



## La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado

Prof. Dr. Luigi Foffani

Università di Modena e Reggio Emilia

**SUMARIO:** I. La corrupción en el sector privado en el marco de las iniciativas supranacionales y de la experiencia del Derecho comparado. II. El panorama normativo en Italia: "elementos" de intervención penal en materia de corrupción en el sector privado. III. Las soluciones civiles y el papel de los códigos de autorregulación. IV. La novedad de los "modelos de organización y gestión" previstos en la regulación de la responsabilidad por delitos en las personas jurídicas. V. La reforma de los delitos societarios y la génesis del nuevo tipo penal que incrimina la "infidelidad a consecuencia de dación o promesa de ventaja" (art. 2635 del CC). VI. Inadecuación del nuevo tipo penal para satisfacer a las instancias supranacionales de penalización de la corrupción en el sector privado. VII. Conclusiones: las aporías de una visión patrimonialista del problema de la corrupción en el sector privado: los puntos de vista político-criminales.

### I. La corrupción en el sector privado en el marco de las iniciativas supranacionales y de la experiencia del Derecho comparado

La corrupción en el "sector privado" está empezando a convertirse en un término de moda en el léxico jurídico internacional, y es que en estos últimos años está siendo objeto de una importante

serie de iniciativas político-criminales europeas dentro del marco general de una más general y cada vez más intensa "cruzada global" contra la corrupción<sup>1</sup>. Se trata en particular de la *Acción común de 22 de diciembre de 1998* que, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 (el actual artículo 31, tras el Tratado de Amsterdam) del Tratado de la Unión Europea, versa sobre la *corrupción en el sector privado* (98/742/GAI)<sup>2</sup>; y de

1. Como todas las cruzadas, naturalmente, se halla inevitablemente expuesta al riesgo de caer en excesos de fundamentalismo. Al tema de la cruzada global contra la corrupción se ha dedicado de manera significativa una sesión del XV Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal que ha tenido lugar recientemente en Salamanca entre los días 9 y 11 de abril de 2003. Para un elenco actualizado de las principales iniciativas internacionales en materia de corrupción (pública y privada) v., en particular, M. PIETH/P. EIGEN (hrsg.), *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr. Bestandsaufnahme, Bekämpfung, Prävention*, Neuwied-Kriftel, Luchterhand, 1999; P. BERNASCONI (ed.), *Responding to corruption. Social defence, corruption and the protection of public administration and the independence of justice*, Napoli, La Città del Sole, 2000; E.A. FABIÁN CAPARROS (ed.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, Ratio Legis, 2000; B. HUBER (ed.), *Combating Corruption in the European Union/ Korruptionsbekämpfung in der Europäischen Union/La lutte contre la corruption dans l'Union européenne*, Köln, Bundesanzeiger, 2002.

2. En el DOCE, n. L 358 de 31 de diciembre 1998, pp. 2 a 4. Los arts. 2 y 3 de la Acción común definen expresamente el tipo penal de corrupción activa y pasiva en el sector privado. "A efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción pasiva en el sector privado el acto intencionado de una persona que, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba en el ejercicio de actividades empresariales ventajas indebidas de cualquier naturaleza, para sí misma o para un tercero, o acepte la promesa de tales ventajas, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones" (art. 2). La figura de la corrupción activa viene definida, en términos simétricos, como "la acción intencionada de quien prometa, ofrezca o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona, para ésta o para un tercero, en el ejer-

la *Convención penal sobre la corrupción* del Consejo de Europa, suscrita en Estrasburgo el 27 de enero de 1999<sup>3</sup>, cuyos artículos 7 y 8 inciden expresamente sobre la corrupción activa y pasiva en el sector privado<sup>4</sup>; y por último, del Proyecto de *Decisión marco relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado* a iniciativa del Reino de Dinamarca<sup>5</sup> —que sustituirá la antes mencionada Acción común— ya aprobada por el Parlamento Europeo el 5 de noviembre de 2002,

cuyo examen por el Consejo tuvo lugar el 19 de diciembre de 2002<sup>6</sup> (que todavía no lo ha aprobado). En este mismo sentido, por último, cabe traer a colación el reciente proyecto de armonización del Derecho penal de la economía en la Unión Europea, elaborado por un grupo de estudiosos de varios países europeos y coordinado por K. Tiedemann (Proyecto "Eurodelitos"),<sup>7</sup> que también tipifica el *cohecho activo y pasivo en el tráfico económico privado*<sup>8</sup>.

cicio de las actividades empresariales de dicha persona, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones" (art. 3). El destinatario de estas previsiones es "cualquier dependiente u otra persona en el momento en el que desarrolle sus funciones directivas o laborales de cualquier tipo por cuenta de una persona física o jurídica que opere en el sector privado" (art. 1). La Acción común prescribe a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para asegurar que las conductas antes descritas "constituyan un ilícito penal" (que se castigue, "al menos en los casos graves", con "penas privativas de libertad que puedan comportar la extradición"), cuanto menos cuando éstas "comporten o puedan comportar distorsión de la competencia como mínimo en el ámbito del mercado común y produzcan o puedan producir daños económicos a terceros a través de una incorrecta adjudicación o incorrecta ejecución de un contrato" (arts. 2, 3 y 4). También se prevé el castigo de las conductas de complicidad e instigación (art. 4), además de la responsabilidad de las personas jurídicas que se hayan beneficiado de una conducta de corrupción activa, para las que debe existir una conminación a «sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas que comprendan sanciones pecuniarias de naturaleza administrativa o penal y eventualmente otras sanciones» (arts. 5 y 6).

3. *Criminal Law Convention on Corruption and explanatory report*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2000.

4. "Each party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally in the course of business activity, the promising, offering or giving, directly or indirectly, of any undue advantage to any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities, for themselves or for anyone else, for them to act, or refrain from acting, in breach of their duties" (art. 7: "active bribery in the private sector"). Idéntica previsión se adopta para "the request or receipt, directly or indirectly, by any person who direct or work for, in any capacity, private sector entities, of any undue advantage or the promise thereof for themselves or for anyone else, or the acceptance of an offer or a promise of such an advantage, to act or refrain acting in breach of their duties" (art. 8: "passive bribery in the private sector").

5. El texto de la *Iniciativa del Reino de Dinamarca en vista a la adopción por parte del Consejo de un proyecto de decisión marco relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado* se halla publicada en el DOCE de 2 de agosto de 2002, C 184/5-7. En las actas del Parlamento Europeo (Documento de sesión A5-0382/2002) véase, además, el proyecto de resolución legislativa del Parlamento, con la exposición de F. Rutelli (p. 16-19) y la opinión (en sentido contrario a la aprobación del proyecto) de la Comisión jurídica y por el mercado interno (pp. 21 y 22).

6. El art. 2 del Proyecto ("corrupción activa y pasiva en el sector privado") prevé la adopción por parte de los Estados miembros de las "medidas necesarias para asegurar que las siguientes conductas internacionales constituyan un ilícito penal cuando se realicen en el marco de actividades profesionales: a) prometer, ofrecer o conceder, directamente o a través de cualquier intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona, ya sea para ésta o para un tercero, que desarrolle funciones directivas o laborales de cualquier tipo por cuenta de una entidad del sector privado, con la finalidad de que realice o se abstenga de realizar un acto en violación de un deber; b) solicitar o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o bien aceptar la promesa de tal ventaja, para sí o para un tercero, en el desarrollo de funciones directivas o laborales de cualquier tipo por cuenta de una entidad del sector privado, para realizar o abstenerse de realizar un acto, en violación de un deber". Para los hechos en cuestión se prescribe a los Estados miembros la adopción de "penas privativas de libertad de una duración máxima conjunta de entre 1 y 3 años" (art. 5) y, además, se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas —con la conminación de "sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas que comprendan penas pecuniarias de naturaleza penal o no penal, y eventualmente otras sanciones"— por los ilícitos "cometidos en su beneficio" por parte de personas físicas en posición directiva o subordinada en el interior del ente (arts. 6 y 7). Finalmente se prevé expresamente la incriminación de las conductas de instigación, encubrimiento y tentativa (art. 3).

7. K. TIEDEMANN (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik-Rechtsvergleich-Rechtspolitik*. Freiburg-Syposium, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymanns, 2002.

8. Art. 36 del Proyecto: "1. Quien por sí solo o mediante persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a los empleados o encargados de una empresa comercial, en el tráfico económico, una ventaja indebida para sí mismo o para un tercero como contraprestación para que le favorezca a él o a un tercero, frente a otros en la adquisición de mercancías o servicios profesionales que se prestan en un régimen de competencia, será castigado con [...]. 2. Con la misma pena será sancionado el empleado o encargado de una empresa comercial que, en el tráfico económico, por sí solo o mediante persona interpuesta, reciba, solicite o acepte la promesa de obtener una ventaja indebida para sí mismo o para un tercero con el fin de favorecerle frente a otros en la adquisición de mercancías o servicios profesionales". Sobre el fundamento de tale propuesta, cfr. K. TIEDEMANN, "Wettbewerbsstrafrecht", in K. TIEDEMANN (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht*, cit. (nota 7), pp. 287 a 288.

A pesar de esta profusión de iniciativas a nivel supranacional, en las páginas de esta revista observó ya que “la voz corrupción privada resulta casi desconocida en el glosario de términos jurídico-penales españoles”<sup>9</sup>. Esta misma afirmación se puede realizar tranquilamente en relación al ordenamiento italiano, en el que la idea de corrupción “en el sector privado” tiene dificultades para ser tomada en consideración tanto a nivel científico como político-criminal<sup>10</sup>.

Sin embargo —contrariamente a lo que se podría creer partiendo del punto de vista español o italiano—, la penalización de la corrupción en el sector privado no es en absoluto un fenómeno excepcional en el ámbito del *Derecho comparado*: en un proyecto de investigación de Derecho comparado llevado a cabo recientemente por el Instituto Max Planck de Friburgo, en Alemania, se ha podido constatar cómo, por el contrario, entre los países de la Europa comunitaria (actual y próximamente ampliada) sólo una minoría de países desconocen en su ordenamiento el delito de co-

rrupción en el ámbito privado (Bélgica, Grecia, Italia, Polonia y España)<sup>11</sup>. Los modelos seguidos en cada país para concretar este concepto político-criminal de intervención en la actividad económica privada son extremadamente varios y heterogéneos<sup>12</sup>: van desde un modelo radical y omnicompreensivo de corrupción como delito *común*, que hace desaparecer cualquier diferencia de regulación entre sujetos públicos y privados (Suecia)<sup>13</sup>, a un modelo de cuño *ius-laboral* en el que el desvalor de la corrupción privada reside en la violación de las reglas de la relación de trabajo subordinado (*Francia*)<sup>14</sup>; o desde un modelo orientado a la protección de la *competencia*, que ve en la corrupción un factor de alteración en la lealtad de la competencia económica (Alemania)<sup>15</sup>, a un modelo de tipo patrimonialista que castiga la corrupción privada como lesión de la relación de lealtad patrimonial entre mandatario y mandante (*Austria*)<sup>16</sup>.

9. A. NIETO MARTÍN, “La corrupción el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)”, en *Rev. Pen.*, 2002, p. 55 [también en prensa en: R. ACQUAROLI/L. FOFFANI (ed.), *La corruzione fra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, Giuffrè, 2003].

10. El primer congreso que en Italia se ha dedicado específicamente al tema de la corrupción en el sector privado tuvo lugar hace tan sólo poco más de un año: el encuentro se llevó a cabo en Jesi los días 12 y 13 de abril de 2002 y sus intervenciones se encuentran actualmente en el libro citado en la nota anterior (con las aportaciones de B. Huber, J.L. de La Cuesta Arzamendi, I. Blanco Cordero, J. Vogel, M.P. Lucas de Leyssac, A. Nieto Martín, G.R. Sullivan, P. Tak, R. Marrella, P. Bastia, V. Chiusano, E. Carletti, R. Acquaroli, L. Foffani, G. Forti, N. Mazzacuva, V. Militello, V. Napoleoni, S. Seminara). La idea de introducir en el Derecho penal económico nuevos modelos de incriminación análogos a los delitos de corrupción como *línea de protección adelantada ante el peligro de contaminación del proceso de motivación de los actos de gestión* ya se había propuesto hace varios años, en especial por G. MARINUCCI/M. ROMANO, “Tecnique normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni”, en P. NUVOLONE (a cura di), *Il diritto penale delle società commerciali*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 93 y ss. (espec. p. 114) y en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pp. 681 y ss., y por F. BRICOLA, *Lo statuto dell’impresa: profili penali e costituzionali*, in *Imprenditore e legge penale*, editado por CEPIG, Ancona, Nuove Ricerche, 1985, p. 98, y en *Giur. Comm.*, 1985, I, p. 729, pero sin consecuencias inmediatas en el debate doctrinal. El tema tan sólo ha sido retomado y profundizado varios años más tarde por parte de S. SEMINARA, “Gli interessi tutelati nei reati di corruzione”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1993, pp. 951 y ss. (espec. pp. 988 y ss.) y por L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d’interessi nella gestione d’impresa. Profili penalistici*, Milano, Giuffrè, 1997, espec. pp. 40 a 44 y 575 a 589.

11. Cfr. M. ÜBERHOFEN, “Rechtsvergleichender Querschnitt”, en A. ESER/M. ÜBERHOFEN/B. HUBER (a cura di), *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht*, Freiburg i. Br., Iuscrim, 1997, p. 762. Entre los países que carecen de una tal figura delictiva este elenco señala también a Portugal, que sin embargo ha colmado esa laguna mediante la reforma de los delitos de corrupción del año 2000.

12. Para una fácil esquematización en términos análogos a la que aquí se ha seguido, cfr. en especial A. NIETO MARTÍN, *La corrupción*, cit. (nota 9), p. 56 a 58.

13. Cap. 17 § 7 y cap. 20 § 2 CP: cfr. al respecto K. CORNILS, “Schweden”, en A. ESER/M. ÜBERHOFEN/B. HUBER, *Korruptionsbekämpfung*, cit. (nota 11), pp. 505 y ss.

14. Se trata del tipo penal actualmente previsto en el art. L. 152-6 del *Code du travail*—ya prevista en el pasado en el art. 177 párr. 2 del viejo Código Penal— sobre éste, v. por todos, M. DELMAS-MARTY/G. GIUDICELLI-DELAGE (a cura di), *Droit pénal des affaires*, 4.ª ed., París, PUF, 2000, pp. 287 y ss.; M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, *La corruzione nel settore privato*, en R. ACQUAROLI/L. FOFFANI (a cura di), *La corruzione fra privati*, cit. (nota 9).

15. Se alude aquí al tipo penal antes contenido en l § 12 de la Ley sobre Competencial Desleal (UWG) de 1909 introducido en 1907 («Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr»): cfr. al respecto K. TIEDEMANN, en StGB. *Leipziger Kommentar*, 11.ª ed., sub § 299; J. VOGEL, “La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l’esperienza tedesca”, en R. ACQUAROLI/L. FOFFANI (a cura di), *La corruzione fra privati*, cit. (nota 9).

16. El ejemplo que mayormente corresponde a este último modelo es el que ofrece el ordenamiento austríaco, con la introducción en 1987 de un tipo “adelantado” (*Vorfelddatbestand*) denominado “aceptación de ventajas indebidas por parte del representante” (§ 153 a StGB: “Geschenkannahme durch Machthaber”) que se sitúa junto a la anterior tradicional figura de infide-

### II. El panorama normativo en Italia: “elementos” de intervención penal en materia de corrupción en el sector privado

En Italia, sin embargo, la corrupción tradicionalmente se ha considerado siempre como un delito típico y exclusivo del *sector público*: los varios tipos penales que el Código Penal destina a reprimir este fenómeno delictivo (arts. 317 a 332 ter CP) presuponen que una de las partes del intercambio ilícito que constituye el núcleo esencial de la infracción penal —es decir, aquel que pretende o recibe la dádiva o la promesa de dinero u otro favor— debe ser un sujeto que pueda ser considerado “funcionario público” o “encargado de un servicio público”, según los criterios establecidos por los artículos 357 y 358 CP<sup>17</sup>.

Sin embargo, la praxis jurisprudencial de los últimos años, sobre todo en la época de los procesos llamados de “tangentópolis” o “manos limpias”, ha mostrado una marcada tendencia a interpretar los requisitos constitutivos de esta calificación del sujeto en términos muy extensivos hasta el punto de reconducir dentro del ámbito de eficacia de los tipos de corrupción (y de otros delitos que regulan penalmente la actividad pública de la Administración Pública) también a algunos sectores de actividad económica privada: se ha considerado, por ejemplo, que constituía corrupción el pago de sumas de dinero (“*tangenti*”) a los administradores de una sociedad constituida para la gestión, en régimen de concesión pública, de la construcción de las obras necesarias para la puesta en marcha de una línea de Metro<sup>18</sup>; pero la orientación jurisprudencial históricamente más importante en este sentido (que ha durado hasta 1987) es, sin duda alguna, la

que ha llevado a atribuir la calidad de sujeto de carácter público a los administradores y empleados bancarios, con la finalidad de castigar casos de abuso en la concesión del crédito cuyo presupuesto, la mayor parte de las veces, constituía un acuerdo corrupto entre el operador bancario y el cliente<sup>19</sup>; e importa poco, desde este punto de vista, que el delito que ahí se considerara no era el de corrupción, sino el (aún más grave) de malversación de caudales públicos (*peculato per distrazione*: art. 314 CP), posteriormente derogado por la reforma de 1990, que sólo mantuvo en el nuevo art. 314 CP el tipo de la apropiación indebida por parte del funcionario (*peculato per appropriazione*).

Por otro lado, tradicionalmente, en el ordenamiento italiano no habían existido —ni en el Derecho penal ni en el Derecho civil— previsiones específicas que tomaran en consideración (con finalidad represiva y/o preventiva) el fenómeno de la corrupción en el sector privado entendido de modo global. Las excepciones vienen representadas por unas pocas disposiciones penales (importantes pero marginales) que se encuentran tanto en el Código como en la legislación especial, y que incriminan —recurriendo normalmente a diversas definiciones normativas— casos específicos de corrupción entre privados en el ámbito de algunos procedimientos que afectan el interés público (como la “turbada libertad en los concursos de adjudicación”: art. 353 CP<sup>20</sup>; o el “mercadeo de votos” en los procedimientos concursales: art. 233 de la Ley Concursal de 1942<sup>21</sup>) o en el ámbito del ejercicio de algunas actividades económicas particulares: en especial la comercialización de productos farmacéuticos (el llamado delito de *comparaggio*: arts. 170 a 172 del Real Decreto 1265<sup>22</sup>, de 27 de julio de 1934) y la actividad deportiva profesional o *amateur* (“fraude en

lidad («Untreue»: § 153 StGB). Cfr. al respecto, en especial, C. BERTEL, “Infedeltà ed accettazione di regali da parte del rappresentante (§§ 153, 153 a c.p. austriaco)”, en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, pp. 27 y ss.; D. KIENAPFEL, *Der bestechliche Machthaber (§§ 153, 153 a StGB)*, en *Österreichische Richterzeitung*, 1988, pp. 74 y ss.

17. Sobre los delitos de cohecho previstos en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal italiano, cfr. por todos, en la doctrina más reciente, C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I, I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 344 y ss. y 412 y ss.; G. FIANDACA/E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, 3.ª ed., Bologna, Zanichelli, 2002, pp. 203 y ss. y 214 y ss.; C.F. GROSSO, *Corruzione*, en *Digesto delle discipline penali*, III, Torino, UTET, 1999, pp. 153 y ss.; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei pubblici ufficiali; art. 314-335 bis cod. pen. Commentario sistematico*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 91 y ss. y 125 y ss.

18. Trib. Milán, 22 mayo 1992, Papi, comentada en sentido crítico por A. CRESPI, “Il nuovo testo dell’articolo 358 c.p. e un preteso caso di corruzione punibile”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 1.239 y ss.

19. Especialmente emblemática de esta orientación lo es la sentencia del Pleno de la Cass., 10 de octubre 1981, Carfi, en *Foro it.*, 1981, II, c. 553 y ss. Para una referencia expresa al acuerdo ilícito entre operador bancario y cliente —es decir, a una típica figura de corrupción en el sector privado— como presupuesto empírico del abuso en el ejercicio del crédito, cfr. Cass., sez. un., 28 febrero 1989, Vita, en *Cass. Pen.*, 1989, pp. 1.698 y ss.

20. Sobre esta figura delictiva, v. por todos, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei privati; le qualitative soggettive pubblicistiche; art. 336-360 cod. pen. Commentario sistematico*, 2.ª ed., Milano, Giuffrè, 2002, pp. 187 y ss.

21. Cfr., para las referencias esenciales, C. PEDRAZZI, en C. PEDRAZZI/A. ALESSANDRI/L. FOFFANI/S. SEMINARA/G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell’impresa*, 2.ª ed., Bologna, Monduzzi, 2000, pp. 201 y ss.

22. Sobre ello F. MUCCIARELLI, “Comparaggio”, en *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, UTET, 1988, pp. 335 y ss.

competiciones deportivas”: art. 1 de la Ley 401<sup>23</sup>, de 13 de diciembre de 1989); o, por último, en el ámbito de algunas importantes actividades de control de naturaleza privada (la dación de “compensaciones ilegales” a administradores, socios y dependientes de sociedades de auditoría: art. 178 del Decreto Legislativo 58, de 24 febrero 1998).

Por lo demás, la protección penal contra la corrupción en el sector privado tradicionalmente sólo podía utilizar normas incriminadoras de carácter general extraídas del ámbito de los delitos contra el patrimonio (estafa y apropiación indebida: arts. 640 y 646 CP<sup>24</sup>) y de protección de la competencia (“turbada libertad de industria o comercio”: art. 513 CP<sup>25</sup>), además de las disposiciones penales de protección del secreto profesional, societario, científico o industrial (arts. 622 y 623 CP<sup>26</sup>) y del delito de extorsión (art. 629 CP).

### III. Las soluciones civiles y el papel de los códigos de autorregulación

Tampoco el Derecho civil prevé medidas específicas contra la corrupción privada: sólo la regulación de la *competencial desleal* (arts. 2598 a 2601 CC) —por lo que respecta a las relaciones entre empresas— y la regulación de los deberes de *lealtad*, la *prohibición de competencia* y el *conflicto de intereses* —por lo que respecta a las relaciones entre la empresa y sus empleados y administradores— pueden proporcionar una protección indirecta y mediata ante los comportamientos en cuestión. Mucho más significativo es, por el contrario, el papel que han jugado estos últimos años los *códigos deontoló-*

*gicos* adoptados por los colegios profesionales y los *códigos éticos* de las empresas y asociaciones de empresas: efectivamente, son éstas las únicas formas normativas que toman expresamente en consideración —prohibiéndolo explícitamente— el hecho de pagar, aceptar o pedir una compensación ilícita en el ámbito de las relaciones económicas entre particulares. Por supuesto, su eficacia se agota en el ámbito de la disciplina interna de la actividad profesional o de la relación laboral, con las posibles consecuencias sancionadoras que a éstas corresponden (despido, sanciones disciplinarias, inhabilitación para el ejercicio de una profesión, expulsión del colegio profesional, etc.).

### IV. La novedad de los “modelos de organización y gestión” previstos en la regulación de la responsabilidad por delitos en las personas jurídicas

El papel de los códigos de autorregulación de las empresas está destinado a crecer de manera importante en un futuro cercano como consecuencia de la introducción, a través del Decreto Legislativo 231, de 8 de junio de 2001, de una nueva forma de responsabilidad de las personas jurídicas (responsabilidad formalmente administrativa, pero que en la práctica supera el principio *societas delinquere non potest*<sup>27</sup>). La nueva normativa de la responsabilidad de las personas jurídicas —destinada (al menos por el momento) a ser aplicada sobre un número extremadamente limitado de delitos<sup>28</sup>— prevé una institucionalización de estos códigos de autorregulación (*modelos de organización y gestión*) previstos ex-

23. Sobre lo que se remite, para mayor información, a L. FOFFANI, *Derecho penal y actividades deportivas – Italia*, en la rúbrica *Sistemas penales comparados* de esta revista, 2000, pp. 164 y 165.

24. Para un significativo ejemplo de aplicación del delito de apropiación indebida (art. 646 CP) a un caso de corrupción en el sector privado (en concreto, corrupción de periodistas), cfr. Trib. Milán., 28 abril 1994, Cusani, en *Foro it.*, 1995, II, c. 24 y ss.

25. Este último delito, efectivamente, castiga “al que emplee violencia sobre las cosas o medios fraudulentos para impedir o turbar el ejercicio de una industria o un comercio”, y en el genérico concepto de “medios fraudulentos” podrían teóricamente incluirse también los casos de corrupción de los empleados de otra empresa dirigida a alterar el libre juego de la competencia. Sin embargo, se trata de un caso que nunca ha sido concretamente tomado en consideración ni por la jurisprudencia ni por la doctrina. Para referencias esenciales sobre este delito, cfr. C. PEDRAZZI, “*Turbativa della libertà dell’industria o del commercio*”, en *Enc. Dir.*, XLV, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 286 y ss.; F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell’economia*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 86 y ss.

26. La revelación de secretos representa en la práctica uno de los principales objetivos de acuerdos corruptos entre particulares, especialmente en el ámbito del ejercicio de actividades económicas.

27. Cfr., entre las primeras aportaciones doctrinales sobre la nueva ley, AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, IPSOA, 2002; C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, Giuffrè, 2002; G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, CEDAM, 2002; C.E. PALIERO, “Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi”, *societas delinquere (et puniri) potest*, en *Corr. giur.*, 2001, pp. 845 y ss.; D. PULITANÒ, “La responsabilità ‘da reato’ degli enti: i criteri di imputazione”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 415 y ss.; M. ROMANO, “La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali”, en *Governo dell’impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, II, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 1.345 y ss.

28. Inicialmente sólo entraban en consideración las figuras delictivas previstas en el Código Penal en materia de corrupción y cohecho (arts. 317 a 322 bis CP), malversación, percepción indebida de subvenciones, estafa al Estado o a un ente público o para la consecución de subvenciones públicas (arts. 316 bis, 316 ter, 640.2 n.º 1, 640 bis CP). Posteriormente, la responsabilidad de las

presamente por el legislador en función de prevención de la comisión de determinados comportamientos ilícitos en la gestión de empresa<sup>29</sup>: comportamientos entre los cuales se encuentran, en primer lugar, los casos de corrupción.

Es cierto que el legislador se refiere expresamente sólo a la corrupción en el sector público, pero la valorización de la función de estos códigos de autorregulación podría traer consecuencias indirectas muy importantes también para la prevención de la corrupción en el sector privado (a pesar de que en la mayoría de los casos no serán penalmente relevantes).

De una primera lectura sumaria de los nuevos modelos de organización y gestión que hasta la fecha se han dado a conocer (así como del análisis de los códigos éticos anteriormente existentes) se pone de manifiesto una amplia tendencia a considerar la corrupción como una patología de los comportamientos de empresa que en el plano empírico desconoce una distinción neta entre la esfera pública y la privada: desde el punto de vista de una vasta prevención que es propia de este tipo de modelos, efectivamente no se distingue entre daciones ilícitas o promesas dirigidas a funcionarios, o a exponentes de partidos políticos, a proveedores y clientes, a personas de las empresas competidoras, etc.; por el contrario, todos estos casos a menudo aparecen juntas bajo una misma prohibición genérica de actos "de corrupción" en la acepción más amplia y menos técnica del término<sup>30</sup>. Es demasiado pronto para sacar como conclusión que incluso en ausencia de normativa legal alguna al respecto, se pueda afirmar la existencia de

una tendencia a la "estigmatización" espontánea de la corrupción privada (o, aún más, a su "homogeneización con la corrupción pública"); y ello todavía más si se tiene en cuenta que el sistema está lanzando al mismo tiempo señales igualmente significativas de difundida "normalización" del fenómeno de la corrupción en el sector privado, que viene considerado como un coste cualquiera inherente a la actividad de empresa<sup>31</sup>.

### V. La reforma de los delitos societarios y la génesis del nuevo tipo penal que incrimina la "infidelidad a consecuencia de dación o promesa de ventaja" (art. 2635 del CC)

En este marco normativo hace ahora entrada una novedad de gran relevancia que viene representada por la introducción, en el ámbito de la reciente reforma de los delitos societarios llevada a cabo por el Decreto Legislativo 61, de 11 de abril del 2002, de una figura delictiva de *corrupción en la gestión de las sociedades mercantiles* que el legislador define como "comportamiento desleal por dádiva o promesa de favor" (art. 2635 CC): esta figura castiga con la reclusión de hasta tres años, mediante querrela de la persona ofendida, a "los administradores, los directores generales, los auditores internos y los responsables de la revisión, que tras la dádiva o promesa de favor realicen u omitan actos contrarios a los deberes inherentes a su cargo, causando un daño a la sociedad"<sup>32</sup>; se prevé, además, la extensión de la

---

personas jurídicas se ha extendido también a los delitos de falsificación de euros (art. 6 del Decreto Legislativo 350, de 25 septiembre 2001) y, sobre todo, a la mayor parte de los delitos societarios (art. 3 del Decreto Legislativo 61, de 11 de abril 2002).

29. La ley prevé la adopción —siguiendo el ejemplo de los *compliance programs* de la experiencia norteamericana— de modelos de organización y gestión idóneos para la prevención de delitos (arts. 6 y 7 del Decreto Legislativo 231/2001): la adopción de estos modelos no representa una obligación para la empresa, sino una carga para conjurar el riesgo de que se pueda imputar a la empresa una responsabilidad administrativa derivada de la comisión de delitos por parte de sus administradores o empleados. La omisión de adopción e implementación de estos modelos constituye así el fundamento de un auténtico reproche de culpabilidad (*culpabilidad de organización*) del ente.

30. En este sentido es significativa la amplitud de contenido del modelo organizativo y de gestión recientemente adoptado —de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 231/2001— por el ENEL (Ente Nacional para la Energía Eléctrica), que prohíbe, entre otras cosas, "efectuar daciones en dinero a funcionarios públicos, distribuir regalos fuera de los casos previstos en la práctica empresarial, acordar otras ventajas de cualquier naturaleza (por ejemplo, promesas de contratación), efectuar prestaciones a la contraparte comercial que no encuentren justificación en el contexto de la relación asociativa, reconocer compensaciones a colaboradores externos que no encuentren justificación por el tipo de encargo o en la práctica local" (cfr. el texto en *Il Sole 24 Ore*, 8 noviembre 2002, p. 7).

31. Un signo de la "normalización" de tal fenómeno es que son deducibles de la renta producida a fines fiscales: éste es, por ejemplo, el caso de los "premios por colaboración" para corresponder a empleados de otras empresas con la finalidad de incentivarles a proponer productos que provee la empresa "corruptora", en detrimento de las empresas de la competencia (Comm. Trib. Milano, 11 novembre 1996, n. 111, in *Il Fisco*, 1996, p. 825).

32. Entre los primeros comentarios al nuevo delito, se señalan en especial F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, 12.<sup>a</sup> ed. Coordinado por L. CONTI, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 270 y ss.; L. FOFANI, "Le infedeltà", en A. AL DRI (ed.), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, IPSOA, 2002; A.L. MACCARI, en F. GIUNTA (ed.), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 169 y ss.; V. MILITELLO, "I reati di infedeltà", en *Dir. pen. proc.*, 2002, pp. 698 y ss.; ÍDEM, "L'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art. 2635)", en A. GIARDA/S. SEMINARA (ed.), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, CEDAM, 2002, pp. 493 y ss.; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 154 y ss.

punibilidad a la otra parte de la relación ilícita, es decir, a aquel que da o promete el favor.

Con la llegada de este nuevo delito, la penalización de las conductas de corrupción en el sector privado adquiere una forma y extensión hasta hoy desconocidas en el ordenamiento italiano. Cualquier hipótesis de *corrupción pasiva* de los sujetos titulares de funciones orgánicas o directivas de primera plana dentro de la sociedad mercantil resulta penalmente relevante, extendiéndose la punibilidad también al corruptor (corrupción activa) cualquiera que sea la calificación jurídica de este último. Además, no será necesaria la prueba de un pago ya efectuado, ya que para la consumación del delito es suficiente la *promesa* de cualquier favor económicamente relevante a la que siga la realización u omisión de una actuación que viole los deberes de su cargo. Su castigo, sin embargo, depende de que se verifiquen dos resultados materiales: la realización u omisión ilícita de un *acto* por parte del corrupto y que tenga lugar un *daño* patrimonial para la sociedad.

Además, la procedibilidad viene condicionada a la interposición de una querrela: es titular del derecho a la querrela —aunque la ley no diga nada al respecto— sin duda alguna la sociedad, y el ejercicio del derecho se debe reservar a la asamblea de socios, ya que se trata de un caso de lesión del interés social que proviene de dentro del propio ente. La intención de protección del legislador italiano, por tanto, se limita exclusivamente a la de la *protección del interés patrimonial de la sociedad mercantil*, sin tomar en consideración las exigencias de *protección de los terceros y de la competencia*, que —como ya se ha puesto de relieve— las iniciativas supranacionales<sup>33</sup> (y algunas importantes experiencias de Derecho comparado<sup>34</sup>) sitúan por el contrario en primer plano.

Esta nueva figura delictiva, efectivamente, nació con la declarada intención —“acogiendo ins-

tancias puntuales del ámbito internacional”— de exportar “en materia societaria privada, con las adaptaciones oportunas, el modelo punitivo tradicional de la corrupción (propia) del funcionario público”; sin embargo, la idea guía seguida por el legislador se ha mostrado desde el principio como mucho más limitada de lo que esta declaración deja suponer, ya que la nueva figura delictiva ha resultado estar “nítidamente orientada a la *protección del patrimonio social*”<sup>35</sup>. Es evidente que lo que orientaba la opción del legislador italiano era una clave de lectura fuertemente “reduccionista” de la entidad de las iniciativas supranacionales; y, de modo coherente con esta orientación, el nuevo delito de “corrupción”, concebido como delito societario, se ha modelado esencialmente con la finalidad de adelantar la barrera de la punibilidad respecto a la *administración desleal* (otra nueva figura de delito societario que se regulaba por primera vez en el ordenamiento italiano)<sup>36</sup>.

Se trataba de una opción político-criminal “minimalista”, pero en apariencia no carente de racionalidad ni de importantes referencias en el Derecho comparado: probablemente el ejemplo más importante —al que ya nos referíamos en la introducción<sup>37</sup>— sea el que nos ofrece el legislador *austríaco*, que precisamente para hacer frente a la comprobada insuficiencia del tipo de infidelidad en la gestión de un patrimonio ajeno (*Untreue*: § 153 *StGB*) para combatir el fenómeno de la entrega de “sobornos” en el ejercicio de la actividad económica privada, ha pretendido —con una reforma de 1987— añadir a la tradicional figura de la *Untreue* el nuevo delito de *aceptación de ventajas indebidas por parte del representante* (§ 153a *StGB*: *Geschenkannahme durch Machthaber*), que comporta una sensible anticipación de la barrera de la punibilidad (*Vorfelddatbestand*) respecto al primer tipo, en cuanto a que prescinde de la existencia de un abuso del poder de disposición

33. Es decir, la Acción común europea de 1998, la Convención Penal del Consejo de Europa de 1999 y el más reciente Proyecto de Decisión Marco de 2002: v. *supra*, § 1.

34. Cfr., sobre todo, la experiencia alemana desde el § 4 *UWG* de 1909 hasta al nuevo § 299 *StGB*, introducido en 1997: cfr. a este propósito, por todos, K. TIEDEMANN, cit. (nota 15).

35. Las citas se han extraído de la *Relación Ilustrativa* del anteproyecto de ley de delegación para la reforma del Derecho societario (en *Riv. soc.*, 2000, p. 80), presentado por el Gobierno a la Cámara de los Diputados el 20 de junio del 2000. Este proyecto, decaído por el fin de la legislatura en 2001, ha sido posteriormente vuelto a presentar al Parlamento p gobierno y —tras un rápido pero tormentoso debate parlamentario, se ha caracterizado por encendidas polémicas políticas por las radicales enmiendas aportadas a la parte penal del proyecto (especialmente en materia de falsedad en las cuentas)— ha llevado a la aprobación de la Ley de Delegación 336, de 3 de octubre de 2001, sobre la base de que se ha redactado el Decreto Legislativo 61, de 11 de abril del 2002, que ha reformado la materia de los delitos societarios. Sobre esta reforma v., en términos generales, el trabajo en curso de publicación en esta revista (L. FOFFANI, “Crónica de una muerte anunciada”: *La reforma de los delitos societarios en Italia*).

36. Sobre los tipos penales previstos por el anteproyecto de 2000 (progetto Mirone), cfr. en especial V. MILITELLO, “Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario”, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, pp. 918 y ss.

37. *Supra*, § 1 y nota 16.

del patrimonio ajeno (*Mißbrauchstatbestand*) —típico, sin embargo, de la *Untreue*— y de la existencia de un perjuicio patrimonial (*Nachteil*) para el sujeto pasivo del reato<sup>38</sup>.

En el caso italiano, sin embargo, en su versión definitiva, la figura de la corrupción societaria ha sufrido una serie de modificaciones que han acabado perjudicando también a su originaria función político-criminal de delito “antepuesto”, determinando una auténtica “crisis de identidad” y la pérdida de autonomía del nuevo delito, puesta de relieve incluso por el cambio de *nomen iuris* (de “corrupción” a “comportamiento desleal por dádiva o promesa de favor”). Transformado de delito de peligro en delito de daño al patrimonio social, y perseguible sólo por querrela de la sociedad, el nuevo delito del art. 2635 CC parece hoy destinado, de ser casi completamente absorbido en la órbita de la administración desleal (*infedeltà patrimoniale*: art. 2634 CC)<sup>39</sup>, a convertirse en poco más que un delito simbólico.

La disolución de la corrupción en la administración desleal ha provocado una última consecuencia de gran importancia: la *responsabilidad de las personas jurídicas*, que la ley de reforma convierte en aplicable, en general, también a los delitos societarios, no puede ser aplicada al delito del art. 2635 CC. Este último, efectivamente, en cuanto exclusivamente orientado a la protección del patrimonio social —y por tanto construido, de la misma manera que la administración desleal, como delito de daño a la sociedad— no puede utilizar las sanciones previstas para las personas jurídicas porque el criterio de imputación previsto para éstas requiere que el delito haya sido necesariamente cometido por una persona física (aunque no de modo exclusivo) “en el interés de la sociedad”. En el interés de una persona jurídica (empresa de la competencia, cliente, etc.) actuará en la mayor parte de los casos el corruptor (es decir, el que corresponde o promete el soborno); pero la punibilidad de éstos —en el esquema delineado por el legislador italiano— es meramente

accesoria a la de la persona que se ha dejado corromper (el destinatario del soborno) y no comporta una responsabilidad de la persona jurídica. La consecuencia es, por tanto, una absoluta paradoja: creada a partir de iniciativas supranacionales inspiradas en un intento general de lucha contra la corrupción en el sentido más amplio del término, la nueva institución de la responsabilidad de las personas jurídicas delineada por el legislador italiano acaba resultando inoperativa precisamente frente a la que debería haber sido, en teoría, la respuesta del legislador italiano a la instancia internacional de criminalización de la corrupción en el sector privado<sup>40</sup>.

### VI. Inadecuación del nuevo tipo penal para satisfacer a las instancias supranacionales de penalización de la corrupción en el sector privado

En conclusión, el nuevo delito introducido en Italia mediante la reforma penal societaria está muy lejos de satisfacer los requisitos puestos por la *Acción Común Europea* de 1998 y por la *Convención del Consejo de Europa* de 1999 (así como por la *Decision marco* actualmente en trámite de aprobación definitiva) y podría representar sólo un primer paso. Las razones esenciales se pueden sintetizar de la siguiente manera:

El ámbito de aplicación del delito previsto por el legislador italiano es mucho más restringido de lo que prevén la *Acción común* y el proyecto de *Decision marco*: sólo podrán ser *sujetos activos* del delito (de corrupción pasiva) las categorías de personas antes mencionadas (administradores, directores generales, auditores internos, liquidadores y responsables de la revisión de las sociedades mercantiles), y ya no cualquiera que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo por cuenta de una persona física o jurídica que opere en el sector privado (art. 1 de la *Acción común* y art. 2 del proyecto de *Decision marco*). La *Convención del Consejo de Europa* se muestra más se-

38. Cfr. en especial, además de la doctrina citada en la nota 16, D. KIENAPFEL, *Grundriß des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil, II, Delikte gegen Vermögenswerte*, 3.<sup>a</sup> ed., Wien, Manz, 1993, pp. 309 y ss.; C. BERTEL/K. SCHWAIGHOFER, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil, I*, 6.<sup>a</sup> ed., Wien-New York, 2000, pp. 218 y ss. Cfr. también, para ulteriores referencias a la experiencia austríaca, L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, cit. (nota 10), pp. 289 a 294.

39. El espacio de operatividad del art. 2635 CC, de entrada, parece destinado a circunscribirse únicamente a aquellos casos marginales (sobre todo de difícil prueba) en que la violación de las obligaciones inherentes a su cargo o puesto (la *breach of duty* subrayada sobre todo por la *Convención del Consejo de Europa*) no se materialice en un acto de disposición de los bienes sociales —caso en que podrá entrar en juego exclusivamente la aplicación de la nueva figura delictiva de administración desleal prevista en el art. 2634 CC— y se traduzca, sin embargo, en comportamientos meramente omisivos o en operaciones sociales que no comporten una disposición de bienes.

40. Cfr. sobre este punto, en sentido crítico hacia la opción tomada por el legislador, L. FOFFANI, “Le infedeltà”, cit. (nota 32), pp. 373 y 374; V. MILITELLO, “I reati di infedeltà”, cit. (nota 32), p. 699; C. PIERGALLINI, “La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche”, en A. GIARDA/S. SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari*, cit. (nota 32), p. 112.

lectiva en este punto, ya que define expresamente la corrupción en el sector privado como un hecho cometido "*in the course of business activity*" (arts. 7 y 8); pero la solución italiana es de todos modos inadecuada en cuanto a que no es aplicable a la mayoría de casos de corrupción de los empleados, además de a los casos de corrupción del titular de la empresa.

La punibilidad afecta tanto a los casos de corrupción *pasiva* como a los de corrupción *activa*; en este último caso, sin embargo, es siempre necesario que la contraparte del acuerdo ilícito (el corrupto) esté en posesión de la calificación jurídica societaria antes mencionada.

La responsabilidad *no* se ha extendido a las *personas jurídicas* por cuenta de las que, o en interés de las cuales, han actuado los autores del delito, como requieren tanto la Acción común (art. 5) y el proyecto de Decision marco (art. 6 y 7), como la Convención del Consejo de Europa (art. 18).

La *conducta* típica y el *acuerdo* ilícito vienen, por el contrario, descritos en términos suficientemente amplios y sustancialmente conformes a lo requerido en la Acción común (arts. 2 y 3), en la Convención (arts. 7 y 8) y en el proyecto de Decision marco (art. 2): es relevante cualquier violación de los deberes inherentes al cargo y es relevante también cualquier promesa de una ventaja indebida de cualquier naturaleza como contraprestación al hecho de llevar a cabo u omitir cualquier tipo de acto inherente al ejercicio de las funciones del sujeto activo del delito.

Por último, el *bien jurídico* protegido viene circunscrito al interés patrimonial de la sociedad: el legislador italiano, contrariamente a lo expresamente requerido en el art. 3 de la Acción común, no toma en consideración la distorsión de la competencia ni el peligro de daño económico a terceros que se pueda derivar de una incorrecta adjudicación o de una incorrecta ejecución de un contrato. Menos definida, bajo el punto de vista del bien jurídico protegido, es la opción penal prefigurada en la Convención del Consejo de Europa, que hace referencia genéricamente a la necesidad de "proteger la confianza y la lealtad que son necesarias para la existencia de las relaciones privadas"<sup>41</sup>; pero también respecto a este fin de tutela —que requeriría en cualquier caso una objetividad jurídica de naturaleza supraindividual e institucional— la solución "patrimonialista" adoptada por el legislador italiano aparece decididamente inadecuada por defecto.

En definitiva, si la efectiva intención del legislador italiano era la de transformar en Derecho interno los mencionados instrumentos internacionales —intención que, a decir verdad, sólo ha sido manifestada en la primera fase del proceso de reforma y de la que no existe indicio alguno en la última fase de los trabajos preparatorios<sup>42</sup>—, el nuevo delito societario de "infidelidad a raíz de dación o promesa de utilidad" no puede representar nada más que un primer y tímido paso hacia la efectiva introducción de un delito que incrimine la corrupción en el sector privado.

## VII. Conclusiones: las aporías de una visión patrimonialista del problema de la corrupción en el sector privado: los puntos de vista político-criminales

Más allá de las evidentes contradicciones e incertezas que han caracterizado la génesis de este nuevo tipo delictivo, la experiencia de la reciente reforma italiana revela, sobre todo —y éste es, sin duda alguna, el dato más significativo desde el punto de vista del Derecho comparado—, la insuficiencia de un tratamiento político-criminal al problema de la corrupción en el sector privado según un modelo *patrimonialista*: modelo que el legislador italiano ha radicalizado, acabando por conducirlo a las absurdas consecuencias antes analizadas (con la "disolución" de la corrupción de la "infidelidad patrimonial"), pero que, incluso en su versión más racional —la del ejemplo austríaco del § 153 a *StGB*—, muestra límites de carácter fundamental, a comenzar por la sustancial carencia de legitimación de la *criminalización del corruptor*, ya que no se explica cómo y por qué se le debe castigar cuando la esencia del ilícito de corrupción privada reside, desde esta posición, en una relación que le es completamente extraña, esto es, la presunta deslealtad del corrompido respecto a su mandante; y de hecho, en el ejemplo austríaco del § 153 a *StGB* *no se castiga* al sujeto que corresponde la utilidad indebida (el corruptor).

Se trata, por tanto, de un modelo político-criminal íntimamente contradictorio: por un lado, porque la reproducción en el ámbito privado del esquema clásico de la corrupción conduce a castigar a *una sola de las partes* de la relación ilícita; pero, por el otro lado, permanece la sensación de que tras la penalización de una conducta meramente

41. *Criminal Law Convention*, cit., p. 44, núm. 55.

42. El único documento que hace mención expresa a la exigencia de convertir en legislación interna la Convención del Consejo de Europa y la Acción Común Europea es la *Relazione illustrativa* del anteproyecto de 2000 (progetto Mirone): v. *supra*, nota 35.

sintomática de la infidelidad, como es la percepción de un soborno por parte de un administrador o dependiente de una empresa, se esconda no tanto y no sólo un intento de defensa preventiva del interés patrimonial de la empresa (lo cual de por sí no sería suficiente para justificar la intervención del Derecho penal), sino además una motivación distinta y superior de naturaleza moralizante: el intento no declarado de afirmar un "mínimo ético" en el ejercicio de la actividad económica, en el que el hecho de que la criminalización alcance sólo al preceptor del soborno corre el riesgo de aparecer como una hipócrita búsqueda de un chivo expiatorio. En otras palabras: si la experiencia de los países del área germana nos ha puesto abundantemente de relieve la dificultad que supone castigar como infidelidad patrimonial la conducta del administrador o del dependiente que recibe un soborno<sup>43</sup>, no es sólo por los problemas contingentes de carácter probatorio que ello supone, sino porque —desde el punto de vista de una protección (aunque sea adelantada) del interés patrimonial del mandante del corrompido— no se entrevé una necesidad real de protección cuando el hecho no le haya provocado un perjuicio (o un peligro de perjuicio) patrimonial: de este modo el castigo reservado únicamente al "corrompido" aparecería como una instrumentalización de éste con finalidades político-criminales distintas y ulteriores a la protección del bien jurídico que se ha declarado asumir como objeto de protección penal.

Las mismas aporías que caracterizan al modelo patrimonialista parecen estar presentes también en la versión *iuslaboralista* de tipo francés, que no es más que una variante de la primera, proyectando el desvalor de la corrupción en el sector privado, ya no en el plano de la organización societaria o de empresa, sino más bien sobre el de la regulación de la relación laboral. Por tanto, descartando las dos opciones de tipo privado, sólo nos queda —como posible punto de referencia para la construcción de un tipo penal que incrimine la corrupción en el sector privado— la opción de la *protección de la competencia*: ésta constituye,

además, el camino marcado por las instancias supranacionales<sup>44</sup> y, sobre todo, por la Acción Común Europea de 1998, que se dirige contra "conductas que comporten o puedan comportar distorsiones en la competencia como mínimo en el ámbito del mercado común y produzcan o puedan producir daños económicos a terceros a través de una adjudicación incorrecta o una ejecución incorrecta de un contrato". Por tanto, el objetivo político-criminal perseguido en sede europea es esencialmente el de la *protección de la competencia y de terceros*, porque —tal como se puede leer entre los varios "considerandos" de apertura de la Acción común— la corrupción distorsiona la competencia leal y compromete los principios de apertura y de libertad de los mercados, en especial el buen funcionamiento del mercado interno, y es contraria a la transparencia y a la apertura al comercio internacional<sup>45</sup>.

En cuanto al efectivo merecimiento y necesidad de pena de un bien jurídico como *la libertad y lealtad de la competencia* (entendida como protección adelantada tanto de los intereses de cada uno de los sujetos que entren en competencia, como de las de los consumidores), y en cuanto si su eventual protección penal —en las formas y dentro de los límites impuestos en las iniciativas supranacionales— está en correspondencia con los principios fundamentales de taxatividad, ofensividad e intervención mínima, el debate está, naturalmente, más que nunca abierto<sup>46</sup>. A decantar la aguja de la balanza política en la dirección de una intervención efectiva del legislador podría ayudar la consideración de las consecuencias del imponente proceso —que en Italia está actualmente en curso, del mismo modo que en la generalidad de los países de Europa— de *privatización* de las empresas públicas y de las actividades de prestación de servicios públicos (transporte, energía, telecomunicaciones, etc.). Se trata de un proceso que —desde el punto de vista penal— producirá (y en parte ya ha producido) una importante reducción del área tradicionalmente asignada a la normativa penal de la Administración Pública, con la conse-

43. Cfr. para las referencias concretas L. FOFANI, "Infedeltà patrimoniale", cit. (nota 10), pp. 265 y ss. y 289 y ss.

44. También orientado a la protección de la competencia existe el tipo penal del cohecho activo y pasivo en el tráfico económico, sugerida por el art. 3 del Proyecto "Eurodelitos": v. *supra*, nota 8.

45. En sentido análogo se expresa también el más reciente proyecto de Decisión marco, en el que se puede leer que "los Estados miembros atribuyen especial importancia a la lucha contra la corrupción en el sector público que en el privado, ya que consideran que la corrupción en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, y además genera distorsiones de competencia y obstaculiza un correcto desarrollo económico" ("considerando" núm. 7).

46. Para una expresión representativa de las diversas opiniones al respecto, cfr., por un lado, K. TIEDEMANN, "Wettbewerb als Rechtsgut des Strafrechts", en *Festschrift für H. Müller Dietz zum 70. Geburtstag. Grundfragen staatlichen Strafrechts*, München, 2001, pp. 905 y ss.; y, por el otro lado, K. LÜDERSSEN, "Ein Prokustes Bett für ungleiche Zwillinge. Angestelltenbestechung und Submissionsabsprachen, vereinigt in einem neuen Abschnitt des Strafgesetzbuchs: 'Straftaten gegen den Wettbewerb'", en *Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts*, München, 1998, pp. 228 y ss.

cuenta dislocación del control penal de las actividades económicas de la esfera pública a la privada.

El riesgo de que la introducción de un tipo penal de corrupción en el sector privado pueda provocar una eticización y una intrusión excesiva del control penal en el ejercicio de las actividades empresariales ha de ser, sin duda alguna, tenido en cuenta, pero tampoco se debe sobrevalorar. Efectivamente, en los últimos tiempos estamos asistiendo a la introducción de dosis masivas de ética en el discurso económico, en la política económica y en la política criminal en materia económica; ética y mercado<sup>47</sup>, ética de los negocios<sup>48</sup>, códigos éticos, finanzas éticas, etc. En realidad, la sensación que se percibe es que —frente a una iniciativa legislativa y una política criminal en materia económica que cada vez más parecen servir (en Italia con toda seguridad, pero no sólo en Italia)

como instrumento de realización de intereses particulares— la llamada a la *ética de los negocios* tenga más bien el laico significado de invocación de intereses de rango general como criterio de orientación de la política legislativa (también, y sobre todo, cuando ésta utilice específicamente el instrumento penal). Si esto es así, no se trata de que se estén intentando reavivar formas de eticización del Derecho penal (más específicamente, del Derecho penal económico) quizá dictadas por una vocación justicialista mal escondida, sino que se trata más bien de apelar a una necesaria valoración de objetividades jurídicas supraindividuales e institucionales contra una vuelta exasperada e antihistórica a la patrimonialización e individualización de la protección penal en materia económica, como aquella a la que concretamente hemos asistido en los últimos meses en Italia.

47. El binomio *ética y mercado* hoy significativamente se ha empleado en el título una reciente obra monográfica dedicada a la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho comparado: C. DEMAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit.

48. Cfr., por ejemplo, T. MAAK/P. ULRICH, "Korruption-die Unterwanderung des Gemeinwohls durch Partikularinteressen. Eine republikanisch-ethische Perspektive", en M. PIETH/P. EIGEN (hrsg.), *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr*, cit. (nota 1), pp. 103y ss.; H. KÜNG, *Hat das Ethos in der Wirtschaft eine Chance?*, *ivi*, pp. 120 y ss.