Pasivo.

El sujeto pasivo no puede ser la misma empresa u organización para la que trabajan tales sujetos, pues si la ventaja o el beneficio se ofrecen a la misma, y no al directivo o administrador, por ejemplo, el incentivo en cuestión no forma parte más que un aliciente para fomentar la competencia leal, y desde luego, que se encontraría fuera del tipo. En cualquier caso, hemos de poner de manifiesto que la primera mención relativa a estos sujetos es sumamente amplia, de modo que cualquier componente personal al frente de las entidades que diremos, tiene la característica de poder constituirse en sujeto pasivo del soborno. El tipo se refiere expresamente a “directivos, administradores, empleados o colaboradores”, en búsqueda de un concepto omnicomprendido²⁶⁴.

4.1.3.2.2 Empresarios.

El empresario es quien ejerce una actividad empresarial en nombre propio. Y dentro de esta categoría conceptual estaremos ante un empresario individual

²⁶² Ibid.

²⁶³ Francisco Javier González Blesa, “Delito de Corrupción Entre Particulares: Comentarios y Críticas Al Artículo 286 Bis CP.,” *Noticias Jurídicas* 1, no. 1 (2012): 1–16, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4761-delito-de-corrupcion-entre-particulares:-comentarios-y-criticas-al-articulo-286-bis-cp/>. Visto a las 22:45 del día 25/03/2022.

²⁶⁴ Melgar, “La Corrupción En El Sector Privado.” 11.

cuando sea una persona natural quien ejercita en nombre propio, por sí o por medio de representante, una actividad constitutiva de empresa; y ante un empresario colectivo cuando, con igual fin, éste adquiera forma de persona jurídica²⁶⁵.

De este modo, dos serían los grandes grupos de casos que habría que diferenciar: el primero, por ejemplo, cuando la comisión sea ofrecida o entregada al titular o dueño de un negocio, como así sucedería con el autónomo que regenta un establecimiento comercial (empresario individual); y el segundo, por ejemplo, cuando quien deba recibir la dádiva sea la propia compañía constituida en forma de persona jurídica (empresario colectivo). El segundo supuesto es un poco complicado en relación a la falta de regulación e la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico.

El empresario como posible sujeto de la configuración del delito, no ha sido incluido en las diferentes regulaciones del Derecho Comparado, puesto que como se dijo en capítulos supra, hay teorías sobre la protección del patrimonio del empresario, como objetivo principal sobre la regulación de este delito. Martínez Bujan Pérez, expresa que la no inclusión de los titulares de las empresas, o en su caso los socios en el círculo de sujetos activos, supone el abandono de un modelo puro de corrupción entre particulares, asentado exclusivamente en el bien jurídico de la competencia, y el tránsito hacia un modelo patrimonialista, como se ha dicho al inicio de este párrafo²⁶⁶.

²⁶⁵ Berenguer Pascual, *El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios*. 241.

²⁶⁶ Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de La Empresa. Parte Especial*, Tirant lo (Valencia, 2015). 392.

4.1.3.2.4 Empresas.

Si bien es cierto las empresas como se les denomina comúnmente, pero en realidad son sociedades mercantiles, como personas jurídicas y no como empresas individuales, suelen tener una participación directa en la dinámica de configuración del soborno particular, puesto que, del actuar de los empresarios, socios, directores o administradores, uno de los supuestos el más beneficiado ante prácticas anticompetitivas sería el patrimonio de la empresa.

En relación a este apartado, es necesario determinar, a qué tipo de empresas no estamos refiriendo, que es a las sociedades mercantiles, ya que en la doctrina Europa e internacional, hay mucha discusión en cuanto a la inclusión de personas jurídicas que no tienen fines lucrativos.

El autor Martínez-Buján Pérez, expresa que la reforma que se le realizó a la regulación española en 2015, limitó a denominación de las entidades privadas a una empresa mercantil o una sociedad, suprimiendo la referencia de la redacción anterior a una sociedad, fundación u organización, según la redacción antes de la reforma, se venía advirtiendo acerca de que la “sociedad, asociación, fundación u organización” no aparecían adjetivadas con más requisitos que el de participar en el mercado adquiriendo bienes o servicios, siendo indiferente si dicha participación se efectuaba, o no, con ánimo de lucro; así las cosas, se aducía que el delito podrá realizarse en el marco de una ONG que desea adquirir bienes o contratar servicios²⁶⁷.

Como se ha dicho en párrafos supra, responsabilizar penalmente a la persona jurídica involucrada en el soborno particular, no es posible por la falta de

²⁶⁷ Ibid. 393.

regulación hacía la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero a pesar de ello, es importante determinar sobre que actores recae este delito.

1) Sociedades mercantiles.

El C. Com., el cual entró en vigencia a partir del uno de abril de mil novecientos setenta y uno, a partir del Libro Primero “Comerciantes y sus Auxiliares”, Título II, “Comerciante Social”, en su Art. 2, romano II, expresa: *“a las sociedades que se llaman comerciantes sociales”*. Las sociedades de capitales, se encuentra regulada a partir del capítulo VI, cuyas disposiciones generales se encuentran a partir del Art. 126 al Art. 128.

2) Asociaciones y Fundaciones.

La Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, promulgada el día 21 de noviembre de 1996, y cuyo objeto consiste en crear un régimen jurídico para aquellas *“asociaciones y fundaciones que no persigan el enriquecimiento directo de sus miembros, fundadores y administradores”*. Sobre las definiciones de asociaciones y fundaciones, los Arts. 9, 11 y 18 de la Ley prescribe lo siguiente: *“Se entenderán por Asociaciones aquellas personas jurídicas de derecho privado, que se constituyen por la agrupación de personas para desarrollar de manera permanente cualquier actividad legal”*; *“Se entenderán por fundaciones, las entidades creadas por uno o más personas para la administración de un patrimonio destinado a fines de utilidad pública, que los fundadores establezcan para la consecución de tales fines”*.

El Art. 5, de la citada ley establece lo siguiente *“Las asociaciones y fundaciones no tendrán responsabilidad penal, pero serán civilmente responsables de los daños ocasionados por los delitos o faltas cometidos por sus administradores o miembros actuando a su nombre, en los términos señalados por la legislación penal”*.

4.1.3.2.2 Directivos o administradores.

Aquellos que tengan un mando o poder, de naturaleza jurídica, en el sentido de que sus decisiones puedan estar relacionadas y obliguen en el ámbito de la contratación de la empresa²⁶⁸. Los administradores de hecho y de derecho, están vinculados a las empresas o sociedades, por las leyes mercantiles, como en nuestra regulación, que el C. Com.²⁶⁹, en el que se le exige una serie de responsabilidades y prohibiciones establecidas a partir del artículo 254 y siguientes del C. Com.

Los directores, administradores o gerentes, según el Código de Trabajo, son las personas que ejercen funciones de dirección o de administración en la empresa, estableciendo un centro de trabajo²⁷⁰.

A los administradores o gerentes les corresponde realizar todas aquellas actividades necesarias o convenientes con la promoción del objeto y fin social de la empresa o sociedad, tanto desde un punto de vista interno (gestión), como desde un punto de vista externo (representación). Siendo precisamente en esta capacidad de gestionar y representar a la empresa donde existe el riesgo de que el órgano de administración pueda incurrir en conductas de soborno comercial²⁷¹.

La capacidad de gestionar y representar de los administradores o gerentes, debe estar contenidas en el pacto social, disponiendo en ello las facultades o

²⁶⁸ Melgar, "La Corrupción En El Sector Privado".

²⁶⁹ www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072920482_archivo_documento_legislativo.pdf. Visto a las 21:02 del 25/03/2022.

²⁷⁰ Artículo 3 del Código de Trabajo de El Salvador. Consultado en <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/gd-usulután/documents/192280/download>. Visto a las 23: 25 del día 27/03/2022.

²⁷¹ Berenguer Pascual, *El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios*. 229.

atribuciones que les hayan conferido, ya sea a un administrador único o varios administradores, o gerentes, para que actúan de manera conjunta o separada.

Los administradores, directores o gerentes, personas que ocupen un cargo de decisión dentro de la empresa o sociedad, que tenga un rol con capacidad real de decisión, y que desde esta capacidad de decisión pueda lesionar el bien jurídico protegido por la norma penal.

4.1.3.2.3. Empleados.

Según el Código de Trabajo, son todas aquellas personas que prestan un servicio o que ejecutan la obra²⁷². El Estatuto de los Trabajadores en su artículo primero, dice que los empleados o trabajadores son aquellos que voluntariamente prestan sus servicios por cuenta ajena, y de forma remunerada, dentro del ámbito de organización y dirección de su empleador o empresario, pudiendo ser este último una persona física o una jurídica²⁷³.

Pero, además, por empleado podemos entender aquella persona que mantiene una relación laboral con la empresa, o lo que es lo mismo, desempeña una actividad laboral para la misma²⁷⁴.

No obstante, este concepto laboral en ocasiones puede resultar insuficiente, dado que puede haber ocasiones en las que una persona desempeñe una relación laboral pero no es reconocida como tal por la empresa. Por eso en el ámbito penal (concretamente en lo que atañe a los delitos contra los trabajadores) se ha adoptado una noción más amplia de trabajador, en la que

²⁷² Artículo 17 del Código de Trabajo de El Salvador. Consultado en <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/gd-usulután/documents/192280/download>. Visto a las 23: 55 del día 27/03/2022.

²⁷³ Berenguer Pascual, *El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios*. 235.

²⁷⁴ PÉREZ FERRER, F., El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, en *La nueva regulación de la corrupción*, Cuadernos Digitales de Formación, 1/2012, CGPJ, 16.

resulta irrelevante que la persona en cuestión se encuentre en una situación contractual regular o irregular²⁷⁵.

Sin embargo, si el trabajador dispone o no de capacidad de decisión en la empresa es un aspecto que caracteriza la idoneidad lesiva de su conducta, pero no permite describir al sujeto activo como una cualidad subjetiva. El empleado de una entidad privada (como sujeto típico) lo es con independencia de su mayor o menor poder de decisión en ésta. Y en este sentido el tipo penal no admite limitaciones o matizaciones²⁷⁶.

Por otra parte, quedan fuera del tipo quienes tengan mando en el proceso productivo o en otra de sus facetas, pero no la tengan con funciones estrictamente relacionadas con la contratación de la entidad mercantil o privada²⁷⁷.

De las personas citadas, únicamente tienen una esfera jurídica definida por las correspondientes leyes mercantiles o laborales, los administradores sociales y los empleados o dependientes laborales, con atribución de poderes jurídicos al efecto. Los primeros, por las leyes reguladoras de las sociedades mercantiles, y los segundos, por tener un vínculo de naturaleza contractual de trabajo.

Los directivos han de ser aquellos sujetos en la cúspide de la entidad, generalmente unidos a la misma mediante contratación especial de alta dirección. El concepto de colaborador es mucho más difuso, y puede ser cualquier persona que esté unida por un vínculo, de la especie que sea con la entidad, pero con el que tenga al menos una cierta capacidad de influencia en

²⁷⁵ Berenguer Pascual, *El Delito de Corrupción Privada En El Ámbito de Los Negocios*.

²⁷⁶ Ibid. 239.

²⁷⁷ Melgar, "La Corrupción En El Sector Privado." 23.

su seno, derivada de alguna relación, que el tipo no define, y que habrá de conectarse con la capacidad de contratación.

4.2 Casos prácticos.

Caso extranjero.

Jack Grubman²⁷⁸ era un analista de Citigroup. Hijo único de una familia modesta de Filadelfia, había conseguido cosas importantes en la vida, como diplomas universitarios en matemáticas y estadística, un empleo en AT&T y, finalmente, un puesto estrella como analista de telecomunicaciones en Salomón Smith Barney, la banca de inversiones de Citigroup, con una remuneración anual estimada de unos 20 millones de dólares. Pero no había logrado que sus hijas gemelas fueran admitidas en una guardería de alto nivel de la calle 92Y de Nueva York.

La historia, desvelada por The Wall Street Journal sobre la base de los documentos de una querrela de Eliot Spitzer, fiscal general del Estado de Nueva York, contra Citigroup, por supuestos conflictos de intereses entre sus divisiones de banca de inversión y banca corporativa, apunta a que Sanford Weill, presidente de Citigroup, facilitó a Grubman la entrada de sus hijas en la escuela, apoyándola con una donación del banco por un importe de un millón de dólares. La contrapartida fue la revisión de la valoración (de “neutral” a “comprar”) que Grubman hizo de las acciones de AT&T, en octubre de 1999, un mes antes de la oferta pública de venta de las acciones de AT&T Wireless. De este modo, Citigroup consolidaba la importante cuenta de AT&T; Sanford Weill conseguía el apoyo de Michael Armstrong, presidente de AT&T y miembro del consejo de Citigroup, en su intento de desplazar a John Reed

²⁷⁸ Antonio Argandoña, “La Corrupción En El Sector Privado,” *IESE Business School, Universidad de Navarra* 3 (2003).

como copresidente del grupo, y Jack Grubman lograba la admisión de sus hijas en la escuela que deseaba. Unas semanas después, Grubman volvió a bajar la calificación de AT&T.

La práctica corrupta: los bancos de negocios ofrecían a clientes privilegiados tales como los dirigentes de las empresas WorldCom, Qwest, Metro Media y otras, paquetes de acciones de empresas que ellos habían hecho entrar en la Bolsa. Estos clientes revendían las acciones en cuestión algunos días después de su ingreso en la Bolsa, en plena euforia de los mercados, retirando de esta manera beneficios considerables. Por medio de esta práctica, los bancos de negocios intentaban convencer a grandes clientes para que recurrieran a sus servicios en contratos importantes. En septiembre de 2002, B. Ebbers y cuatro otros dirigentes de empresas fueron objeto de demandas judiciales por parte del fiscal general de Nueva York, Eliot Spitzer, quien exigió de ellos el reembolso de 28 millones de dólares que habían sido obtenidos gracias a los regalos corruptores de los bancos de negocios²⁷⁹.

Sobre este caso el periodista Ricardo Martínez, del periódico español EL PAÍS, expone los actos reformados, expresando que los acusados tuvieron que realizar reformas estructurales en el modo de actuar. (1) Los analistas no acompañaran a los bancarios en sus visitas a las empresas; (2) Analistas y bancarios trabajarán con independencia mutua; (3) Las retribuciones de los analistas dependerán de su capacidad profesional como tales y no de la de conseguir negocio para el banco; (4) sus análisis quedarán expuestos en los webs del banco para que los inversores pueden evaluar la calidad de los juicios emitidos; (5) firmas deberán comunicar los negocios que tienen o esperan tener con las sociedades analizadas.

²⁷⁹ Eric Toussaint, *La Bolsa o La Vida Las Finanzas Contra Los Pueblos* (Quito, 2003). 93.

En cuanto al daño ocasionado a terceras personas, todos los bancos han aceptado las sanciones y el nuevo código de conducta, pero ninguno ha reconocido haber incurrido en conducta delictiva. Los 1.400 millones apenas constituyen el 7% de los beneficios del pasado año y se compensarán pronto. Eliot Spitzer, el incansable fiscal, ha dejado el portillo abierto a futuras litigaciones de damnificados al acusar de fraude a Salomón, Smith, Barney, la rama de negocios de Citigroup, a Merrill Lynch y a Crédit Suisse First Boston, cuyos directivos y analistas no están cubiertos por el acuerdo que deja fuera del banquillo a las compañías²⁸⁰.

Caso salvadoreño.

En abril de 2008, la Superintendencia de Competencia inició el procedimiento sancionador y allanó las instalaciones de MOLSA y HARISA para recabar evidencia de un posible acuerdo entre competidores. Con la prueba recabada se demostró que dichas empresas acordaron repartirse el mercado en 55% y 45%, respetivamente. En consecuencia, el Consejo- Directivo de la Superintendencia sancionó a tales agentes económicos, ordenando el cese del acuerdo anticompetitivo; la abstención de intercambiar datos o información sensible y relacionada con producción, ventas, precios y clientes; y el pago de las multas de \$1,971,015.16, por MOLSA, y de \$2,061,406.20, por HARISA. Los montos de estas multas equivalen al 3% de sus respectivas ventas registradas en el año 2007.

Inconformes con esta sanción, las empresas impulsaron juicios contenciosos administrativos en contra de la SC. En el promovido por MOLSA, el tribunal falló inicialmente (enero de 2012) en contra de esta Superintendencia declarando ilegal su resolución. Como reacción, la SC presentó (febrero de

²⁸⁰ https://elpais.com/diario/2003/05/04/negocio/1052052082_850215.html. Consultado a las 22:02 del día 15/04/2022.

2012) demanda de amparo ante la Sala de lo Constitucional, quien falló a su favor (octubre de 2014) declarando inconstitucional la sentencia de la SCA y ordenándole a emitir una nueva.

En mayo de 2017, la Sala de lo Contencioso Administrativo (SCA) de la Corte Suprema de Justicia declaró legal las sanciones impuestas por la SC a las harineras, debiendo hacer efectivo el pago de su respectiva multa: \$1, 971,015.16, por MOLSA, y \$2, 061,406.20, por HARISA. Esta última pagó voluntariamente la multa en agosto de 2017; mientras que, en el caso de MOLSA, la FGR procedió a un proceso judicial de ejecución de sentencia en el que efectuó el embargo de sus cuentas bancarias para el pago efectivo realizado el 15 de agosto de dos mil dieciocho.

Según estimaciones de la SC, el acuerdo entre estas dos harineras les habría lucrado por más de USD \$10 millones cada uno de los tres años que fue investigado el cártel, dado el sobreprecio generado artificialmente, el cual se ha calculado en un 22%. El pago de las multas que impone la SC es tramitado por la FGR; cuando es efectivo, los montos son trasladados al Fondo General de la Nación. Esta práctica anticompetitiva habría implicado, según estimaciones de la institución, un sobreprecio para los consumidores de \$25 millones por la harina de trigo comprada, entre noviembre de 2008 y diciembre de 2010. Según la encuesta de Hogares y Propósitos Múltiples (realizada en 2006) cerca del 96% de los hogares salvadoreños consumen pan, por lo que la práctica habría generado un daño significativo en la economía²⁸¹.

El anterior caso es un ejemplo determinante del actuar de muchas empresas en el mercado, en el que los directivos o empresarios, realizaron comportamientos en el que se ocasionó daños al libre mercado y a la libre

²⁸¹ <https://www.sc.gob.sv/index.php/sc-cierra-caso-mas-emblematico-de-practica-anticompetitiva-entre-harineras/>. visto a las 19:45 del día 28/03/2022

competencia, limitando el derecho de competitividad a los demás empresarios que se dedicaban al rubro de la producción de harina, daños económicos incuantificables a los consumidores del producto y a la economía en general del país, ya que el aumentar o fijar precios en el mercado, impedían el normal desarrollo de la economía.

Como se ha expuesto, la empresa HARISA, hizo efectivo el pago de la multa impuesta por la SC, pero en el caso de MOLSA, la FGR, tuvo que utilizar sus facultades coercitivas estipulada en la Cn. en su art. 193, defendiendo los intereses del Estado y la sociedad en general, iniciando un proceso judicial de ejecución de sentencia en el que efectuó el embargo de sus cuentas bancarias.

Lo anterior deja entre ver, que, para algunos actores económicos, el derecho administrativo sancionador, les resulta un procedimiento sin relevancia, por lo que, la introducción de esta figura delictiva, estaría llamada a resolver casos como el señalado, a través del Derecho Penal. Además, la acción que se realizó de ejecutar la sentencia mediante el embargo de las cuentas bancarias, es una sanción contra la empresa en sí, pero a los sujetos que actuaron bajo la empresa, no se les castigó por sus acciones, generando hasta cierto punto, un tipo de impunidad, que, a la larga en una sociedad, lo que genera es un tipo de aceptación implícita a estas conductas, normalizándolas como el medio o la forma de operar en cualquier actividad económica o financiera.

Y es a lo que nos referíamos al inicio de esta investigación, una lesividad inducida, que supone que los actores económicos decentes, se ven apartados del mercado, si no se adhieren a las reglas corruptas del sistema.

Lo anterior supone un cambio de paradigma en la concepción dogmática tradicional, ya que estas nuevas realidades surgidas a partir del fenómeno de la globalización y de cambios sociales y culturales.

4.3. Propuesta de lege ferenda.

Este apartado, pretende contener una propuesta de regulación al otorgarle reconocimiento a la lesividad de bienes jurídicos protegidos por el Estado salvadoreño, que presenta la corrupción efectuada en el marco de las relaciones llevadas a cabo exclusivamente entre particulares, comúnmente denominada como soborno particular, o corrupción en el sector privado.

La propuesta de incorporación de dos apartados normativos al Derecho penal sustantivo, es pertinente luego del análisis realizado a los aspectos más esenciales sobre la tipificación de la corrupción en el sector privado, usando los presupuestos básicos del tipo penal, para realizar dicha propuesta. Se ha tomado en cuenta a la hora de redactar un apartado normativo.

El apartado normativo debe contener el deber jurídico penal, que es la restricción al sujeto activo, ya sea de una acción u omisión de acuerdo a sus obligaciones o deberes que tenga para sí o ante terceros, desde la figura que este represente, lo cual es un aspecto muy esencial, porque aquí entra el apartado del sujeto activo o el pasivo, según sea quien ofrece o quien la solicita, y el rol que estos desempeñan en la sociedad o entidad.

Se debe establecer la figura, como empresario, director, gerente, administrador o ejecutivo principal, e incluso empleado o colaborador, de la empresa o entidad. Sobre la especificación normativa, hay muchos autores que han expresado que no es necesario especificar un rol dentro del elemento normativo, porque lo esencial es la acción u omisión que se realiza.

Se debe de determinar la conducta típica del sujeto, que serán ofrecer, ofertar, dar o consentir una ventaja indebida para sí para un tercero, en el caso de la corrupción activa, y en el de la pasiva, que el sujeto realice solicitar, aceptar, recibir un beneficio económico por sí o para un tercero.

El otro presupuesto normativo que debe de contener es el objeto material del tipo, que como ya se ha desarrollado en este capítulo tiene que especificarse la ventaja indebida, que esa ventaja sea de orden patrimonial, no justificable que reciba la persona, el incumplimiento de las obligaciones o deberes contractuales.

En la relación a las consecuencias jurídico penales, que estos sujetos tendrían, sería una pena con orientación de manera preventiva general, ya que, en un estricto sentido, lo que se busca es una forma de limitar las mala conductas reportadas por los sujetos que participan en el libre comercio. Por lo que, usar medidas irrespetando el principio de proporcionalidad a los hechos atribuidos, sería una limitación a derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República.

Las medidas a imponer, deben ser acorde a la gravedad o perjuicio económico provocado, ya sea dañando la libre competencia o el patrimonio de empresas que resulten perjudicadas ante el actuar de los sujetos activos. Como ya hemos visto, en los sistemas normativos de diferentes países y en la doctrina en general, se busca siempre solventar estos comportamientos ante instancias propias del Derecho Empresarial y administrativo, que, ante el Derecho Penal, haciendo uso del principio de intervención mínima.

Las sanciones a estipularse en el artículo deberían ser proporcional al daño causado, iniciando con multas, a la suspensión temporal de actividades, y a una prisión menor cuando el daño ocasionado lo amerite.

La propuesta de redacción del artículo, podría ser ubicada sistemáticamente dentro del título IX “Delitos relativos al orden socioeconómico”, Capítulo II “De los delitos relativos al mercado, a la libre competencia y la protección del consumidor”. Lo anterior, en razón que hay que recordar el ámbito de protección de esta figura delictiva, y por la teoría de protección, por la que se ha decantado en esta investigación, la cual consiste en la protección de los particulares, un mercado libre y justo para poder realizar las diversas actividades económicas, garantizando la protección al patrimonio de las empresas, ante cualquier eventualidad en el accionar de los particulares que intervienen en las diversas actividades económicas, financieras y comerciales.

La propuesta de redacción del articulado es la siguiente:

SOBORNO ENTRE PARTICULARES.

“Artículo 239-A. - El que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para favorecer o por haber favorecido en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar, será sancionado de cien a doscientos días multas. Si el perjuicio ocasionado recae sobre la colectividad la sanción será de seis meses a dos años de prisión.

Artículo 239-B. - El que prometiére, ofreciere o consintiere en dar a un empleado o mandatario un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para favorecer o por haber favorecido en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar, será sancionado de cien a doscientos días multas. Si el perjuicio ocasionado recae sobre la colectividad la sanción será de seis meses a dos años de prisión”.

Además, es necesario hacer mención, que no se consideró la incorporación del Fraude Deportivo como una forma de corrupción en el sector privado, debido a que tal y como consta en el Decreto Legislativo número 313 de fecha dieciséis de marzo del año dos mil dieciséis, en el considerando número III, *“Que el deporte, en general, juega un rol importante en la integración de valores positivos en la sociedad; sin embargo, se ha visto salpicado por el accionar de las redes de delincuencia organizada nacional e internacional en la compra de encuentros deportivos profesionales a costa de socavar la institucionalidad y los valores de la ética, la justicia y la democracia”*, el ámbito de protección de dicha figura delictiva radica en la pureza de los resultados deportivos, el patrimonio de los espectadores, patrocinadores de las instancias públicas que intervienen para su promoción y desarrollo.

Un ámbito de protección totalmente distinto al del soborno en el sector privado, que lo que busca como ya se ha dicho es proteger el libre mercado, el orden socioeconómico, el patrimonio de la empresa y de los ciudadanos en general que se vean perjudicados por el cometimiento de este tipo de conductas, por ello los sistemas normativos que incluyen ambas figuras delictivas dentro de un mismo articulado, han sido duramente criticados, pues la tutela es diferente, así como lo han expresado en los considerandos, del Decreto en el que se reforma el Código Penal y se incorpora como delito el Fraude Deportivo.

CONCLUSIÓN

Los actos de corrupción en el sector privado representan una vulneración de los valores de lealtad y confianza necesarios para el mantenimiento y el desarrollo de las relaciones sociales y económicas.

La política criminal bien orientada debe partir de un objetivo claro: la necesidad de hacer frente a los elementos que le dan vida: su motivación desordenadamente lucrativa, el perfil psicológico característico de sus sujetos activos y la inadecuada percepción que tiene la sociedad de estos delitos a pesar de ser su más directa víctima. Asimismo, previo a la criminalización de conductas, debe demostrarse la conexión real entre el bien jurídico y el funcionamiento del sistema económico.

Las empresas privadas suelen ser las que están en mejores condiciones de individualizar y detectar las irregularidades indicativas de comportamientos corruptos. A su vez, sucede a menudo que también son víctimas de las prácticas corruptas a las que recurren sus competidores para obtener ventajas desleales e ilícitas. Por ende, la cooperación entre el sector privado y los organismos encargados de hacer cumplir la ley actual como factor preventivo y disuasivo de la comisión de actos de corrupción.

Está demostrado que la corrupción obstaculiza la inversión nacional y extranjera, reduciendo así el crecimiento económico, restringe el libre comercio y distorsiona los comportamientos leales de los diferentes empresarios que participan en la dinámica empresarial.

La corrupción debilita el sistema financiero al tiempo que refuerza la economía sumergida, fomentando las prácticas anticompetitivas, el pago de sobornos, y demás acciones.

Las empresas que no accedan a participar en el juego del soborno, no tendrán verdaderas oportunidades de competir frente a las que, si lo hacen, generándose así un eventual, pero más significativo, daño social en el sistema, puesto que se instauraría la creencia de que sólo quienes pagan consiguen obtener contratos, desincentivando la inversión y la creación de negocios.

La protección penal de los denominados bienes jurídicos difusos o colectivos es legítima constitucionalmente, cuando su protección se muestre necesaria para proteger las condiciones que permitan un óptimo desarrollo personal de cada uno de los miembros de la sociedad. Por ello es importante determinar el bien jurídico que se pretende proteger con la criminalización de esta conducta.

La creación de supuestos normativos regulatorios en la corrupción privada, provoca que el mercado resulte favorecido, con la aplicación de prácticas competitivas, libres de acciones que desequilibren las relaciones entre comerciantes, al generar productos de calidades y precios competitivos, y promover la innovación en la industria, lo que genera una mejor dinámica comercial al provocar mayores consumos, e incrementar la inversión en rubros como la publicidad.

La protección a estos bienes jurídicos de manera conjunta, parece ser no muy acertada para muchos, pero lo cierto es que combina las necesidades protección de los particulares, un mercado libre y justo para poder realizar las diversas actividades económicas y que se garantice la protección al patrimonio

de las empresas, ante cualquier eventualidad en el accionar de los particulares que intervienen.

La determinación del interés de protección de la corrupción privada, ha sido un poco confuso, debido a que se realizó un análisis investigativo al Derecho Comparado, para tener un parámetro como objeto de protección a la hora de criminalizar esta conducta, teniendo como resultado diversos modelos de criminalización bajos los diversos intereses de cada sociedad y el daño ocasionado.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Abboud, Alexandra, "Temas de la democracia: cómo combatir la corrupción", E. Jornal USA, vol. 11, núm. 12, 2006.

Arrieta Gallegos, Manuel, "El Nuevo Código Penal Salvadoreño" San Salvador, El Salvador, 1973.

Artaza Varela, Osvaldo, "Corrupción entre particulares: lesividad de la conducta". En G. Heine, B. Huber y T. Rose (Eds.), Private commercial bribery. A comparison of national and supranational legal structures (Vol. S. 94)

Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adrián (coord.), "Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude", Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.

Enrique Bacigalupo.

"Manual de Derecho Penal", Ed. Temis, Colombia, 1994.

"Principios de Derecho Penal", Madrid, 1997.

Bajo Fernández, Miguel, "La Delincuencia Económica desde el punto de vista Criminológico", en Silvina Bacigalupo, "Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa", ARA editores, Lima 2005.

Berdugo Gómez de la Torre Bechara, Estudios Sobre La Corrupción, Una Reflexión Hispano Brasileña, Graficas L (Salamanca, 2012).

Berenguer Pascual, Sergio “El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios”, Boletín O, (Madrid, 2020).

Cortina, Adela, “El paradigma ético del Estado Contemporáneo, en la corrupción al descubierto”, Bogotá, 1994.

De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “La Criminalización de la Corrupción en el Sector Privado, ¿Asignatura Pendiente del Derecho Penal Español?”, Madrid, España, 2002.

De la Mata Barranco, Norberto Javier, “Derecho Penal Económico y de La Empresa”, Dykinson (Madrid, 2018).

Fabián Caparrós, Eduardo, “Relaciones entre Blanqueo de capitales y corrupción.” 2002.

Fabián Caparrós, Eduardo, Ontiveros Alonso, Miguel, Rodríguez García, Nicolás, “El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción”, 1º ed. (España, Ubijus, 2012).

Faraldo-Cabana, Patricia, “Hacia Un Delito de Corrupción En El Sector Privado,” Estudios Penales y Criminológicos, 2002.

Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón”, Ed. Trotta, (Madrid), 1995.

García Rodríguez, Nicolás y Rodríguez, Fernando “Corrupción y Desarrollo,” 2017.

Heidenheimer, Arnold y Johnston, Michael, "Political Corruption, Concepts and Contexts", vol. Third Edition, 2002.

Jaén Vallejo, Manuel, "Nuevas conductas delictivas: Especial referencial al Derecho penal económico", en: Reyna Alfaro, Luis Miguel (director). Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa, Ara, Lima, 2005.

López Calera, Nicolás María, "Corrupción, Ética y Democracia", en Francisco Javier Laporta San Miguel, Silvia Álvarez, "La Corrupción Política", Alianza, (España), 1997.

Luzón Peña, Diego Manuel, "Derecho Penal Parte General I", 1996.

Mann, Michael, "Las Fuentes del Poder Social I. Una historia del poder desde los comienzos hasta 1760 d.C. Trad. Por Fernando Santos Fontela", Madrid, Alianza Universidad S.A., 1991.

Martínez-Buján Pérez, Carlos, "Derecho Penal Económico parte General", Tirant Lo Blanch, Valencia 1998.

Martínez Medero, David, "Ámbito de aplicación de la euroorden Líneas de Interpretación", "La orden de detención y entrega europea, editorial Cuencia, Castilla-La Mancha, España, 2006.

Melgar, Carlos ICEFI, La Corrupción Sus Caminos e Impacto En La Sociedad y Una Agenda Para Enfrentarla En El Triángulo Norte Centroamericano, ed. Isabel Aguilar Umaña (Guatemala, 2017).

Muñoz Conde, Francisco, "Derecho Penal, Parte Especial", ed. Tirant Lo Blanch, 20 Edición (Valencia, 2015).

Ontiveros Alonso, Miguel, y Rodríguez García, Nicolás, "El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción".

Philip, Mark, "Defining Corruption: An Analysis of the Republican Tradition, Mesa redonda de investigación de la Asociación Internacional de Ciencias Políticas sobre financiación política y corrupción política", Bellagio, Italia, 1987.

Reyes Echandía, Alfonso, "Derecho Penal", Editorial Temis Obras Jurídicas, Bogotá, Colombia, 2017.

Rosas Oliva, Juan Ignacio, "Cuadernos de Política Criminal Segunda Época Consideraciones Para," Dykinson S. L. 99 (2009).

Roxin Claus y Luzón Peña, Diego Manuel, "Problemas básicos del Derecho Penal. Barcelona", Ed. Reus, Madrid, (1975).

Sintura Varela, Francisco, "El Estado de Derecho Colombiano frente a la corrupción. Retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011", Ed. Universidad del Rosario, 2013, Colombia.

Soledad Gil, María, "El Delito De Corrupción En Los Negocios (Art. 286 Bis): Análisis De La Responsabilidad Penal del Titular de la Empresa, El Administrador De" XXXV (2015).

Terradillos Basoco, Juan María, "Derecho Penal de la Empresa", editorial Trotta, Madrid, 1995.

Tablante, Carlos y Morales Antoniazzi Mariela, Impacto de La Corrupción en los Derechos Humanos, Instituto de Estudios Constitucionales Del Estado de Querétaro, 2018.

Tiedemann, Klaus, "Lecciones de Derecho Penal Económico", PPU, Barcelona, 1993.

Ventura Püschel, Arturo, "Corrupción entre particulares (no deporte): art. 286 bis PCP" en, Francisco Javier Álvarez García, José Luis González Cussac (directores): Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal. (Conclusiones del Seminario Interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

Artículos y Revistas

Benavides Vanegas, Farid Samir, "Corrupción, Violencia y Derecho Penal," Derecho Penal y Criminología 21, no. 68 (2000).

Berenguer, Sergio, "La Integración Europea En La Lucha Contra La Corrupción Privada En Torno a La Cuestión Del Interés Jurídico Penalmente Protegido," Revista de Estudios Europeos 71, no. 4 (2018).

Bolea Bardón, Carolina, "El Delito de Corrupción Privada. Bien Jurídico, Estructura Típica e Intervinientes," InDret, Revista Para El Análisis Del Derecho 2 (2013), <https://bit.ly/38tXKKp>.

Cabezas, Víctor, "La Ley FCPA, ¿un Caso de Jurisdicción Universal?," USFQ Law Review 2 (2AD).

Carbajo Cascón, Fernando, “Corrupción en el sector privado (i) la corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, Revista Iustiti No. 10, artículo Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia, 2012.

Caruso Fontán, Viviana, “El Concepto de Corrupción. Su Evolución Hacia Un Nuevo Delito de Fraude En El Deporte Como Forma de Corrupción En El Sector Privado,” FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época 0, no. 9 (2009): 167, doi:10.5209/FORO.14330.

De Porres Ortiz de Urbina, Eduardo, “El Delito de Corrupción Privada,” 2012.

De la Cuesta Arzamendi, José Luís, “Iniciativas Internacionales Contra La Corrupción,” Eguzkilore 17 (2003).

Diez Ripolles, José Luis, “La contextualización del Bien Jurídico Protegido en un Derecho penal Garantistas”, Revista de la Asociación de Ciencias Penales Costa Rica, vol. 10, 15, 1998.

Eigen, Peter, “La corrupción en los países desarrollados y en desarrollo. Un desafío de los '90' en Contribuciones N.º 4/1995, Buenos Aires.

Foffani, Luigi, “La Corrupción En El Sector Privado: La Experiencia Italiana y Del Derecho Comparado,” 2009.

Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá, “Derecho Penal del Enemigo”, Ed. Civitas, Madrid, (2003), 80. Consultado en: <http://vlex.com>.

Gunther, Jakobs, “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”, traducción de Manuel Cancio y Bernardo Feijóo, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996.

Hodgson, Geoffrey, y Jiang, Shuxia. 2008. “La Economía de La Corrupción y La Corrupción de La Economía.” *Revista de Economía Institucional* 10 (18). <http://www.scielo.org.co/pdf/rei/10n18/v10n18a3.pdf>.

Kindhäuser, Urs, “Presupuestos de La Corrupción Punible En El Estado, La Economía y La Sociedad. Los Delitos de Corrupción En El Código Penal Alemán”.

Lascano, Carlos, “Los principios Constitucionales del Derecho Penal Económico. Globalización y Armonización del Derecho Penal Económico”, *Revista del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*.

Malem Seña, Jorge “La Corrupción Política,” 1997, 26–34. En <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174814.pdf>

Manuel Villoria, “Corrupción Pública.,” *Revista En Cultura de La Legalidad* 5 (2013).

Miranzo Díaz, Javier, “Causas-Efectos-Corrupción-Sociedades-Democráticas” *Revista de La Escuela Jacobea de Posgrado (Castilla La Mancha, June 2018)*.

Nieto Martín, Adán "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento jurídico español a la luz del derecho comparado" en Revista penal, Nº 10, La Ley, (2002).

Olivera Prado, Mario, "Hacia una sociología de la corrupción," Revista Probidad, no. 16 (octubre-noviembre 2001).

Otero González, Pilar, "Corrupción Entre Particulares," Revista En Cultura de La Legalidad. 3 (2013).

Raimundo Soto, "La Corrupción Desde Una Perspectiva Económica", "Estudios Públicos" 89, (2003).

Sánchez Bernal, Javier, "Estudio de La Sanción Penal de La Corrupción Entre Privados a Partir de Los Ejemplos de España y Chile.", Revista Ciencias Penales de la Universidad de Salamanca, Sexta Época, Vol. XLVLL, España, 2021.

Sánchez Melgar, Julián, "La Corrupción En El Sector Privado," Revista Xurídica Galega, 2010.

Terradillos Basoco, Juan María, "Peligro Abstracto y Garantías Penales," Nuevo Foro Penal 1981, no. 62 (1999).

Rodríguez Collao, Luis, "Delimitación del concepto penal de corrupción", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, no. 25 (2010).

Jurisprudencia

Sentencia 178-2013 de Inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional a las quince horas del día catorce de marzo de dos mil dieciséis.

Sentencia 54-2005 de Inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional a las ocho horas y veinte minutos del día cinco de octubre de dos mil once.

Sentencia de Amparo dictada por la Sala de lo Constitucional, de las diez horas con treinta y un minutos del día veintitrés de agosto de dos mil diecinueve. Con número de referencia 109-2016.

Sentencia de Inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional de las quince horas del día uno de abril de dos mil cuatro. Con número de referencia 52-2003/56-2003/57-2003.

Sentencia de Inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional de las quince horas y veintidós minutos del día veinticuatro de agosto de dos mil quince. Con número de referencia 22-2007/42-2007/89-2007/96-2007.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional de las nueve horas con cincuenta minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil diez. Con referencia con referencia 5-2001/10-2001/24-2001/25 2001/34-2002/40-2002/3-2003/ 10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7 2004.

Legislación

Código Penal de El Salvador.

Código de Comercio.

Convención Interamericana contra la Corrupción.

Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro

Tesis

Parés, Ana Isabel “Delitos de Corrupción En Las Transacciones Comerciales Internacionales,” 2017, 3, <https://eprints.ucm.es/41078/1/T38341.pdf>

De la Sierra, María, “La Corrupción Política En Democracia y La Confianza.”, 2009.

Encinar del Pozo, Miguel Ángel, “El Delito de Corrupción Entre Particulares Del Artículo 286 Bis Del Código Penal.” 2017, <http://eprints.ucm.es/40940/1/T38278.pdf>.

Herrero Giménez, Rubén, “El Tipo de Injusto En El Delito de Corrupción Entre Particulares.” (Universidad Complutense de Madrid, 2018), <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis35.pdf>

Artículos web

<https://impresanacional.gob.sv/servicios/archivo-digital-del-diario-oficial/>

Dispositivo dell'art. 318 Codice Penale, Consultado en:
https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-ii/capoi/art318.html?utm_source=internal&utm_medium=link&utm_campaign=articulo&utm_content=nav_art_succ_top

Francisco Javier González Blesa, “Delito de Corrupción Entre Particulares: Comentarios y Críticas Al Artículo 286 Bis CP.,” Noticias Jurídicas 1, no. 1 (2012): 5, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4761-delito-de-corrupcion-entre-particulares:-comentarios-y-criticas-al-articulo-286-bis-cp-/>.

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1125600>

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149858/#LEGISCTA000006149858

<https://www.sc.gob.sv/index.php/sc-cierra-caso-mas-emblematico-de-practica-anticompetitiva-entre-harineras/>

https://www.prensa.com/imprensa/opinion/Soborno-sector-privado_0_2297770358.html

Transparencia Internacional, Américas: El Debilitamiento de la Democracia y el auge del populismo, 29 de enero de 2019. Consultado en <https://www.transparency.org/es/news/cpi-2018-regional-analysis-americas>

Naciones Unidas, “Guía Técnica de La Convención de Las Naciones Unidas Contra La Corrupción,” 2010.
https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_tecnica_corrupcion.pdf

Recopilación de Leyes del Salvador: Centro América. 1821-1885. Imprenta de L. Luna, Plazuela del Sagrario.
https://play.google.com/books/reader?id=t04tAQAAMAAJ&pg=GBS.RA1-PA162&hl=es_419

Ley 21121 url: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1125600>

Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.
<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/corrupcion/2003-Decision-Marco-2003-568-corrupcion-sector-privado.htm>.

Ley de Soborno de 2010 (Bribery Act 2010), <https://vlex.es/vid/antisoborno-reino-unido-bribery-act-510943590>