



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

**¿EL ARTÍCULO 312 DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO CRIMINALIZA EN PARTE LA
CORRUPCIÓN PRIVADA?**

Un análisis comparativo de legislaciones.

Autor: María Manuela Mizraje

Legajo: 23177

Mentor: Marina Bericua

Buenos Aires, 29 de julio 2016

(Firma del Mentor)



Universidad de
San Andrés

**¿EL ARTÍCULO 312 DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO CRIMINALIZA EN PARTE LA
CORRUPCIÓN PRIVADA?**

Un análisis comparativo de legislaciones.

Universidad de
San Andrés

Departamento de Derecho

María Manuela Mizraje

Legajo: 23177

Mentor: Marina Bericua

Firma del mentor:

Buenos Aires, 29 de Julio de 2016



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

**¿EL ARTÍCULO 312 DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO CRIMINALIZA EN PARTE LA
CORRUPCIÓN PRIVADA?**

Un análisis comparativo de legislaciones.

Universidad de
SanAndrés

Autor: María Manuela Mizraje

Legajo: 23177

Mentor: Marina Bericua

Buenos Aires, 29 de julio 2016

(Firma del Mentor)

ÍNDICE

I- Introducción _____	Pág. 3
II- Objetivo _____	Pág. 3
III- Metodología _____	Pág. 3
IV- Que es la corrupción privada _____	Pág. 4
V- Como se sanciona la corrupción privada en el mundo _____	Pág. 9
V.a- Estados Unidos _____	Pág. 9
V.b- Reino Unido _____	Pág. 17
V.c- Alemania _____	Pág. 21
V.d- España _____	Pág. 24
V.e- Métodos de prevención _____	Pág. 28
VI- Bien jurídico protegido _____	Pág. 32
VII- Normativa argentina - Artículo 312 _____	Pág. 36
VIII- Conclusión _____	Pág. 38
IX- Bibliografía _____	Pág. 40

I- Introducción

La problemática de la corrupción es un fenómeno que ha suscitado un mayor interés en las últimas décadas debido a su incremento, incidencia y extensión. Sin embargo, a pesar de que dicha problemática abarca diferentes ámbitos de la vida en sociedad, se la ha tratado generalmente teniendo en consideración el ámbito público. Es decir, desde el punto de vista de la administración estatal reprochando las conductas de los funcionarios gubernamentales.

Actualmente, debido a la globalización y a la naturaleza de los mercados, se da un marco más propenso para que ocurran diversos tipos de corrupción y es por ello que la lucha para erradicarla en los últimos años, se ha focalizado en el sector privado. De este modo, muchas legislaciones han optado por unirse a una nueva tendencia de tipificación de estos actos legislando el delito de corrupción privada.

Este trabajo realiza un estudio de la corrupción privada con el fin de analizar si puede entenderse que el artículo 312 del Código Penal Argentino ya criminaliza en parte este delito.

II- Objetivo

El objetivo principal de este trabajo es analizar si el artículo 312 del Código Penal Argentino criminaliza en parte la corrupción privada.

III- Metodología

Para lograr el objetivo planteado se definirá en primer lugar que es la corrupción privada y cómo es sancionada alrededor del mundo. Luego se hará un análisis de legislaciones de distintos países. Para ello, se analizarán las regulaciones de Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania y España. Por otra parte, se tendrán en consideración los distintos métodos de prevención que son aplicados en el mundo más allá del tipo de legislación vigente.

Por último, se discutirá sobre cuál es el bien jurídico a proteger bajo la tutela de la figura de corrupción privada.

Una vez logrado esto, se presentará el caso argentino y su respectiva normativa en esta materia. De este modo, se analizará si el artículo 312 del Código Penal criminaliza en parte esta figura.

IV- ¿Qué es la corrupción privada?

“Desde un punto de vista ético, la corrupción es una violación a los principios vitales de la vida social y económica. Lleva a un aumento de aprendizaje negativo lo cual hace que su difusión sea insidiosa y que la tarea de prevenir y combatir la corrupción sea más dificultosa.”¹

Ya desde la época de la antigua Roma se sancionaba a quienes especulaban con los precios de distintos productos o a quienes eran encontrados evadiendo impuestos. Esto muestra que ya desde la antigüedad existían métodos de coacción dirigidos contra conductas que iban en desmedro de la comunidad y eran consideradas como nocivas. La problemática de la corrupción es un fenómeno que ha suscitado un gran interés en las últimas décadas debido a su incremento, incidencia y extensión. Sin embargo, a pesar de que dicha problemática abarca diferentes ámbitos de la vida en sociedad, se la ha tratado generalmente teniendo en consideración el ámbito público. Es decir, desde el punto de vista de la administración estatal reprochando las conductas de los funcionarios gubernamentales.

Actualmente, debido a la globalización y a la naturaleza de los mercados, existe un marco más propenso para que se den diversos tipos de corrupción y es por ello que la lucha para erradicarla en los últimos años, se ha focalizado en el sector privado. De este modo, muchas legislaciones han optado por unirse a una nueva tendencia de tipificación de estos actos como “delito de corrupción privada”. Dichos cambios legislativos han estado motivados por la idea de que las personas serán más responsables y evitarán cometer actos de corrupción si tienen conocimiento de que existen sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasivas.

La Real Academia española define la corrupción de la siguiente manera: “en las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho económico o de otra índole de sus gestores.”²La corrupción es entendida entonces como “cualquier irregularidad cometida en un contexto de toma de decisión y a cambio de una ventaja indebida, o incluso, con

¹Argandoña, Antonio. *The united nations convention against corruption and its impact on international companies*. En Working Paper nº 656. Octubre 2006 España. Pág. 6

² <http://dle.rae.es/?id=B0dY4I3>

todo abuso de poder, siempre que se ligue a una ganancia ilícita de carácter económico o de mejora de la posición para el desarrollo de determinadas actividades, algo que se produce fundamentalmente en el marco de la administración, pero que también puede darse en el seno de las relaciones económicas, nacionales e internacionales.”³

De este modo, las conductas a ser contempladas dentro de la definición de corrupción, son: el abuso de poder de decisión/ posición dominante, y el intercambio irregular de ventajas siempre que estas ocurran para beneficio propio y conlleven el incumplimiento de las normas que se apliquen en el sector de actividad correspondiente. Es válido destacar que aquellas ventajas indebidas o injustificadas no deben ser necesariamente de carácter pecuniario, sino que consisten en el hecho de obtener un beneficio extra- posicional.⁴

Teniendo en consideración lo mencionado, se puede decir entonces que la corrupción en el ámbito privado afecta el correcto funcionamiento de los mercados, los negocios y las economías, manifestándose en conductas socialmente reprochables como consecuencia de actores comerciales procurando aumentar sus beneficios de maneras que no son éticas, legales ni transparentes. Aplicar prácticas corruptas en los negocios termina perjudicando a las compañías en el largo plazo ya que se pone en riesgo su reputación, aumenta el riesgo de fraude y malversación de fondos e implica desconfianza por parte de los empleados, lo cual puede acarrear a futuros problemas de conducta generando un clima laboral dentro de la empresa que puede ser perjudicial.

Los actores del tipo de corrupción a analizar son entidades privadas que realizan actividades comerciales. Se puede tratar de empresas o sociedades que adoptan métodos de corrupción como una forma habitual de hacer negocios.

³ De la Cuesta Arzamendi, José Luis. *Iniciativas internacionales contra la corrupción*. En: Eguzkilore. N 17. San Sebastián. Diciembre 2003 pp. 5-26. Pág. 8

⁴“La ganancia que el corrupto obtiene es extra posicional, es decir, es una ganancia externa a la actividad misma. El carácter externo de esta ganancia provoca, por lo general, en el decisor un conflicto de motivaciones e intereses. Por un lado, el corrupto suele desear conservar su posición en el sistema, ya que es ella la que le permite obtener tanto la remuneración regular como la ganancia adicional. Por otro, como la ganancia adicional o externa sólo puede obtenerla violando sus obligaciones, es decir, socavando las bases de su propia posición, el acto actividad corrupto/a tiene siempre un efecto corrosivo con respecto al sistema normativo relevante. El corrupto, si quiere conservar el carácter racional de su actividad, tiene, pues, que practicar un juego doble con objetivos recíprocamente opuestos: el de la conservación del sistema normativo relevante y el de la obtención de los beneficios extra posicionales, violando este mismo sistema. “

Garzon Valdés, Ernesto. Acerca del concepto de corrupción. En Claves de la Razón Práctica. Nº56. Octubre 1995. <http://www.iigov.org/resenas/?p=tema1/resena0126.htm>

Otra circunstancia que colabora con las prácticas corruptas entre privados es la cuestión de los costos asociados con la prevención. Como se explicará más adelante, hay ciertas normativas que obligan a estas entidades a cumplir con ciertos programas de prevención lo cual puede devenir en costos muy altos; ya que para combatir la corrupción en grandes empresas se necesitan empleados capacitados, procedimientos especiales de investigación y control como por ejemplo auditorías, códigos de ética y conducta.

Asimismo, se procura la implementación de contratos especiales tanto con proveedores como con clientes y los planes de implementación de estas prácticas suelen ser a priori altamente costosos ya que como se mencionó, se necesitan mecanismos de control y evaluación. En consecuencia, muchas compañías no están dispuestas a afrontar lo que en primera instancia se impone como un costo extra; sin tener en consideración que cometer actos de corrupción y evitar dichos costos puede en el largo plazo ser peor ya que las sanciones (dependiendo la legislación de cada país) pueden llegar a ser muy severas

Asimismo, es importante considerar que una empresa que utiliza métodos de corrupción para realizar sus negocios estaría desalentando a futuros inversores y accionistas a interesarse en ella. Esto se da porque teniendo en consideración que la lucha en contra de la corrupción privada ha ido incrementando en los últimos años; las empresas que se atreven a incurrir en estas prácticas, obtienen como resultado una mala reputación dentro del mercado. Lo cual implica no solo una desvalorización de la compañía sino que también un descenso en las ventas.

Por otra parte, es una realidad que en aquellos países en los que la lucha contra la corrupción privada se ha traducido en sanciones más severas, como por ejemplo en Alemania, es muy riesgoso para una compañía introducir este tipo de prácticas.

De este modo, lo esperable sería que todas las empresas posean políticas y códigos de conducta a los cuales deberían estar adheridos sus empleados, proveedores, clientes, y cualquier tercero con el que haya algún contacto comercial. Para lograr su correcto funcionamiento, tanto los empleados como los inversores y accionistas deberán estar alertados y educados sobre el hecho de que a largo plazo, es más costoso utilizar prácticas corruptas en los negocios que aplicar los sistemas adecuados para prevenirla. Teniendo en consideración la tipificación del delito de corrupción privada en algunos países, es importante destacar que la corrupción puede ser catalogada de dos maneras.

Se trata de corrupción activa y pasiva. Cualquiera de estos dos tipos se integra con las conductas tipificadas ya sea en el caso de la corrupción pública o la privada.

La corrupción activa es aquella cometida por el corruptor. Es decir, por la persona que ofrece la ventaja indebida o lo que comúnmente se denomina como soborno. “Los sujetos activos deben actuar con el objetivo de influir en la competencia, lo cual ocurre cuando el hecho es idóneo para favorecer las ventas propias o las de un tercero, o para ampliar el círculo propio (o ajeno) de clientes en perjuicio de los competidores”⁵ Se trata de una ventaja que lo beneficia de forma desleal, consiste en colocarlo en una posición de mejora frente a sus competidores, y es por ello que se interpreta que el bien jurídico protegido es la lealtad de competencia; puesto que nos estaríamos refiriendo al intercambio de servicios/ ventajas/ bienes/ dinero dentro del ámbito comercial.

Por otra parte, la corrupción pasiva es cometida por el individuo que recibe la ventaja indebida. “La ventaja debe recibirse como contraprestación por un futuro favorecimiento desleal en la competencia.”⁶ En este ámbito, se castigan las conductas de aquellos empleados o directivos que infringen sus obligaciones cuando deben adquirir o vender productos, o contratar servicios; ya que reciben o aceptan ventajas indebidas, deshonestas e ilegales.

La erradicación de la corrupción privada se ha vuelto un tema transnacional y como resultado de ello en muchos países existe una apuesta al derecho penal para sancionar las conductas que estén implicadas dentro de este delito. Estos han tomado un punto de vista económico criminológico dado que se considera que se estaría afectando al correcto funcionamiento de la economía de mercado de un estado de derecho. Sin embargo, es importante destacar que los esfuerzos internacionales deberán primeramente orientarse a “la armonización de las legislaciones estatales, de modo que las descripciones y el tratamiento jurídico (muy en particular, el jurídico penal) del fenómeno de la corrupción por parte de las legislaciones internas no sea muy diverso, y se apoye en una definición compartida del fenómeno y, en lo posible, en una similar filosofía en cuanto al nivel de sanción que estos hechos deben merecer.”⁷ La exigencia internacional implica hoy en día alcanzar el núcleo de infracciones penales en el cual

⁵ De la Cuesta Arzamendi, José Luis. *La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente en el derecho español?* www.ehu.eus/documents/1736829/2010409/CLC+62+La+criminalizacion+de+la+corrupcion.pdf Pág. 273

⁶ *Ibidem*. Pág 273

⁷ De la Cuesta Arzamendi, José Luis. *Iniciativas internacionales contra la corrupción*. En: Eguzkilore. N 17. San Sebastián. Diciembre 2003 pp. 5-26. Pág 12

deben estar consideradas tanto la corrupción privada como la pública. Es por esta evolución legislativa mundial que la penalización de la corrupción en el sector privado ya no es un fenómeno excepcional.

V- ¿Cómo se sanciona la Corrupción privada en el mundo?

Han sido numerosas las iniciativas supranacionales que han tenido lugar en los últimos 20 años con el fin de impulsar la criminalización del fenómeno de la corrupción privada.

La Convención penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa, firmada en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, fue una de las primeras en diferenciar las modalidades pasiva y activa de la corrupción. En sus artículos 7 y 8 tipifica ambas metodologías como delitos para todos sus estados miembros. Es válido decir que a partir de la firma e implementación de esta Convención diversos países han luego incluido en sus propias legislaciones la tipificación del delito de corrupción privada con sus respectivas distinciones (pasiva y activa). Así, esta Convención establece:

“Artículo 7. Corrupción activa en el sector privado: Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes.”

“Artículo 8. Corrupción pasiva en el sector privado: Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de que una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado solicite o reciba, directamente o por mediación de terceros, una ventaja indebida o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, para sí misma o

para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes.”⁸

En el año 2003 la prohibición contra los distintos tipos de corrupción (pública y privada) se transformó en una lucha global que resultó en que las Naciones Unidas sancionaran la “United Nations Convention Against Corruption” (UNCAC), la cual fue firmada por 168 países. En la exposición de motivos se expone “La corrupción es una plaga que tiene un amplio espectro de efectos dañinos en las sociedades. Debilita la democracia y las reglas de la ley, lleva a violaciones de derechos humanos, distorsiona los mercados, erosiona la calidad de vida y permite que el crimen organizado, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad afloren.”⁹

Con respecto a la problemática de la corrupción en el sector privado la UNAC establece:

“Artículo 12. Sector privado 1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas.”¹⁰

Los países miembros han adoptado diferentes medidas para implementar lo establecido por la UNAC y entre ellas se destacan la tipificación del delito de corrupción privada, leyes antisoborno, y regulaciones que establecen la reducción de las penas o sanciones en los casos de la aplicación de programas de compliance en las grandes empresas.

V.a. Estados Unidos

⁸ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12135

⁹ https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf Pág. 3

¹⁰ https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

“La FCPA ha ayudado a cambiar la cultura de hacer negocios: las compañías actualmente, adoptan de manera global códigos de ética y conducta y le proveen entrenamientos a sus empleados en diferentes tópicos relacionados con la ética.”¹¹

Los Estados Unidos es uno de los países pioneros en cuanto a la lucha contra la corrupción en el ámbito público. La Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) sancionada en 1977, es una de las primeras leyes en el mundo orientada especialmente a combatir hechos de corrupción. Sin embargo, es de vital importancia destacar que la misma no abarca las conductas orientadas a hechos de corrupción privada.

La mencionada ley aborda el problema de la corrupción de dos maneras: en primer lugar, mantiene como objetivo principal declarar la ilegalidad de la realización de pagos indebidos a funcionarios públicos con la finalidad de obtener mejores posibilidades de negocios o mantener los negocios vigentes en las compañías. Y por otra parte, requiere que aquellas empresas que cotizan en en alguna de las bolsas de este país, mantengan libros y registros contables que reflejen todas las transacciones realizadas, lo cual implica la necesidad de sistemas de control de contabilidad internos.

La FCPA fue enmendada dos veces, primeramente en el año 1988 y luego en el año 1998. Esta segunda enmienda logró que sus prohibiciones sean aún más rigurosas no solo al formular la penalización de las conductas contempladas, sino que también ampliando el ámbito territorial de aplicación de la ley. De este modo, la FCPA obtuvo jurisdicción territorial sobre compañías extranjeras actuando dentro del territorio de los Estados Unidos.

Con el fin de evitar las consecuencias de la aplicación de esta ley, la mayoría de las empresas de los Estados Unidos implementaron programas de cumplimiento, procedimientos especiales de investigación y control, y códigos de ética y conducta. Es menester destacar que los sujetos comprendidos bajo esta legislación son: cualquier individuo, compañía, director, empleado, accionista actuando en nombre de la compañía, oficial, o agente de una compañía. Todos ellos pueden ser penalizados no solo si cometen la conducta del tipo sino que también si colaboran o autorizan a un tercero a violar dichas disposiciones.

¹¹Antonikova, Nika A. *Private sector corruption in international trade: the need for heightened reporting and a private right of action in the foreign corrupt practices act.* 11 *BYU Int'l L. & Mgmt.* 93 (2015). www.diiitalcommons.law.byu.edu/ilmr/vol11/iss1/6 Pág. 107

Por otra parte, los actos penalizados bajo la FCPA son la oferta, pago, promesa de pago o autorización de entregar elementos de valor a cualquier funcionario público con el fin de: influenciar cualquier acto o decisión de dicho funcionario dentro de su labor y capacidades; inducir al funcionario público a realizar u omitir cualquier acto en violación con sus tareas; asegurarse cualquier tipo de ventaja indebida, asegurándose de este modo la obtención o el mantenimiento de un negocio en particular.¹²

En este sentido, la FCPA establece:

“§ 78dd-2. Prácticas internacionales prohibidas por preocupaciones domésticas. (i) Jurisdicción alternativa (1) Será contrario a la ley que cualquier persona Estadounidense realice corruptamente cualquier acto fuera de los Estados Unidos en fomento de una oferta, pago, promesa de pago, o autorización de pago de origen pecuniario, u oferta, regalo, promesa de entrega, o autorización de entregar cualquier objeto de valor a cualquier persona o entidad reconocidas en los párrafos (1), (2) y (3) de la subsección (a), con los propósitos allí establecidos desconsiderando si la persona Estadounidense hace uso de cualquier medio o instrumentación de comercio entre estados en fomento de la oferta, regalo, pago, promesa o autorización. (2) En esta subsección, una “persona Estadounidense” significa un nacional de los Estados Unidos (tal como es definido en la sección 101 del Acta de Inmigración y Nacionalidad (8 USC § 1101)) o cualquier corporación, asociación, compañía de valores conjuntos, fondo empresarial, u organización no incorporada, organizadas bajo las leyes de los Estados Unidos o cualquier estado, territorio, posesión, o mancomunidad de los Estados Unidos, o cualquier subdivisión política.”¹³

¹² <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>
§ 78dd-1

¹³ <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>

Aunque la FCPA es la norma estadounidense en materia anticorrupción más abarcativa debido a su carácter extraterritorial así como también la más conocida mundialmente debido a la publicidad que se le ha dado a los diferentes casos de empresas y de personas que han cometido actos violatorios a sus disposiciones la misma no toma en consideración la problemática de la corrupción en el sector privado, y por ende extender su aplicabilidad en este ámbito es una tarea complicada.

Sin embargo, existen otras regulaciones domésticas que nos demuestran que Estados Unidos no solo cuenta con regulación doméstica anticorrupción sino que también existen algunas regulaciones que pueden usarse para sancionar la corrupción privada. Así, el punto 201 de la Sección 18 del US Code tipifica como delito al soborno de oficiales públicos y testigos. Adicionalmente, la mayoría de las leyes estatales establecen al “soborno comercial” (*commercial bribery*) como delito. Para las leyes estatales de Estados Unidos, el soborno comercial es la negociación corrupta con agentes o empleados de un posible socio comercial a los efectos de asegurar una ventaja en relación con otros competidores. Aunque las normas federales de Estados Unidos no prohíben explícitamente el soborno comercial, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos ha usado las leyes estatales junto con las regulaciones sobre fraude en transferencias electrónicas y postales así como las normas sobre crimen organizado o defensa de la competencia para penalizar a quienes cometieran soborno comercial.¹⁴ Adicionalmente, encontramos también otras regulaciones relacionadas, como las US Federal Sentencing Guidelines. Estas son un conjunto de reglas que establecen un lineamiento específico para sentenciar individuos y organizaciones que cometen diversos delitos. Es importante destacar que dichas reglas son articuladas por la US Sentencing Commission, una agencia independiente del gobierno. Se hace mención a este conjunto de reglas ya que las mismas establecen que si las organizaciones cuentan con un programa de compliance efectivo, se les reducirá la pena del crimen cometido. Por lo tanto, es necesario tener en consideración que la legislación interna estadounidense promueve las prácticas leales entre las compañías que ayuden a prevenir con actos de corrupción privada.¹⁵ Los métodos de prevención serán explicados posteriormente.

¹⁴ Dechert LLP, Private Commercial bribery: the next wave of anti-corruption enforcement? <https://www.dechert.com/files/Publication/cd23491e-02ee-46b2-9668-1e609c06e3ff/Presentation/PublicationAttachment/b64b6590-2c48-4781-9b3d-1fecc6fc08f2/Private%20Commercial%20Bribery.pdf>.

¹⁵ **§8B2.1. Programa de Compliance y ética efectiva**

(a) Para tener un programa de compliance y ética efectiva a los propósitos de la subsección (f) de §8C2.5 (Grado de Culpabilidad) y la subsección (b)(1) de §8D1.4 (Condiciones Recomendadas de Probation – Organizaciones), una organización debe—

(1) Ejercitar due diligence para prevenir y detectar conducta criminal; y

Por otra parte, Estados Unidos ratificó la UNCAC el 30 de octubre de 2006. Como fue explicado anteriormente, esta Convención tiene como objetivo prevenir y combatir el fenómeno de la corrupción mediante la cooperación internacional, y por ende, provee instrumentos globales en la lucha contra la corrupción a nivel internacional. Es menester destacar que las disposiciones propuestas en la UNCAC con respecto a la corrupción en el sector privado no son obligatorias. Existe una discusión en la que se expone que la no obligatoriedad de estas normas se dio meramente debido a que durante las negociaciones de la Convención, Estados Unidos se rehusaba a criminalizar la corrupción privada mientras que la comunidad europea deseaba prohibirla. Los Estados Unidos (un país que fue líder en la lucha global contra la corrupción en el sector público) se opuso activamente a la regulación de conductas exclusivas del sector privado. La posición de Estados Unidos resulta cuanto menos paradójica teniendo en cuenta los expresado respecto de la legislación estadual y la manera en que las agencias en Estados Unidos han usado otras normas para imponer sanciones a quienes cometían sobornos comerciales. Como resultado de la oposición de los Estados Unidos, la versión final de la UNCAC incluye solamente medidas recomendadas para la criminalización de la corrupción en el sector privado.”¹⁶

Finalmente, se consensuó el artículo 12 tal como lo hemos transcripto en el punto 5 más arriba.

Asimismo, el artículo 21 de la UNAC establece:

“Cada Estado miembro considerará adoptar estas medidas legislativas y de ser necesario establecer como un delito criminal cuando los siguientes sean cometidos

(2) Promover una cultura organizacional que aliente la conducta ética y el compromiso con el cumplimiento de la ley.

Dicho programa de compliance y ética debe estar diseñado, implementado y aplicado razonablemente de tal modo que el programa sea generalmente efectivo en prevenir y detectar conductas criminales. La falla de prevenir o detectar la ofensa en el instante, no significa necesariamente que el programa no sea generalmente efectivo en prevenir y detectar conductas criminales.

§8C2.5. Grado de Culpabilidad

(f) Programa de Compliance y ética efectivo.

(1) Si la ofensa incurrida más allá de que la organización contaba al momento de la ofensa con un programa de compliance y ética efectivo, tal como se expone en §8B2.1 (Programa de Compliance y ética efectivo) se restarán 3 puntos.

<http://www.ussc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual/2015-chapter-8>

¹⁶ Antonikova, Nika A. *Private sector corruption in international trade: the need for heightened reporting and a private right of action in the foreign corrupt practices act*. 11 *BYU Int'l L. & Mgmt.* 93 (2015). www.diiitalcommons.law.byu.edu/ilmr/vol11/iss1/6 Pág. 109

intencionalmente el curso de actividades económicas, financieras y comerciales: (a) La promesa, oferta o entrega, directa o indirectamente de una ventaja a una persona que dirija o trabaje para una entidad del sector privado, para la misma persona o para otra persona siempre que la misma no sea acorde con sus tareas o implique omisiones de las mismas; (b) La solicitud o aceptación, directa o indirectamente, de una ventaja indebida por cualquier persona que dirija o trabaje en una entidad privada, para la persona misma, o para otra persona, siempre y cuando la misma contrario a sus tareas, actué u omita acciones.”¹⁷

Se podría decir entonces, que la FCPA no puede satisfacer todos los requerimientos de protección de la UNCAC ya que el objetivo principal de la misma es la sanción de las conductas atinentes tanto a la corrupción pública como la privada, y la FCPA no condena esta última.

En los últimos años se han dado importantes casos de corrupción en los Estados Unidos en los cuales grandes compañías han violado las disposiciones encomendadas por la FCPA. Si bien, como se ha explicado anteriormente, la FCPA penaliza principalmente las conductas pertinentes a la corrupción pública, para este trabajo se han elegido tomar en consideración aquellos casos en los que las conductas corruptas no involucraban directamente a funcionarios públicos y sin embargo fueron castigadas. Por otra parte, es relevante destacar que muchas de estas compañías han obtenido una significativa reducción de sus penas gracias a tener entre sus disposiciones internas la aplicación de sistemas de cumplimiento y programas de compliance (los cuales serán explicados más adelante).

Se han elegido algunos de estos casos con el fin de aportar mayor claridad a la manera de sancionar bajo la FCPA ante el accionar corrupto por parte de las empresas.

En primer lugar, la compañía de bio-farmacia Bristol Myers Squibb se vio envuelta es un caso de corrupción al ser acusada, en octubre de 2015, de que una filial en China había entregado ventajas/ beneficios indebidos a hospitales públicos con el fin de obtener una prescripción más alta de sus medicamentos. Según se argumentó, entre los años

¹⁷ Artículo 21. https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

2009 y 2014 los representantes de la compañía en China buscaron incrementar sus negocios con sobornos a hospitales. Entre ellos no solo se habían hecho pagos dinerarios son que también se habían entregado joyas, comidas en restaurantes lujosos, entretenimiento y viajes. La filial registró dichos pagos en los libros de la empresa, los cuales luego fueron consolidados en los libros y registros de Bristol a nivel global. De este modo, la US Securities & Exchange Commission (SEC: agencia del gobierno de Estados Unidos cuya tarea es lograr el cumplimiento de las leyes federales de la industria de valores y los mercados financieros) entendió que Bristol había violado las disposiciones de la FCPA, debido a su alcance extraterritorial, porque no contaba con controles internos efectivos en su filial de China, la cual es una de las más grandes de la empresa. Por lo tanto, optó multar a la empresa por la suma de US\$ 14 millones. Asimismo, le impuso la obligación de aplicar medidas anticorrupción y programas de compliance por dos años. Sin admitir o negar los hechos, la compañía decidió pagar la multa más intereses.¹⁸

Otro caso interesante fue el de la empresa farmacéutica Novartis. Esta también tuvo problemas de corrupción con su filial en China por pagos indebidos con el fin de incrementar la cantidad de prescripciones de medicamentos de la compañía y de este modo aumentar sus ventas. Una investigación llevada a cabo por la SEC dio a conocer que empleados de la mencionada filial habían ofrecido pagos pecuniarios, y objetos de valor a distintos médicos profesionales de aquel país con el fin de que prescriban únicamente medicamentos de la compañía. Novartis globalmente no mantenía un sistema de control de libros y auditoría eficaz, y por otra parte, no contaba con programas de compliance anticorrupción para detectar cualquier conducta ilegal. De este modo, todos los pagos indebidos hechos en la filial de China no estaban reflejados en los registros (contrario a lo que sucedió en el caso Bristol). A principios del año 2016 el SEC decidió que Novartis había violado las provisiones de la FCPA y como resultado multó a la empresa por US\$25 millones, y la obligó a cumplir con dos años de implementación de medidas de compliance y programas anti- corrupción, debiendo reportar resultados periódicamente.¹⁹

Otro caso fue a principios del año 2016 cuando Las Vegas Sand Corporation (LVS), compañía de casinos y complejos turísticos, violó disposiciones de la FCPA al no registrar el uso de millones de dólares para realizar pagos a consultoras que ayudaban a la empresa a realizar negocios en China y Macao. Una investigación de la SEC encontró

¹⁸ <http://www.ethic-intelligence.com/wp-content/uploads/2015-SEC-Bristol-Myers-Squibb-settle-in-China.pdf>

¹⁹ <https://www.sec.gov/litigation/admin/2016/34-77431-s.pdf>

que LVS no llevaba los libros contables correctamente ya que en muchos casos no contaban con los documentos necesarios para justificar pagos registrados de aproximadamente US\$ 62 millones a empresas consultoras en Asia. Se descubrió que las empresas consultoras actuaban como intermediarias en ciertas transacciones ilegales como la construcción de un casino en China en una zona en la cual estaba prohibido apostar. Para ocultar dichos pagos, en los libros de la compañía se registró como compras de obras de arte para uso decorativo pero no había ningún documento justificando dicha compra. Por lo tanto, el SEC decidió cobrarle a la compañía una multa de US\$ 9 millones junto con la obligación de poner un oficial que se encargaría de revisar los controles internos de la compañía, los libros contables, procedimientos legales, ética, aplicación del código de conducta y programas de compliance, por un período de dos años. Es menester destacar que LVS nunca admitió ni negó los hechos por haber violado las disposiciones de la FCPA.²⁰

Por último nos encontramos con el caso de Mead Johnson Nutrition (MJN), una compañía dedicada a fabricar fórmula de alimentos para bebés la cual fue sancionada por el SEC a mediados del año 2015. MJN fue acusada de haber realizado pagos inapropiados, junto con otros incentivos materiales a médicos y profesionales en nutrición en diversos hospitales con el fin de que recomienden la fórmula para alimentos de bebés que produce la compañía a aquellos pacientes nuevos o a madres que estaban por dar a luz. Los pagos indebidos eran de aproximadamente US\$ 2 millones distribuidos en cinco años, y la compañía no los había reflejado en sus libros contables. Nuevamente, la falta de control interno y de programas de cumplimiento llevó a que la empresa cometa actos de corrupción privada. Si bien MJN nunca admitió ni negó los hechos ocurridos acordó el pago de una multa de US\$ 12 millones por haber violado las disposiciones de la FCPA.²¹

Como se ha visto en los casos presentados, las agencias estadounidenses son capaces de castigar a las empresas que cometen actos de corrupción privada cuando las mismas llevan sus registros contables de manera incorrecta; ya que una registración contable transparente constituye uno de los pilares de esta legislación. Sin embargo, esto no es suficiente debido a que muchas conductas relativas a este delito no están contempladas y por ende no son castigadas. Por ejemplo, los actos de ofrecer o aceptar una ventaja indebida como contraprestación para que se elija a otro de manera desleal en la adquisición de mercancías o servicios comerciales. El problema de esta insuficiencia es entonces que el acto de la corrupción privada tal como se ha presentado

²⁰ <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2016-64.html>

²¹ <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2015-154.html>

anteriormente, no está siendo contemplado por la FCPA y es por esto que múltiples actos cometidos por entes comerciales privados no son sancionados. Esta falta de normas federales crea un marco más propicio para la comisión de prácticas desleales o indebidas que terminan por afectar el correcto funcionamiento del mercado.

Como hemos analizado anteriormente, es un hecho que en las últimas décadas se fundó una intención global de combatir la corrupción en el ámbito privado, y esto generó presión sobre los Estados Unidos para ampliar el espectro de protección abarcado por la FCPA. Se podría decir entonces que la FCPA se convirtió en una legislación antigua ante los estándares internacionales de negocios que se están manejando hoy en día; ya que dicha ley es ineficiente en contemplar disposiciones de carácter global con respecto a la corrupción debido a la falta de tipificación en el ámbito privado.

V.b, Reino Unido

En el año 2011, todas las leyes relativas a la corrupción en el Reino Unido fueron reemplazados por la nueva “United Kingdom Bribery Act” (UKBA) la cual entró en vigencia el 1 de Julio de 2011. La UKBA sanciona un espectro más amplio de corrupción que la legislación anterior (y que la FCPA de los Estados Unidos). Esta ley considera cuatro ofensas principales: la ofensa de sobornar a otra persona, la ofensa de ser sobornado, la ofensa de sobornar a funcionarios públicos, y la ofensa cometida por las organizaciones comerciales o empresas de no prevenir la corrupción o el soborno. De este modo, incorpora la falta de prevención de conductas indebidas por parte de las empresas, lo cual es muy novedoso, y omite hacer distinción sobre la pertenencia de los individuos al ámbito público o al privado por lo que se entendería que tanto la corrupción pública como la privada estarían contempladas

De este modo, en su sección 1.a se establece:

“Una persona (P) es culpable de una ofensa si a) P ofrece, promete o entrega una ventaja financiera o de cualquier otro tipo a otra persona, y b) P pretende que su ventaja – i) provoque que la otra persona no actúe acorde a sus funciones y tareas, o ii) recompense a la persona por su

comportamiento inapropiado en relación a sus funciones o actividades”²²

Al no haber entonces distinción alguna sobre si la persona P que comete la acción punible es un funcionario del estado o un privado, es válido decir que la UKBA estaría sancionando todas las modalidades de corrupción.

Por otra parte, la sección 7 responsabiliza a las compañías por actos cometidos por un individuo asociado a la misma. Asimismo, expande el alcance a transacciones internacionales, y castiga la falta de prevención de los actos de corrupción:

“Sección 7: “1) Una organización comercial (C) es culpable de haber cometido una ofensa, si una persona (A) asociada a (C) soborna a otra persona con la intención de – a) obtener o retener un negocio en particular para (C), o b) obtener o retener una ventaja en la conducta del negocio para (C). 2) Sin embargo, es una defensa para (C) probar que (C) mantenía en el momento los procedimientos adecuados para prevenir este tipo de conductas por parte de personas asociadas con (C).”²³

Es importante destacar entonces que la legislación avala expresamente que las compañías utilicen programas de control adecuados para evitar los actos de corrupción dentro de ellas, y de este modo, evitar las respectivas sanciones. Por ende, la legislación británica alienta a las compañías a invertir en programas de control y prevención los cuales ayudarán a reducir las penas en caso de que se condene por corrupción. De todos modos, esto ha sido criticado por varios autores ya que aquellos “procedimientos adecuados” de prevención que pueden utilizar las compañías no están específicamente detallados en la ley lo cual implica cierta ambigüedad que podría llevar a niveles ineficientes de inversión por parte de las empresas para este tipo de programas.

De este modo, se puede ver como la UKBA tiene un campo más amplio de aplicación ya que no solo está orientada al ámbito público sino que al no realizar distinción alguna se puede tomar en consideración el ámbito privado. Asimismo, como se

²² http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf
1.a. Offences of Bribing another person

²³ http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf
Failure of commercial organizations to prevent bribery

expuso en los artículos citados, esta ley toma en consideración la ofensa de sobornar a otra persona, aceptar un soborno, y en el caso de las organizaciones no prevenir dichas conductas lo cual es un gran avance comparado con legislaciones tales como la FCPA.

Con el fin de aportar mayor claridad a la manera de aplicar la UKBA, se han elegido dos de los casos que fueron considerados como los más importantes por parte de la doctrina relativos a la aplicación de la mencionada ley.

En primer lugar, nos encontramos con el caso de la compañía Sweett Group Plc (SG), este fue resuelto en febrero de 2016 y fue el primer caso bajo esta legislación en el cual una empresa fue condenada bajo la sección 7 de la UKBA: no realizar la correcta prevención de la comisión de conductas de corrupción. SG es una compañía consultora inglesa que provee servicios para el negocio de la construcción y manejo de grandes proyectos e infraestructuras edilicias. Dicha empresa tiene una filial con el nombre comercial Cyril Sweett International Limited (CSIL) la cual está ubicada en Chipre. Esta filial realizó un contrato en relación a la construcción de un hotel en Dubai con otra compañía que se encuentra dentro del grupo comercial Al Badie Group. El contrato tenía un precio de 1.6 millones de libras lo cual representaba una ganancia muy alta para CSIL. El mismo día en que se estaba firmando este contrato, CSIL realizó otro contrato con otra empresa perteneciente a un oficial dentro del Al Badie Group. Este segundo contrato tenía la finalidad de proveer servicios de hospitalidad a CSIL con respecto al proyecto del hotel en Dubai y requería que CSIL pague diversas cuotas de aproximadamente 680.000 libras. De este modo, dicho contrato era el medio por el cual CSIL realizaba un soborno hacia el oficial dueño de esta segunda compañía con el fin de asegurarse el primer contrato con respecto al proyecto del hotel en Dubai. En 2014, la SFO (Serious Fraud Office, un departamento del gobierno inglés dedicado especialmente a la investigación de hechos de fraude y corrupción), comenzó una investigación dado que SG reportó que tenía sospechas con respecto al manejo de las contrataciones con respecto al proyecto de hotel en Dubai. Finalmente, SG fue declarada culpable en febrero de 2016 y fue multada por una suma de aproximadamente 2.3 millones de libras.²⁴

Se podría decir entonces que este caso confirma que la filial de una compañía puede ser considerada como una “persona asociada” tal como lo expone la UKBA y es por ello que la compañía matriz puede ser condenada por un hecho de corrupción cometido por la filial bajo esta legislación.

²⁴ <http://www.sidley.com/news/2016-03-15-complex-commercial-litigation-update>

El segundo caso a tener en consideración es el de la empresa Brand Rex Limited, dedicada al desarrollo de sistemas de cableado para distintos centros de información informática. Esta también fue condenada por la sección 7 al no prevenir que se cometan actos de corrupción dentro de su organización. La compañía operaba con un sistema en el cual distintos distribuidores e instaladores de UK eran elegidos de acuerdo a su cumplimiento con targets de venta y luego eran premiados por ello. El problema se dio cuando un instalador independiente “persona asociada” le ofreció tickets para un evento que él había ganado bajo el mencionado programa a un cliente. Esto fue un quiebre en el sistema ya que dicho cliente no era un instalador ni distribuidor de Brand Rex, por lo cual no debería haber recibido dicho premio. Por otra parte, el mencionado cliente se encontraba en una posición de influencia ya que decidiría si su compañía efectivamente adquiriría sistema de cableado proveniente de Brand Rex lo cual generaba un conflicto de intereses y una posible y futura condena por corrupción. De este modo, en cuanto la compañía se hizo eco de lo ocurrido, comenzaron una investigación y se reportaron ante las autoridades en junio del 2015. Al aceptar su responsabilidad por no cumplir con la sección 7 de la UKBA su pena fue efectivamente atenuada y como resultado tuvieron que pagar una multa de 212,800 millones de libras. Asimismo, la compañía tuvo que cumplir con una reestructuración de su programa de cumplimiento interno, ya que tras el incidente ocurrido se probó que el mismo no era eficiente.²⁵

Teniendo en consideración los casos presentados se pueden obtener las siguientes conclusiones: en primer lugar se puede decir que en algunos casos, no es suficiente que las compañías cuenten con programas de cumplimiento. Es necesario no solo que dichos programas sean claros y eficientes sino también que se haga un monitoreo regularmente con el fin de que sean cumplidos. Solo de esta manera, las empresas podrían utilizar la defensa propuesta en la sección 7 de la UKBA por contar con “procedimientos adecuados” para combatir posibles actos de corrupción. Por otra parte, se puede confirmar que una compañía subsidiaria o filial de una empresa matriz encuadrada bajo la UKBA puede ser considerada como “una persona asociada” y por ende las ofensas o conductas cometidas por dicha filial pueden ocasionar una condena bajo esta legislación. Asimismo, las compañías pueden ser condenadas por los actos de terceros como por ejemplo proveedores, ya que los mismos también son considerados como “personas asociadas”. Lo ideal para evadir condenas por la actuación de terceros considerados como asociados sería incluir en los programas de entrenamiento y

²⁵ <http://www.anticorruptionblog.com/uk-bribery-act/cooperation-is-key-scottish-company-receives-civil-penalty-for-contravention-of-bribery-act/>

cumplimiento a aquellos terceros con el fin de monitorear todas las transacciones realizadas de manera correcta y prevenir conductas indebidas.

Como resultado de nuestro análisis, es válido decir que la UKBA es una legislación que contiene disposiciones legales que pueden encuadrar la corrupción tanto en el ámbito público como en el privado. Asimismo, genera una novedosa condena al incorporar la falta de prevención de conductas indebidas por parte de las empresas como un acto reprochable que puede ser sancionado. De todos modos, se ha discutido entre juristas y doctrinarios que dicha legislación a pesar de ser innovadora, abarcativa y diferenciada se puede percibir entre sus líneas tintes de ambigüedad ya que no está definido claramente a que ámbito pertenecen las conductas a ser sancionadas. Es nuestra opinión, sin embargo, que la legislación inglesa va un paso más allá de aquellas legislaciones tales como la FCPA, puesto que si bien el ámbito de aplicación no está definido, tampoco está limitado. Se podría decir entonces que la aplicación de la misma queda a la libre interpretación y de hecho, como se ha visto en los casos presentados, los jueces han interpretado su utilidad con respecto al castigo de conductas cometidas en el ámbito de la corrupción privada.

V.c. Alemania

Alemania ha sido uno de los países pioneros en la criminalización de la corrupción privada. De hecho, es válido mencionar que la regulación Alemana en esta materia es una de las más rigurosas ya que los delitos de corrupción están integrados en las leyes penales más severas de dicho país.

La ley utilizada para la lucha contra la corrupción en este país fue sancionada el 13/08/1977, la cual introdujo en el Código Penal la nueva sección vigesimosexta titulada: *Hechos punibles contra la competencia*. De este modo, se hizo un traslado de las conductas indebidas que venimos analizando al ámbito penal. “Con ello, el legislador alemán pretendía reforzar la conciencia de que la corrupción en el ámbito (comercial) de los negocios es una forma de criminalidad que no sólo afecta a la economía, sino que manifiesta un comportamiento ético-socialmente reprochable.”²⁶ Es válido decir entonces

²⁶ Bordea Bardon, Carolina. *El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes*. En Indret revista para el análisis del derecho. Barcelona, Marzo 2013. www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/264213/351866 Pág. 7

que en Alemania no existe discusión ni duda al respecto del bien jurídico protegido bajo esta figura delictiva: la lealtad de competencia.

Como se ha dicho anteriormente, la legislación de este país es considerada como una de las más sofisticadas en esta materia y por ello, se la suele tomar como uno de los puntos de partida cuando se intentan regular estos delitos en otros países como sucedió en España.

Por otra parte, es importante destacar que otra posibilidad de evitación indirecta de la corrupción en este país es ofrecida mediante el Derecho penal tributario. En este ámbito, se expone que los actos de corrupción como sobornos o coimas deben ser tratados como ingresos. Por consiguiente, quien no declara los beneficios obtenidos a través de la corrupción, incurre en el delito de defraudación tributaria. Por lo que se puede decir que se ha intentado evitar cualquier conducta corrupta aplicando diferentes tipos penales a dichos actos. Sin embargo, a los fines de este trabajo se utilizará el primer tipo penal descripto correspondiente a la protección de la lealtad de competencia.

El modelo alemán entonces tipifica el delito de soborno y corrupción en el ámbito comercial/ privado en el artículo 299 del Código Penal. El mismo establece: “

§ 299. Corruptela y soborno en el tráfico comercial (1) Quien como empleado o encargado de un establecimiento comercial exija, permita que le prometan o acepte en el tráfico comercial una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para que prefiera a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa. (2) De igual manera será castigado quien en el tráfico comercial con fines de competencia ofrezca, prometa o conceda a un empleado o encargado de un establecimiento comercial una ventaja para éste o para un tercero como contraprestación para que prefiera a él u a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales. (3) Los apartados 1 y 2 rigen también para conductas en el ámbito de la competencia extranjera.”²⁷

²⁷<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion35633.pdf>

Considerando la creciente globalización de los mercados, es que se pena también la conducta en detrimento de la competencia en el extranjero y como resultado el apartado 3 de este artículo amplía el marco de protección de la legislación alemana de manera extraterritorial. Sin embargo, se ha discutido entre la doctrina, que parte de la acción punible debe ser cometida en Alemania; ya sea la oferta o la aceptación. Esto ocurre debido a que al garantizar una protección penal tan amplia, muchas empresas consideran que dejarían de ser competitivas internacionalmente.²⁸

Por otra parte, el artículo § 300 del mismo Código establece agravantes en la pena si la conducta encuadrada en el §299 es considerada especialmente grave:

*“§ 300. Casos especialmente graves de la corruptela y soborno en el tráfico comercial En casos especialmente graves un hecho según el § 299 se castigará con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. Un caso especialmente grave se presenta cuando: 1. el hecho se refiera a una ventaja de grandes dimensiones, o 2. El autor actúe profesionalmente o como miembro de una banda que se haya asociado para cometer continuamente hechos de esta índole.”*²⁹

Este último artículo implica severidad en el castigo si la ventaja indebida implicada en el acto corrupto es lo suficientemente grande. De todos modos, hay cierta ambigüedad en el tipo ya que se somete a la libre interpretación la referencia a una ventaja de “grandes dimensiones”. Por otra parte, se atenúa el castigo a aquellas personas u organizaciones que se encuentren asociadas y trabajen con la única finalidad de cometer este tipo de delitos. La conducta entonces debe ser realizada de modo tal que implique un menoscabo a la lealtad de competencia dándole un perfil económico a este delito. Es importante subrayar que se trata de un delito en el cual se castiga a ambas partes de la relación ilícita ya que se tiene en consideración no solo a la persona que ofrece la ventaja indebida sino que también a aquella que la acepta.

²⁸ Bordea Bardon, Carolina. *El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes*. En Indret revista para el análisis del derecho. Barcelona, Marzo 2013.

www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/264213/351866 Pág. 9

²⁹ <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion35633.pdf>

Entre los casos más renombrados por hechos de corrupción en este país se encuentran el de la compañía Siemens y el de Volkswagen. En ambos casos, las empresas se encontraron envueltas en escándalos de corrupción ya que se habían realizado pagos indebidos tanto a oficiales de gobierno en distintos países donde se encontraban sus filiales, como también pagos a proveedores y uniones sindicales de trabajadores entre otros. De este modo, en ambos casos directores y miembros del board fueron sancionados penalmente con tiempo en prisión como castigo.

No se hará un desarrollo profundo de estos casos ya que a diferencia del apartado anterior, en donde era necesario estudiar los casos para comprender la aplicación de los distintos castigos no penales, aquí está clarificada en el código penal la sanción apropiada.

Como fue explicado anteriormente, Alemania es uno de los países pioneros en la criminalización de la corrupción en el ámbito privado. Se le ha dado una importancia tal a este delito ya que el bien jurídico a proteger es considerado por los legisladores de vital importancia. Es un hecho que la libertad de competencia es hoy por hoy trascendental para el sostén y funcionamiento adecuado de los mercados económicos tal como los concebimos. La doctrina entiende que al criminalizar estas conductas se logra atenuar su comisión por parte de las distintas empresas y empleados de las mismas.

Por otra parte, si bien el Código Penal alemán no propone una atenuación de la pena por haber aplicado correctamente programas de cumplimiento o compliance dentro de la empresa, la gran mayoría de las compañías renombradas de este país involucran entre sus tareas dichos programas. Esto es así ya que mediante un uso adecuado de los mismos, se logra una prevención eficaz y efectiva contra la comisión de conductas que en este país son sancionadas mediante la última ratio del derecho penal.

V.d. España

Es considerado por la doctrina española que la corrupción tiene una incidencia directa sobre los intereses que confluyen en la competencia y que la misma es menoscabada cuando una ventaja indebida es ofrecida de manera injusta a un determinado competidor y no a otro. La libertad de competencia es un pilar fundamental para el correcto desarrollo de los mercados y es por ello que en el preámbulo de la ley de 3/1991 de lealtad de competencia establece la *“obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales,*

susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado.”

³⁰ Es por este motivo que se podría decir que el legislador español se encuentra obligado a impedir que el principio de la lealtad de competencia se vea menoscabado y como resultado decide incluir la corrupción privada como un delito penal; tal como sucede en Alemania.

Es importante destacar que la lucha contra la corrupción privada en España comenzó en el año 1999 cuando este país ratificó el Convenio Penal sobre la corrupción nº 173 del Consejo de Europa. Dicho Convenio define la corrupción en el sector privado y la detalla entre la modalidad activa y pasiva (como hemos visto en el caso Alemán). España, como veremos más adelante, adoptará esta particularidad y optará también por definir el tipo de corrupción privada entre activa y pasiva, castigando tanto la conducta de ofrecer como la de recibir. El convenio establece:

*“Artículo 7. Corrupción activa en el sector privado.
Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes.*

*Artículo 8. Corrupción pasiva en el sector privado.
Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de que una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado solicite o reciba, directamente o por mediación de terceros, una ventaja indebida o de que acepte la oferta o promesa de esa*

³⁰ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l3-1991.html#i

*ventaja, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes.”*³¹

Se puede entender, que esta Convención ya daba un puntapié inicial para que todos los países que se adhieran a ella se sumen a la lucha contra la corrupción privada; dándoles la opción de optar por el tipo de legislación que cada uno considere más conveniente.

Por otra parte, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal expone en su preámbulo:

“La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas del buen funcionamiento del mercado”

De este modo, la doctrina española mayoritaria sustenta que el bien jurídico a proteger mediante la criminalización de la corrupción privada es efectivamente la lealtad de competencia. Por ende, España en su nuevo artículo 286 bis del Código Penal protege el bien jurídico de la leal competencia en la contratación de bienes y servicios como medio para asegurar el normal funcionamiento del mercado.

El artículo 286 bis se encuentra en la sección cuarta del Código Penal español titulada: de la corrupción entre particulares.

“Artículo 286 bis: 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, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales,

³¹ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12135

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 el triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. 3. Los jueces y Tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio. 4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.”³²

Es menester destacar que el artículo 286 bis fue incorporado en el Código Penal español en el año 2010 y que siguió la línea propuesta por la legislación alemana incluso en cuanto al bien jurídico a proteger. Como bien fue mencionado al principio de este trabajo, lo que se trata de proteger es la competencia mediante a protección de los intereses de todos los actores del mercado: los competidores, los consumidores, los proveedores e incluso las propias empresas que se encuentran cometiendo las conductas indebidas o ilegales ya que su propia capacidad de producción y competencia dentro del mercado se ve dañada. “La justificación de la incriminación de la corrupción existente en el sector privado hay que buscarla en garantizar el respeto a la competencia

³² http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf

equitativa y leal puesto que la corrupción, tanto en el sector público como en el sector privado, distorsiona las reglas de la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido”³³

Al igual que en el artículo 299 de la legislación alemana, en este caso se sanciona lo que se considera como corrupción activa y pasiva ya que son castigados tanto la figura que ofrece como la que acepta la ventaja indebida. En ambos casos se incurre en un incumplimiento de obligaciones derivadas de las normas que protegen la lealtad de competencia; ya que no se debe confundir con las obligaciones propias de su empleo lo cual derivaría en un delito de administración desleal.

Se puede decir entonces, que el legislador español optó por combatir la corrupción privada utilizando la última ratio del derecho penal ya que considera que el bien jurídico a proteger es de vital importancia y por ende amerita el uso de este tipo de legislación. Es importante destacar que tanto en España como en Alemania se optó por una intervención gubernamental por medio de una legislación penal con el fin de erradicar la corrupción privada. Esto se da porque al criminalizar estas acciones, el Estado se hace cargo de perseguir y castigar la comisión de dichas conductas que considera lesivas tanto para el orden social como el económico. De este modo, con el fin de garantizar valores y derechos individuales y colectivos de todos sus ciudadanos, el Estado español, al igual que el alemán, opta por un rol intervencionista evitando de este modo abusos en el mercado y velando por un desarrollo económico equitativo. Por otra parte, al optar este rol, se sigue también con el lineamiento legislativo planteado internacionalmente por las Naciones Unidas en el cual la intervención estatal para prevenir la corrupción pública tanto como la privada es de vital importancia.

V.e. Métodos de prevención

En los países en los que la corrupción privada no está regulada como un delito penal, se utilizan diversos mecanismos para que las empresas realicen sus negocios de manera legal y transparente evitando la comisión de actos indebidos. Los programas de compliance son considerados como una de las “medidas destinadas a orientar la dirección empresarial en valores éticos y que, bajo procedimientos especiales, también están destinadas a impedir la criminalidad empresarial”³⁴ Estos sistemas de cumplimiento

³³ Otero Gonzalez, Pilar. *Corrupción entre particulares (delito de)*. En: Eunomía. Revista en cultura de la legalidad. Nº 3. Septiembre 2012. pp. 174-183. Pág. 175

³⁴ Ulrich Sieber. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa*.

www.defensesociale.org/xvicongreso/usb%20congreso/3%C2%AA%20Jornada/03.Panel%2012/P

son actualmente los más utilizados por las empresas, ya que es el más eficiente para administrar los riesgos dotándose de estructuras que les permitan evitar la comisión de actos indebidos: y en caso de haberlos cometido, tomar las medidas correspondientes para corregir aquellas situaciones. Algunos países proponen que las empresas utilicen programas de compliance con el fin de atenuar sus castigos dentro de sus legislaciones. Por ejemplo los Estados Unidos, en su legislación doméstica contiene las US Federal Sentencing Guidelines, conjunto de reglas para sentenciar individuos y organizaciones en las cuales se expone que si las organizaciones cuentan con un programa de compliance efectivo, se les reducirá la pena del crimen cometido. Por otra parte, el Reino Unido también propone en su legislación UKBA una reducción de las sanciones en caso de que las empresas que hayan incurrido en conductas indebidas, posean programas de compliance efectivos y adecuados dentro de sus organizaciones.

La finalidad principal de estos programas es que las propias empresas se doten de estructuras que les permitan evitar la comisión de delitos y sanciones como por ejemplo multas de carácter pecuniario. Estos procedimientos y programas de cumplimiento apuntan principalmente a determinar una ética empresarial adecuada dentro de las compañías manteniendo ciertos valores y objetivos, los cuales son determinados a partir de pautas de conductas a cumplir por todos los empleados. Es menester destacar que aplicar programas de cumplimiento como el compliance es altamente costoso ya que implementar un sistema de control interno dentro de una empresa es una tarea ardua y rigurosa que requiere de personal capacitado, y recursos para realizar dichas investigaciones. Es por ello que son las grandes empresas las que tienen mayores posibilidades de aplicar estas medidas y lograr que efectivamente funcionen; mientras que para las pequeñas empresas es una tarea más compleja.³⁵

La mayoría de las grandes empresas que comercializan sus productos en diversos países, efectivamente adoptaron medidas de compliance, principalmente la aplicación de un código de conducta en el cual se encuentran normas de prevención contra la corrupción y controles operacionales. Debido a que al tener negocios en diferentes países y mercados, deben adecuarse a un amplio espectro de legislaciones. Es importante destacar que en estos casos las compañías suelen adecuarse a la legislación más severa. De este modo se aseguran negocios transparentes en todas las localizaciones de sus afiliadas.

[12_Sieber%20Ulrich%20-%20Que%20son%20los%20Programas%20de%20Compliance%20.pdf](#)
Pág. 2

³⁵ Kuhlen, Lothar; Montiel, Juan Pablo; Ortiz de Urbina Iñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. Marcial Pons, Madrid, 2013. Pág 27

A modo de ejemplo de Códigos de Conducta, una empresa estadounidense con afiliadas alrededor del mundo expone en sus políticas internas: *“Se prohíbe cualquier tipo de corrupción o soborno por parte de los directores, oficiales ejecutivos, asociados o terceros. La empresa no ofrece ni acepta sobornos ya sea de manera directa o indirecta. Los sobornos provocan un daño en nuestra comunidad, socavan el comercio justo, y son contrarios a nuestros valores expuestos en el Código de Conducta de la Empresa. Un tercero es un individuo o entidad con el cual la empresa realiza negocios, actividades o provee bienes o servicios en nombre de la empresa. Esta prohibición incluye, entregar, prometer, ofrecer o aceptar cualquier cosa de valor que influencia de manera inapropiada una decisión que afectará el negocio de la empresa y se aplicará a la interacción con todos los individuos y entidades, incluyendo funcionarios o entidades públicas, individuos o entidades privadas o grupos. Si un ente gubernamental, una empresa, o un mercado local impone restricciones mayores a las propuestas en esta política y procedimientos, los asociados deberán cumplir con aquella que tenga los requisitos más estrictos.”*³⁶ Como bien está explicado en estas pautas de conducta, se tiene como objetivo principal impedir que sucedan actos delictivos dentro de la empresa mediante el uso de estructuras transparentes.

Por otra parte, es importante destacar que de acuerdo a la industria en la cual se desarrolle la empresa los programas de compliance podrán variar. Esto se da principalmente debido a que los valores de ética y conducta dentro de cada industria pueden diferir a pesar de que el objetivo último de impedir la comisión de hechos delictivos sea el mismo. *“Fomentar una cultura de legalidad en la empresa es imprescindible para que los sistemas de cumplimiento funcionen”*³⁷

En términos generales, se trata de crear estructuras y procesos de prevención y auto regulación como por ejemplo: crear un sistemas de control y auto cumplimiento, mecanismos que detecten irregularidades en pagos y transacciones, capacitación a empleados para que estén en condiciones de cumplir con la ley etc.

Se podría decir que el compliance cumple con distintos objetivos. En primer lugar, lo que se busca es evitar la responsabilidad ya sea penal o civil por la comisión de actos indebidos. Esto es posible mediante el diseño de estructuras o procesos que capaciten a los empleados de las compañías a actuar dentro de un parámetro particular al momento

³⁶http://www.avoncompany.com/documents/ethics_and_compliance/Code_of_Conduct_Spanish.pdf
f Pág. 24

³⁷ Kuhlen, Lothar; Montiel, Juan Pablo; Ortiz de Urbina Iñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. Marcial Pons, Madrid, 2013. Pág 25

de hacer negocios y de este modo evitar cualquier irregularidad que pueda resultar en una sanción. Adicionalmente, se puede decir que la planificación de riesgos también es un objetivo del compliance. Teniendo en consideración que cada compañía cuenta con un rubro u objeto social determinado, y trabaja en una industria en particular, dependerá de ello cuales sean los riesgos implicados. Por ende, las compañías deben ser conscientes de los posibles riesgos jurídicos implicados en su accionar al momento de hacer negocios ya que para cada una los mismos serán diferentes. Aplicar programas de cumplimiento ayudará a las empresas a mitigar los riesgos ya que su accionar será teniendo en consideración los mismos con el fin de evitarlos. Asimismo, el compliance tiene como uno de sus objetivos configurar deberes y competencias de los empleados dentro de las compañías. Esto es posible ya que se establecen pautas de cumplimiento y conducta para todos los individuos. De este modo, los roles deben estar delimitados correctamente para que se entienda a quien se le imputarán ciertas conductas en caso de que se hayan cometido actos indebidos o ilegítimos. Es por esto que sería válido decir que el compliance implica un cumplimiento normativo, ya que mediante la aplicación del mismo se establecen normas dentro de la empresa que deberán ser respetadas.

Por último, es vital tener en consideración la relación que tiene el compliance con la reducción del castigo para aquellos sujetos que incurran en conductas indebidas. Como bien se ha mencionado, en ciertos países la corrupción privada es sancionada como un delito penal, y en otros no. Sin embargo, más allá de la legislación, es un hecho que en todos los casos haber aplicado programas de cumplimiento como el compliance ayuda a que se reduzca la sanción a aplicarle a la empresa incumplidora. Por ende, a pesar de que el compliance no es una defensa en si misma, su implementación dentro de una compañía implica un factor considerable para la misma. Ya que a pesar de incurrir en altos costos para mantener estos programas, en el largo plazo si se cometen hechos de corrupción privada, la estabilidad y permanencia de dichos programas será determinante. “Los programas de compliance que incluyan medidas destinadas a impedir la criminalidad, ya de lege data, por razones fácticas y jurídicas, no solamente atenúan los riesgos de punibilidad individual de los trabajadores de la empresa sino sobre todo también el riesgo y la magnitud de la sanción de la responsabilidad empresarial en cuanto a multa contravencional.”³⁸ De este modo, es válido decir que si introducir programas de cumplimiento como una defensa dentro de la empresa funcionara como un atenuante de futuras sanciones, esto incentivará a las compañías a invertir en programas de

³⁸ Ulrich Sieber. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa*. www.defensesociale.org/xvicongreso/usb%20congreso/3%C2%AA%20Jornada/03.Panel%2012/P12_Sieber%20Ulrich%20-%20Que%20son%20los%20Programas%20de%20Compliance%20.pdf
Pág. 21

cumplimiento y control cada vez más efectivos. Lo cual reducirá los niveles de corrupción privada a largo plazo. Algunos juristas y doctrinarios sostienen que la aplicación de estos programas es un pilar básico no solo para la prevención de la corrupción privada sino para la criminalidad económica en general. Por lo que sería el método mas efectivo para continuar con la lucha contra aquellos actos indebidos que perjudican la lealtad de competencia y el funcionamiento de los mercados en general “La integración de los programas de compliance y de la regulación privada en el sistema jurídico estatal constituye el planteamiento actualmente más interesante para la prevención de la criminalidad económica”³⁹.

VI-Bien jurídico protegido

“Aquellos valores sociales que, por su importancia, merecen la protección del derecho se denominan bienes jurídicos”⁴⁰

Para que un valor pueda considerarse como un bien jurídico tutelado por el derecho penal deberá ser merecedor de dicha tutela debido a que otras ramas del derecho no cuentan con los medios fehacientes para su resguardo. Resulta vital entonces, que para una comprensión más amplia del delito de corrupción privada, se identifique cual es el bien jurídico protegido por el mismo.

La Constitución Nacional Argentina expone en su Artículo 42

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones

³⁹ Ibídem Pág. 29

⁴⁰ Cesano, Jose Daniel. *El bien jurídico protegido en los delitos contra el orden económico: una contribución para su determinación.* www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2629 Pág. 1

de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”⁴¹

Por lo que el legislador se ve obligado a establecer todos los mecanismos necesarios para favorecer la libertad de mercado y la defensa de la competencia. ¿Pero es la lealtad de competencia el bien jurídico a proteger en el caso de la corrupción privada? Y si esa afirmación es correcta, ¿debe ser necesariamente tutelado por el derecho penal?

Existe una discusión teórica sobre el bien jurídico a proteger bajo la tipificación de la corrupción privada. Por un lado, nos encontramos con la postura europea, la cual es adoptada por las legislaciones alemana y española analizadas anteriormente. Esta visión es más amplia y abarcativa ya que se tiene en consideración como se afecta al mercado en su totalidad y por ende toma la lealtad de competencia como el bien jurídico tutelado. Algunos autores mantienen una postura contraria a esta afirmación y consideran que la libertad de competencia es una fuente para intereses secundarios del actor. De este modo, el interés lesionado a través de la corrupción privada sería el propio interés del actor y no directamente la competencia. Por lo que la libertad de competencia no sería el bien jurídico atacado a prima facie. Esta es la postura anglosajona, la cual contiene una mirada más restrictiva del bien jurídico tutelado.

Diferimos con esta idea ya que al igual que la postura europea, consideramos que la lealtad de competencia es el interés principal de los diferentes actores. Esto podría ser así ya que los competidores, querrán comercializar sus productos libremente sin restricciones ilegales, los consumidores querrán que exista la competencia para tener diferentes opciones de precios y productos al momento de considerar sus compras; y el Estado al vivir bajo las leyes de la democracia y la libertad de mercado querrá garantizar la libertad de competencia.

Por lo tanto, a los efectos de este trabajo, se elige adoptar la teoría contemplada por Alemania y España ya que al ser más abarcativa se considera que la lealtad de

⁴¹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

competencia es el bien jurídico a salvaguardar bajo la tipificación de la corrupción privada.

“Corrupción es una determinada forma de agresión con la que se puede vulnerar los más distintos intereses penalmente protegidos”⁴² Las conductas corruptas realizadas por distintas entidades comerciales tienen una incidencia directa en el mercado y en los intereses que confluyen en la competencia. Se suele considerar que el daño principal es cometido contra los competidores, ya que son los principales perjudicados cuando indebidamente el corruptor logra un beneficio extra- posicional dentro del mercado. Pero es necesario tener en miramiento que al damnificar la competencia también se menoscaba a los consumidores ya que una competencia leal, justa y que funciona correctamente, permite que se vendan productos de excelente calidad y de una oferta variada al mejor precio. Por lo que son los intereses de distintos grupos los que se ven perjudicados cuando un ente dedicado a la actividad comercial incurre en actos de corrupción alterando el correcto funcionamiento de las relaciones mercantiles y comerciales. Asimismo, se estaría damnificando el interés del Estado puesto que entre sus funciones y obligaciones se encuentra la de mantener un orden económico debido. Por lo tanto, en la medida en la que se ofrecen ventajas indebidas que colocan a uno de estos entes en una posición de mejora frente a sus competidores de manera injusta o ilegal, se estaría falseando la competencia. De esta manera, es válido decir que la fundamentación del ilícito de la corrupción privada implica un menoscabo al bien jurídico de la lealtad de competencia perturbando el correcto funcionamiento de los mercados.

Teniendo en consideración lo mencionado anteriormente, lo que principalmente se busca al sancionar la corrupción privada es que se haga fehaciente el rol del Estado como garante de los derechos de sus ciudadanos interviniendo en la regulación económica con el fin de evitar abusos por parte de los sectores con un poder de mercado mayor, y de este modo, garantizar la defensa de competencia y el desarrollo equitativo de todos los sectores del mercado.

Al interpretarse que el bien jurídico tutelado bajo la figura de la corrupción privada es la lealtad de competencia “Podría afirmarse que se le sanciona porque menoscaba la

⁴² Kindhauser, 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*. N 3, 2007. Pp. 1-18. Pág. 6

lealtad competitiva, pues actúa con una intención específica de obtener una posición de privilegio en la competencia frente a otros competidores”⁴³

La exigencia de una sanción de la corrupción privada existe ante la posibilidad de una lesión al bien jurídico de la lealtad de competencia, siendo esta vital para el correcto funcionamiento de los mercados tal como existen hoy en día. “La competencia resulta protegida solamente en la específica forma de ataque de la corrupción”⁴⁴ Un menoscabo a dicho bien implicaría una importante lesión al sistema económico comprendido actualmente, lo cual puede convertirse en un problema trascendental. Es entonces por la gravedad e importancia de este fenómeno que muchas legislaciones consideran incluso aplicar sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasivas “Un adelantamiento de la punibilidad en un estadio temprano del delito es una decisión legislativa que está justificada si el bien jurídico a proteger es de especial importancia”⁴⁵ Pero para que ello funcione correctamente, es necesario una tipificación clara y detallada, y que las compañías se encuentren alineadas con las propuestas gubernamentales incrementando la transparencia en los negocios.

Es menester destacar que la prevención de la corrupción requiere un trabajo no solo por parte de las compañías al aplicar métodos preventivos sino que también por parte del Estado; ya que son innumerables las personas que se encuentran empleadas en relación de dependencia en diversos entes comerciales, encontrándose expuestos a situaciones diarias en las cuales podrían emerger conductas ilegales de corrupción privada. Es entonces el Estado quien puede brindar educación, apoyo y concientización sobre la gravedad e importancia del fenómeno no solo a sus funcionarios, sino que también al resto de la población.

Si aceptamos el hecho de que las conductas descritas anteriormente afectan la lealtad de competencia, serían entonces inadmisibles al implicar un daño en el sistema económico de mercado propuesto mundialmente. Es por esto que el estado debe evitar los abusos cometidos por los entes de actividad comercial que se inmiscuyen con este tipo de prácticas ilegales con el fin de lograr un correcto desarrollo de la economía de cada país. Asimismo, debe actuar como garante de los derechos de todos los ciudadanos y velar por la libertad de competencia implica velar por ellos. Por otra parte, para detectar,

⁴³ De la Cuesta Arzamendi, José Luis. *Iniciativas internacionales contra la corrupción*. En: Eguzkilore. N 17. San Sebastián. Diciembre 2003 pp. 5-26 Pág 15

⁴⁴ Kindhauser, 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. N 3, 2007. Pp. 1-18. Pág 7

⁴⁵ *Ibidem* Pág. 8

prevenir y actuar correcta y eficazmente ante cuestiones relativas a la corrupción privada es también necesario que se implemente un programa de cumplimiento no solo que sea efectivo dentro de cada país sino que cumpla con ciertos lineamientos establecidos globalmente.

VII- Normativa Argentina – Artículo 312 del Código Penal

A primera vista, los delitos de corrupción privada entre particulares no están regulados en la Argentina. Sin embargo, el artículo 312 del Código Penal, castiga con pena de prisión a personas pertenecientes a instituciones financieras y aquellas que operen en el mercado de valores, que reciban ventajas indebidas de distinta índole para celebrar operaciones crediticias, financieras o bursátiles.

El artículo 312 del Código Penal Argentino se encuentra en la sección XIII delitos contra el orden económico y financiero.

“Artículo 312: Serán reprimidos con prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación de hasta seis (6) años, 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.”⁴⁶

Si bien esta norma se encuentra circunscripta a un ámbito en particular, y tiene en consideración solamente el acto de recibir (corrupción pasiva) puede interpretarse como un principio de criminalización de la corrupción privada. Esto se da ya que la conducta del tipo es efectivamente la misma conducta descrita en los delitos de corrupción privada que hemos analizado en países tales como España y Alemania. Se trata del acto de efectivamente recibir dinero o algún otro beneficio económico, lo cual equivale a ventaja indebida. Y considera como sujetos a ser penados a aquellos que realicen su actividad dentro de una empresa comercial del ámbito privado en este caso limitado a instituciones financieras y aquellas que operen en el mercado de valores. De este modo, es válido

⁴⁶ <http://www.notarfor.com.ar/codigo-penal/articulo-312.php>

decir que si bien no hay un tipo penal para la corrupción privada en la Argentina, el artículo 312 puede ser considerado como un puntapié inicial para su criminalización en un futuro no muy lejano.

Por otra parte, es importante considerar que al encontrarse este artículo en la sección del Código en la cual están criminalizadas las conductas respectivas a la lesión del orden económico y financiero, se puede interpretar que será ese el bien jurídico a proteger. Los delitos económicos son caracterizados por implicar una violación a aquellas normas jurídico- penales que protegen el orden económico. ¿Pero qué se entiende por orden económico? “El orden económico importa la consideración de funcionamiento y articulación entre los distintos componentes de la actividad económica, mientras que la economía es un concepto más flexible, considerado como conjunción de un todo más que como expresión de un sistema”⁴⁷ De este modo, el orden económico implica aspectos de producción, distribución, consumo, libertad de mercado, competencia, sistema crediticio etc. Por ende, si se toma el orden económico como el bien jurídico protegido se entiende que en realidad son diversos los bienes jurídicos a ser tutelados ya que todos ellos son considerados por el orden económico. Es por este motivo que podemos asumir que en el artículo 312 el legislador está protegiendo la lealtad de competencia más allá de que se trate de una conducta realizada en un ámbito en particular.

De este modo, el artículo mencionado estaría criminalizando la corrupción privada en parte ya que no solo se subsume a un ámbito en particular sino que también considera únicamente la modalidad pasiva de la corrupción. Sin embargo, se podría llegar a decir que el legislador tuvo en miras estas conductas en el momento de reglar y por lo tanto, presentan una sólida base para una criminalización completa de la corrupción privada en el futuro.

Por otra parte, debe considerarse que si no se cuenta con una tipificación penal completa, sería necesario contar con reglas que obliguen o incentiven a las compañías a aplicar programas de cumplimiento o compliance. Esto motivaría a las mismas a cumplir con las legislaciones, no cometer delitos de corrupción e incluso evitar sanciones. Pero es muy difícil que se apliquen estos programas en todas las empresas de la industria que trabajan en nuestro país al no existir lineamientos (como por ejemplo las Us Federal Sentencing Guidelines) que impliquen una reducción de la sanción a aplicar en caso de cometer alguna conducta indebida. No obstante, se podría estimar que las empresas

⁴⁷ Baigun, David: El bien jurídico orden económico, en Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B. Maier. Buenos Aires, Del Puerto, 1.a.ed, 2005. Pág. 14

multinacionales radicadas en la Argentina, se comportan adecuadamente puesto a que ya tienen programas de compliance implementados, y normativas internas debido a que al realizar negocios en distintas partes del mundo se subsumen a otras legislaciones que las obligan a actuar acorde a diversos programas de cumplimiento.

Teniendo todo lo planteado en consideración se puede realizar un paralelismo con las avanzadas legislaciones alemana y española, ya que el bien jurídico a proteger bajo los delitos analizados sería en principio el mismo. La competencia es parte del orden económico, y es este el que logra que los mercados en cada sociedad funcionen de manera correcta y regular. Es por este motivo que los estados, de diferentes maneras, eligen intervenir, regular y tipificar como delitos aquellas conductas inapropiadas que impliquen una lesión a los derechos no solo de competidores en los mercados, sino que a todos los ciudadanos de cada país. Ya que un menoscabo en el mercado implica una lesión en la economía de una nación entera lo cual afecta a la totalidad de sus habitantes.

VIII- Conclusión

Actualmente, debido a la globalización y a la naturaleza de los mercados, existe un marco más propenso para que se den diversos tipos de corrupción y es por ello que la lucha para erradicarla en los últimos años, se ha focalizado en el sector privado.

Como se ha visto a lo largo de este trabajo, la temática de la corrupción privada ha sido abordada de diferentes maneras alrededor del mundo. Algunas legislaciones han optado por la tipificación de estos actos en delitos y podemos argumentar que la Argentina logró una criminalización parcial en esta materia.

El artículo 312 del Código Penal se muestra como una base de criminalización de estas conductas. Si bien su marco de aplicación es un ámbito privado en particular de los negocios, la conducta del tipo es efectivamente la misma conducta descrita en los delitos de corrupción privada que hemos analizado en países tales como España y Alemania. Se trata del acto de efectivamente recibir dinero o algún otro beneficio económico, lo cual equivale a ventaja indebida. Por lo tanto, la Argentina se encontraría entre aquellos países que con el fin de desincentivar las conductas analizadas, optan por la aplicación del derecho penal; generalmente motivados por la idea de que las personas serán más responsables y evitarán cometer actos de corrupción si tienen conocimiento de que existen sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasivas.

Como se ha presentado, es posible tomar medidas extras, que sumen a la decisión de la criminalización de las conductas englobadas en el tipo de corrupción privada. La más utilizada mundialmente, es la aplicación de códigos de conducta y métodos de compliance dentro de las empresas privadas que realicen actividades comerciales y puedan verse implicadas en actos indebidos. Por lo tanto se propone que “un sistema de sanciones para empresas, añadido constructivamente a la consideración y promoción de medidas de compliance, es mejor que un sistema penal solamente individual, ya que las sanciones a las empresas se dirigen a aquellas instituciones que son competentes de la correspondiente dirección”⁴⁸



⁴⁸ Ulrich Sieber. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa*.
www.defensesociale.org/xvicongreso/usb%20congreso/3%C2%AA%20Jornada/03.Panel%2012/P12_Sieber%20Ulrich%20-%20Que%20son%20los%20Programas%20de%20Compliance%20.pdf
Pág. 28

IX-BIBLIOGRAFIA

- Argandoña, Antonio. *The United Nations convention against corruption and its impact on international companies*. En: Working Paper nº 656. Octubre 2006 España
- Baigun, David: El bien jurídico orden económico, en Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B. Maier. Buenos Aires, Del Puerto, 1.a.ed, 2005.
- De la Cuesta Arzamendi, José Luis. *Iniciativas internacionales contra la corrupción*. En: Eguzkilore. N 17. San Sebastián. Diciembre 2003 pp. 5-26
- Frías, Navarro Irene. *Corrupción entre particulares y tutela del Mercado*. En: Indret revista para el análisis del derecho. Barcelona, Octubre de 2011. Nº 4/2011
- Kindhauser, 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. N 3, 2007. Pp. 1-18.
- Kuhlen, Lothar; Montiel, Juan Pablo; Ortiz de Urbina Iñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- Otero Gonzalez, Pilar. *Corrupción entre particulares (delito de)*. En: Eunuomía. Revista en cultura de la legalidad. Nº 3. Septiembre 2012. pp. 174-183.
- Shulman, Sarah. *The criminalization of Bribery: Can the Foreign Corrupt Practices Act be applicable to the anti-bribery provisions of the United Nations Convention Against Corruption?* En: American University International Law Review 29 nº 3. 2014. Pp.717-753
- Tavares, Juarez E.X. *Bien jurídico y función en Derecho Penal, Hammurabi*, Buenos Aires, 2004.

Páginas de Internet

- Alejandra Zarza. Delitos contra el orden económico y financiero en anteproyecto de código penal. Análisis político- criminal.
www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/07/doctrina41496.pdf
- Antonikova, Nika A. *Private sector corruption in international trade: the need for heightened reporting and a private right of action in the foreign corrupt practices act*. 11 BYU Int'l L. & Mgmt. 93 (2015).
www.digitalcommons.law.byu.edu/ilmr/vol11/iss1/6
- Bordea Bardon, Carolina. *El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes*. En Indret revista para el análisis del derecho. Barcelona, Marzo 2013. www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/264213/351866
- Cesano, Jose Daniel. *El bien jurídico protegido en los delitos contra el orden económico: una contribución para su determinación*. www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2629

- Coloma, Germán. *La ley argentina de defensa de la competencia*.
www.ucema.edu.ar/u/gcoloma/predicciones.pdf
- Dechert LLP, Private Commercial bribery: the next wave of anti-corruption enforcement? <https://www.dechert.com/files/Publication/cd23491e-02ee-46b2-9668-1e609c06e3ff/Presentation/PublicationAttachment/b64b6590-2c48-4781-9b3d-1fecc6fc08f2/Private%20Commercial%20Bribery.pdf>.
- De la Cuesta Arzamendi, José Luis. *La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente en el derecho español?*
www.ehu.es/documents/1736829/2010409/CLC+62+La+criminalizacion+de+la+c+orruptcion.pdf
- Garzon Valdés, Ernesto. *Acerca del concepto de corrupción*. En: Claves de la Razón Práctica. Nº56. Octubre 1995.
<http://www.iigov.org/resenas/?p=tema1/resena0126.htm>
- Gutierrez, Eric. *Why business should care about fighting corruption*.
www.theguardian.com/global-development/poverty-matters/2011/jul/01/bribery-act-business-should-fight-corruption
- Runde, F Daniel. *The costs of corruption. Strategies for ending a tax on private – sector- led growth*
www.csis.org/files/publication/140204_hammed_costs_of_corruption_web.pdf
- Ulrich Sieber. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa*.
www.defensasociale.org/xvicongreso/usb%20congreso/3%C2%AA%20Jornada/03.Panel%2012/P12_Sieber%20Ulrich%20-%20Que%20son%20los%20Programas%20de%20Compliance%20.pdf
- www.alc.com.ve/corruptcion-entre-particulares-2
- <http://www.anticorruptionblog.com/uk-bribery-act/cooperation-is-key-scottish-company-receives-civil-penalty-for-contravention-of-bribery-act/>
- http://www.avoncompany.com/documents/ethics_and_compliance/Code_of_Conduct_Spanish.pdf
- https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12135
- Convención contra la Corrupción Privada de las Naciones Unidas
https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf
- <http://dle.rae.es/?id=B0dY4I3>
- <http://www.ethic-intelligence.com/wp-content/uploads/2015-SEC-Bristol-Myers-Squibb-settle-in-China.pdf>
- <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>
- http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_2010023_en.pdf
- http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l3-1991.html#i

- <http://www.notarfor.com.ar/codigo-penal/articulo-312.php>
- <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion35633.pdf>
- http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf
- <https://www.sec.gov/litigation/admin/2016/34-77431-s.pdf>
- <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2016-64.html>
- <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2015-154.html>
- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- <http://www.sidley.com/news/2016-03-15-complex-commercial-litigation-update>
- https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
- <http://www.ussc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual/2015-chapter-8>



Universidad de
San Andrés