

SOBORNO ENTRE PRIVADOS, RAZONES PARA SU PENALIZACIÓN:

Por Hernán Munilla Lacasa

SUMARIO:

- Consideraciones previas.
- Legislación comparada.
- Propuesta del proyecto de reforma al Código Penal.
- Razones para su punición. Análisis del bien jurídico.
- Características del delito.

I- CONSIDERACIONES PREVIAS

Cuando se habla de “corrupción” en forma generalizada y sin otros aditamentos o tecnicismos, es habitual asociarla a la corrupción pública, entendiéndose por tal aquella que acontece en el ámbito de la función o de la cosa pública, en la que participan -de una u otra manera- funcionarios o empleados públicos y está involucrado el erario público, el cual sufre un menoscabo en perjuicio del conjunto de la sociedad. Y está bien pensarlo de esa forma. Pero también existe la corrupción entre privados, acaso no tan llamativa o acaparadora de la atención mediática, pero igualmente grave en términos económicos y de competitividad. En este trabajo solo me ocuparé de esta última categoría y trataré de explicar las -buenas- razones que justifican su relevancia para el derecho penal y su necesaria incorporación al elenco de delitos que tipifica nuestro Código Penal.

De las muchas definiciones propuestas por la doctrina sobre corrupción suscribo la del recordado jurista Carlos S. Nino. En su célebre ensayo la definía como “*la conducta de quien ejerce una cierta función social que implica determinadas obligaciones activas o pasivas destinadas a*

satisfacer ciertos fines, para cuya consecución fue designado en esa función y no cumple con aquellas obligaciones o no las cumple de manera satisfactoria, de modo de obtener un cierto beneficio para él o para un tercero, así como también la conducta del tercero que lo induce a se beneficia con tal incumplimiento”¹.

La definición, intencionadamente amplia, comprende tanto la corrupción pública como la privada. Si bien como fenómeno jurídico penal la corrupción puede ser entendida de distintas maneras o medirse según diferentes alcances o parámetros, podría decirse que corromper es comprar aviesamente voluntades, ponerse de acuerdo para, a cambio de una ventaja o beneficio económico, actuar en forma venal; concertar por una contraprestación la manera de llevar a cabo lo indebido, lo que es contrario a los deberes u obligaciones que rigen la actuación preconfigurada de los involucrados. En otras palabras, supone una codelincuencia: alguien que ofrece y alguien que recibe, por supuesto en forma encubierta. Así considerada, la corrupción se refiere a un comportamiento, más que a la condición personal de los participantes, resultando ciertamente reprochable tanto si ocurre en la esfera pública como en la privada.

Kindhäuser, otro autor que destaca la naturaleza pluriofensiva de la corrupción, la describe como una forma de agresión cuyo contenido consiste en una *“vinculación contraria de intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido”*². Dicho en forma resumida, formalmente constituye abuso de un poder de decisión.

No me voy a detener a explicar la relación inversa existente entre corrupción y prosperidad económica e institucional de los países, porque escapa al objetivo de este breve aporte, que se enfoca en la corrupción entre privados. Pero basta con recordar que el año pasado (2024) se les otorgó el

¹ Carlos S. Nino “Un país al margen de la ley”, Ed. Ariel, Buenos Aires, 2005, p. 109.

² Kindhäuser, Urs “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal Alemán”, en Política Criminal, nº 3 (2007), p. 1-19.

premio Nobel de Economía a Daron Acemoglu, James Robinson y Simon Johnson, por sus estudios sobre cómo se forman las instituciones y cómo afectan a la prosperidad. Concretamente, los dos primeros escribieron en 2012 un libro titulado “Por qué fracasan los países”, donde determinan, a partir de ciertas comparaciones, que las instituciones que rigen en determinados países, entre ellas la justicia, es lo que los hacen prosperar. En definitiva, podría sostenerse que cuanto más corrupción hay, menos prosperidad puede desarrollarse, porque la corrupción es síntoma y causa de instituciones extractivas. La clave para la prosperidad no es tanto la cultura o los recursos naturales, sino tener instituciones políticas y económicas inclusivas, y una educación estructural y robusta que limiten la corrupción y distribuyan el poder de forma equitativa.

En rigor, existen varios estudios e informes de entidades u organismos privados sobre la corrupción y su impacto en los países. Solo por citar uno de ellos, Transparencia Internacional presentó el Índice de Percepción de la Corrupción 2024 a nivel global, el cual arrojó que la Argentina obtuvo 37 puntos sobre 100 posibles (donde los países que se acercan a 100 son los percibidos como menos corruptos). El ranking está conformado por 180 países, donde nuestro país quedó en el puesto N° 99, lo que evidencia un estancamiento si se tiene en cuenta que obtuvo los mismos puntos de 2023.

El índice -y los restantes estudios similares- indudablemente muestra que se trata de un fenómeno extendido a toda la política, no a un partido en particular y que se expande también en múltiples espacios de la vida empresarial y económica.

En efecto, los escándalos -recientes y no tanto- de sobornos y sus consecuencias en el tejido empresarial, tanto en la interacción del sector público con el privado, como en el ámbito exclusivo de este último, explican con sobrados argumentos la necesidad de atender a la importancia de la corrupción entre particulares. Las intrincadas relaciones económicas y la gran

oferta de bienes y servicios han gestado la existencia de un alto grado de corrupción en los negocios. Las empresas ya no ofertan sólo sus servicios. También ofrecen variados incentivos para promover -de manera irregular- el interés por sus negocios. ¿Esto ocurre en desmedro de quién? ¿Se justifica la intervención del derecho penal? De estos interrogantes me ocuparé en los próximos capítulos.

II- LEGISLACIÓN COMPARADA:

II.a. Herramientas internacionales:

Antes de abocarme al delito cuya incorporación al Código Penal propicio, conviene hacer un repaso por la legislación comparada.

Debe decirse, de entrada, que esta propuesta no obedece a una ocurrencia inédita u original, o carente de motivación. En rigor, Argentina está en mora desde hace muchos años con esta iniciativa, diecinueve para ser exactos.

Efectivamente, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, celebrada en New York el 31 de octubre de 2003³ y ratificada por la Argentina por ley 26.097⁴, recomendó a los Estados parte, a través de su artículo 21, la tipificación en sus ordenamientos internos del delito de soborno entre privados.

Lo sugirió en los siguientes términos (inciso 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*

³ Firmada por 134 países.

⁴ Sancionada el 10/05/06 y promulgada el 06/06/06. Antes se había dictado la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada en 1996 por ley 24.759.

persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar”.

A su vez, el inciso b) preveía: *“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”*⁵.

Hasta hoy, Argentina viene incumpliendo con esta precisa recomendación.

No es el único instrumento internacional que promueve la erradicación de la nefasta corrupción entre particulares. En el mismo año, 2003, se conoció la *“Decisión Marco”* de la Unión Europea (UE), la cual sugería a los Estados miembros tomar las medidas necesarias para asegurar que el soborno entre privados constituyera una infracción penal cuando se llevara a cabo en el transcurso de actividades profesionales.

Concretamente, en el punto 9 de la Exposición de Motivos de la Decisión Marco (UE 2003/568/JAI del 22/07/2003), se lee: *“Los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el estado de derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido”*.

En idéntica dirección se enmarca el *“Convenio del Consejo de Europa”*, de 1999, en virtud del cual se recomienda a sus miembros adoptar las medidas legislativas que consideren apropiadas para constituir en ilícito

⁵ En sintonía con dicha Convención, algunos meses antes había sido dictada en USA, en julio de 2002, la Ley Sarbanes Oxley Act (SOX), mediante la cual se requiere a los Directores Ejecutivos y Financieros un alto nivel de exigencia, compromiso y transparencia; informar honestamente y responder en forma responsable al mercado por el uso de los recursos que las empresas obtienen y por las informaciones financieras que publican, mediante informes y certificados trimestrales y anuales que deben presentar ante la Comisión de Valores (SEC).

penal todo comportamiento cometido en forma intencional, en el marco de una actividad comercial, consistente en prometer, ofrecer o conceder, directa o indirectamente, una ventaja indebida a toda persona que dirija o trabaje para una entidad del sector privado, en su propio provecho o en el de un tercero, con el fin de que cumpla o se abstenga de cumplir un comportamiento en violación de sus deberes.

También cabe mencionar la “*Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*”, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), de 1997, conocida como la “*Convención contra el Soborno Internacional*” (en la que se requiere la intervención de un funcionario público extranjero). La OCDE expresa que el soborno consiste en ofrecer, prometer o dar un beneficio o ventaja económica o de otra naturaleza para realizar una acción o incurrir en una omisión con miras a la obtención o manutención, para sí o para un tercero, de cualquier negocio o ventaja indebidas.

Existen otros ejemplos de la comunidad internacional dignos de ser destacados. Tal el caso de la ley contra el soborno del Reino Unido de 2010 (UK Bribery Act 2010), la cual, si bien engloba tanto la corrupción pública como privada, penaliza el soborno en esta última área, como asimismo la falta de prevención de soborno por parte de una organización comercial. En la Sección 7 de esta ley se crea una nueva forma de responsabilidad corporativa originada en la incapacidad de una organización comercial relevante (constituida en el Reino Unido) de evitar actividades de soborno, aún cuando ésta desarrolle sus negocios en el extranjero⁶.

Uno de los principales objetivos de esta ley es acabar con la práctica generalizada del pago de sobornos en el marco de la competencia por la obtención de contratos y, especialmente, la práctica de competir sobre la

⁶ También se aplica la ley si los actos prohibidos son cometidos en el Reino Unido, aún cuando la sociedad haya sido constituida en el extranjero.

base de que quien se adjudicaría el contrato en definitiva sería quien pueda pagar el soborno más alto.

En el mismo contexto, aunque anterior, no puede soslayarse la mención de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (“*Foreign Corrupt Practice Act*” o FCPA), vigente en USA desde 1977, la cual se centra en el soborno en la actividad empresarial y se aplica a los ciudadanos y empresas estadounidenses, tanto si realizan sus actividades en los Estados Unidos como en el extranjero, y abarca a los nacionales y empresas extranjeras, siempre que los actos que promuevan una conducta indebida se hayan cometido dentro de la jurisdicción territorial de los Estados Unidos.

El citado país ha dictado una norma, más cercana en el tiempo, que revela su preocupación por las buenas prácticas corporativas. Es la “*Dodd-Frank Act*”, suscripta en julio de 2010, a través de la cual se estableció un nuevo marco regulatorio para reducir el riesgo, aumentar la transparencia y promover la integridad del mercado dentro del sistema financiero. Entre otras medidas, la norma obliga a designar un *chief compliance officer*.

Asimismo, resulta pertinente citar al Grupo de Estados Contra la Corrupción (GRECO), creado en 1999 por el Consejo de Europa para supervisar el cumplimiento por parte de los Estados de las normas anticorrupción de la organización. GRECO ha desarrollado diversos instrumentos jurídicos multifacéticos que abordan cuestiones como la tipificación penal de la corrupción en los sectores público y privado, la responsabilidad y la indemnización por daños causados por la corrupción, la conducta de los funcionarios públicos y la financiación de los partidos políticos. Estos instrumentos tienen como objetivo mejorar la capacidad de los Estados para combatir la corrupción tanto a nivel nacional como internacional.

En la misma dirección se inscribe la ISO 37001, cuya última versión es de 2025, que es una norma internacional dedicada a establecer,

implementar y mejorar sistemas de gestión antisoborno. Propone requisitos y orientación para montar sistemas enderezados a ayudar a las organizaciones a prevenir, detectar y corregir el soborno, así como a cumplir con las leyes antisoborno y los compromisos aplicables a sus actividades. Abarca diversas formas de soborno, directo e indirecto, tanto en el sector público como en el privado.

Los cambios más importantes de su última actualización son la profundización en el análisis del contexto y de las partes interesadas, una mirada más dinámica y operativa de las herramientas internas, la consideración de prácticas vinculadas al soborno (regalos inapropiados, hospitalidad excesiva y otras ventajas indebidas) y un mayor compromiso de toda la organización para consolidar una ética corporativa integral y obligatoria.

II.b. Legislación de otros países:

Veamos lo que ha pasado en otros países que se han hecho eco de esta problemática. Así, la regulación alemana en materia de protección de la competencia permaneció durante mucho tiempo en la Ley contra la Competencia Desleal, formando parte del derecho penal accesorio. Pero la ley para la lucha contra la corrupción del 13/08/1997, introdujo una nueva sección en el Código Penal, bajo el título “Delitos contra la competencia”. Según Carolina Bolea Bardon⁷, fueron razones de prevención general las que motivaron el traslado al derecho penal del núcleo, pues el legislador alemán, según esta autora, pretendía reforzar la conciencia de que la corrupción en el ámbito comercial de los negocios es una forma de criminalidad que no solo afecta a la economía, sino que manifiesta un comportamiento ético-socialmente reprochable. La competencia es considerada un principio de orden económico y un interés supraindividual merecedor de protección penal.

⁷ “El delito de corrupción privada: bien jurídico y ratio legis”, en Otero González, P. y Castro Moreno, A (dirs), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, 1º edición, Madrid (Dykinson), 2016, p. 101

La regulación vigente en Alemania contiene dos tipos relativos a la competencia: el parágrafo 298 StGB (acuerdos limitadores de la competencia en subastas) y el parágrafo 299 StGB (corruptibilidad y sobornos en las relaciones comerciales). Solo nos interesa citar este último:

P. 299: “(1) *Quien, como empleado (Angestellter) o encargado (Beauftragter) de una empresa, en las relaciones comerciales exija, acepte una promesa o reciba una ventaja para él o para un tercero como contrapartida para favorecer a otro en la adquisición de mercancías o contratación de servicios de un modo desleal para la competencia, será castigado con la pena de hasta tres años de prisión o con pena de multa.*

(2) Del mismo será castigado quien en las relaciones comerciales con fines competitivos ofrezca, prometa o proporcione al empleado o delegado externo de una empresa una ventaja para él o para un tercero como contrapartida para que le favorezca a él o a otro en relación con mercancías o servicios de la competencia de un modo desleal”.

(3) Los apartados 1 y 2 rigen también para conductas en el ámbito de la competencia extranjera”.

La Decisión Marco de la UE (2003) antes comentada fue la que originó la incorporación de este delito en la legislación española. A través de la LO 5/2010 se introdujo en el Código Penal el artículo 286 bis, bajo la rúbrica “De la corrupción entre particulares”. En 2015 se aprobó una reforma (LO 1/2015) que modificó la denominación de la Sección por “Delitos de corrupción en los negocios”. A diferencia de la UK Bribery Act, el Código Penal de España tipifica por separado la corrupción pública de la privada.

Dice el actual art. 286 bis:

“(1) *“El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para*

favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo de 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 mercancía, contratación de servicios o en las relaciones comerciales”.

También contempla la corrupción entre particulares en el ámbito del deporte profesional (apart. 4).

Francia, a su turno, adaptó su legislación penal a los postulados de la Convención contra la Corrupción. Mediante Ley 2005-750, del 04/07/05, introdujo los artículos 445-1 y 445-2 en el Capítulo “*De la corrupción de personas que no ejerzan funciones públicas*”. A través del primero se castiga con 5 años de prisión y multa de euros 75.000, “*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 servicios públicos, 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 organismo*”.

También castiga, con la misma pena, *“el hecho, respecto de alguna de las personas contempladas en el párrafo anterior, de acceder a su solicitud, realización en cualquier momento, directa o indirectamente, de cualquier tipo de oferta, promesa, donación, presente o ventaja, por realizar o dejar de realizar uno de los actos contemplados en el citado párrafo, violando sus obligaciones legales, contractuales o profesionales”*.

Por el art. 445-2 incrimina, con la misma pena (5 años de prisión y multa de euros 75.000), *“el hecho cometido por una persona que, sin ser depositaria de autoridad pública, ni 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 cualquier organismo, de solicitar o aceptar, en cualquier momento, directa o indirectamente, cualquier tipo de oferta, promesa, donación, presente o ventaja por realizar o abstenerse 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”*.

Es interesante la redacción empleada en el Código Penal de Chile. Dentro del Título VI (*“de los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”*), se agregó el Capítulo VII bis bajo la rúbrica *“De la corrupción entre particulares”*.

Establece el artículo 287 bis:

“El director, administrador, mandatario o empleado de una empresa 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 director, administrador, mandatario o empleado de una empresa 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”.

Señalo que la redacción es interesante porque contempla el llamado cohecho de recompensa, en tanto castiga no solo al que ofrece y recibe el beneficio *“para favorecer”* la contratación -hecho futuro-, sino también *“por haberla favorecido”*. Es decir, como muestra de agradecimiento, por un hecho pretérito.

III- INCORPORACIÓN DE LA FIGURA EN EL PROYECTO DE REFORMA DE NUESTRO CÓDIGO PENAL (2017)

El proyecto de reforma integral del Código Penal presentado en 2017⁸, que tomaré como modelo, finalmente acogió dentro de su texto el delito de soborno entre privados, incorporándolo dentro del Título XIII (*“Delitos contra el orden económico y financiero”*), Capítulo I, *“De los fraudes al comercio y la industria”*.

Se tuvieron en cuenta como antecedentes directos los Códigos penales de Alemania (parágrafo 299 StGB referente al cohecho pasivo y activo en el tráfico comercial) y de España (art. 286 bis delitos de corrupción en los negocios), antes transcritos. La propuesta establece una pena para

⁸ Dicho proyecto, que no tuvo tratamiento legislativo, fue tomado como base por la Comisión de Juristas designada por el actual gobierno, cuyo anteproyecto de reforma se halla a estudio del Ministerio de Justicia. Según la información obtenida, el delito de soborno entre privados respeta la redacción propuesta en 2017, que se consigna en este trabajo.

quien por sí o por persona interpuesta en su nombre, interés o beneficio, requiriere, aceptare o recibiere dinero, cosas, bienes, un beneficio o ventaja indebida. En igual sentido, la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria (27.401) establece que habrá responsabilidad *“Por los delitos realizados directa o indirectamente, con la intervención o en nombre de la persona jurídica, interés o beneficio”* (art. 2 primer párrafo)”.

Por su parte, se prevé la misma escala penal, como delito de dominio, para quien *“diere, ofreciere o concediere”*, dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activos, a los sujetos cualificados referidos en el párrafo anterior. En la misma línea que se establece para el delito de cohecho, se tipifican tanto la faz activa como pasiva del delito.

Artículo 302: *“Se impondrá prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años o multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto o valor del beneficio obtenido y, en ambos casos, inhabilitación especial por cuatro (4) años para el ejercicio de la industria o el comercio, al directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa o persona jurídica privada de cualquier clase que, por sí o por persona interpuesta, directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio, requiriere, aceptare o recibiere dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activos, un beneficio o ventaja indebida, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecerlo en la adquisición o venta de mercaderías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.*

La misma pena se impondrá a quien, por sí o por persona interpuesta, directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio, diere, ofreciere o concediere a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa o persona jurídica privada de cualquier clase, dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activos, un beneficio o ventaja indebida, para ellos o para terceros, como contraprestación para ser favorecido, él o un tercero, en la adquisición o venta de mercaderías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales”.

A su vez, el novedoso artículo 38, que trata sobre la “responsabilidad de las personas jurídicas” (Título VII), establece:

“Las personas jurídicas privadas de cualquier clase, serán responsables, en los casos expresamente previstos en este Código, por los delitos cometidos por los sujetos indicados en el artículo 37 que hubieren sido realizados, directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio.

“...La persona jurídica podrá ser condenada aun si no fuera posible identificar o juzgar a la persona que hubiese intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitiesen establecer que el delito no hubiere podido cometerse sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.

“Las personas jurídicas podrán ser responsables por los delitos previstos en el art. 145 y los Títulos XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XXII, XXIII, XXIV, XXV y XXVII del Libro Segundo de este Código”.

A su turno, el artículo 39 prevé las sanciones que podrán imponerse a las personas jurídicas, que son las mismas que contempla la ley 27.401 (“Responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de corrupción”).

IV- RAZONES PARA SU PUNICIÓN. ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO

Nadie pondría un instante en duda la legitimidad de la penalización del delito de cohecho, tanto en su faz pasiva como activa. Salvando la distancia, que ciertamente la hay -y acerca de la cual en estas breves reflexiones no habré de ocuparme en profundidad-, intentaré explicar las razones que justifican y también legitiman la punición del delito de soborno entre privados. Diré además que comparto el criterio de la legislación española, alemana, francesa y chilena -entre las aquí revisadas-, de regular por separado la corrupción pública de la privada, no obstante que compartan

algunas nociones, insuficientes a mi criterio para tratarlas en forma conjunta, como hace la UK Bribery Act.

Sin perjuicio de ello, existen ciertas similitudes importantes entre ambas modalidades delictivas por cuanto se trata de conductas funcionalmente equivalentes, que consisten, en parte, en la violación de los deberes fiduciarios. En efecto, dejando de lado el sujeto pasivo -que difiere-, ambas afectan intereses, ora públicos, ora privados y el comportamiento delictivo específico en los dos órdenes puede traducirse en la alteración del equilibrio y la estabilidad económica del país, por afectar las reglas del mercado. Claramente, la corrupción, cualquiera sea el ámbito en el que se desarrolle, implica siempre una violación por parte de un decisor de las obligaciones derivadas de la posición que ocupa a cambio de recibir una ventaja indebida o extra posicional por parte de la persona que se beneficia de tal incumplimiento.

¿Por qué punir el soborno entre privados?

Para comenzar, veámoslo desde la mirada de quien compite en el mercado. No puede no importarle a un proveedor de productos o de servicios, ni dejar de afectarlo económicamente, que su competidor obtenga un contrato que a él le interesaba, o le hubiere interesado, porque encubiertamente le hizo un regalo a la persona indicada que, dentro de una organización, era la encargada de adquirir ese producto o servicio. Sospechará, con toda razón, que dicha elección no se produjo porque el producto o servicio ofrecido por su competidor era de mejor calidad o precio, lo cual respondería a las reglas del juego, sino justamente a raíz del soborno o regalo entregado.

Hay altas posibilidades de que el frustrado proveedor adopte en el futuro la eficiente táctica de los obsequios encubiertos, actitud que, de generarse un -previsible- efecto contagio, terminaría por naturalizar la práctica y, como contrapartida, fomentaría la ambición de aquellos que ejercen el rol de la demanda.

No podemos saber si esto ocurre en la actualidad, y a qué escala, pero sí sabemos que al día de hoy este comportamiento en la Argentina es impune -más allá de las consabidas y expresas prohibiciones que rigen en todo Programa de Integridad o *Compliance*-.

¿Acaso no se distorsiona la competencia?

¿Acaso no implica manipular las reglas del mercado, que deben ser transparentes y confiables? ¿A la sazón, no puede terminar afectando el desarrollo económico? En otras palabras, ¿no se corrompe el mercado?

A no dudar, esta práctica promueve las relaciones comerciales espurias y opacas, por añadidura divorciadas del mérito y la excelencia. La sociedad en general, los competidores y los consumidores en particular, tienen derecho a contar a su disposición con los mejores productos y servicios y no con los que, billetera mediante, se ofrecen o se obtienen en transacciones comerciales turbias que solo tienen en cuenta las ventajas o beneficios obtenidos en desmedro de las reglas que gobiernan la buena fe y la competencia leal en los negocios. No solo se trata de combatir un comportamiento ético socialmente reprochable; la violación de las reglas del mercado pueden, a su vez, afectar severamente a la economía.

No desconocemos los principios de intervención mínima y de última ratio del derecho penal, ni se ignoran las sanciones que puede aplicar el derecho administrativo o disciplinario. O las críticas que se formulan desde el ámbito académico, en cuanto apunta que la punición de este delito conllevaría a una constante intervención penal, pues la mayoría de las transacciones comerciales podrían adecuarse al tipo, recomendando la imposición de otro tipo de sanciones y no el castigo penal⁹.

También conocemos los cuestionamientos que, en orden a la definición del bien jurídico, señalan que dentro las relaciones comerciales no

⁹ En este sentido se expide Jesús García Cáceres, “Sobre la corrupción en los negocios: análisis del artículo 286 bis, 1 y 2 del CP”, en la RJUAM, n.º 37, 2018-I, pp. 161-184. Revista Jurídica UAM.

opera el principio de imparcialidad vigente en la contratación pública. Carolina Bolea Bardón, en este sentido, apunta: *“favorecer a una empresa frente a otra por razones que no se ajustan a criterios de eficiencia podrá en algún caso infringir la legislación en materia de defensa de la competencia, pero más allá de dicha regulación se impone la libertad de mercado. Libertad de contratar incluso la oferta menos ventajosa”*¹⁰.

Este enfoque, con el cual estoy parcialmente en desacuerdo, omite considerar que la contratación es producto de un soborno, lo cual implica un menoscabo a la leal competencia.

Creemos, en cambio, que se trata de un bien jurídico supraindividual y pluriofensivo digno de protección penal. La corrupción privada tiene aptitud para provocar un incremento injustificado de los precios de los productos o servicios, con la obvia finalidad de cubrir el costo del soborno, lo cual lesiona la libre competencia pues coloca al privado que ofrece el soborno en una posición de ventaja respecto de sus competidores. Por añadidura, al tratarse de un fenómeno transnacional, si se verifica un incremento injustificado de precios, especialmente si fuera generalizado y persistente, podría afectar negativamente la balanza comercial de un país.

Con esta práctica desleal se quiebran las reglas del buen funcionamiento del mercado, se socava la confianza de los competidores, en tanto el soborno, la compra venal de voluntades, afecta precisamente las legítimas expectativas de quienes compiten en el mercado, en la creencia de que nadie hace trampa.

En definitiva, quien acepta la ventaja o beneficio es alguien que se vende a cambio de dinero o de un obsequio para violar los deberes a su cargo. Aceptar el soborno implica el abuso de una posición para la obtención de ventajas personales.

¹⁰ Carolina Bolea Bardón, op. cit.

Es indudable que tales beneficios indebidos vulneran las reglas de la oferta y la demanda, porque si fuesen legítimos se pondrían sobre la mesa, abierta y transparentemente, para que los demás competidores puedan igualar o mejorar la oferta.

La contratación en tales circunstancias no estaría privilegiando el mérito, es decir las variables de creatividad, eficiencia, productividad, diseño, excelencia, sino una ventaja o beneficio que va al bolsillo del sobornado. Este comportamiento, en suma, afecta las bases fundamentales de las relaciones comerciales. Y afecta principalmente la competencia, porque se termina favoreciendo a un competidor que ha utilizado un método desleal, tramposo, que no premia la calidad y precio del producto o servicio ofrecido, sino un vil acto de corrupción, que es el pago encubierto para obtener la contratación.

El sobornado no elige porque es la mejor elección en comparación con los bienes y servicios ofrecidos en el mercado; su decisión obedece a la ventaja o beneficio que se le ha otorgado en forma encubierta, oculta. En otras palabras, opta por privilegiar sus propios intereses en desmedro de las reglas de mercado.

Ya se ha dicho, de no castigarse estas conductas se estaría incitando a los competidores leales a que, para no quedar fuera del mercado, terminen por aceptar un incremento en sus precios, deteriorándose la competencia y el mérito. ¿No se estaría beneficiando a quien puede pagar el soborno más alto? De esta forma se terminaría perpetuando la corrupción, con los consecuentes efectos disolventes para el mercado. La distorsión de sus reglas deriva de que, a partir del ya mencionado efecto contagio, se podrían incrementar los costos de las transacciones para el resto de los competidores. Como se dijo, algunos terminarán accediendo para no quedar fuera del mercado; otros podrían quedar directamente excluidos si no están dispuestos a aplicar tales aumentos.

Claramente, esta práctica se traduce en una manipulación de la competencia en la medida en que se favorece, de manera injusta, a un competidor frente a otro. Sin lealtad para actuar en el mercado el libre desarrollo de los individuos se vería alterado por la imposibilidad de participar, con un grado aceptable de confianza, en una de las áreas esenciales para el desarrollo de la vida en un estado democrático y social de derecho¹¹.

Al castigarse el soborno entre privados se sanciona un acto que merma las condiciones bajo las cuales las personas pueden utilizar para su desarrollo el mercado y la competencia. El sobornado no contrata al mejor oferente según las reglas de la competencia, sino por el beneficio o ventaja ofrecido.

Apunta Kindhäuser con implacable lógica que así como sería irracional presentar una demanda ante el tribunal cuando resulta posible que el juez sea corrupto y los testigos mientan, también lo sería participar en el mercado cuando resulta posible que los competidores se valgan de medios ilegítimos para obtener ventajas.

En definitiva, el bien jurídico principal es la competencia leal o, expresado de otra manera, la competencia justa y honesta. Así lo considera la legislación alemana y española, y el propio proyecto de reforma de nuestro Código Penal (2017). También es cierto que, como bien colectivo y pluriofensivo, busca proteger asimismo las condiciones adecuadas de funcionamiento del sistema de mercado y la selección en atención al mérito. Tutela las reglas fundamentales del ámbito económico, aquellas dirigidas a amparar la competencia leal, tanto a nivel local, como de las transacciones internacionales.

Algunos autores entienden que el delito de soborno entre privados busca proteger los intereses económicos corporativos, o los intereses

¹¹ Así lo interpreta César Alejandro González Salas, "Aproximación al delito de corrupción entre particulares. Problemas con la noción de autor en la propuesta de art. 287 bis del Código Penal", Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2019 (<https://repositorio.uchile.cl>).

patrimoniales en sentido amplio, pues se exige una lesión patrimonial. Incluso se alude a la fidelidad laboral¹².

En rigor, no se tutela tanto el interés empresarial en que sus ejecutivos actúen con rectitud en la persecución de sus objetivos y no favorecidos por la remuneración de terceros, sino, más bien, la buena fe de los competidores a quienes se les hace trampa, quienes compiten en el mercado en la creencia de que se respetarán las reglas preestablecidas y su igualdad de oportunidades.

Repárese que mediante el pago del soborno no se exige perjuicio para la empresa en la que el sobornado se desempeña. Este pudo haber contratado un producto o un servicio incluso más barato, pero igualmente afectará a los competidores, porque la decisión de contratar estuvo motivada en el pago encubierto.

Quisiera insistir en este aspecto, concretamente vinculado a la distinción con la defraudación por administración fraudulenta, porque está claro que estamos frente a un delito autónomo, que reclama codelincuencia, el cual se halla definido por la actuación de un oferente de una ventaja indebida que inclina la decisión del receptor, en desmedro de los restantes competidores. Si la contratación se realiza a precio de mercado -de productos o servicios de similares características-, solo se configuraría el delito de soborno entre privados, pero si la contratación es a un precio mayor, o involucra mercadería o servicios innecesarios o inadecuados, entonces concurriría idealmente con la administración infiel (art. 173 inc. 7º CP).

¹² Como ya señalé, los Códigos Penales de Alemania y de España protegen la *“competencia justa y honesta”*. Otras legislaciones tutelan los deberes fiduciarios o de lealtad para con los accionistas o el propio empleador (caso de Francia), o variantes de este deber, como el principio de integridad de las relaciones laborales, o la integridad de los deberes en materia de negocios (confr. Antonio Argandéa, *“La corrupción en el sector privado”*, Documento de Investigación nº 531, diciembre 2003, IESE Business School, Universidad de Navarra -<http://www.iese.edu/research/pdfs/DI-0531.pdf>). La legislación italiana centra su atención en la óptica patrimonial, al crear la figura de la *“infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità”* (art. 2635 del C.Civ., introducido en 2003), confr. Francisco Bañeres Santos y Adán Nieto Martín, *“Corrupción entre privados”*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, ISSN 021-4267, año 60, nº extra 2005, 2006, págs. 217 y ss.

Reitero, podría tratarse de una oferta beneficiosa para la empresa -y desde ya para el ejecutivo que recibe la ventaja-, y sin embargo dicha oferta sería igualmente configurativa del delito de soborno privado, porque la concreción del negocio lo fue prescindiendo de las presuntas calidades de la oferta. En rigor, se definió por la ventaja encubierta que desplazó la oferta de los restantes competidores, quienes no ofrecieron una ventaja similar o más abultada.

En dirección opuesta, Bolea Bardon sostiene que la afectación de la competencia es siempre un bien jurídico mediato que se debe lesionar necesariamente a través de la vulneración de las relaciones internas de confianza entre empresa y administrador, directivo, empleado o colaborador. Lo que se protege en el delito de corrupción privada -señala- no es la competencia en sí misma, ni siquiera entendida como confianza en la existencia de una competencia leal. Tampoco se puede afirmar que el buen funcionamiento del mercado constituye el interés protegido en este delito. Resulta más acertado entender -afirma la autora- que la protección penal solo opera cuando se altera el buen funcionamiento de las relaciones comerciales (afectación de la competencia) a través de la vulneración del deber de no perjudicar el patrimonio de la empresa por parte del directivo. Es decir, la afectación de la capacidad competitiva de la empresa a través de un acto de deslealtad¹³.

Debo señalar, en contraposición con lo apuntado por la autora citada, que si la conducta del administrador, directivo o empleado perjudica el patrimonio de la empresa, como al parecer ella requiere, el delito que habrá de configurarse será el de administración infiel (art. 173 inc. 7º CP). Pero bien puede ocurrir, como indiqué en los apartados anteriores, que el administrador, directivo o empleado adquieran la mercadería o servicio a valor de mercado e incluso de mejor calidad que el de la competencia, en cuyo caso no habrá perjuicio para la sociedad, pero la adquisición indudablemente habrá

¹³ Carolina Bolea Bardon, op. cit.

obedecido a la ventaja indebida que se le hizo; en suma, lo que inclinó la decisión no fue el producto o el servicio, sino el soborno (que otros competidores no le ofrecieron).

La conducta comprendida dentro del soborno entre privados, en definitiva, no lesiona necesariamente el patrimonio de la empresa que realiza la contratación, sino la leal competencia. Si el hecho a su vez provoca un perjuicio patrimonial, entonces podrá haber un concurso de delitos.

En un trabajo anterior analicé la siguiente hipótesis: el gerente de ventas de una importadora de cubiertas le ofrece al gerente de compras de una empresa de colectivos -interesada en la adquisición de una gran cantidad de cubiertas- un exclusivo viaje para dos personas a un paradisíaco lugar, a los efectos de asegurarse la concreción del negocio. Quien debe decidir la compra advierte que las cotizaciones aportadas por las tres compañías del sector que pujan por obtener la operación son muy similares, pudiendo optar sin dificultades por cualquiera de ellas, por cuanto reflejan el valor de mercado. Sin embargo, se inclina por la empresa que le ofreció la dádiva¹⁴.

Expuse en dicha oportunidad que si el ejecutivo del ejemplo no perjudica los intereses confiados ni obliga abusivamente a su titular, aun cuando pudiera haber violado los deberes atinentes a su mando, previstos en el estatuto o en el programa de integridad respectivo, no cometerá delito de ninguna naturaleza. No al menos hasta que se modifique el actual Código Penal.

También señalé que para que se configure el delito de administración fraudulenta, el más próximo a la conducta descripta, es imprescindible, por exigencia del tipo objetivo (art. 173 inc. 7º), que el autor provoque un perjuicio al patrimonio que cuide, maneje o administre, o que obligue abusivamente a su titular. Ninguna de dichas circunstancias concurre en el ejemplo planteado. Los principios de legalidad y tipicidad nos impiden

¹⁴ Hernán Munilla Lacasa, *"Soborno entre privados: un delito aun inexistente"*, en L.L. del 22/10/2012.

forzar la interpretación de esta u otras figuras que podrían tener una lejana afinidad. En suma, el gerente de compras no cometerá delito.

En cuanto al gerente de ventas que entrega el regalo, sostuve que era necesario analizar distintos escenarios. Si lo hace con dinero de la empresa y a espaldas de los accionistas, comete el delito de administración fraudulenta; si hace el regalo con fondos propios y con desconocimiento de los accionistas, no comete delito, ni tampoco si lo realiza con fondos de la organización pero siguiendo instrucciones de los accionistas¹⁵.

Al margen de las consideraciones expuestas, y señalada la deuda con la comunidad internacional por el incumplimiento del compromiso asumido por Argentina a través de la ley 26.097, cabe igualmente señalar que la omisión del legislador -que hasta ahora no ha incorporado el delito de soborno entre privados- tampoco es coherente con el propio Código Penal, el cual ya contempla el soborno en el sector privado, pero solo limitado a las instituciones financieras.

En efecto, la ley 26.733, de diciembre de 2011, incluyó el siguiente delito, que castiga con pena de prisión e inhabilitación a “*los empleados y funcionarios de instituciones financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores que directa o indirectamente, y con independencia de los cargos e intereses fijados por la institución, reciban indebidamente dinero o algún otro beneficio económico, como condición para celebrar operaciones crediticias, financieras o bursátiles*” (art. 312 del CP).

Corresponde advertir que solo se castiga el soborno financiero pasivo. Quien ofrece el dinero o los beneficios no comete delito.

A su vez, en 2017 se sancionó la ley 27.401, mediante la cual se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, con o sin participación estatal, por hechos de corrupción. Si bien excedería al propósito

¹⁵ Debe tenerse en cuenta que si para ocultar o disimular el regalo (pago de los pasajes) deciden alterar la contabilidad, la memoria o el balance, podrán incurrir, según las circunstancias, en el delito previsto en el art. 300 inc. 2º del C.P.

de este trabajo referirme a los postulados de dicha ley, la iniciativa claramente apunta a castigar la corrupción y a transparentar la interrelación entre el sector público y privado. Promueve la creación de programas de integridad o *compliance*, los cuales deben guardar conexión con los riesgos propios de la actividad que realiza la persona jurídica, su dimensión y capacidad económica. Desde ya, se comprenderá que todo programa, cualquiera sea el tamaño o actividad de la empresa, prohíbe terminante y expresamente los sobornos, los obsequios y los conflictos de interés.

En definitiva, entiendo haber explicado el bien jurídico protegido y las razones para punir el soborno entre privados.

V- CARACTERÍSTICAS DEL DELITO

La redacción propuesta en el proyecto de reforma al Código Penal (2017) que he tomado como modelo, parece correcta, con las aclaraciones u observaciones que se realizarán a continuación.

Dentro del Título XIII (*“Delitos contra el orden económico y financiero”*), Capítulo I, *“De los fraudes al comercio y la industria”*, recordaré lo que plantea el artículo 302:

Artículo 302: *“Se impondrá prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años o multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto o valor del beneficio obtenido y, en ambos casos, inhabilitación especial por cuatro (4) años para el ejercicio de la industria o el comercio, al directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa o persona jurídica privada de cualquier clase que, por sí o por persona interpuesta, directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio, requiriere, aceptare o recibiere dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activos, un beneficio o ventaja indebida, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecerlo en la adquisición o venta de mercaderías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.*

La misma pena se impondrá a quien, por sí o por persona interpuesta, directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio, diere, ofreciere o concediere a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa o persona jurídica privada de cualquier clase, dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activos, un beneficio o ventaja indebida, para ellos o para terceros, como contraprestación para ser favorecido, él o un tercero, en la adquisición o venta de mercaderías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales”.

En sintonía con los argumentos brindados en el capítulo anterior, atinentes al bien jurídico tutelado, considero que la figura examinada debiera incorporarse a un nuevo Título que podría denominarse “*Delitos contra la competencia leal*”, en el cual debería incluirse el actual artículo 159 (concurrency desleal).

La acción típica consiste en ofrecer beneficios o ventajas indebidas. ¿Cómo saber si son indebidas, o quién lo determina? Está claro que ello no puede quedar librado exclusivamente a la voluntad de los particulares o empresas, quienes en aras de regular su actividad podrían decidir, según los casos, diseñar programas o reglamentos robustos, o no tanto, definitivamente flexibles o, más aún, resultar inexistentes. Por lo tanto, es esencial que exista una tarea mancomunada entre los sectores público y privado que, en línea con los instrumentos internacionales reseñados y las buenas prácticas del mercado, establezca cuáles prácticas competitivas permitir y cuáles prohibir.

En igual sentido, no son las obligaciones de lealtad y rectitud frente a los empleadores las que deberían castigarse, pues en tal entendimiento quedaría impune aquel que ofrece pagar para favorecer a su compañía con un contrato ventajoso determinado. Si así fuera, sólo se sancionaría al que acepta o recibe¹⁶. Y esto no es posible. O, dicho de otro

¹⁶ Incluso, no sería descabellado imaginar compañías que motiven a sus dependientes para que suscriban nuevos contratos, aún cuando ello obedezca, o derive, en la obtención de obsequios u otros beneficios personales. En definitiva, que busquen priorizar resultados, a costa de utilizar medios impropios.

modo, la norma no debería referirse a ese tipo de obligaciones, amén de que quedaría desvirtuado el principio de intervención mínima del derecho penal¹⁷. Más bien se refiere al incumplimiento de una obligación legal, impuesta por las normas, reglamentos o estatutos profesionales aplicables a la actividad sobre la cual verse el contrato o la operación que hubiera generado el ofrecimiento indebido.

Los beneficios o ventajas, como las relaciones comerciales a que se refiere el tipo penal, serían entonces aquellas que establecen las leyes de lealtad comercial y de defensa de la competencia, como asimismo las obligaciones de lealtad que se fijan por vía contractual. Por lo tanto, la acción típica, en su faceta pasiva o activa, al igual que el cohecho comprende tanto al que ofrece y al que recibe, al que compra y al que vende.

La conducta que se propone tipificar, pues, no ataca el binomio propiedad/patrimonio. El delito que se sugiere introducir es de pura actividad, y se consuma a través del mero ofrecimiento indebido, o de la mera aceptación de dicha oferta, aunque no llegue a materializarse el beneficio o la ventaja. Dicho de otro modo, el ilícito se presenta cuando alguien, incumpliendo las obligaciones a su cargo -que emergen de la normativa reseñada-, procura obtener o conceder beneficios o ventajas indebidas. En ningún momento el tipo requiere la necesidad de que se produzca la lesión, aunque sí la puesta en peligro del bien jurídico, cual es, reiteramos, la competencia leal -justa y honesta-.

Reitero, no cualquier incumplimiento debería ser alcanzado por la norma, sino aquel que afecta los deberes u obligaciones previstos en los ordenamientos legales o reglamentarios atinentes al negocio o contrato de que se trate.

El tipo exige peligro concreto. Es necesario que la competencia sana y justa se vea realmente afectada en el marco de un contrato u operación

¹⁷ Los deberes de lealtad y rectitud están configurados y sancionados, para los casos de inobservancia, por disposiciones de naturaleza laboral.

determinada. Es decir, la conducta debe ser apta para colocar al que ofrece en forma injusta en una posición de ventaja frente a sus competidores¹⁸.

El ofrecimiento indebido debe realizarse en el marco de un contrato o de un proceso de contratación que se esté llevando a cabo o sea inminente. En otras palabras, no basta con un anuncio genérico, inespecífico de obtener una ventaja futura.

Convendría asimismo incluir la fórmula utilizada por el código chileno, que castiga no solo al que ofrece y recibe el beneficio “*para favorecer*” la contratación, sino también “*por haberla favorecido*”. Es decir, como muestra de agradecimiento, por algo ya ocurrido. A esta modalidad se la conoce como cohecho de recompensa.

El sujeto activo del soborno pasivo es especial. No cualquiera puede serlo. Solo el directivo, administrador, empleado o colaborador.

En cuanto al administrador, debería comprender al de hecho. El término “colaborador” resulta algo impreciso, por cuanto no se alcanza a entender exactamente a qué persona se refiere diferente de los cargos enunciados, que carezca de una relación estable. ¿Alude a un trabajador no vinculado? ¿Es necesario que exista un vínculo contractual?

Por lo demás, el administrador, directivo, empleado o colaborador que recibe la propuesta indebida debería detentar un poder material en el ejercicio de sus funciones que le confiera un real margen o ámbito de discrecionalidad, en virtud de la cual, y motivado por el beneficio o la ventaja que se le deriva, adopte decisiones jurídicamente relevantes -por detentar precisamente un poder de decisión transferido para resolver contrataciones-.

¹⁸ Para Enrique Bacigalupo se trata de un delito de peligro abstracto, que se consumará aunque el autor no haya recibido ningún beneficio o no haya causado ningún perjuicio a la libre competencia o a un patrimonio ajeno (“*El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286 bis CP)*”, en Monografías. Compliance y Derecho Penal, BIB, 2011/987, 2011.

La disposición no incluye al empresario, dueño, o accionista. Si el bien jurídico es la leal y honesta competencia, como explicamos, debería estar incluido. No parece razonable que se castigue la conducta del empleado que acepta un soborno, pero que no se lo haga cuando esa misma conducta la realiza el titular de la organización, en tanto no puede afirmarse que esta acción sea menos lesiva del bien jurídico analizado¹⁹.

El sujeto activo del delito de soborno activo puede ser cualquier persona -aun cuando no ocupe un cargo jerárquico en la estructura empresarial- que, violando sus deberes, lleve a cabo el ofrecimiento de la ventaja o beneficio indebido, por sí o por interpuesta persona.

El sujeto pasivo de este delito son el/los competidores que han visto frustradas sus legítimas expectativas al ser desplazados de una contratación en la que medió, en forma encubierta, un beneficio o ventajas indebidas ofrecidas por otro competidor. Quedan al margen de la norma los consumidores o usuarios, porque si llegasen a ofrecer un beneficio o ventaja a cambio de un trato favorable, ello no implicaría un acto de competencia desleal con competidor alguno.

El “beneficio” a que se refiere la norma, más allá de dinero, bienes o cualquier clase de activos, expresamente contemplados, podrá ser de cualquier naturaleza: regalos, entradas a espectáculos o eventos deportivos, favores sexuales, ascensos, distinciones honoríficas, etc.

Se trata claramente de un delito doloso -siendo admisible el dolo eventual-, y de acción pública. Lo más probable es que se detecte en cualquiera de las organizaciones involucradas -donde se desempeña el que ofrece y/o el que recibe el soborno-, y cualquier persona debería poder

¹⁹ En este sentido se pronuncian Irene Navarro Frías y Lourdes Melero Bosch, “*Corrupción entre particulares y tutela del mercado*”, en [InDret](#) Penal, Revista para el Análisis del Derecho, Nº4 - 2011 - ISSN 1698-739X. Kindhäuser comparte la no punición del empresario. Dice que es una relación triádica y solo el empleado puede cometer el delito.

denunciar el hecho²⁰. Si una empresa no quisiera denunciarlo para no verse envuelta en un escándalo, el delito, que afecta la leal y honesta competencia, nunca se conocería.

Está claro que no pueden quedar comprendidos los regalos de cortesía, promocionales u ocasionales de poca valía, como los que corresponderían al aniversario de la compañía, invitaciones a almuerzos, a conferencias o a cursos de perfeccionamiento. Se entiende que dichos actos podrían estar enderezados a preservar al cliente, y por tanto carecerían de aptitud corruptiva, en tanto difícilmente afecten la competencia, que en definitiva es lo que se busca proteger.

En cuanto a la corrupción en el ámbito del deporte, es interesante destacar que el Código Penal de España expresamente contempla esta variante en su artículo 286 bis, 4º párrafo.

Establece que será de aplicación a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, con independencia de su forma jurídica, y a los deportistas, árbitros o jueces, en relación a las conductas cuya finalidad sea predeterminar o alterar deliberada y fraudulentamente el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica.

En tanto la figura busca el *fair play*, podría encontrar tratamiento y adecuación en el derecho administrativo sancionador, como postulan no pocos autores. Aun cuando los clubes deportivos son organizaciones privadas, resulta difícil advertir la afectación al bien jurídico en los términos en que se ha definido.

Finalmente, entiendo, como propone el proyecto de reforma analizado (art. 38), que también corresponde castigar a la empresa cuando el delito haya sido cometido directa o indirectamente en su nombre, interés o

²⁰ Está claro que el competidor desplazado se hallará especial y directamente afectado, y como tal podrá querellar.

beneficio por alguna de las personas mencionadas en el tipo legal: directivo, administrador, empleado o colaborador.

El fundamento de la punición es que la organización haya recibido un beneficio en detrimento de la competencia. Como bien dispone la norma, si la persona física que cometió el delito hubiera actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para la empresa, la misma quedará exenta de responsabilidad.

En conclusión, por las razones brindadas, que espero resulten de utilidad y además para saldar la deuda que nuestro país tiene con la comunidad internacional, aspiro fervientemente a que el proyecto de reforma sea oportunamente tratado y obtenga aprobación legislativa.