

# ESTUDIO DE LA SANCIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PRIVADOS A PARTIR DE LOS EJEMPLOS DE ESPAÑA Y CHILE

JAVIER SÁNCHEZ BERNAL\*  
*Universidad de Salamanca*

*SUMARIO: I. Introducción. La corrupción en las sociedades globalizadas. II. La preocupación internacional por la corrupción entre particulares. III. Posiciones en torno al bien jurídico protegido. 1. Tutela de la fidelidad entre empleado y empleador. 2. Protección de la competencia en el mercado. 3. La corrupción privada como delito patrimonial. 4. Otras fórmulas de tipificar la corrupción en el sector privado. IV. El delito de corrupción entre particulares en el ordenamiento español. 1. Introducción e iter normativo. 2. Versión vigente del tipo penal. V. La sanción penal de la corrupción privada en Chile. 1. Introducción. 2. Versión vigente del tipo penal. a) Modalidad pasiva de corrupción entre particulares. b) Modalidad activa de corrupción entre particulares. VI. A modo de conclusión. Bibliografía. Fuentes doctrinales. Documentos, informes y otros recursos.*

*PALABRAS CLAVE: Corrupción, sector privado, España, Chile.*

## I. INTRODUCCIÓN. LA CORRUPCIÓN EN LAS SOCIEDADES GLOBALIZADAS

La corrupción es, sin duda alguna, uno de los fenómenos delictivos más graves que asolan las sociedades contemporáneas<sup>1</sup>. En la actualidad, es indiscutible que los comportamientos de corrupción resultan cada vez más complejos, encontrándose fuertemente vinculados a la criminalidad económica y

---

\* Profesor ayudante, doctor, jsbernal@usal.es.

<sup>1</sup> Según un estudio publicado por el Fondo Monetario Internacional, “si todos los países redujeran la corrupción del mismo modo, podrían ganar USD 1 billón en ingresos fiscales que actualmente se pierden, lo que representa el 1,25% del PIB mundial”. MAURO, Paolo, MEDAS, Paulo y FOURNIER, Jean-Marc, “El costo de la corrupción”, en *Finanzas & Desarrollo. Publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial* 3 (2019), p. 27. En un dato de 2018, el grupo político Los Verdes, presente en el Parlamento Europeo, estimó que la corrupción cuesta en torno a 904.000 millones de euros anuales a los países de la Unión Europea y, aproximadamente, 90.000 millones a España, lo que supone en torno al 8% del PIB español. Partido Los Verdes, disponible en la web del partido Equo. Fuente: <https://partidoequo.es/un-informe-de-los-verdes-europeos-denuncia-que-la-corrupcion-en-espana-cuesta-90-000-millones-de-dinero-publico/>. Consultado el 9 de diciembre de 2020.

empresarial y con un acentuado carácter transnacional, lo cual determina la necesidad de una actuación coordinada y armónica por parte de los Estados, en aras a lograr una prevención eficaz, un control exhaustivo y transparente y una sanción proporcionada, efectiva y disuasoria respecto de las manifestaciones más lesivas.

Sin embargo, las dificultades para encontrar una definición universalmente válida de corrupción –debido a la amplitud de sus contornos y a que el término es utilizado en diversas ciencias sociales<sup>2</sup> como la ciencia política, la sociología, la criminología, la economía o el Derecho– suponen un impedimento fuerte a la hora de diseñar estrategias eficaces para combatir un mal que despliega sus efectos negativos más allá de la política y el entramado institucional, en los ámbitos económico, cultural o medioambiental, entre otros<sup>3</sup>. No cabe duda de que, en las últimas décadas, se ha producido una expansión del término “corrupción”, que ha pasado a designar un fenómeno poliédrico y cuyos efectos en las relaciones económicas hacen pasar a un primer plano su dimensión internacional<sup>4</sup>. Es claro, entonces, que en la actual política criminal de tolerancia cero frente a la corrupción en la que se encuentran inmersos la gran mayoría de países del mundo, la represión de comportamientos de corrupción no solo va a incidir sobre conductas en las que se encuentra involucrada una autoridad, funcionario o servidor público de un país o de una organización internacional, sino también aquellos hechos acaecidos en el ámbito empresarial o comercial donde ninguno de los intervinientes del pacto corrupto posee la condición o el estatus de autoridad, funcionario o servidor público.

Es precisamente a la represión penal de esta corrupción entre particulares a la que dedicaré el presente trabajo de investigación, revisando en primer lugar la normativa supranacional más relevante en la materia, para posteriormente profundizar en el debate, surgido cuanto menos en el contexto europeo, en torno al bien jurídico protegido, y finalizando con el examen de las respectivas regulaciones previstas en España y en Chile.

Permítaseme, en este momento, realizar varias precisiones iniciales. En primer término, téngase presente que, cuando hablamos de corrupción entre particulares, circunscribimos el análisis a las conductas de soborno entre privados –denomi-

---

<sup>2</sup> ZIOUVAS, Dimitris, “Alemania (sistemas penales comparados)”, en *Revista Penal* 11 (2003), p. 151.

<sup>3</sup> Ofrezco una visión general en torno a los efectos de la corrupción en SÁNCHEZ BERNAL, Javier, “Efectos endémicos de la corrupción sistémica: una barrera al desarrollo”, en *Revista Foro FICP 2014-1* (2014), pp. 131-164.

<sup>4</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, “La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española”, en *Estudios de Deusto* 63/1 (2015), p. 264.

nadas por algunos como cohecho entre particulares<sup>5</sup>-, en las cuales un sujeto promete, ofrece o concede un beneficio o ventaja no justificados a un decisor de una sociedad, organización o empresa privada a cambio de que este lleve a cabo una actuación u omisión en el incumplimiento de sus funciones y suponga un favorecimiento indebido en el tráfico económico o mercantil. En segundo lugar, quisiera indicar que en el presente estudio se utilizarán como sinónimas expresiones tales como “corrupción entre particulares”, “corrupción entre privados”, “corrupción privada” o “corrupción en el sector privado”. Finalmente, debo concretar que el análisis que se llevará a cabo se centrará en la tipificación penal de la corrupción privada en el ámbito empresarial o comercial, descartando manifestaciones de estas conductas en otras esferas que son castigadas penalmente en algunos ordenamientos jurídicos<sup>6</sup>.

## II. LA PREOCUPACIÓN INTERNACIONAL POR LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

Países como el Reino Unido, Holanda, Alemania o Italia tomaron la delantera, en el caso europeo, a la hora de tipificar penalmente las conductas de corrupción entre particulares. Algunos de ellos, incluso antes de que las organizaciones supranacionales fijasen su atención en esta clase de delitos<sup>7</sup>. Sin embargo, es precisamente la atención fijada por dichas organizaciones, en particular de las Naciones Unidas, la que marcará un antes y un después en la toma de conciencia sobre la necesidad de castigar penalmente las conductas de corrupción entre particulares.

En el contexto europeo, el primer paso fue dado gracias al Convenio Penal sobre la Corrupción (CETS N° 173) del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo

---

<sup>5</sup> GONZÁLEZ BLESÁ, Francisco Javier, “Delito de corrupción entre particulares: comentarios y críticas al artículo 286 bis CP”, en *NoticiasJuridicas.com* (26.05.2012). Disponible en la web de *NoticiasJuridicas.com*. Fuente: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4761-delito-de-corrupcion-entre-particulares:-comentarios-y-criticas-al-articulo-286-bis-cp-/>. Consultado el 9 de diciembre de 2020.

<sup>6</sup> Así, no haré mención de la conocida como corrupción privada en el ámbito médico, castigada penalmente, por ejemplo, en los § 299a y 299b del StGB alemán, o de la corrupción en el deporte, tipificada en el apartado 4° del artículo 286 bis del Código Penal español.

<sup>7</sup> Reino Unido fue el primer territorio en que se castigó penalmente la corrupción entre particulares derivada de soborno, concretamente a partir de la *Prevention of Corruption Act* de 1906. Por su parte, la primera regulación de la corrupción privada en Holanda data de 1967; en Alemania se introdujo la sanción del soborno entre empleados en la Ley de Competencia Desleal, concretamente en el § 12, en el año 1909, trasladándose al StGB en 1997; en Italia se previó la sanción penal de estos comportamientos en el año 2002.

el 27 de enero de 1999, siendo este uno de los dos instrumentos de combate a la corrupción puestos en marcha por dicha organización internacional, junto al Convenio Civil sobre Corrupción (CETS N° 172), también elaborado en 1999. Esta norma dedica los artículos 7 y 8 a concretar la obligación de los Estados parte de tipificar las conductas de corrupción activa y pasiva, respectivamente, en el sector privado; concretamente, en el curso de una actividad mercantil.

Por el enfoque del presente trabajo y los ordenamientos jurídicos analizados resulta más interesante, sin duda, focalizar el punto de vista en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Mérida (México) en diciembre de 2003. Este instrumento entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, al reunir las 30 ratificaciones requeridas, y, en la actualidad, a fecha 6 de febrero de 2020, son 187 los Estados que forman parte de dicho texto normativo internacional<sup>8</sup>. Siguiendo el acertado análisis que realiza Pérez Ferrer, ha de decirse que esta convención se configura como un texto omnicompreensivo que pretende abarcar el fenómeno de la corrupción en todos sus aspectos, sin necesidad de que se irroguen daños a víctimas particulares o al propio Estado. Busca, por tanto, impulsar políticas preventivas y sancionatorias coordinadas, así como potenciar la creación, por parte de los Estados, de órganos especializados independientes para luchar contra la corrupción<sup>9</sup>.

Profundizando en su estructura y contenido, llama la atención —y ello va en la línea ya trazada en este trabajo— que la Convención de Naciones Unidas no contiene una definición general de corrupción, sino que, por el contrario, encontramos una relación de comportamientos ilícitos considerados como corrupción, respecto de los que se determinan medidas preventivas y sancionadoras, de asistencia técnica e intercambio de información, cooperación internacional y recuperación de activos.

En lo que a la corrupción entre privados se refiere son dos las disposiciones que interesa resaltar. En primer término, el artículo 12 dispone que los Estados habrán de adoptar medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas. En concreto, se prevén medidas para mantener la integridad, la transparencia y la cooperación entre entidades privadas; medidas relativas al mantenimiento de libros y registros, la divulga-

---

<sup>8</sup> Disponible en la web de la Organización de Naciones Unidas. Fuente: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>. Consultado el 9 de diciembre de 2020.

<sup>9</sup> PÉREZ FERRER, Fátima, “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio”, en *Cuadernos Digitales de Formación 1/2012* (2012), p. 6.

ción de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría; así como se requiere que los Estados denieguen la deducción tributaria por gastos que constituyan actos de corrupción o que hayan tenido por objeto promover un comportamiento corrupto.

Desde la óptica de la normativa de carácter penal que supone el enfoque de este trabajo, hemos de fijarnos en el artículo 21, que prevé la sanción del soborno en el sector privado.

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

- a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;
- b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar”.

Como puede observarse, el grado de obligatoriedad de este precepto para los Estados parte es menor que el de otras disposiciones de la Convención –en esta norma se indica que los Estados “considerarán la posibilidad” de tipificar como delito el soborno en el sector privado–, por cuanto únicamente determina “a los Estados miembros a examinar la penalización de las conductas”<sup>10</sup> en él descritas. Coincide, en este punto, la Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuyo numeral 270 determina que

---

<sup>10</sup> Siguiendo la opinión de Cerina y Bravo, existen tres tipos de normas en la Convención de Naciones Unidas, en función del mayor o menor grado de obligatoriedad de las disposiciones para los Estados parte. En primer lugar, nos encontramos con aquellas normas que obligan sin más a los países miembros a que tipifiquen como delito los supuestos en ellas contenidos, con un grado mayor de obligatoriedad; en segundo término, con un nivel de obligatoriedad intermedio, aquellas normas que obligan los Estados miembros a examinar la penalización de las conductas en ellas descritas –a este grupo pertenece la norma sobre tipificación del soborno en el sector privado–, y, en tercer lugar, aquellas otras normas que promueven la adopción de medidas de carácter facultativo. En CERINA, Giorgio M. y BRAVO VESGA, Carolina, “La corrupción en el sector privado. Apuntes de derecho comparado e internacional”, en ROMERO GUZMÁN, Juan José (ed. y coord.), RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y OLIVARES TRAMÓN, José Miguel (eds. asociados), *Buen gobierno y corrupción. Algunas perspectivas*, Ediciones Derecho UC (Santiago, 2008), pp. 405-406.

“en la Convención contra la Corrupción se prevé una serie de otros delitos de tipificación no obligatoria, que los Estados deben considerar”<sup>11</sup>.

En cuanto al modelo de tipificación propuesto por la Convención, se observa que el ámbito de aplicación delictiva de la corrupción en el sector privado se concreta en las actividades económicas, financieras o comerciales. Es relevante, asimismo, de cara a lo que se expondrá posteriormente, que la norma de Naciones Unidas requiere, para la consumación delictiva, que el decisor que dirige o trabaja en una entidad del sector privado actúe o se abstenga de actuar faltando al deber inherente a sus funciones (elemento típico del “incumplimiento de obligaciones”). Veremos en el epígrafe siguiente cómo este requisito ha generado, al menos en diversos ordenamientos jurídicos europeos, intensas controversias en torno a cuál es –o debe ser– el bien jurídico que se trata de proteger con la incriminación de los comportamientos de corrupción privada.

Así las cosas, la letra a) del artículo 21 prevé la sanción penal de la corrupción activa en el sector privado, consistente en “la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar”. Por su parte, la letra b) del mismo artículo recoge la modalidad pasiva de corrupción en el sector privado, la cual consiste en “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”.

### III. POSICIONES EN TORNO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

A pesar de que, como es sabido, la atención al fenómeno de corrupción entre particulares es relativamente reciente, se ha mencionado ya que diversos países europeos poseen en sus ordenamientos la figura delictiva desde tiempo atrás. Es en ellos en los que se han suscitado intensas controversias en torno a cuál es el valor jurídico relevante que justifica la intervención penal en este ámbito. Comprender las distintas corrientes ayudará en gran medida a conocer los criterios y límites interpretativos de las nuevas figuras que van surgiendo en la actualidad,

---

<sup>11</sup> Disponible en la web de la Organización de Naciones Unidas. Fuente: [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC\\_Legislative\\_Guide\\_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf). Consultado el 9 de diciembre de 2020.

pues resulta evidente que, hoy en día, el soborno para obtener ventajas en el tráfico comercial es una práctica prohibida en cualquier parte del mundo<sup>12</sup>.

Heine establece tres categorías o modelos básicos de criminalización de la corrupción en el sector privado. En primer lugar, sostiene que el modelo de protección se centra en la tutela de los activos corporativos o, dicho de otro modo, de los intereses de propiedad de la empresa –considerado como el modelo clásico–. En segundo término, la corrupción privada es criminalizada porque pone en peligro o vulnera las relaciones laborales, en particular “los lazos de deber y lealtad de un empleado hacia su empresa”; esto es, vertebrada la corrupción entre particulares en torno al “incumplimiento de las obligaciones” que son inherentes al cargo o puesto que ocupa, en el seno de su empresa, el sujeto corrupto que actúa o se abstiene de actuar en la esfera económica o comercial. En tercer y último lugar, la promoción de la competencia se revela como la justificación político-criminal más amplia. Tiene como objetivo la protección de la libre o justa competencia y las condiciones de funcionamiento del mercado. Desde esta perspectiva, por lo tanto, “el soborno comercial es visto como un factor que destruye o impide la competencia leal y el correcto funcionamiento del mercado”<sup>13</sup>.

### *1. Tutela de la fidelidad entre empleado y empleador*

Este es el modelo de tipificación seguido en la actualidad en países como Holanda y Bélgica, así como en Francia hasta el año 2005, que regulaba la cuestión en el *Code du Travail*. Desde una perspectiva *iustlaboralista* se considera que el Derecho penal ha de asumir la protección del interés principal de que el empleado o subordinado no le “traicione” en el desarrollo de su actividad en el seno de la empresa, situándose el núcleo de lesividad en “la violación por parte del corrupto de los deberes que mantiene *hacia su empleador* y el carácter *oculto* del soborno para el empleador o principal”; se protege por tanto la “lealtad del empleado-agente hacia el empleador-principal”<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios (Cizur Menor, 2016), p. 168.

<sup>13</sup> HEINE, Günter, “Comparative Analysis”, en HEINE, Günter y ROSE, Thomas O., *Private Commercial Bribery. A comparison of National and Supranational legal structures* (Friburgo, 2003), pp. 612 y ss.

<sup>14</sup> Esta tendencia es denominada “dimensión privada de la corrupción entre particulares” por Berdugo y Cerina en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y CERINA, Giorgio M., “¿Un delito de corrupción privada? Obligaciones internacionales y soluciones adoptadas en el Derecho comparado”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminas* 89 (2011), pp. 164 y 183.

De esta forma, el castigo penal se circunscribe a conductas de un sujeto que actúa de modo corrupto en el marco de una relación laboral subordinada. Así, la intervención penal estaría justificada, para quienes siguen este entendimiento, tras la infracción del deber de fidelidad o lealtad contractual que se presupone, en la relación laboral, del empleado hacia su empleador, siempre que tal actuación se lleve a cabo por parte del subordinado sin el conocimiento o autorización del empresario principal<sup>15</sup>.

Cabe decir que aquellas regulaciones que contienen el elemento típico del “incumplimiento de las obligaciones”, como requisito para la consumación de la conducta –como vimos con la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción–, parecen estar orientadas inmediatamente a la protección de esta fidelidad interna en el seno de la empresa donde desarrolla su actividad el sujeto corrupto. A mi entender, si bien asumo que mi postura puede resultar minoritaria, este planteamiento carece de lesividad suficiente, por sí mismo, para justificar la intervención del Derecho penal en esta materia. Además, mantiene algunas incógnitas que, a día de hoy, no parecen resueltas: ¿el consentimiento del empresario principal de la conducta de su subordinado convierte en atípico el hecho corrupto por falta de afección a ese deber interno de lealtad?, ¿quedan sin tutela penal los intereses de los competidores en el mercado si la actuación del subordinado corrupto beneficia, potencialmente, a la empresa en la que desempeña su labor y, por tanto, su actuación no vulnera el tipo?

## 2. Protección de la competencia en el mercado

Frente al primer gran modelo, expuesto en el epígrafe anterior, se erige la segunda de las corrientes mayoritarias en lo que se refiere al bien jurídico protegido de los delitos de corrupción entre particulares. Designada por un importante sector doctrinal como la “dimensión pública de la corrupción privada”<sup>16</sup> o “modelo economicista”<sup>17</sup>, entiende que la legitimidad de la intervención penal radica en la garantía del respeto a la competencia equitativa y leal, valores necesarios para mantener y desarrollar las relaciones sociales y económicas. La afectación

<sup>15</sup> ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, “Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España”, en *Cuadernos de Política Criminal* 99, 2ª época (2009), p. 102.

<sup>16</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Y CERINA, “¿Un delito de corrupción privada?”, ob. cit., p. 164.

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, María José, “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada: luces y sombras”, en AGÚNDEZ, Miguel Ángel y MARTÍNEZ-SIMANCAS, Julián (dirs.), ALBIÑANA, César (coord.), *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Cumplimiento normativo. Compliance* (Madrid, 2012), p. 123.



de la competencia, con independencia de que existan o no sujetos víctimas que puedan ser individualizados, perjudica al conjunto de la sociedad, al distorsionarse la disciplina de mercado. Según este entendimiento, la corrupción privada trasciende del ámbito de la empresa para convertirse en un comportamiento socialmente dañoso.

Esta comprensión del ilícito penal requiere identificar la norma extrapenal que se ocupa, en primera instancia, de establecer las condiciones de competencia en el mercado, normativa generalmente de naturaleza administrativa que vertebraba la concurrencia en el mercado de los distintos operadores económicos, hablándose habitualmente de normativa en defensa de la competencia o contra la competencia desleal. No parece lógico, por tanto, que la intervención penal se lleve a cabo a espaldas del resto de ramas del ordenamiento encargadas de regular estas materias; más bien al contrario, debe apostarse por ella únicamente cuando se haya constatado la insuficiencia de otros mecanismos jurídicos previos de control y sanción.

Este fue el modelo seguido en Alemania en exclusiva hasta el año 2015. En la actualidad, el StGB alemán castiga toda forma de corrupción privada, suponga o no un ataque a la competencia.

### *3. La corrupción privada como delito patrimonial*

Nos encontramos ahora con el tercer modelo de castigo de la corrupción entre particulares, si bien este es seguido de una forma ciertamente minoritaria. Esta concepción del ilícito de corrupción entre privados está orientada a proteger la lealtad patrimonial con el empresario<sup>18</sup>.

Según esta corriente, el fundamento de la sanción penal viene dado por la protección de los bienes y activos de la empresa, por lo que el acto de corrupción entre particulares se contempla desde la perspectiva de la administración o gestión fraudulenta de la sociedad<sup>19</sup>, afectándose los intereses patrimoniales de la misma, sin tener en cuenta exigencias de protección de terceros ni de la competencia<sup>20</sup>. Esta concepción del delito de corrupción privada se configura como una suerte de anticipación de la barrera punitiva ante la comisión de un delito societario —por ejemplo, de administración desleal de patrimonio ajeno—

---

<sup>18</sup> ROSAS OLIVA, ob. cit., pp. 104-105.

<sup>19</sup> ENCINAR DEL POZO, ob. cit., pp. 169-170.

<sup>20</sup> ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, “El nuevo delito de corrupción entre privados (art. 286 bis CP)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel, GÓMEZ PAVÓN, Pilar, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli y MARTÍNEZ GUERRA, Amparo (coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos* (Valencia, 2013), p. 351.

en el que no se requiere la realización de disposición alguna sobre los bienes de la sociedad ni la efectiva asunción de obligaciones a cargo de esta<sup>21</sup>.

En resumen, esta corriente de incriminación requiere, para considerar consumada una conducta ilícita de corrupción entre particulares y para justificar el castigo de la misma, que se verifiquen dos resultados materiales: de un lado, la realización u omisión ilícita de un acto por parte del sujeto corrupto y, del otro, que tenga lugar un daño patrimonial para la sociedad mercantil o empresa<sup>22</sup>. Esta es la tipificación que siguió el ordenamiento jurídico italiano hasta el año 2017. En la actualidad, por influencia del Grupo de Estados contra la Corrupción (Greco) del Consejo de Europa, se ha eliminado toda alusión al carácter patrimonial del delito y se ha alineado la tipificación con la tutela de la lealtad interna entre empresario y subordinado.

#### *4. Otras fórmulas de tipificar la corrupción en el sector privado*

Si, como acaba de ser dicho, el legislador italiano abandonó en 2017 la visión patrimonialista del ilícito penal de corrupción privada, podría decirse que, en la actualidad, las formas de castigar estos comportamientos oscilan entre la tutela de los intereses del empresario principal y la protección de la licitud en la competencia de mercado. Sin embargo, no pueden dejar de citarse, para finalizar este capítulo del presente trabajo, algunos ejemplos de otros ordenamientos que han considerado incriminar la corrupción privada siguiendo otras premisas.

Así, sirvan como ejemplo, de un lado, el caso del legislador sueco, quien se decantó por un modelo de equiparación entre el sistema de sanción de la corrupción pública y privada<sup>23</sup>, de tal forma que se tipifican, en una misma norma penal, los casos de soborno tanto en el sector público como privado<sup>24</sup>.

Por otro lado, del mismo modo, la *Bribery Act* 2010<sup>25</sup> del Reino Unido sanciona, en su artículo 1, supuestos de corrupción activa y pasiva derivada de sobornos con independencia de que el sujeto corrupto tenga o no la condición de autoridad

---

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, ob. cit., pp. 122-123.

<sup>22</sup> FOFFANI, Luigi, “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado”, en *Revista Penal* 12 (2003), p. 67.

<sup>23</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, ob. cit., p. 124.

<sup>24</sup> CERINA y BRAVO VESGA, ob. cit., p. 439.

<sup>25</sup> La versión vigente de este texto normativo puede consultarse en *legislation.gov.uk*. Disponible en la web de *The National Archives*. Fuente: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. Consultado el 9 de diciembre de 2020.

o servidor público, siempre que tal ventaja se ofrezca para inducir a otra persona a desempeñar de forma impropia una función o actividad relevante o para recompensar a otra persona por haber llevado a cabo un desempeño impropio de una función o actividad.

#### IV. EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

##### 1. *Introducción e iter normativo*

La previsión, *ex novo*, del delito de corrupción entre particulares en el Derecho penal español se produjo a través de la Ley Orgánica N° 5/2010<sup>26</sup>, de 22 de junio, de reforma del Código Penal. Como el propio legislador penal español reconoció en el Considerando XIX de la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica, la incorporación se debió a la necesidad de transponer la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, norma comunitaria emanada del Consejo Europeo que demanda a los Estados de la Unión Europea la sanción penal de estos comportamientos ilícitos. El tipo penal se recogió en el artículo 286 bis del Código –junto a la modalidad delictiva de fraude en el deporte, no analizada en esta investigación–, ubicado sistemáticamente en una nueva Sección 4ª –intitulada “De la corrupción entre particulares”– dentro del Capítulo XI –Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores– del Título XIII –Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico– del Libro II, dedicado a los Delitos y sus penas.

Esta novedosa previsión no estuvo exenta de alguna polémica, por cuanto la mayoría de la doctrina entendió que la reforma se había llevado a cabo dando cumplimiento únicamente a una obligación de tipificación, de carácter formal, emanada de la Unión Europea, sin que hubiese existido en España un debate interno suficiente desde el plano social y parlamentario<sup>27</sup>.

La realidad es que esa primera redacción típica arrojaba diversas dificultades interpretativas, siendo la presencia del elemento típico del “incumplimiento de obligaciones” –con la consiguiente imposibilidad de definir con precisión el bien jurídico protegido– la más grave de ella. En tal sentido, aunque el legislador español trató de definir dicho bien jurídico en la ya mencionada Ley Orgánica

---

<sup>26</sup> La versión consolidada y vigente de este texto normativo español y de todos los que serán mencionados seguidamente puede consultarse en el Boletín Oficial del Estado. Disponible en la web del BOE. Fuente: <https://www.boe.es/>. Consultado el 9 de diciembre de 2020.

<sup>27</sup> GILI PASCUAL, Antoni, *El delito de corrupción en el sector privado* (Madrid, 2017), p. 22.

5/2010, cifrándolo en la “garantía de una competencia justa y honesta” –alineando la figura, en apariencia, con las que tutelaban la competencia de mercado–, la inclusión del citado elemento típico llevó a un sector doctrinal a entender que ciertamente España había diseñado un tipo con un objeto de tutela penal de naturaleza mixta o híbrida<sup>28</sup>.

En este contexto, la Ley Orgánica N° 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, lleva a cabo una profunda modificación del paradigma de tipificación de la corrupción entre particulares en España. En primer término, altera la sistemática de la figura: la Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII pasa a denominarse “Delitos de corrupción en los negocios” y alberga, junto a la corrupción entre particulares y la modalidad de fraude en el deporte, la sanción penal de la corrupción en las relaciones económicas internacionales –también conocida como corrupción transnacional o corrupción de servidor público extranjero– que, hasta ese momento, había sido regulada entre los delitos contra la administración pública. Además, tratando de reforzar el bien jurídico protegido, el considerando XVIII de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de reforma indicó que se trataba de sancionar “todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas”, pareciendo alejar la norma penal de la tutela de la fidelidad interna entre empresario y empleado o subordinado.

Desde la perspectiva de la redacción normativa, la nueva dicción de 2015 elimina el elemento típico del “incumplimiento de obligaciones” –que, recuérdese, debía caracterizar la actuación u omisión del sujeto corrupto que desempeña su labor en el seno de una empresa mercantil o sociedad–, sustituyéndolo por la expresión de “favorecer indebidamente” a otro. Con ello, pareció ser intención del legislador enfocar la corrupción privada desde los efectos *ad extra*, esto es, hacia el mercado, en detrimento de la ya explorada visión *ad intra*, que se centra en el vínculo de lealtad interna del subordinado hacia su empleador principal<sup>29</sup>.

Para finalizar este recorrido por la evolución del tipo penal en España, debe mencionarse que, a pesar de que este no ha sido objeto, todavía, de ningún

---

<sup>28</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “¿Delitos de posición con infracción de deber? Reflexiones sobre el ejemplo de la corrupción médica privada”, en *Cuadernos de Política Criminal* 118, 2ª época (2016), pp. 107-108.

<sup>29</sup> Para profundizar en esta visión de los efectos *ad intra* y *ad extra* de la corrupción entre particulares, véase BOLEA BARDON, Carolina, “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho* 2/2013 (2013), pp. 13 y ss.

pronunciamiento judicial en forma de sentencia firme que lo aplique, sufrió una segunda reforma en el año 2019, concretamente a través de la Ley Orgánica N° 1/2019, de 20 de febrero, por la que se reforma el Código Penal, *de acuerdo* –como expone el legislador penal– *con las directrices del Grupo de Estudios contra la Corrupción (Greco)* –considerando I de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2019–.

Esta modificación del artículo 286 bis del Código Penal supuso una ampliación del ámbito de aplicación del delito, incluyendo, como verbos indicadores de la conducta típica de la modalidad de corrupción privada pasiva, no solamente la recepción, solicitud o aceptación por parte del sujeto corrupto de un beneficio o ventaja no justificados, sino también el *ofrecimiento o promesa de obtenerlo*, en lo que a mi juicio supone un adelanto desmesurado de la barrera de punición que pone en tela de juicio la constitucionalidad de la reforma.

Una vez llevado a cabo este breve repaso por el *iter* de la norma penal, se examinarán brevemente, en el próximo epígrafe, los aspectos más relevantes de la literalidad vigente del delito en España.

## 2. Versión vigente del tipo penal

Artículo 286 del Código Penal.

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, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

(...)

5. A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297.

Artículo 286 quáter del Código Penal.

Si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando:

- a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado,
- b) la acción del autor no sea meramente ocasional,
- c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o
- d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

Sin ánimo de realizar un estudio en profundidad, pretensión que excedería con mucho de los propósitos de este trabajo, sí considero relevante, al menos, poner de relieve algunos aspectos de interés, en aras a posibilitar una mirada comparada con el delito vigente en Chile, tarea a la que dedicaré el próximo epígrafe.

Así las cosas, como se ve, el delito en España se regula en dos preceptos del Código Penal: el artículo 286 bis, que prevé el tipo básico en sus apartados 1, 2 y 5 y una modalidad atenuada en el apartado 3, y el artículo 286 quáter, que recoge una serie de circunstancias que agravan la responsabilidad penal por tratarse de supuestos de corrupción entre particulares *de especial gravedad*.

En el primer apartado del artículo 286 bis se recoge la modalidad de corrupción pasiva entre particulares. En relación con el círculo de sujetos activos, determina el tipo que pueden ser autores el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o sociedad. La cuestión más relevante en este punto la marca el debate en torno a si el empresario principal persona física puede ser responsable de un delito de corrupción pasiva entre particulares. Aunque existen opiniones doctrinales diversas sobre el particular<sup>30</sup>, una interpretación literal del texto debe llevarnos a reconocer que el empresario, como tal, no aparece expresamente recogido en la enumeración contenida en el artículo<sup>31</sup>. Sin embargo, ello no casa con la pretendida voluntad del legislador,

---

<sup>30</sup> Bañeres Santos, por todos, se interroga en torno a si al empresario principal –pensando, sobre todo, en sociedades mercantiles que pertenezcan por entero o casi por entero a una sola persona y sea esta quien solicite la entrega de sobornos– puede imponérsele un deber de probidad basado en el derecho a la libre competencia. En BAÑERES SANTOS, Francisco, “La corrupción entre privados (arts. 286 bis, 287 y 288)”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios* (Cizur Menor, 2010), p. 250.

<sup>31</sup> Como reconoce Feijoo Sánchez, este debate se produce solamente en el caso del empresario persona individual, pues nada obsta a castigar al empresario persona jurídica por corrupción

de tutelar la competencia en el mercado; no se comprende por qué un soborno entregado por el titular de una empresa competidora es menos lesivo para la lealtad concurrencial en un mercado que el ofrecido por un subordinado de esa misma empresa.

Analizando ahora la conducta típica, me remito en primer término a la crítica realizada hace unas líneas, en torno a la excesiva amplitud de las modalidades comisivas descritas. Tras la reforma de la dicción típica acometida en 2019, se castiga no solamente que el decisor de la entidad privada reciba, solicite o acepte el beneficio o ventaja, sino también que *reciba, solicite o acepte el ofrecimiento o promesa de obtener el beneficio o ventaja*, lo cual constituye un adelanto inadmisibles de las barreras de punición.

En efecto, el beneficio o ventaja ha de ser no justificado; esto es, debe tratarse de prestaciones que el beneficiario no está legalmente habilitado para recibir o aceptar<sup>32</sup>, emolumentos que quedan fuera de la ley o de los usos y costumbres mercantiles. Puede ser este *de cualquier naturaleza*; dicho de otro modo, no es necesario que posea carácter económico o monetario o que sea económicamente valorable. Por su parte, la contrapartida a tal beneficio o ventaja debe consistir en una acción u omisión que favorezca indebidamente al corruptor o a una tercera persona frente a otros; esta redacción parece reforzar la naturaleza del bien jurídico y concretarlo en la competencia justa y honesta en el mercado. Recuérdense aquí algo ya expuesto en este análisis: esta expresión focaliza el tipo en los efectos *ad extra* de la corrupción en el sector privado.

---

entre particulares, desde el momento en que el artículo 288 del Código penal español reconoce la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas por la comisión de este delito. En FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y MIRÓ LLINARES, Fernando (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica* (Madrid, 2013), p. 171. En la misma línea, pero aportando un argumento interesante, Berenguer Pascual sostiene que la exclusión del empresario individual del círculo de sujetos es explícitamente buscada por el legislador en tanto que “de la lectura del artículo 286 bis. 1 y 2 CP se desprende que las personas físicas enumeradas en el tipo penal (el administrador, directivo, empleado y colaborador) siempre pertenecen o prestan su fuerza de trabajo en favor de una persona jurídica (la entidad privada); nunca en favor de otra persona física (por ejemplo, para un autónomo), porque por definición propia no existen administradores o directivos de un empresario individual”, en BERENGUER PASCUAL, Sergio, *El delito de corrupción en los negocios* (Madrid, 2020), p. 244.

<sup>32</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro, “Sección 4ª. De la corrupción entre particulares. Artículo 286 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal* (Valladolid, 2010), p. 1112.

Como último elemento digno de mención, se resalta el ámbito de aplicación del delito: *la adquisición o venta de mercancías, o la contratación de servicios o las relaciones comerciales*. Esta concreción, de nuevo, parece estar orientando la esfera de protección penal a los mercados y no a las relaciones internas entre empresario principal y subordinado.

Con las mismas penas se castiga, *ex* apartado 2 del artículo 286 bis del Código Penal –que regula la llamada modalidad de corrupción activa entre particulares–, a la persona particular que, desde el otro lado del pacto corrupto, promete, ofrece o concede el soborno a fin de conseguir, por parte del decisor, la antes referida actuación u omisión que suponga un favorecimiento indebido frente a otros, siempre que el hecho se lleve a cabo en el contexto de la compraventa de mercancías, la contratación de servicios o cualesquiera otras relaciones comerciales. Resáltese en este punto, únicamente que, a diferencia de lo que ocurría con la corrupción privada pasiva, en este supuesto cualquier persona puede ser, eventualmente, declarada penalmente responsable; no se requiere del sujeto activo ninguna especial condición o estatus jurídico.

Revisado brevemente el tipo básico, mencionaré a continuación los tipos derivados: la modalidad atenuada y la figura agravada. Es preciso comentar que ambos son igualmente aplicables tanto a la corrupción entre particulares como al fraude deportivo; además, el delito agravado del artículo 286 quater se aplica también a la corrupción en las transacciones económicas internacionales.

En primer lugar, el apartado 3 del artículo 286 bis del Código Penal recoge el tipo atenuado. Se trata de una disminución punitiva cuya aplicación es potestativa para el juez o tribunal, siempre que se dé alguna de las dos circunstancias que se refieren en el párrafo: menor cuantía del beneficio o valor de la ventaja que es objeto de soborno o menor trascendencia de las funciones del culpable. Esta segunda circunstancia se traduce en que el sujeto corrupto tenga una menor capacidad de decisión en el ámbito de su empresa, en la esfera concreta de la compraventa de mercancías, la contratación de servicios o las relaciones comerciales. Llama la atención, sin duda, que siendo el bien jurídico declarado por el legislador la leal competencia en el mercado, no se haya previsto, como circunstancia atenuante, la menor distorsión o puesta en peligro de la concurrencia en el ámbito mercantil<sup>33</sup>.

En segundo término, el tipo penal agravado, como se ha dicho, se regula en el artículo 286 quater del Código Penal. Son aplicables a la corrupción entre particulares las cuatro circunstancias que aparecen reflejadas en el primer párrafo

---

<sup>33</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés, “Algunas reflexiones sobre la corrupción entre privados (art. 286 bis CP español)”, en *Revista Foro FICP 2013-1* (2013), p. 70.



—y que he reproducido con anterioridad—. La primera de ellas es correlato de la prevista como atenuante: que la cuantía del beneficio o el valor de la ventaja sea especialmente elevada. El problema será determinar a partir de qué cuantía se puede calificar como tal, cuestión que quedará a la prudente valoración del juez o tribunal. La segunda castiga supuestos de habitualidad delictiva —al penar más intensamente *que la acción del autor no sea meramente ocasional*—, mientras que la tercera y la cuarta constituyen decisiones concretas de política criminal: que *se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal*, o bien que *el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad*.

Espero haber ofrecido, hasta aquí, una fotografía general de la regulación de la corrupción privada en España, habiendo resaltado (solo) algunos de los problemas dogmáticos y político-criminales que esta presenta. Ello justifica, en conjunción con otros factores externos, como la complejidad del fenómeno o la dificultad a la hora de obtener fuentes probatorias válidas, que, como se ha indicado anteriormente, si mi estudio es acertado, hasta el momento no exista todavía ninguna sentencia firme que aplique el delito. Mucho me temo que nos encontramos ante un ejemplo de mala política criminal y, consiguientemente, de Derecho penal potencialmente simbólico.

## V. LA SANCIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA EN CHILE

### 1. Introducción

Hasta hace no demasiado tiempo, como reconocía la doctrina, “más allá de (...) declaraciones de buenas intenciones y (...) códigos de ética empresarial, este es un tema que en Chile aún no se comienza a discutir de manera seria”, siendo que “en general la preocupación central del debate en torno al fenómeno de la corrupción parece estar limitada a aquella que protagonizan los funcionarios públicos”. Se justificaba esta falta de interés por “el fenómeno de la corrupción en el ámbito privado debido a la fuerte presencia que tienen, en sectores económicos, políticos y empresariales, los planteamientos que abogan por la desregulación de los mercados”, circunscribiéndose toda protección al ámbito laboral, donde el Código del Trabajo recogía, como circunstancias causales de caducidad del contrato de trabajo, el caso de “prácticas corruptas por parte de un trabajador al interior de una empresa”.

Desde el punto de vista penal, los estudiosos más autorizados reconocían, además, que los tipos patrimoniales tradicionales resultan “inviabiles para abarcar la gran gama de actos de corrupción que pueden presentarse en el ámbito priva-

do”, así como resultaban insuficientes también los delitos, como las falsedades contables, contenidos en normas especiales<sup>34</sup>.

Deben mencionarse, por supuesto, debido a su innegable importancia sobre el particular, las diversas iniciativas y agendas anticorrupción que, en los últimos años, se han desarrollado en Chile. Cabe referir, por su especial significado, el Informe final del Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, conocido como la Comisión Engel. En dicho documento se reconoce una ausencia de capacidad para la persecución penal de algunos delitos de corrupción, entre ellos de la corrupción entre privados, urgiendo la necesidad de adaptar la legislación chilena a los estándares internacionales, marcados, concretamente en esta materia, por la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>35</sup>.

Todo ello provocó que, en efecto, en los momentos previos a la definitiva tipificación de la figura de corrupción entre particulares en Chile, sí encontrásemos algunas reflexiones teóricas en torno a la problemática de mayor calado en relación con la sanción penal de estos comportamientos, a fin de ofrecer criterios válidos sobre la forma más conveniente de su futura previsión, habida cuenta de la complejidad que caracteriza al fenómeno<sup>36</sup>.

## 2. Versión vigente del tipo penal

Como consecuencia lógica de la política criminal de tolerancia cero frente a la corrupción, ya referida en este trabajo y que está presente prácticamente en la mayoría de los países del mundo –en mayor o menor grado; de una forma más o menos efectiva–, finalmente se aprueba en Chile la Ley 21.121 que modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción. Este cuerpo normativo, en el numeral 19) de su artículo 1º, ordena intercalar, dentro del Título VI del Libro Segundo del Código Penal, un párrafo §7º bis, bajo la denominación “De la corrupción entre particulares”,

---

<sup>34</sup> CABALLERO BRUN, Felipe, “Chile (Sistemas penales comparados)”, en *Revista Penal 11* (2003), pp. 163-164.

<sup>35</sup> CONSEJO ASesor PRESIDENCIAL CONTRA LOS CONFLICTOS DE INTERÉS, EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y LA CORRUPCIÓN, *Informe final* (Santiago, 2015), pp. 45-46. Disponible en la web del Consejo Asesor Presidencial. Fuente: [http://consejoanticorrupcion.cl/wp-content/uploads/2015/06/2015.06.05-consejo\\_anticorrupcion.pdf](http://consejoanticorrupcion.cl/wp-content/uploads/2015/06/2015.06.05-consejo_anticorrupcion.pdf). Consultado el 9 de diciembre de 2020.

<sup>36</sup> *Vid.*, por todos, ARTAZA VARELA, Osvaldo, “Corrupción entre particulares: lesividad de la conducta y consecuencias en sede de tipificación de acuerdo con el análisis comparado”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 26 (2019), pp. 4 y ss.

integrado por los artículos 287 bis y 287 ter<sup>37</sup>, creados *ex novo*, con la siguiente redacción:

“Artículo 287 bis.-

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

Artículo 287 ter.-

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

Me propongo, a continuación, comentar brevemente los elementos típicos más relevantes, conectándolos con la regulación española, antes expuesta, en aquellos puntos en que la comparación pueda resultar de interés para la mejor comprensión del alcance de la regulación chilena.

#### *a) Modalidad pasiva de corrupción entre particulares*

Prevista en el artículo 287 bis del Código Penal. Analícese, a continuación, lo más significativo de los elementos típicos, comenzando por el tipo objetivo.

Merece un primer comentario la descripción de sujetos activos: el precepto menciona al *empleado o mandatario*. Como se ve, el tipo penal chileno parece reforzar la idea de que solo podrán ser objeto de soborno aquellos sujetos que se encuentran subordinados a un empresario principal. Así, si acudimos al Diccionario de la Lengua Española<sup>38</sup>, habremos de entender por “empleado” a aquella “persona que desempeña un (...) empleo” y por “mandatario” a aquella

<sup>37</sup> La versión vigente del Código Penal chileno puede consultarse en la web de la Biblioteca del Congreso Nacional. Fuente: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984>. Consultado el 9 de diciembre de 2020.

<sup>38</sup> El Diccionario puede ser consultado, en línea, en la web de la Real Academia Española (RAE). Fuente: <https://dle.rae.es>. Consultado el 9 de diciembre de 2020.

“persona que, en virtud de un contrato consensual (...), acepta del demandante representarlo personalmente, o la gestión o desempeño de uno o más negocios”. Debe tratarse, en todo caso, de sujetos que estén dotados de un cierto poder o capacidad de decisión en su ámbito funcional –por esencial aplicación del principio de intervención mínima del Derecho penal, para evitar intervenciones punitivas en supuestos que carezcan de lesividad suficiente–, facultad que debe haber sido transferida o delegada por el empresario principal –de nuevo, se refuerza la idea de relación de dependencia y subordinación–<sup>39</sup>.

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

La prestación corrupta que debe llevar a cabo el empleado o mandatario ha de consistir en favorecer –castigo de la llamada “corrupción antecedente”– o haber favorecido –sanción penal de la “corrupción subsiguiente”– la contratación con un oferente sobre otro. Aquí se observa una importante diferencia con la regulación española: en Chile se castiga penalmente también aquel supuesto en que la actuación corrupta del empleado o mandatario es previa a la entrega u ofrecimiento del soborno; como se ha tenido oportunidad de comprobar, ello no ocurre en España. El hecho de que la acción del corrupto suponga favorecer o haber favorecido la contratación de un oferente frente a otro parece situar la lesividad, al igual que en España, en la licitud de la competencia en el mercado<sup>40</sup>, si bien el ámbito de aplicación del delito en Chile –el “ejercicio de sus

---

<sup>39</sup> Esta interpretación parece la más acorde a la redacción finalmente aprobada e incorporada al Código Penal chileno, si bien debe hacerse notar que, en el Proyecto de Ley que modifica el Código Penal en lo relativo a los delitos de cohecho y soborno, aumentando las penas, se tipifican los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal, y en la ley N° 20.393 (boletín N° 10.739-07) se optaba por entender incluidos, dentro del círculo de sujetos activos, al “director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad”, elenco mucho más concreto que el finalmente recogido en los artículos 287 bis y ter del Código Penal.

<sup>40</sup> Así se aseguraba ya en una minuta informativa elaborada, con fecha 22 de octubre de 2018, por el Departamento de Asesoría y Estudios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos chileno. En ella se indicaba que la tipificación que posteriormente llegó al Código “opta por un modelo que busca tutelar la competencia leal en los mercados”. En MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *Minuta Informativa sobre el Proyecto de Ley que modifica el Código Penal*

labores”– pudiera interpretarse de manera similar al elemento “incumplimiento de obligaciones” presente en el artículo 286 bis del Código Penal español hasta 2015 –“faltar al deber inherente a sus funciones”, según la redacción de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción– y, con ello, acercar el tipo a la tutela de la relación interna entre empresario y subordinado.

Aunque no es objeto de este trabajo profundizar en el estudio de las penas –no se han mencionado tampoco cuando se examinó el delito en España–, sí es interesante mencionar que, mientras en el ordenamiento español las penas que se prevén son las mismas tanto para la modalidad pasiva como para la activa de corrupción entre particulares y de fraude en el deporte, y con independencia de la naturaleza que revista el beneficio indebido, no es así en Chile: si el beneficio es económico, se prevé una pena proporcional, mientras que, si no lo es, la pena se calcula en función de “unidades tributarias mensuales”.

Por su parte, en relación con el tipo subjetivo, ha de apuntarse que esta modalidad delictiva debe ser cometida, necesariamente, a título de dolo.

#### *b) Modalidad activa de corrupción entre particulares*

Se recoge en el artículo 287 ter del Código Penal. De forma análoga al epígrafe anterior, llevaré a cabo algunas consideraciones sobre el mismo. En primer término, parece claro que esta modalidad delictiva se configura como un delito común, dado que el sujeto activo, en principio, puede ser cualquier persona, sin que sea preciso que reúna ninguna cualidad, condición, posición o estatus jurídico concreto.

En relación con la conducta típica, únicamente he de señalar que también en este caso nos hallamos ante un delito de mera actividad y peligro abstracto que castiga penalmente el acto de corrupción entre particulares desde la otra

---

*en lo relativo a los delitos de cohecho y soborno, aumentando las penas, tipifica los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal, y la ley N° 20.393 (Boletín N° 10.739-07) (22.10.2018). Disponible en la web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Fuente: <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Minuta-Proyecto-Anticorrupei%c3%b3n.pdf>. Consultado el 9 de diciembre de 2020. Si profundizamos en la cuestión, el artículo 3 de la Ley N° 20.169, de 16 de febrero de 2007, que regula la competencia desleal, define esta como “toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado”. Si, consecuentemente, se entiende que en Chile el bien jurídico protegido se cifra en la competencia en el mercado, habremos de afirmar también que la intervención penal solo estará legitimada cuando se constate la insuficiencia o ineficacia de otros instrumentos jurídicos de protección, entre ellos la citada Ley sobre competencia desleal. No obstante, en el proyecto de ley anteriormente citado se expresaba la posibilidad de que el bien jurídico en el delito chileno no fuese ni la libre ni la leal competencia, sino el orden público económico.*

cara de la moneda: sanciona al particular que dé, ofrezca o consienta en dar el beneficio económico o de otra naturaleza al empleado o mandatario, a cambio de que este lleve a cabo una acción que suponga favorecer o haber favorecido la contratación de un oferente frente a otro.

Merece un último comentario la penalidad prevista en esta norma: no solamente se mantienen las dos fórmulas para el cálculo de la multa en función de que el beneficio ostente o no naturaleza económica –al igual que sucede en el artículo 287 bis–, sino que además se estipulan dos tramos de pena privativa de libertad, en función de que el sujeto activo haya dado u ofrecido el soborno, con una respuesta penal más grave, o que únicamente haya consentido en darlo, con una respuesta penal estipulada de menor intensidad.

Finalmente, como sucedía en el artículo anterior, en referencia al tipo subjetivo ha de entenderse que esta modalidad delictiva es de exclusiva comisión dolosa.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

La tipificación penal de conductas de corrupción entre particulares responde a la expansión, en gran número de ordenamientos jurídicos, de una política criminal de tolerancia cero frente a esta tipología de conductas ilícitas, favorecida por la mayor preocupación de las organizaciones supranacionales por los efectos negativos que estas despliegan, socavando las democracias, impidiendo el desarrollo económico y social sostenible y, en definitiva, produciendo una pérdida generalizada de confianza de individuos y entidades en las instituciones.

Una de las mayores dificultades a la hora de diseñar el modo de tipificar estos comportamientos en cada uno de los países reside en la concreción de cuál es el bien jurídico protegido, oscilando los distintos ordenamientos entre la tutela de las obligaciones del subordinado frente al empresario principal –consiguiéndose, así, la protección de los intereses de este último– hasta la salvaguarda de la libre y/o leal competencia en los mercados, pasando por aquellos países que optan por fórmulas minoritarias, como la tutela del patrimonio de la empresa o la previsión unitaria de actos de corrupción punibles, con independencia de que estos se produzcan en el sector público o en el ámbito privado.

España y Chile forman parte de aquellas regulaciones que buscan proteger la competencia en los mercados, acentuando la salvaguarda de los intereses de los competidores y, siquiera de forma mediata, de los consumidores. Ambas tipificaciones –España desde 2010; Chile desde 2018– tienen como causa, de un modo más o menos explícito, la necesidad de adaptar sus Derechos internos a los estándares normativos supranacionales; principalmente, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, aunque en el caso de España podrían

mencionarse también el Convenio Penal sobre la Corrupción (CETS N° 173) del Consejo de Europa y la Decisión Marco 2003/568/JAI de la Unión Europea.

En un estudio comparado de los artículos 286 bis y quater del Código Penal español y 287 bis y ter del Código Penal chileno se observa que la sanción de la corrupción entre particulares en ambos países –al menos, en su figura básica; España contiene una modalidad atenuada y otra agravada– posee una estructura semejante, consistiendo la mayor diferencia en que en Chile se castiga tanto la corrupción antecedente entre particulares como la corrupción subsiguiente, mientras que España solo castiga la primera de ellas.

A pesar de que deben aplaudirse los avances de Derecho penal material y procesal en materia de corrupción, no es menos cierto que un combate eficaz contra los efectos perversos de este grave mal requiere un tratamiento inter- y multidisciplinar, con una especial atención no solo en la sanción o represión de los ilícitos más graves, sino más bien antes, en la prevención –con un especial protagonismo de los mecanismos de gestión del riesgo legal, en particular las herramientas de *compliance* y los mecanismos eficaces de *whistleblowing*– y en la regulación y control –donde las fórmulas de *accountability* y las estrategias de transparencia y buena gobernanza juegan un rol esencial–. La corrupción, en definitiva, es un fenómeno que nos afecta a cada uno, en muy diversos ámbitos, y, por ello, todos estamos llamados a luchar activamente contra ella.

## BIBLIOGRAFÍA

### *Fuentes doctrinales*

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, “El nuevo delito de corrupción entre privados (art. 286 bis CP)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel, GÓMEZ PAVÓN, Pilar, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli y MARTÍNEZ GUERRA, Amparo (coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos* (Valencia, 2013).

ARTAZA VARELA, Osvaldo, “Corrupción entre particulares: lesividad de la conducta y consecuencias en sede de tipificación de acuerdo al análisis comparado”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 26 (2019).

BAÑERES SANTOS, Francisco, “La corrupción entre privados” (art. 286 bis, 287 y 288), en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios* (Cizur Menor, 2010).

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y CERINA, Giorgio M., “¿Un delito de corrupción privada? Obligaciones internacionales y soluciones adoptadas

- en el Derecho comparado”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 89 (2011).
- \_\_\_\_\_, Ignacio, “La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española”, en *Estudios de Deusto* 63/1 (2015).
- BERENGUER PASCUAL, Sergio, *El delito de corrupción en los negocios* (Madrid, 2020).
- BLANCO CORDERO, Isidoro, “Sección 4ª. De la corrupción entre particulares. Artículo 286 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal* (Valladolid, 2010).
- BOLEA BARDON, Carolina, “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho* 2/2013 (2013).
- CERINA, Giorgio M. y BRAVO VESGA, Carolina, “La corrupción en el sector privado. Apuntes de derecho comparado e internacional”, en ROMERO GUZMÁN, Juan José (ed. y coord.), RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y OLIVARES TRAMÓN, José Miguel (eds. asociados), *Buen gobierno y corrupción. Algunas perspectivas*, Ediciones Derecho UC (Santiago, 2008).
- CABALLERO BRUN, Felipe, “Chile (sistemas penales comparados)”, en *Revista Penal* 11 (2003).
- ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios* (Cizur Menor, 2016).
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y MIRÓ LLINARES, Fernando (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica* (Madrid, 2013).
- FOFFANI, Luigi, “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado”, en *Revista Penal* 12 (2003).
- GILI PASCUAL, Antoni, *El delito de corrupción en el sector privado* (Madrid, 2017).
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “¿Delitos de posición con infracción de deber? Reflexiones sobre el ejemplo de la corrupción médica privada”, en *Cuadernos de Política Criminal* 118 2ª época (2016).
- GONZÁLEZ BLESA, Francisco Javier, “Delito de corrupción entre particulares: comentarios y críticas al artículo 286 bis CP”, en *NoticiasJuridicas.com* (26.05.2012). <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4761-delito-de-corrupcion-entre-particulares:-comentarios-y-criticas-al-articulo-286-bis-cp/>.



- HEINE, Günter, “Comparative Analysis”, en HEINE, Günter y ROSE, Thomas O., *Private Commercial Bribery. A comparison of National and Supranational legal structures* (Friburgo, 2003).
- MAURO, Paolo, MEDAS, Paulo y FOURNIER, Jean-Marc, “El costo de la corrupción”, en *Finanzas & Desarrollo. Publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial* 3 (2019).
- OLAIZOLA NOGALES, Inés, “Algunas reflexiones sobre la corrupción entre privados (art. 286 bis CP español)”, en *Revista Foro FICP 2013-1* (2013).
- PÉREZ FERRER, Fátima, “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio”, en *Cuadernos Digitales de Formación 1/2012* (2012).
- RODRÍGUEZ PUERTA, María José, Capítulo VII. “El nuevo delito de corrupción privada: luces y sombras”, en AGÚNDEZ, Miguel Ángel y MARTÍNEZ-SIMANCAS, Julián (dirs.), ALBIÑANA, César (coord.), *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Cumplimiento normativo. Compliance* (Madrid, 2012).
- ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, “Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España”, en *Cuadernos de Política Criminal* 99 2ª época (2009).
- SÁNCHEZ BERNAL, Javier, “Efectos endémicos de la corrupción sistémica: una barrera al desarrollo”, en *Revista Foro FICP 2014-1* (2014).
- ZIOUVAS, Dimitris, “Alemania (sistemas penales comparados)”, en *Revista Penal* 11 (2003).

#### *Documentos, informes y otros recursos*

- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. <https://www.boe.es/>.
- CONSEJO ASesor PRESIDENCIAL CONTRA LOS CONFLICTOS DE INTERÉS, EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y LA CORRUPCIÓN. [http://consejoanticorrupcion.cl/wp-content/uploads/2015/06/2015.06.05-consejo\\_anticorrupcion.pdf](http://consejoanticorrupcion.cl/wp-content/uploads/2015/06/2015.06.05-consejo_anticorrupcion.pdf).
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. <https://dle.rae.es/>.
- LEY CHILE (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE). <https://www.bcn.cl/leychile/>.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE CHILE, Minuta Informativa sobre el Proyecto de Ley que modifica el Código Penal en lo relativo a los delitos de cohecho y soborno, aumentando las penas, tipifica los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal, y la ley N° 20.393 (boletín N° 10.739-07) (22.10.2018). <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Minuta-Proyecto-Anticorrupci%c3%b3n.pdf>.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC\\_Legislative\\_Guide\\_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf).

PARTIDO POLÍTICO EQUO. <https://partidoequo.es/un-informe-de-los-verdes-europeos-denuncia-que-la-corrupcion-en-espana-cuesta-90-000-millones-de-dinero-publico/>.