

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN
JUAN PABLO MONTIEL
HELMUT SATZGER
(Eds.)

**ESTRATEGIAS PENALES
Y PROCESALES DE LUCHA
CONTRA LA CORRUPCIÓN**

Prólogo de
Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2018

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS	15
PRÓLOGO	19
 PARTE I CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO 	
EL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL OPERADA POR LO 1/2015, DE 30 DE MARZO , <i>por Carolina Bolea Bardon</i>	25
I. INTRODUCCIÓN.....	25
II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL § 299 STGB.....	28
III. BIEN PROTEGIDO EN EL ART. 286 BIS CP	29
IV. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DEL ART. 286 BIS CP: LA COMPETENCIA COMO BIEN JURÍDICO MEDIATO	31
 CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO Y EL LLAMADO «MODELO DEL DUEÑO DEL NEGOCIO» , <i>por Jens Bülte</i>	 35
I. INTRODUCCIÓN.....	35
II. FUNDAMENTOS Y BIENES JURÍDICOS	36
III. PROBLEMAS CLÁSICOS EN LA INTERPRETACIÓN DEL § 299 STGB.....	37
A. El autor.....	37
B. Beneficiario de la ventaja y actitud desleal como criterio correctivo	38
IV. NUEVAS CUESTIONES SURGIDAS A PARTIR DEL «MODELO DEL DUEÑO DEL NEGOCIO».....	39
A. Fundamentos de la legislación	39
B. Crítica a la redacción del primer proyecto.....	40

	Pág.
i. Obligación internacional de castigar.....	41
ii. Falta de precisión normativa de la infracción del deber	41
iii. Déficit de legitimidad	42
iv. Contrariedad al sistema	43
C. Correcciones a través de la recomendación de resolución de la Comisión de Asuntos Jurídicos.....	44
i. Conducta en la adquisición de bienes.....	44
ii. Consentimiento.....	44
iii. Evaluación de la crítica: acumulación de falencias legislativas.....	45
D. Consideraciones para una interpretación restrictiva y orientada hacia la competencia.....	46
i. Restricción del tipo a través de la limitación del círculo de deberes y de los obligados	47
a. La compatibilidad entre la restricción y la intención del legislador	47
b. Restricción a la infracción de los deberes de subsistencia empresarial cometida por personas con poder de decisión.....	49
c. Compatibilidad con el criterio del consentimiento	50
d. Capacidad de rendimiento de los criterios.....	50
ii. Restricción a la infracción de deberes vinculados a la competencia	51
V. CONCLUSIÓN: LA INTERPRETACIÓN ORIENTADA HACIA LA COMPETENCIA COMO SOLUCIÓN A UN ERROR LEGISLATIVO	52

PARTE II

CORRUPCIÓN DE AGENTES PÚBLICOS EXTRANJEROS Y FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

DOCE TESIS SOBRE EL DELITO DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL ART. 286 TER CP ESPAÑOL, por Jesús-María Silva Sánchez.....	55
I. UNA LEGISLACIÓN Y APLICACIÓN JUDICIAL «TUTELADAS».....	55
II. LA PERSECUCIÓN EXTRATERRITORIAL Y EL PROBLEMA DEL <i>BIS IN IDEM</i>	56
III. EL BIEN JURÍDICO Y LA ESTRUCTURA TÍPICA	58

	<u>Pág.</u>
IV. EL COMPORTAMIENTO JURÍDICO-PENALMENTE DESA- PROBADO Y LA IMPUTACIÓN DEL RESULTADO.....	61
V. EN PARTICULAR: LOS «PAGOS DE ENGRASE»	61
VI. EN PARTICULAR: LOS PAGOS PROMOCIONALES Y LOS PAGOS <i>BONA FIDE</i>	63
VII. EL PROBLEMA DE LA REMISIÓN A ACTOS DE AUTO- RREGULACIÓN (PROTOCOLOS O POLÍTICAS EMPRESA- RIALES).....	63
VIII. LA ADECUACIÓN SOCIAL Y EL DERECHO PENAL PRO- MOCIONAL	64
IX. <i>BUT EVERYBODY DOES IT!</i>	64
X. EL ESTADO DE NECESIDAD.....	65
XI. LA RESPONSABILIDAD DE PERSONAS JURÍDICAS EX- TRANJERAS.....	65
XII. <i>LEGES SINE MORIBUS VANAE</i>	66
 EL COHECHO INTERNACIONAL SEGÚN EL DERECHO PENAL ALEMÁN, por Lothar Kublen	 67
I. TEMA.....	67
II. LA LEY DE COHECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (EUBESTG).	68
III. LA LEY DE COHECHO INTERNACIONAL (INTBESTG).....	69
IV. EL § 335A STGB.....	71

PARTE III

CORRUPCIÓN EN EL SECTOR MÉDICO

LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR MÉDICO: TEXTO, CONTEXTO Y NUEVAS TIPOLOGÍAS DELICTIVAS, por Víctor Gómez Martín...	83
I. NUEVAS REALIDADES FENOMENOLÓGICAS	83
II. TEXTO Y CONTEXTO DEL COHECHO MÉDICO EN ESPAÑA.	86
III. LA CORRUPCIÓN MÉDICA EN ESPAÑA: ELEMENTOS CUA- LITATIVOS Y CUANTITATIVOS	87
IV. <i>FARMASPONSORING</i> Y CORRUPCIÓN PÚBLICA.....	94
V. <i>FARMASPONSORING</i> Y CORRUPCIÓN PRIVADA.....	97
A. El delito español de corrupción entre particulares (art. 286 bis CP): algunas cuestiones generales.....	97
B. En particular, autoría y participación en la corrupción privada...	100
i. Planteamiento	100
ii. ¿Corrupción privada médica como delito de posición con infracción de deber?	101

	Pág.
LA CORRUPCIÓN EN EL SISTEMA SANITARIO ALEMÁN, por Henning Rosenau, Henning Lorenz y Lisa Wendrich	105
I. INTRODUCCIÓN.....	105
II. CONTEXTO HISTÓRICO	105
III. BREVE PANORAMA DE LA LEGISLACIÓN	109
IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	110
V. CUESTIONES PROCESALES	114
A. Intervención de las comunicaciones conforme al § 100a StPO ...	114
B. El § 299a StGB como delito perseguible de oficio.....	115
VI. EL TIPO DEL § 299A STGB.....	117
A. Círculo de posibles autores	117
B. Contexto profesional	118
C. Conductas típicas.....	119
D. La ventaja	119
E. El acuerdo ilegal	120
VII. NECESIDAD DE UNA NORMA PENAL	126
A. Criminología de la corrupción en el sistema sanitario.....	126
B. Necesidad de sanciones penales.....	128
VIII. CONCLUSIÓN.....	130

PARTE IV

CORRUPCIÓN Y DEPORTE

LA CORRUPCIÓN EN EL DEPORTE EN EL DERECHO PENAL ES- PAÑOL: ¿UN LEGISLADOR TORPE, INMORAL O ESTRATÉ- GICO?, por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno.....	133
I. INTRODUCCIÓN: DOS CASOS (¿PARADIGMÁTICOS?) DE CORRUPCIÓN EN EL DEPORTE	133
II. LA INTRODUCCIÓN DEL TIPO DE CORRUPCIÓN EN EL DEPORTE EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: EL ART. 286 BIS.4 EN LA LO 5/2010 Y EN LA LO 1/2015	135
III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	136
A. El legislador se manifiesta (pero no se pronuncia)	136
B. La doctrina: de la adhesión programática a la descripción y crí- tica (interna)	138
C. De la descripción y la crítica interna a la crítica externa: ¿real- mente es digno de protección el deporte de masas?	142
IV. LAS PENAS APLICABLES COMO CLAVE INTERPRETATIVA...	144

	Pág.
A. No solo errores y mercadotecnia política: las consideraciones estratégicas en la determinación legislativa de la pena.....	144
B. El fluctuante marco punitivo del delito de corrupción en el deporte.....	148
i. Las penas aplicables al tipo básico.....	148
ii. La rebaja de la pena del art. 286 bis.3.....	148
iii. El incremento de pena del art. 286 quáter.....	150
V. CONCLUSIÓN.....	152
CORRUPCIÓN Y DEPORTE, por Helmut Satzger.....	155
I. INTRODUCCIÓN.....	155
II. EL FRAUDE DE APUESTAS DEPORTIVAS (§ 265C STGB).....	157
A. Problemas del tipo de estafa en el fraude de apuestas deportivas según la legislación anterior.....	157
B. El nuevo tipo de «fraude de apuestas deportivas» (§ 265c StGB).....	158
i. Los autores.....	159
ii. Actos punibles.....	160
iii. Acuerdo ilícito especial.....	160
iv. Beneficio para sí o un tercero como parte del acuerdo ilícito.....	160
v. Elemento subjetivo.....	161
III. PUNIBILIDAD DE LA MANIPULACIÓN DE LAS APUESTAS DEPORTIVAS PROFESIONALES (§ 265D STGB).....	162
A. Panorámica.....	162
B. El nuevo tipo de manipulación de competiciones deportivas profesionales (§ 265d StGB).....	162
i. Autores y actos punibles.....	163
ii. Competición deportiva profesional.....	163
iii. Interferencia anticompetitiva.....	163
IV. LEGITIMIDAD Y NECESIDAD DE LOS TIPOS NUEVOS.....	164
A. Integridad del deporte.....	164
B. Intereses patrimoniales.....	166
C. Protección de la confianza de la comunidad en el funcionamiento de la competición deportiva libre de manipulación.....	167
V. CONCLUSIÓN.....	167

PARTE V
CORRUPCIÓN Y PROCESO PENAL

SOBRE LA INOPONIBILIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN Y DE LA COSA JUZGADA EN CASOS DE CORRUPCIÓN (PÚBLICA), por Juan Pablo Montiel	171
I. INTRODUCCIÓN: PANORÁMICA Y ESTRATEGIAS DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LATINOAMÉRICA...	171
II. DISCUSIÓN EN TORNO A LA IMPRESCRIPTIBILIDAD Y LA COSA JUZGADA FRAUDULENTO EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN	175
III. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD Y LA COSA JUZGADA FRAUDULENTO EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN COMO REFORZAMIENTO DEL <i>ENFORCEMENT</i>	180
IV. LA MATRIZ DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD: LIMITACIÓN AL ALCANCE DE LA INOPONIBILIDAD	183
V. EL PRINCIPIO <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i> COMO JUSTIFICATIVO DE LA INOPONIBILIDAD	186
VI. ATRIBUIBILIDAD DE LA FALTA DE PERSECUCIÓN O DEL SOBRESEIMIENTO FRAUDULENTO COMO PRESUPUESTO DE LA INOPONIBILIDAD	190
VII. BALANCE FINAL	193
CORRUPCIÓN Y PROCESO PENAL, por Hans Kudlich	195
I. INTRODUCCIÓN	195
II. CORRUPCIÓN Y PROCESO PENAL	195
A. Posible aplicación de los §§ 331y ss. StGB en el proceso penal...	195
B. Casos prácticos	197
C. Concurrencias posibles en el caso de comportamientos corruptos en el proceso penal —en especial, sobre el problema del prevaricato	199
III. CASOS DE CORRUPCIÓN Y SU TRATAMIENTO EN EL PROCESO PENAL	199
A. Generación de una sospecha inicial	201
B. La investigación en el caso de hechos de corrupción	203
C. Puntos álgidos de la investigación	204
D. Problema especial de cooperación oficial	206
IV. CONCLUSIÓN DEL PROCESO	206
V. EXCURSO: SANCIONES DE EMPRESAS	208

PARTE VI
CORRUPCIÓN Y *COMPLIANCE*

PROBLEMAS POLÍTICO-CRIMINALES DE LA CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS Y <i>COMPLIANCE</i>, por Mirentxu Corcoy Bidasolo...	213
I. INTRODUCCIÓN.....	213
II. POLÍTICA CRIMINAL Y CORRUPCIÓN.....	218
III. CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS.....	219
IV. CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS Y <i>COMPLIANCE</i>	222
V. CONCLUSIONES	224
 CORRUPCIÓN Y <i>COMPLIANCE</i>, por Thomas Rotsch	 227
I. INTRODUCCIÓN.....	227
II. CORRUPCIÓN	228
A. La tesis de Kindhäuser	228
B. El enfoque de Saliger	230
C. Los elementos constitutivos del injusto punible de corrupción...	232
D. Corrupción, intento de una conceptualización	234
III. <i>COMPLIANCE</i>	235
A. Precisión de la definición de <i>criminal compliance</i>	235
B. Concreción de las condiciones de origen del <i>criminal compliance</i>	238
IV. CORRUPCIÓN Y <i>COMPLIANCE</i>	239
V. RESULTADO.....	241
 REFERENCIAS DE LOS AUTORES	 243

PRÓLOGO

¿Vivimos en una ciénaga de corrupción? Así lo cree una gran mayoría de ciudadanos en muchos países, incluso en aquellas zonas tradicionalmente consideradas menos afectadas por el fenómeno: según el Eurobarómetro de 2013, un 76 por 100 de europeos se mostraba de acuerdo con la afirmación «hay corrupción en las instituciones nacionales de mi país» (la cifra ascendía a un impactante 95 por 100 en el caso de los españoles). A la pregunta de si la situación les afectaba «personalmente en la vida cotidiana», un 28 por 100 de europeos (y un nuevamente espectacular 63 por 100 de españoles) volvía a responder afirmativamente. Sin embargo, ante la pregunta de si en los últimos doce meses alguien les había pedido que pagaran un soborno por un servicio público o tuvieron la sensación de que se esperaba de ellos tal pago, la respuesta afirmativa se desplomó al 4 por 100 de europeos (y, paradójicamente en atención a los datos previos, solo un 2 por 100 de españoles)¹.

La gran distancia entre el número de personas que afirma que la corrupción le afecta «personalmente en la vida cotidiana» y el de quienes han sufrido o tenido la impresión de que se esperaba de ellos un acto de corrupción concreto en el último año podría llevar a concluir la irracionalidad de la ciudadanía. En concreto, podría estar produciéndose, también en esta materia, un «pánico moral» en el sentido criminológico de la expresión: una situación en la que la ciudadanía evalúa al alza la magnitud de un fenómeno delictivo y, en consecuencia, sobre-reacciona ante este. Tal conclusión sería sin embargo prematura: incluso unos relativamente pocos casos de corrupción, concentrados en ciertos sectores, pueden afectar de forma importante a la confianza en las instituciones y suponer ingentes daños económicos².

¹ Un análisis y contextualización de estas y otras cifras en V. LAPUENTE (coord.), *La corrupción en España* (capítulo I, sin atribución de autoría individual), Madrid, Alianza, 2016, pp. 26-32.

² Sobre este último aspecto, en 2015 la Comisión Nacional para los Mercados y la Competencia se refería a cómo el sobreprecio en la contratación pública en España (que se cifraba en el 25 por 100) suponía unos vertiginosos 48.000 millones de euros al año, un 4,5 por 100 del PIB español. Esta y otras también espectaculares cifras de estudios «macro», en C. RAMÍO, *La renovación de la función pública*, Catarata, 2016, pp. 39-42. Como puntualiza el autor, no cabe pensar que todo el sobreprecio se deba a corrupción en el sentido clásico de ejercicio de poder público para el beneficio particular: con seguridad también hay problemas de diseño y negligencia (que a su vez son un buen caldo de cultivo para la expansión de la corrupción).

Es muy probable que el origen de esta corriente de opinión ciudadana crítica se encuentre en la proliferación de noticias sobre las cada vez más numerosas investigaciones y condenas por este tipo de conductas. Es seguro que, como ocurre en tantas ocasiones con el fenómeno delictivo, no sabemos con una mínima precisión cuál es la entidad concreta del fenómeno. Y es dudoso si estamos ante un verdadero aumento de la corrupción, ante un incremento de la eficacia en su persecución o ante una menor tolerancia y la mayor sensibilidad social al respecto (por supuesto, también es posible, de hecho probable, que estemos ante una combinación de todas estas posibilidades).

A pesar de las numerosas incertidumbres sobre la realidad del fenómeno, en una mayoría de países el legislador penal, siempre selectivamente atento, ha tomado buena nota de la preocupación ciudadana y se ha embarcado en un proceso de intensificación cuantitativa y cualitativa de la persecución de conductas en este ámbito. Además de la usual tipificación de nuevas conductas e incremento de las penas para los supuestos ya existentes, este incluye decisiones más novedosas. Así, se ha extendido la competencia de los tribunales nacionales a supuestos de comisión extraterritorial con tenuous lazos de conexión con el país de enjuiciamiento, medida objeto de atención en las contribuciones de Silva y Kuhlen; se han introducido tipos de corrupción en los negocios que tienen como destinatarios a particulares y cuyo encuadre dogmático resulta polémico, según analizan en sus aportaciones Bolea y Bülte; se han previsto medidas específicas para conductas que tienen lugar en concretos sectores de actividad, señaladamente la sanidad y el deporte, que son objeto de estudio en las contribuciones de Gómez y Rosenau/Lorenz/Wendrich y de Ortiz de Urbina y Satzger, respectivamente; se ha pretendido cooptar como ayudantes en la prevención a las empresas privadas mediante la estrategia palo-zanahoria del cumplimiento normativo o *compliance*, como desarrollan los artículos de Corcoy y Rotsch; y «finalmente» (puesto que la lista es larga, pero no exhaustiva), se han desbordado los límites tradicionales de las garantías procesales para la persecución de estas conductas, acudiendo incluso a estrategias inicialmente pensadas para la depuración de responsabilidades en los delitos más graves del Derecho penal internacional, como detallan en sus trabajos Montiel y Kudlich.

Las contribuciones a este volumen no niegan que exista un problema, y tampoco que el Derecho penal pueda contribuir a mejorar la situación. Entienden, sin embargo, que la necesidad de hacer algo no significa que todo valga, o que baste con hacer cualquier cosa: una regulación inadecuada no solo supone un ineficiente uso de recursos, sino que puede redundar en importantes problemas de legitimidad³. Por este motivo, las reformas y de-

³ Al respecto, véase L. KUHLEN, «Sobre la trivialización del Derecho penal de la corrupción», *Enfoques Penales* (julio) 2018 (<http://crimint.com.ar/2018/08/01/enfoques-penales-julio-2018-sobre-la-trivializacion-del-derecho-penal-de-la-corrupcion/>).

sarrollos que se vienen produciendo son objeto de un análisis que procede, si no con aplicación del ácido cínico que recomendaba el mítico juez Holmes, sí al menos con un sano escepticismo y rigor académico que muestra los problemas y limitaciones, pero también ofrece propuestas.

Resta finalmente hacer constar que el presente volumen se gestó al hilo de un nuevo proyecto internacional de investigación (y ya van tres) impulsado por CRIMINT, que en esta ocasión se asoció a la Universitat de Barcelona. Esta inagotable fragua de eminentes penalistas ofició de anfitriona el 9 de marzo de 2017 del seminario «Aspectos sustantivos y procesales de la lucha contra la corrupción» y además ofreció un escenario inmejorable para un intercambio académico de altísimo nivel. Ello no habría sido posible sin la excelente organización de los profesores Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín, investigadores principales del proyecto de investigación del Ministerio Español de Educación y Ciencia «Teoría del delito y proceso penal: ¿dos instrumentos conciliables» (DER2014-59247-R), dentro del cual también se enmarca este libro. Al igual que sucedió en los anteriores proyectos, la asociación de CRIMINT con universidades de prestigio internacional ha hecho posible contar con publicaciones gemelas en Alemania⁴ y España⁵, lo que ha favorecido la (poco habitual) incidencia en la academia de habla germana de proyectos gestados en Iberoamérica.

Madrid, 17 de septiembre de 2018
Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO

⁴ *Compliance und Strafrecht* (C. F. Müller, 2013), *Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts* (Nomos, 2017) y *Korruption und Strafrecht* (C. F. Müller, 2018).

⁵ *Compliance y teoría del Derecho penal* (Marcial Pons, 2013), *Cuestiones actuales del Derecho penal médico* (Marcial Pons, 2017) y el volumen que el lector tiene en sus manos.

PARTE I
CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

EL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL OPERADA POR LO 1/2015, DE 30 DE MARZO

Carolina BOLEA BARDON

I. INTRODUCCIÓN

Desde la reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, que introdujo el art. 286 bis, los pagos de corrupción en las relaciones comerciales son punibles. El delito de corrupción privada nace para hacer frente a conductas como el cobro de comisiones ocultas, una práctica bastante extendida en el ámbito de los negocios. Con la expresión «*Kick-back*» se hace referencia a supuestos como el del administrador de una empresa que, en el momento de cerrar un contrato en nombre y representación de su principal, acuerda con la otra parte contratante que esta le entregue una comisión que repercuta al alza en el importe total que acaba pagando su empresa al adquirir el producto o servicio contratados¹. Un ejemplo de este tipo de prácticas sería el siguiente: el representante de una cadena de restaurantes pacta con el administrador de la empresa X pagarle una comisión del 10 por 100 por cada comida de trabajo que se lleva a cabo en cualquiera de los restaurantes de la cadena. La comisión que cobra el administrador se suma al importe que tiene que pagar la empresa X por comida realizada. El dueño de la empresa X no está al corriente de esta práctica.

¹ Sobre las prácticas de «*Kick-back*» y su relevancia en el Derecho penal, véanse RÖNNAU, «“Kick-backs”: Provisionsvereinbarungen als strafbare Untreue», en *Festschrift für Kolbmann*, 2004, pp. 239 y ss.; SCHÜNEMANN, «El Tribunal Supremo Alemán en la maraña del tipo de la administración desleal», en JAKOBS/SCHÜNEMANN, *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, pp. 123 y ss., calificando los casos de *Kick-back* como el «cáncer de la macroeconomía actual» (p. 125); KINDHÄUSER, § 266, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar*, 4.ª ed., 2013, nm. 114. En España, véanse GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?», *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 74, 2008, pp. 236 y ss.; GILI PASCUAL, «Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y *kick-backs*: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 109, 2013, pp. 46 y ss.

Como es sabido, el origen del delito de corrupción entre particulares tipificado en el art. 286 bis se halla en la Decisión Marco 2003/568/JAI. Nace ubicado en un nueva Sección 4.^a (De la corrupción entre particulares) que en el Proyecto de Ley de reforma del Código Penal de 4 de octubre de 2013² pasa a denominarse: «De la corrupción en los negocios», y en el Proyecto que entra en el Senado el 29 de enero de 2015 se rubrica: «De la corrupción en el sector privado»³. Y, finalmente, en el texto aprobado el 26 de marzo de 2015 se sustituye por: «Delitos de corrupción en los negocios»⁴. Por lo demás, tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el art. 286 bis se mantiene con las modificaciones introducidas en el Proyecto de 2013. Entre las mismas destacan, como más llamativas, el cambio de posición de la corrupción pasiva, que pasa a tratarse en primer lugar, antes de la activa (igual que en el § 299 StGB alemán) y la sustitución de la expresión «incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales», que tanta discusión había generado, por la de «como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías», que, sin duda, seguirá generando polémica. Y cabe mencionar, como positiva, la inclusión de la figura del tercero beneficiario del favorecimiento que no estaba prevista expresamente en la corrupción pasiva y sí, en cambio, en la corrupción activa, permitiendo superar problemas interpretativos derivados de un claro descuido del legislador⁵. No tan positiva resulta la incorporación de un tipo agravado (art. 286 quater), aplicable, según el Preámbulo a la LO 1/2015, de 30 de marzo, «a los casos de especial trascendencia», puesto que las penas previstas en el art. 286 bis, ya venían siendo consideradas por la doctrina como considerablemente elevadas, especialmente si se comparan con las previstas para la apropiación indebida, la estafa o la administración desleal⁶.

También cabe destacar que con la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales cambia de ubicación sistemática y deja de formar parte de los delitos contra la administración pública, trasladándose, como nuevo art. 286 ter, a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, e integrándose en la Sección 4.^a que, como se ha visto, pasa a denominarse «delitos de corrupción en los negocios». A diferencia de lo sucedido en otros

² 121/000065: Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³ 621/000108: Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵ Sobre esto último, véase BOLEA BARDON, «El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes», *InDret*, 2/2013, p. 23.

⁶ Sobre esta última cuestión, véase BOLEA BARDON, «El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes», *InDret*, 2/2013, pp. 24 y s.

países, no se ha aprovechado la ocasión para regular la corrupción privada cuando los actos de corrupción afectan al mercado internacional. Así, por ejemplo, el legislador alemán en el año 2002 extiende la protección del § 299 StGB al ámbito internacional, sin limitarse por tanto ni al mercado nacional ni a los países de la Unión Europea⁷. En la regulación española, en cambio, no queda claro qué sucede con los actos de corrupción realizados en el extranjero cuando el sujeto sobornado no es un funcionario público.

La presente contribución tiene por objeto plantear una reflexión en torno al bien jurídico protegido en el delito de corrupción privada, cuestión que ha sido controvertida en la doctrina desde su incriminación y, sin duda, esencial para determinar el alcance y la configuración del tipo. La tesis dominante en España sostiene que el bien jurídico protegido en el art. 286 bis del Código Penal es la leal competencia en la contratación de bienes y servicios como medio para asegurar el normal funcionamiento del mercado (modelo puro de competencia)⁸. De este modo, se entiende justificada su ubicación sistemática entre los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores⁹. Como argumento a favor de esta postura se alude actualmente a la eliminación de la referencia al incumplimiento de las obligaciones que trajo consigo la reforma del Código Penal del año 2015¹⁰. También en la doctrina alemana, hasta la modificación del § 299 StGB operada el 26 de noviembre de 2015, existía un amplio consenso

⁷ Sobre la protección del mercado extranjero en materia de corrupción privada en la regulación alemana, véase BOLEA BARDON, «El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes», *InDret*, 2/2013, pp. 8 y s.

⁸ Según el Preámbulo a la LO 5/2010 (apdo. XIX): «La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a romper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado».

⁹ En España se manifiestan a favor de interpretar el art. 286 bis como un modelo puro de defensa de la competencia, entre otros, CASTRO MORENO, «Corrupción entre particulares», en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Francis Lefebvre. Reforma Penal, Ley Orgánica 5/2010*, 2010, nm. 2732, p. 291; SANTANA VEGA/GÓMEZ MARTÍN, «Arts. 278-289», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 635; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», en VVAA, *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal*, 2011, p. 1098; BLANCO CORDERO, «La reforma de los delitos de corrupción mediante Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas», *Diario La Ley*, núm. 7534, 2010, p. 5; OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado: El nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal», *La Ley penal*, núm. 87, 2011, p. 43; NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares y tutela del mercado», *InDret*, 4/2011, p. 13; GIL NOBAJAS, «El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 574 y ss.

¹⁰ Véase, por todos, GIL NOBAJAS, «El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, p. 576.

respecto a que el tipo descrito en el § 299 StGB protegía de forma prioritaria la competencia leal como interés supraindividual¹¹. Tras la mencionada modificación se produce una ampliación del precepto, con la introducción de una segunda modalidad típica, que atiende a los intereses patrimoniales de la empresa (§ 299 StGB, párr. 1, núm. 2 y párr. 2, núm. 2). A partir de este momento, conviven en un mismo precepto dos modelos distintos: el modelo puro de competencia (*Wettbewerbsmodells*) y el modelo del dueño del negocio (*Geschäftsherrnmodells*).

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL § 299 STGB

La doctrina alemana está haciendo grandes esfuerzos por limitar el alcance de la nueva modalidad típica, introducida siguiendo las directrices europeas como respuesta a la escasa aplicación del delito hasta la fecha¹². De ahí, que la discusión sobre el bien jurídico protegido en el delito de corrupción privada vuelva a ser en Alemania de máximo interés. Un destacado sector de la doctrina alemana considera que se produce una notable ampliación de la punibilidad a costa de incriminar conductas que no merecen una sanción penal¹³. Otro sector, interpreta que la competencia sigue siendo el objeto de protección del nuevo § 299 StGB, entendiendo que los deberes que infringe el autor son precisamente los que sirven para proteger la competencia¹⁴.

¹¹ Véase, por todos, TIEDEMANN, «§ 299», en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12.^a ed., 2008, nm. 1 y 5. Sobre esta cuestión, con ulteriores referencias, véase BOLEA BARDON, «El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes», *InDret*, 2/2013, p. 11.

¹² Véase, por todos, KUBICIEL, «Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr. Zu einer wettbewerbsorientierten Umsetzung des sog. Geschäftsherrnmodells in § 299 StGB», *ZIS*, 13/2014, pp. 668 y s., quien atribuye su escasa proyección a la dificultad de probar la exigencia de favorecimiento desleal para la competencia.

¹³ Así, SCHÜNEMANN, «Der Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Korruption - überflüssige Etappe auf dem Niedergang der Strafrechtskultur», *ZRP*, 2015, pp. 68 y ss., cuestionando que la modificación del § 299 respete las fronteras de un Derecho penal legítimo y criticando la adopción del modelo del dueño del negocio porque supone, según él, un injustificado adelantamiento de las barreras de protección, pues comparado con el tipo previsto en el § 266 (*Untreue*), cuya punibilidad se basa en una clara lesión de un bien jurídico (patrimonio), el legislador se conforma en el nuevo § 299 con el peligro dirigido a la lesión; HOVEN, «Aktuelle rechtspolitische Entwicklungen im Korruptionsstrafrecht - Bemerkungen zu den neuen Strafvorschriften über Mandatsträgerbestechung und Bestechung im geschäftlichen Verkehr», *NSfZ*, 10/2015, p. 560, para quien el Derecho europeo fuerza una reforma de la ley que no es necesaria desde la perspectiva político-criminal y que plantea notables dificultades interpretativas. No obstante, esta autora considera que es posible limitar el alcance del nuevo precepto a través de: la limitación del círculo de autores, una comprensión restrictiva del concepto de «adquisición de mercancías o contratación de servicios» («*Bezug von Waren und Dienstleistungen*») y una interpretación del concepto de lesión del deber vinculada a la competencia («*Wettbewerbsbezogene Auslegung der Pflichtverletzung*», véase pp. 557 y ss.).

¹⁴ Así, KUBICIEL, «Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr. Zu einer wettbewerbsorientierten Umsetzung des sog. Geschäftsherrnmodells in § 299 StGB», *ZIS*, 13/2014,