

## LA INTEGRACIÓN EUROPEA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN PRIVADA EN TORNO A LA CUESTIÓN DEL INTERÉS JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO

Sergio BERENGUER PASCUAL  
*Universidad Rey Juan Carlos*  
*Abogado en Ernesto Díaz-Bastien & Asociados*

**Resumen:** La lucha contra la corrupción privada, al tratarse de un fenómeno criminal de gran complejidad, requiere ser abordada por la Unión Europea de un modo conjunto y uniforme. Para que los Estados miembros puedan hacer frente a esta lacra social, de forma integrada, es esencial que exista una debida comprensión de las conductas de soborno comercial que deben ser penalmente relevantes, siendo de ineludible tratamiento la discutida cuestión del interés penalmente tutelado por este delito. A tal fin se examinará el contenido de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, y el estado y nuevas tendencias legislativas de los modelos incriminatorios adoptados por Francia, Italia, Alemania, para finalizar con las últimas novedades habidas en nuestro país.

**Palabras clave:** Corrupción privada, soborno comercial, Política Criminal Europea, competencia de mercado, Decisión Marco 2003/568/JAI.

**Summary:** The fight against private corruption is a highly complex criminal phenomenon that needs to be tackled by the European Union, by joint and uniform actions. For the Member States to face this social scourge en bloc, in an integrated manner, it is essential to achieve a proper understanding of the commercial bribery conduct that should be criminally relevant. To do this, we cannot avoid the controversial question relating to the criminal interest protected by this offence. For such purpose, we will examine the content of Council Framework Decision 2003/568/JHA, of 22 July 2003, and the status and new legislative trends concerning with the incriminating models implemented by France, Italy and Germany. Finally, we will conclude our study examining the latest developments in our country.

**Keywords:** Private corruption, commercial bribery, European Criminal Policy, market competition, Council Framework Decision 2003/568/JHA.

**Sumario:** 1. La lucha contra la corrupción privada en la Unión Europea. 2. La transposición tardía y desigual de la Decisión Marco 2003/568/JAI. 3. El interés protegido de la corrupción privada en el marco de la integración europea. 3.1. La protección del deber de fidelidad. Referencia particular al modelo de Francia. 3.2. La protección del patrimonio. Referencia particular al modelo de Italia. 3.3. La protección de la competencia. Referencia particular al modelo de Alemania. 4. Consideraciones finales en torno al caso de España. Referencias bibliográficas.

### 1. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN PRIVADA EN LA UNIÓN EUROPEA

No hay día en la actualidad que no salga en portada alguna noticia sobre corrupción en España. La preocupación social al respecto es enorme, y, dicho sea de paso, no es para menos. Ello justifica que traigamos aquí, como tema a tratar, el fenómeno de la corrupción en el sector privado, siendo de especial interés, dada

la ocasión, los esfuerzos que contra el mismo ha realizado la Unión Europea, con el objeto de hacer frente a dicha lacra.

Nos centraremos particularmente en la discusión del bien jurídico protegido por el delito de soborno comercial, a través de los distintos modelos incriminatorios desarrollados por la doctrina. En relación con ello, dadas las limitaciones de este estudio, serán objeto de análisis las concretas regulaciones de Francia, Italia, Alemania y España, en las que existen novedades legislativas de relevancia.

Al respecto, y antes de nada, es cierto que tradicionalmente la corrupción ha sido identificada con los comportamientos de soborno producidos en el ámbito de lo público, en los conocidos delitos de cohecho. Sin embargo, hace tiempo que se superó esta limitación conceptual (DE LA CUESTA/BLANCO, 2002, p. 257), de modo que ahora, dentro de la noción de corrupción, también caben las conductas de soborno en el ámbito de los negocios, en el actualmente denominado delito de corrupción privada o entre particulares.

A la Unión Europea, particularmente, le preocupa y a su vez le interesa que el mercado se desarrolle con libertad, sin elementos que falseen o impidan las reglas del libre comercio. En este sentido, la corrupción en el sector privado tiene efectos perversos en la sociedad pues distorsiona el sistema económico y el mercado, socavando así el Estado de Derecho. Asimismo, la corrupción privada mina la previsibilidad del comportamiento de los operadores económicos y perturba las perspectivas de negocio.

Pero no queda ahí la cosa, pues en el plano de las empresas la corrupción privada presenta efectos en cuanto a la eficacia en la llevanza del negocio, dado que ésta puede aumentar los costes de las operaciones y disminuir los beneficios que de ellas puedan obtenerse. Y ello, de igual modo, repercute en los productos y servicios finalmente ofrecidos en el mercado, al introducirse mayores costes en las operaciones comerciales, lo que afecta a los consumidores, de forma indirecta, al encontrarse en el último eslabón del mercado.

Por todo lo anterior, no es de extrañar que la Unión Europea haya decidido abordar este fenómeno de una forma conjunta y, por tanto, más eficaz, ya que ha entendido que la corrupción privada ha dejado de ser un problema interno de los Estados y ha adquirido relevancia transnacional. La culpa de ello la tiene la mundialización y el aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios.

Este es el mensaje que se pretende transmitir, con ocasión de esta preocupación, en los dos actos normativos adoptados por la Unión Europea que son, a saber: a) la Acción Común 98/742/JAI, de 22 de diciembre de 1998, sobre la corrupción en el sector privado, adoptada por el Consejo de la Unión Europea, y; b) la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, también, del Consejo de la Unión Europea, la cual derogó la mencionada Acción Común.

Como bien ha dicho la doctrina, la experiencia histórica europea demuestra empíricamente la necesidad de acompañar la unidad del mercado con un Derecho Penal unificado (BACIGALUPO, 2005, p. 768). En tal sentido, aunque el Derecho Penal no constituye como tal una de las principales políticas comunitarias de la Unión Europea, ciertamente, desde un punto de vista funcional, lo que fundamenta la posibilidad de que el legislador comunitario pueda prever medidas relacionadas con esta rama del Derecho es la necesidad de hacer



respetar la normativa comunitaria; habiéndose puesto de manifiesto en España en las últimas reformas penales, que han aludido con frecuencia, como justificación de las mismas, a la necesidad de dar cumplimiento a las normas europeas (DE LA CUESTA, 2009, p. 653).

Así las cosas, sin esta exigencia específica no puede el legislador comunitario intervenir en la reconocida libertad de los Estados miembros de legislar en materia penal. Por ello se ha dicho que debe concurrir una doble condición de necesidad y coherencia, pues la intervención europea debe estar justificada para hacer eficaz la política comunitaria, con el objetivo de hacer respetar la coherencia global del Derecho Penal en la Unión, evitando así disposiciones dispares y dispersas<sup>1</sup>. A través de la armonización europea de la ley se busca favorecer la confianza mutua y el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones (poniéndose coto, por ejemplo, al denominado *forum shopping* penal).

Tanta importancia tiene lo anterior que, como consecuencia de este esfuerzo armonizador, el legislador español ha transpuesto en nuestro ordenamiento jurídico, mediante las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015, un total de nueve Decisiones Marco y siete Directivas (CORRAL, 2016, p. 3). De entre ellas una, la Decisión Marco 2003/568/JAI, ha dado lugar a que en el año 2010 se introdujese el artículo 286 bis en nuestro Código Penal, el cual tipifica el delito de corrupción entre particulares. La redacción de este delito ha sido modificada posteriormente como consecuencia de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015.

## **2. LA TRANSPOSICIÓN TARDÍA Y DESIGUAL DE LA DECISIÓN MARCO 2003/568/JAI**

Continuando con el hilo de lo que se estaba diciendo, la Decisión Marco 2003/568/JAI sólo en España ha tardado en transponerse aproximadamente ocho años, aunque podría haber tardado más tiempo si no hubiese sido porque la Comisión Europea nos tiró de las orejas en su informe conocido como COM (2007) 328 final, de 18 de junio de 2007. Como se dice en dicho informe, además de Grecia, España ni tan siquiera se molestó en comunicar ninguna información a la Comisión Europea sobre el estado de la transposición de la referida Decisión Marco.

En lo que aquí nos interesa, la Decisión Marco recoge la obligación de los Estados miembros de la Unión Europea de criminalizar las conductas de corrupción activa y pasiva en el sector privado (artículo 2); y exige la punición de la complicidad y la incitación a la comisión de tales delitos (artículo 3); frente a los que deberá imponerse una sanción penal efectiva, proporcionada y disuasoria, con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos uno a tres

---

<sup>1</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13.9.05 dictada en el asunto C-176/03 (Comisión contra Consejo), p. 3, párr. 7. Esta Comunicación se refiere al contenido, alcance y consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) dictada en fecha 13 de septiembre de 2005, en el asunto C-176/03, que anuló la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal (DO L 29, p. 55), y cuyo contenido también afectó a la Decisión Marco 2003/568/JAI.

años, y de prohibición para ejercer temporalmente la actividad profesional vinculada al mismo puesto o similares en el que el sujeto condenado desempeñaba su cargo o funciones empresariales (artículo 4); y por último, también se conmina a los Estados miembros para que tomaran las medidas necesarias con el fin de asegurar que las personas jurídicas pudieran ser declaradas responsables por los hechos de corrupción privada cometidos en su provecho, castigándolas mediante la imposición de multas de naturaleza penal o administrativa, que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias, así como otro tipo de sanciones (artículos 5 y 6).

En cuanto a lo anterior queremos destacar que en el segundo artículo de la referida Decisión Marco se obliga a los Estados miembros a criminalizar las modalidades activa y pasiva (las dos caras de la misma moneda) de corrupción en el sector privado como aquellos actos intencionados que se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales consistentes en:

*“a) prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones;*

*b) pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.”*

Dicho esto, centrémonos concretamente en este precepto. La Comisión Europea, en un reciente informe de 3 de febrero de 2014, con referencia COM (2014) 38 final, comunicó al Consejo y al Parlamento Europeo que la calidad de la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI es desigual, y que existen ciertas deficiencias en la transposición de las disposiciones relativas a la criminalización de todos los elementos del soborno activo y pasivo.

Para alcanzar la anterior conclusión la Comisión Europea se apoyó en su anterior informe, de 6 de junio de 2011, COM (2011) 309 final, donde se afirmó que en el año 2011 solamente nueve Estados miembros cumplían todos los elementos típicos previstos en la Decisión Marco 2003/568/JAI para la corrupción privada activa y pasiva (Bélgica, Bulgaria, Chequia, Irlanda, Francia, Chipre, Portugal, Finlandia y Reino Unido)<sup>2</sup>. La sensación que transmite la Comisión en su informe, por tanto, es de desazón, al no haber conseguido el resultado deseado en el tiempo esperado.

A nuestro modo de ver, la causa de este incumplimiento cuasi generalizado creemos que radica en una problemática redacción de la definición típica de la corrupción privada, dado que existe una discordancia entre lo que pretende la norma y lo que ésta prevé en su tenor literal, lo que genera una mayor dificultad en la tarea de homogeneizar, a nivel europeo, el bien jurídico protegido por el delito de soborno comercial. Si la Decisión Marco 2003/568/JAI no es

---

<sup>2</sup> Esto, aunque es insuficiente, supone un avance notable en la transposición de la Decisión Marco, que en el año 2007 sólo fue implementada correctamente por dos Estados miembros (Bélgica y Reino Unido), tal como consta en el informe COM (2007) 328 final, también emitido por la Comisión, en fecha 18 de junio de 2007.

clara en sus estrictos términos, lo lógico es que los Estados miembros no reciban el ‘mensaje’ con precisión.

### **3. EL INTERÉS PROTEGIDO DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA EN EL MARCO DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA**

No son pocas las dificultades que suscita el delito de corrupción privada en cuanto a cuáles deben ser los intereses que se deben preservar. La doctrina especializada no se ha mostrado, en absoluto, uniforme, pues la problemática relativa a la delimitación del objeto de tutela sigue siendo la más compleja de cuantas se presentan en la interpretación de este delito (PÉREZ, 2012, pp. 10-11).

En lo que aquí nos interesa, la integración europea en la lucha contra la corrupción privada, existen diversos modelos de incriminación penal de las conductas que deben considerarse típicas (HEINE, 2003, pp. 10-11):

- En primer lugar, el modelo que tiene por objeto la protección del patrimonio de las empresas, así como los intereses de sus accionistas, el cual requeriría que, con base en el soborno, se les ocasione un resultado de perjuicio económico;
- En segundo lugar, el que tiene como fin proteger el deber de fidelidad o de lealtad en las relaciones laborales entre el empleado y el empresario, entendiéndose cometido el delito cuando, mediando una dádiva, se produzca un incumplimiento de las obligaciones posicionales de los subordinados respecto del empresario;
- Y en tercer y último lugar, el que tiene como principal interés la salvaguarda de la competencia libre y leal, y de las condiciones que promueven el correcto funcionamiento del mercado, lo que vendría a prohibir los favorecimientos desleales producidos en el ámbito comercial como consecuencia de un soborno.

Cierto es que también se han propuesto modelos mixtos, de carácter pluriofensivo, que toman en consideración diversos de los intereses que acabamos de mencionar, pero siempre partiendo de la protección del mercado (v.gr., GILI, 2007, p. 288).

Según la propia Decisión Marco 2003/568/JAI, lo que se pretende proteger sería, tal como se prevé en su considerando noveno, la competencia justa y leal, al tener la corrupción privada un impacto directo en la competitividad y el desarrollo económico. De esta forma se persigue reforzar el mercado interior y consolidar las economías de los Estados miembros de la Unión Europea.

Empero, la Decisión Marco genera bastantes dudas al respecto dado que tal voluntad comunitaria, aunque explícitamente recogida en la norma, no parece expresada de forma clara en la definición del tipo de la corrupción privada activa y pasiva. Si prestamos un poco de atención al referido artículo segundo de la Decisión Marco podemos ver que las modalidades activa y pasiva parecen poner el foco en el elemento normativo del “*incumplimiento de las obligaciones*”.

Así visto, parece que la Unión Europea ha pretendido tutelar, más que la competencia, el deber de fidelidad que debe profesarle el empleado al empresario, dado que el soborno comercial tendría como fin evitar que cualquier persona que cumpla una función directiva o laboral incurra en este tipo de comportamientos

corruptos en perjuicio de su principal (vulneración de deberes *ad intra*). De este modo la protección de la competencia, aunque importante, quedaría relegada a un segundo plano.

El problema práctico que se vislumbra es que si se siguiera este modelo de incriminación el delito de corrupción privada se aproximaría a los delitos de gestión fraudulenta (TIEDEMANN, 2004, p. 87) de una forma ciertamente distorsionadora y perturbadora, ya que su interpretación podría entrar en conflicto con las conductas de administración desleal y de apropiación indebida. Por tal razón no nos parece extraño que diversos países de la Unión Europea tipificaran en un principio el delito de corrupción en el sector privado de una forma ciertamente heterogénea, sin tomar en consideración este elemento normativo del tipo.

En cuanto a esto último es ciertamente desconcertante -porque nos parece contradictorio- que la Decisión Marco pretendiera tutelar la competencia (considerando noveno) y, al mismo tiempo, en el apartado tercero de su artículo segundo, permitiese que todo Estado miembro pudiera limitar el ámbito de aplicación del delito de corrupción privada a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o servicios comerciales. Los países que hicieron dicha declaración, conforme al precepto citado, fueron Alemania, Austria, Italia y Polonia.

No obstante, según el mencionado informe de la Comisión de 18 de junio de 2011, esta declaración ha quedado sin efecto, por caducidad, al no haber sido renovada por el Consejo de la Unión Europea. Esto tiene su relevancia en cuanto a la cuestión relativa a la determinación de los intereses que pretenden tutelarse penalmente a nivel europeo, siendo este informe lo que, a nuestro parecer, ha motivado los recientes cambios legislativos que se han producido en nuestro entorno más próximo, como veremos a continuación.

### **3.1. La protección del deber de fidelidad. Referencia particular al modelo de Francia**

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 competidores (SILVA, 2011, pp. 420-421).

Entre quienes desde el principio han adoptado este modelo podemos destacar el caso de Francia. 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 445-4), 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*). 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 pública.

Al respecto queremos destacar que, en el delito de corrupción privada francés, al igual que en la Decisión Marco 2003/568/JAI, se exige que la conducta de soborno comercial, consistente la acción u omisión de un acto empresarial, 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 variado, de modo que el modelo francés se muestra fiel a la descripción del delito efectuada en la citada Decisión Marco.

### 3.2. La protección del patrimonio. Referencia particular al modelo de Italia

Este modelo de incriminación supone que el delito de corrupción privada tendría, en realidad, carácter patrimonial. La consecuencia que ello implica es que, para que nos encontremos ante un hecho de relevancia penal, habrá que poner en peligro u ocasionar un perjuicio económico a las empresas, bien sea a las competidoras, bien a las propias compañías corruptas o corruptoras. Es decir, no bastaría la mera causación de un peligro abstracto. En cuanto a lo anterior, a modo ejemplificativo, pudiera darse el caso de que se produzca un perjuicio patrimonial como consecuencia de un aumento del precio de una determinada operación comercial, después de que una empresa abone un soborno a otra empresa distinta (NIETO, 2002, pp. 67-68).

En nuestro entorno más cercano ha sido Italia el Estado miembro que hasta hace bien poco configuraba el delito de corrupción privada (*corruzione tra privati*), en su artículo 2635 CC, como un delito patrimonial, exigiendo como elemento del tipo objetivo la causación de un perjuicio económico para la sociedad (*cagionando nocumento alla società*).

Ahora, con la promulgación del Decreto Legislativo italiano de 15 de marzo de 2017, n° 38, se dice haber transpuesto la Decisión Marco 2003/568/JAI, y se ha suprimido este componente patrimonialista del delito, subsistiendo así el relativo al incumplimiento del deber de fidelidad inherente al cargo de los empleados o directivos (*in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà*), ello de conformidad con el referido texto europeo. Pese a esta modificación, se mantiene la disposición italiana que exige como requisito de procedibilidad que se inicie el procedimiento mediante querrela de la persona ofendida, “*a menos que del hecho derive una distorsión de la competencia en la adquisición de bienes o servicios*”.

A la vista de esta reforma, el ordenamiento jurídico italiano parece configurar la corrupción privada, en parte, como un delito público (propio del modelo de protección de la competencia -intereses colectivos-), y en parte, como

un delito semi-público (más bien predicable del que tutela del deber de fidelidad - intereses particulares-), aunque se haya suprimido cualquier referencia al perjuicio patrimonial de las empresas. Esto nos hace pensar razonablemente que en dicho país se ha abandonado el modelo de incriminación basado en la tutela del patrimonio de las empresas, para, y sin perder de vista la importancia de la protección de la competencia, poner el foco en la salvaguarda del deber de fidelidad de los directivos y empleados respecto de su empresario, como ya se hizo en el ordenamiento jurídico francés.

### **3.3. La protección de la competencia. Referencia particular al modelo de Alemania**

Quienes sostienen que el delito de corrupción privada estriba en la salvaguarda de la competencia empresarial o profesional en la contratación de bienes y servicios asumen que se estarían protegiendo intereses de carácter colectivo, por entender que este tipo de comportamientos afectan al normal funcionamiento del mercado (CASTRO, 2016, p. 655). La competencia no se entendería como un derecho subjetivo de cada uno de los intervinientes del mercado, sino como una institución y principio básico del sistema económico digno de tutela (ENCINAR, 2016, p. 274).

Hace ya dos décadas, mediante la Ley de 13 de agosto de 1997 (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption Vom 13. August 1997*), Alemania tipificó en el § 299 StGB las conductas de corrupción activa y pasiva en el tráfico comercial (*Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*) como delitos contra la competencia. El modelo de incriminación alemán, basado tradicionalmente en la protección exclusiva del mercado, hacía énfasis en la necesidad de que los sujetos activos del delito actuaran con el ánimo de obtener deslealmente un favorecimiento en el tráfico comercial, en una situación de competencia entre empresas. Es decir, el soborno comercial debía tener como fin obtener ciertas ventajas competitivas o posiciones de ventaja en las relaciones concurrenciales. Así, en el Código Penal de Alemania no se preveía el elemento normativo del tipo relativo al incumplimiento de las obligaciones (propio del modelo de protección del deber de fidelidad, como hemos visto). Ahora bien, la regulación alemana ha cambiado recientemente, de forma que se ha abandonado el modelo puro de protección de la competencia.

En efecto, la Ley de 20 de noviembre de 2015 de lucha contra la corrupción (*Gesetz zu Bekämpfung der Korruption vom 20.11.2015*) ha ampliado el objetivo de tutela de la disposición, de modo que, en la actualidad, además de proteger la competencia, se ha añadido un nuevo tipo que toma como base la salvaguarda del deber de fidelidad para con el empleador, al igual que se previó en el artículo segundo de la Decisión Marco 2003/568/JAI mediante el elemento del incumplimiento de las obligaciones del subordinado. La novedad, no obstante, es que para ello el modelo alemán no ha refundido el delito en una sola conducta típica, sino que se han previsto dos modalidades bien diferenciadas, en dos apartados distintos: la clásica, que prohíbe los favorecimientos concurrenciales ilícitos, como una conducta desleal con relevancia penal; y la reciente, que incluye la posibilidad de que un subordinado de la empresa, sin el consentimiento de ésta, obtenga un soborno al objeto de realizar una acción u omisión que

suponga una infracción de sus obligaciones para con la empresa (*dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze*).

La originalidad de esta reforma consiste en que la corrupción privada en Alemania parece haberse configurado como un delito bifronte: por un lado, a través de la protección de la competencia, y, por otro lado, mediante la salvaguarda del deber de fidelidad. Juntos, pero no revueltos. De esta manera dicho Estado miembro mantiene la esencia de la redacción típica de 1997, respetando su forma de entender el delito, y, a su vez, transpone la Decisión Marco 2003/568/JAI, al introducir en el tipo el elemento del incumplimiento de las obligaciones. Esta configuración sería a su vez coherente con el § 301 StGB que prevé que la corrupción privada solamente se perseguirá mediante una denuncia previa (delito semi-público), salvo que se aprecie que debido al interés público sea necesaria una intervención de oficio (delito público).

#### **4. CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO AL CASO DE ESPAÑA.**

El delito de corrupción privada en España se regula en el artículo 286 bis de nuestro Código Penal el cual fue introducido mediante la Ley Orgánica 5/2010. Esta reforma tiene su origen en la Decisión Marco 2003/568/JAI, tal y como se afirmó en la propia Exposición de Motivos de dicha Ley; aunque, cabe decir, no se haya producido una transposición absolutamente fiel a la descripción típica recogida en la referida norma europea.

A diferencia de la Decisión Marco, cuyo principal pilar se cimienta en el elemento típico del incumplimiento de las obligaciones, el delito de corrupción privada en la redacción de la Ley Orgánica 5/2010 tenía dos piedras angulares que se enmarcan en el ámbito comercial de la contratación de servicios o de la adquisición o venta de productos: por un lado, el elemento del tipo relativo al favorecimiento de forma desleal (propio del modelo puro de protección de la competencia), y, por otro lado, el citado incumplimiento de las obligaciones en el tráfico comercial por parte de los sujetos activos del delito (sobre la tutela del deber de lealtad). De esta forma, el delito español del 2010 se quedó a mitad de camino entre el modelo francés del 2005 y el alemán de 1997, configurándose en apariencia como un delito pluriofensivo, cuyo fin era el de tutelar la competencia libre y leal y el deber de fidelidad para con el empresario.

Con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 la estructura del delito de corrupción privada ha cambiado, suprimiéndose del tipo la mención al incumplimiento de las obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. Esto es, en la actualidad el tipo penal español gira principalmente en torno al soborno como forma de conseguir un favorecimiento indebido en el ámbito de los negocios. Esta modificación del delito nos hace pensar que el legislador español ha pretendido enmendar la falta de claridad y problemáticas existentes en la anterior redacción del artículo 286 bis, acercándose al modelo alemán de 1997, de protección de la competencia. Quién nos iba a decir -ironías de la vida- que Alemania cambiaría sustancialmente su regulación después de que España se inspirase en su Ley Penal.

Si lo que la Unión Europea persigue -como ella misma dice- es que con el delito de soborno comercial no se distorsione la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales, fomentando así un correcto

funcionamiento del mercado interior con transparencia para el comercio internacional, lo que debería hacerse es configurar el delito de corrupción privada como un verdadero tipo que prohíba los favorecimientos indebidos a través de sobornos. En nuestra opinión, el elemento del incumplimiento de las obligaciones desfigura dogmáticamente lo que debería ser este delito, porque no deja claro cuál es el fundamento constitucional sobre el que se basa la incriminación de la conducta prohibida, y porque, a mayor abundamiento, genera situaciones de conflicto con otras figuras penales, como la administración desleal.

La implicación que esta cuestión tiene va más allá de la pura y estricta discusión de la homogeneidad del delito de corrupción privada a nivel europeo - que también es importante-, pues tiene una indudable relevancia práctica que es conveniente abordar para evitar consecuencias jurídicas indeseables, entre ellas, por ejemplo, en cuanto al principio de doble incriminación. En efecto, imaginemos que, conforme a la normativa que regula la orden europea de detención y entrega, España exija la entrega de un sujeto por la comisión de una conducta de soborno comercial que, si hubiese sido cometida en Francia tal vez no sería objeto de castigo según su regulación, y, a pesar de todo ello, deberá procederse a la entrega de éste al país requirente. Este supuesto de hecho que traemos de forma ejemplificativa podría producirse conforme a las legislaciones vigentes española y francesa.

Tomando en consideración que las Decisiones Marco no tienen efecto directo, sino que obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse con la transposición de la normativa, es natural lo que ha ocurrido, que no todos los Estados hayan descrito el delito de soborno comercial en sus ordenamientos jurídicos con el mismo acierto, dando lugar a tipos penales que, en verdad, no llegan a prohibir iguales conductas, lo cual a su vez dificulta una correcta comprensión y aplicación del delito de corrupción privada en el marco de la Unión Europea.

La armonización de los ordenamientos jurídicos europeos en materia penal no se ciñe a cuestiones meramente teóricas, sino que lo que hay detrás son justiciables, y como tales merecen Justicia, tanto en el caso de ser culpables como en el de ser inocentes. Lo deseable entonces es que todos los Estados miembros de la Unión Europea confluyan en la misma dirección, no sólo porque la lucha contra la corrupción privada requiere una actuación coordinada y coherente, sino porque es necesario también ofrecer la debida seguridad jurídica, y eso no se consigue, como hemos visto, legislando de forma errática y dispar.

## Referencias bibliográficas

- Bacigalupo, E. (2005): "El corpus europeo y la armonización del Derecho procesal penal en la Unión Europea". In Bacigalupo, E. (Dir.) *Curso de Derecho penal económico*. Marcial Pons. Madrid, pp. 767-780.
- Corral Maraver, N. (2016): "La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea". *InDret*, 4/2016.
- De la Cuesta Arzamendi, J. L. (2009): "Armonización penal en la Unión Europea". In Da Costa Andrade, M., Joao Antunes, M., Aires de Sousa, S. (Coords.) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Universidade de Coimbra. Portugal, pp. 647-686.
- De la Cuesta Arzamendi, J. L., Blanco Cordero, I. (2002): "La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿Asignatura pendientes del derecho penal español?". In Díez Ripollés. J. L.



- (Coord.) *La ciencia del derecho penal español ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don Cerezo Mir*. Tecnos. Madrid, pp. 257-290.
- Encinar del Pozo, M. A. (2016): *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*. Thomson Reuters-Aranzadi. Cizur Menor-Navarra.
- Gili Pascual, A. (2007): “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada (Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007)”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 19, pp. 245-288.
- Heine, G. (2003): “Comparative Analysis”. In Heine, G. / Rose, T. O., *Private Commercial Bribery. A Comparison of National and Supranational Legal Structures. A Project Report*. Edition iuscrim, 2003, pp. 7-21.
- Nieto Martín, A. (2002): “La corrupción en el sector privado”. *Revista penal*, nº 10, pp. 55-69.
- Pérez Ferrer, F. (2012): “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio”. *Cuadernos Digitales de Formación*, 1/2012.
- Silva Sánchez, J. M. (2011): “El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)”. In Silva Sánchez, J. M. (Dir.), Pastor Muñoz, N. (Coord.) *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. La Ley. Las Rozas-Madrid, pp. 419-436.
- Tiedemann, K. (2004): “Protección Penal de la competencia”. In Tiedemann, K. (Dir.), Nieto Martín, A. (Coord.) *Eurodelitos. El Derecho Penal económico en la Unión Europea*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, pp. 83-91.