

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VII, número 14 (2022), pp.20-77.

ARTÍCULOS

EL CONTENIDO DE ILÍCITO

DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA EMPRESARIAL*

Prof. Dr. Adriano TEIXEIRA, LL. M. (Univ. Ludwig-Maximilian)**

Fecha de recepción: 24 de febrero de 2022

Fecha de aceptación: 25 de mayo de 2022

Resumen

En este trabajo se investiga el contenido de ilícito penal de la corrupción privada empresarial. Luego de la realización de un análisis preliminar del concepto de corrupción, entendido como una forma de irregularidad que tiene lugar en una relación principal-agente, cuya imputación se hace depender del contexto en que se desarrolla, se analizan críticamente los principales modelos de criminalización de la corrupción privada: los modelos patrimonial, laboral y, principalmente, el modelo de competencia. Se concluye que estos modelos, individual y estrictamente considerados, resultan insuficientes y se identifica como contenido del ilícito básico de la corrupción empresarial la agresión interna de la libertad económica-contractual o competitiva del “principal”. A partir de ello, se establecen parámetros mínimos y restrictivos para la tipificación de la corrupción privada empresarial, que se refieren al sujeto activo del delito, la relevancia del consentimiento, el concepto de “ventaja”, pacto ilícito,*** la consumación y el arrepentimiento eficaz.

Palabras clave: *corrupción privada - libre competencia - violación de deber - libertad económica*

Title: *The Wrongful Nature of Private Business Corruption*

* Traducción del portugués al español de Valentina Risso (Univ. Nacional de Córdoba, Argentina). Supervisión de la traducción a cargo de la Dra. Alejandra Verde (Univ. de San Andrés / Univ. Torcuato Di Tella / Univ. de Buenos Aires). Título original: “O conteúdo de injusto da corrupção privada empresarial”. Publicado en *Revista de estudos criminais*, vol. 20, n.º 80, Porto Alegre, 2021, pp. 47-92.

** Doctor en Derecho por la Universidad Ludwig-Maximilian, de Múnich, Alemania y Magister (LL.M.) por la misma institución. Profesor de Maestría de formación profesional —Línea Derecho Penal Económico— de la FGV Derecho, São Paulo. Realizó una estancia posdoctoral en la Universidad Humboldt de Berlín, becado por la Fundación Fritz Thyssen. E-mail: adriano.teixeira@fgv.br.

*** N. de T: se traduce el término alemán “*Unrechtsvereinbarung*” como “pacto ilícito” y no como acuerdo ilícito o acuerdo delictivo, para evitar posibles confusiones con expresiones propias de la dogmática de la coautoría.

Abstract

The article seeks to investigate the criminal content of commercial bribery. After a preliminary analysis of the concept of bribery, understood as form of disturbance in a principal-agent relationship whose criminalization depends on the context in which it develops, the main models of criminalization of private corruption are critically analyzed: the patrimonial, labor and, above all, the competition models. It concludes that all models are insufficient and the internal aggression to the principal's economic-contractual freedom is identified as the basic criminal content of commercial bribery. From that, minimal and restrictive parameters are established for the criminal typification of commercial bribery, that concern active subject, relevance of consent, concept of advantage, unjust pact, consummation and effective repentance.

Keywords: *commercial bribery - free competition - breach of duty - economic freedom*

Sumario: I. Introducción; II. Análisis preliminar: el concepto de corrupción; III. Contenido de ilícito del delito de corrupción privada: modelos; IV. Conclusión sobre el contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial; V. Consecuencias: Elementos mínimos de un tipo penal de corrupción privada empresarial; VI. Conclusión general; VII. Bibliografía

I. Introducción

A diferencia de la mayoría de los países europeos y de algunos países sudamericanos, naciones como Brasil y la Argentina no cuentan con una prohibición penal específica para situaciones que involucran el pago de ventajas indebidas a agentes privados —dirigentes, empleados o representantes de empresas— a cambio de beneficios comerciales (p. ej., obtención de contratos) en detrimento de competidores, es decir, casos de *corrupción privada empresarial*, también conocidos con las denominaciones “corrupción entre particulares”, “corrupción en los negocios” o “corrupción comercial”. La criminalización de esta clase de conducta es, además, recomendada y, en el caso europeo, incluso hasta impuesta por documentos jurídicos internacionales.¹ Teniendo esto en cuenta, ¿brasileños y argentinos estarían frente de una laguna de punibilidad, a ser saldada por el legislador?

¹ Véase un panorama de ello en WALTHER, *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr – Internationale Vorgaben und deutsches Strafrecht*, 2011, pp. 26 y ss.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

Como es sabido, ejemplos de derecho comparado y documentos internacionales (no vinculantes) no constituyen razones *suficientes* para justificar una nueva criminalización. Es necesario que se aleguen razones materiales para la creación de una nueva prohibición penal. Concretamente: es imprescindible identificar qué bienes, intereses o derechos lesiona o pone en peligro el comportamiento en cuestión y de qué modo esto sucede. En otras palabras, es necesario captar el *contenido de ilícito* de la conducta que se considera ilícita y analizar si la realización de ese ilícito justifica la intervención del derecho penal.

En este estudio, se perseguirá precisamente ese objetivo en relación con la corrupción privada. Para ello, de manera preliminar, nos dedicaremos al problema del concepto de corrupción (1), el cual, como se verá, no reúne interés meramente académico, filosófico o didáctico, sino que contiene implicaciones político-criminales y dogmáticas. A continuación, haremos un análisis de las principales concepciones del contenido de ilícito de la corrupción privada, defendidas en la doctrina y en la jurisprudencia internacionales, y traducidas en las legislaciones de los países que criminalizan este tipo de comportamiento (2). En función de ese análisis llegaremos a una conclusión propia respecto de cuál es el contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial (3) y derivaremos consecuencias dogmáticas y político-criminales, indicando los elementos mínimos que un eventual tipo penal debería contener (4).

II. Análisis preliminar: el concepto de corrupción

“Corrupción” no es un término neutro, es decir, una descripción neutra de la realidad. Cuando se habla de corrupción, se habla de algo reprochable, incorrecto.² Sin embargo, ¿en qué consiste ese comportamiento reprochable? ¿De qué elementos está compuesto? Esos elementos esenciales del hecho de corrupción, ¿son los que justifican su criminalización, independientemente (o no) del contexto en el que ocurre —público o privado—? El análisis dogmático y político-criminal (normativo) de la corrupción (pública o privada) depende íntimamente de un análisis conceptual (fenomenológico) de este término.

Es necesario, desde un principio, dejar en claro que aquí nos interesa una definición *estricta o jurídica* de corrupción. A menudo, principalmente en el ámbito de las ciencias sociales (en especial,

² Cf. RUSCA, *Fundamentos de la criminalización del cohecho*, 2020, p. 46, *passim*.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

política y económica), se define el término “corrupción” de forma amplia.³ P. ej., la organización internacional no gubernamental Transparencia Internacional adopta la siguiente definición: corrupción es el “*abuso de un poder confiado para fines privados*”.⁴ En esta definición se incluyen no solo el delito clásico de corrupción (pública) —en inglés conocido como *bribery* y en alemán como *Bestechung*—, sino también delitos como estelionato, extorsión, peculado, administración desleal o fraudulenta, nepotismo, etc.⁵ Sin embargo, en el ámbito del derecho, se utiliza un concepto más restringido, cuyos rasgos principales tradicionalmente se encuentran en los delitos de corrupción *stricto sensu* (cohecho activo y pasivo, soborno activo transnacional, corrupción privada, etc.). Es a este concepto más estrecho al que hay que aproximarse.

Para ello, nos serviremos de un método ya utilizado en una publicación anterior.⁶ Lo que se pretende no es una definición conceptual estática y acabada, sino tan solo, en palabras de WEBER, una “ilustración o concretización provisoria” (*provisorische Veranschaulichung*)⁷ de lo que se entiende por corrupción en sentido estricto. Para no perder de vista el uso de la palabra en su sentido cotidiano,⁸ en lugar de intentar una simple estipulación de posibles elementos del concepto, se debe partir de una *representación minimalista, enumerativa*. Esta representación deberá comprender casos, hipótesis en las cuales la denominación “corrupción” sea *indiscutida*.⁹ Estos ejemplos deben servir como piedra de toque de cualquier descripción de la esencia de la corrupción. La descripción resultante, a su vez, prepara el terreno para analizar si la designación de “corrupción” a otros supuestos dudosos se muestra consistente o no.

³ Con referencias, véase FISMAN / GATTI, “Bargaining for bribes: the role of institutions”, en ROSE-ACKERMAN (ed.), *International Handbook on the Economics of Corruption*, 2006, p. 142; ANDVIG, “Corruption in China and Russia compared: different legacies of central planning”, en ROSE-ACKERMAN (ed.), *International Handbook on the Economics of Corruption*, 2006, p. 281.

⁴ <https://www.transparency.org/what-is-corruption/#define> [enlace verificado el día 14 de noviembre de 2022]; en el mismo sentido, ROSE-ACKERMAN / PALIFKA, *Corruption and Government – Causes, Consequences and Reform*, 2016, p. 9.

⁵ CREMER, *Korruption begrenzen – Praxisfeld Entwicklungspolitik*, 2008, pp. 25 ss.; ROSE-ACKERMAN / PALIFKA, cit., pp. 8 y ss. Véase también la lista de delitos, designados bajo el manto de “corrupción”, de Transparencia Internacional: <https://www.transparency.org/glossary> [enlace verificado el día 14 de noviembre de 2022]. Con respecto al concepto amplio de corrupción, véase también GERVUTZ, *McGeorge Global Business & Development Law Journal*, pp. 238 y ss., 2007; MAKINWA, *Private remedies for corruption: towards an international framework*, 2013, p. 34: “Corruption as an Umbrella Term”.

⁶ TEIXEIRA, *REC 76*, pp. 101 y ss., 2020.

⁷ WEBER, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, 2016, p. 18. Cf. también WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, 1984 (reimpresión 2006), p. 280, n.º m. 71.

⁸ En el mismo sentido véase DANLEY, *Business & Professional Ethics Journal*, p. 21, 1983.

⁹ Hay que reconocer que, muy probablemente, no es posible obtener una definición completa, exacta y cerrada del concepto de corrupción. Sin embargo, no se puede negar la posibilidad de identificar esta estructura fundamental, común a todos los casos de corrupción y distinta de otros tipos de fenómenos. En palabras de WITTGENSTEIN, cit., n.º m. 76: “La semejanza es tan innegable como la diferencia”.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

A modo de ejemplo, pueden ser considerados supuestos indiscutidos de corrupción los siguientes casos:

- Un policía federal, que trabaja en la frontera brasileña, recibe mensualmente mil reales de un contrabandista de armas para que sus “productos” puedan ingresar al país sin fiscalización.

- Algunos ejecutivos de una empresa contratista garantizan a directores de una empresa estatal de petróleo el 1% del valor de cada contrato celebrado entre la contratista y la empresa pública a cambio del favorecimiento de la contratista en la contratación de los servicios.

- Un magistrado recibe un millón de reales para conceder una acción de hábeas corpus a favor de un rico empresario contra el cual se decretó la prisión preventiva.

- Dos funcionarios del alto escalafón de la empresa alemana Siemens AG pagan grandes cifras de dinero a dirigentes de una empresa italiana del sector energético (recientemente privatizada) para garantizar la celebración de un contrato millonario de compra y venta de turbinas, en detrimento de otros competidores.¹⁰

Por otro lado, se pueden presentar los siguientes supuestos dudosos de “corrupción”:

- Con la autorización de la dirección de una escuela pública, un fotógrafo toma fotografías de las clases y de los alumnos individualmente en las dependencias del colegio. Por medio de los profesores, las fotos son ofrecidas a los padres de los alumnos para su compra. Las fotos no adquiridas y el dinero colectado son pasados por los profesores al fotógrafo. En función del esfuerzo de organización y por la disponibilidad del uso de las aulas, el fotógrafo transfiere algo del dinero a la escuela y adquiere algunas *laptops* para ser usadas en actividades educativas.¹¹

- Un productor de vinos espumantes contacta al gerente de un restaurante muy famoso de la ciudad y le hace la siguiente propuesta: en el supuesto de que compre su espumante y lo recomiende a los clientes, el gerente recibirá personalmente el 10% del valor del producto por cada botella vendida. Después de informar al propietario del restaurante, que consiente, el gerente acepta la oferta.

¹⁰ Simplificación del caso tratado en BGH NJW 2009, 89.

¹¹ Supuesto reproducido de manera simplificada, basado en BGH StV 2012, 19 – “Schulfoto-Aktion”.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

En los casos paradigmáticos, indiscutidos, de corrupción, se puede observar en todos aquellos una estructura común. De modo simplificado, esta estructura puede ser descripta del siguiente modo: una persona recibe una ventaja de un tercero para actuar (u omitir) en favor de ese tercero. Además de esto, en todos estos ejemplos, la persona que recibe la ventaja ocupa una posición de poder o de representación que proviene de su relación con otra persona o con otra institución. Las reglas de esta relación determinan que esa persona debe realizar ciertas tareas o tener en cuenta los intereses de esta persona o institución. Para el cumplimiento de este deber, sin embargo, esa persona tiene un cierto margen de discrecionalidad, en el sentido de que sus acciones no pueden ser observadas y controladas enteramente por la persona o institución representada en tiempo real.

En general, las definiciones de corrupción que se encuentran en la literatura terminan, con mayor o menor exactitud, por captar esta estructura fundamental. Sería desafortunado e inútil intentar, aquí, recapitular toda la gama de definiciones del concepto de corrupción ofrecidas en la literatura. Por el contrario, corresponde, a continuación, presentar y analizar solamente las definiciones más representativas.

Una definición concreta, citada recurrentemente en la literatura jurídico-penal, es la proporcionada por VOLK, según la cual corrupción es un “intercambio irregular de ventajas”.¹² Esta definición es breve, ciertamente, pero elocuente. En principio, aquella revela, por medio de la palabra “intercambio”, que la corrupción es un delito relacional (*Beziehungstat*), al cual pertenecen por lo menos dos actores que se relacionan como en un acuerdo de voluntades.¹³ VOLK también destaca que la irregularidad, la violación de una regla, es un componente esencial de la corrupción,¹⁴ pero no el único. La definición del punto de referencia de esta irregularidad (¿irregular con relación a qué?, ¿violación de qué regla?) permanece abierta *en el plano conceptual*. La irregularidad puede resultar de la violación de una regla contractual, interna o externa, dado que la regla vulnerada

¹² VOLK, “Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung”, en GÖSSEL / TRIFERER (eds.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, 1999, p. 421. De forma semejante, WOLLSCHLÄGER, *Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB und Umsatzprämien im Stufenwettbewerb*, 2009, p. 134; DÖLLING, Gutachten 61, *DJT*, C. 11.

¹³ VOLK, cit., p. 421 y s.

¹⁴ En este sentido también, DANLEY, cit., p. 22: “I wish to characterize a bribe as the offering or giving or promising to give something of value with the corrupt intent to induce a person to violate the duties of his or her role or office”.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

puede tener naturaleza jurídica o moral. Según VOLK, es la calidad de la regla violada la que debe determinar el grado de reprochabilidad o de punibilidad del comportamiento corrupto.¹⁵

Otros autores complementan la definición de VOLK al delimitar *el objeto de intercambio* ilegal de ventajas, a saber: una *decisión*. De este modo, “corrupción” debería ser definida como un *intercambio irregular de una decisión por una ventaja*. De esta manera, SPRAFKE conceptualiza la corrupción como “la afectación negativa del cumplimiento de tareas o de la representación de intereses mediante una relación de intercambio no permitida entre dador y receptor”.¹⁶ De forma similar procede KINDHÄUSER, que intenta definir la corrupción como la “conexión irregular de una ventaja con el ejercicio de un poder decisorio delegado”.¹⁷

Más completos aún se muestran los esfuerzos analíticos que llegan a la conclusión de que la corrupción presupone una *relación triangular o trilateral*, que no requiere estar constituida solo por personas, sino también por personas e instituciones como el Estado o una empresa.¹⁸ El receptor de la ventaja debía velar por los intereses de un individuo o de una institución y termina, sin embargo, por servir a un tercero. En este sentido, GROENENDIJK concibe la corrupción como “cualquier transacción no autorizada entre agentes y un tercero”¹⁹ y SALIGER como “servicio a dos amos, ventajoso y contrario al interés”.²⁰

Repárese que la violación de un deber (funcional) es un elemento común, frecuente,²¹ pero accidental del concepto de corrupción, como bien señala HELLMAN. También se debe considerar

¹⁵ VOLK cit., p. 426. Similar DANLEY, cit., p. 29: “That is, the moral status of bribery is dependent upon the moral status of positional duties”.

¹⁶ SPRAFKE, *Korruption, Strafrecht und Compliance – Untersuchung und Reformvorschläge zu § 299 StGB*, 2010, p. 5. Similar SZEBRAWSKI, *Kick-Back*, 2005, p. 155.

¹⁷ KINDHÄUSER, *ZIS*, p. 463, 2011.

¹⁸ MEYER, “Combating Corruption by Means of Private Law – The German Experience”, en: MEYER (ed.), *The Civil Law Consequences of Corruption*, 2009, p. 152; IDEM, *Korruption im Vertrag*, 2017, p. 117; KINDHÄUSER, cit., p. 463; GONTIJO, cit., p. 25.

¹⁹ GROENENDIJK, *Crime, Law & Social Change* 27, pp. 207, 210 y 218, 1997.

²⁰ SALIGER, “Das Unrecht der Korruption”, en: ALBRECHT et. al. (eds.), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, 2015, p. 498. Igualmente, MEYER, en: *The Civil Law Consequences of Corruption*, cit., p. 153: “servant of two masters”. En el mismo sentido, DANLEY, cit., p. 25: “The paradigm is that of the agent being influenced by some party other than the principal”.

²¹ En este sentido, CREMER, cit., p. 26; CARSON, *Philosophy & Public Affairs* 14, N. 1, p. 70, 1985: “Talk of bribery only makes sense in the context of positions or roles having special obligations. Central cases of bribery involve paying or inducing others to violate the fiduciary obligations of their offices or positions”; GREEN, *Lying, Cheating and Stealing: A Moral Theory of White-*

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

corrupción cuando un tercero ofrece una ventaja a un agente para que lo favorezca por medio del cumplimiento (objetivo) de la propia función delegada. Para HELLMAN, lo esencial del concepto de corrupción es un intercambio de bienes de diferentes tipos, pertenecientes a diferentes dominios (p. ej., dinero por acción funcional o política), siempre que este intercambio sea prohibido por el “detentador del poder de decisión”.²² En efecto, la contraprestación, realizada a cambio de la ventaja, no necesita ser *per se* ilegal: una sentencia jurídicamente correcta, dictada a favor de alguien que pagó al magistrado para hacerlo, puede ser objeto de una transacción corrupta.²³

Si, por un lado, la violación intrínseca de un deber no es lo que caracteriza a la corrupción, tampoco, por otro lado, el elemento de la ventaja *en sí* representa la esencia o ilicitud (o inmoralidad) *prima facie* del comportamiento corrupto, pero sí lo es el mencionado acuerdo triangular. La ilegalidad ínsita de la ventaja no es un elemento necesario de la corrupción.²⁴ El concepto neutro de ventaja de los delitos de corrupción, aceptado por la doctrina dominante,²⁵ corrobora este punto.

En suma, los elementos de la transacción, por sí mismos, no necesitan revestir ilegalidad, sino que es la *combinación* de estos elementos lo que eventualmente volverá la colusión, en su conjunto, inmoral o ilegal.²⁶ Este aspecto, de la unión entre los elementos como el verdadero rasgo distintivo de la corrupción, se traduce en la dogmática penal por medio de la expresión “*pacto ilícito*”, correspondiente a la noción alemana *Unrechtsvereinbarung* —o *quid pro quo*, en el ámbito anglosajón—, considerado el elemento central de los delitos de corrupción.²⁷ Veremos que el pacto

Collar Crime, 2007, p. 193 ss.; señala la “violation of duty” (violación de deber) como elemento central de la corrupción, STRUEBING, *New Criminal Law Review*, p. 9, 2018.

²² HELLMAN, “Understanding Bribery”, en ALEXANDER / FERZAN (eds.), *The Palgrave Handbook of Applied Ethics and the Criminal Law*, 2019, pp. 147 y ss.

²³ PHILIPS, cit., p. 622.

²⁴ GROENENDIJK, cit., p. 218; KINDHÄUSER, cit., p. 464.

²⁵ SATZGER, *ZStW 115*, p. 475 f., 2003. Cf. también DANLEY, cit., p. 24: “Anything of value can be used to bribe”.

²⁶ D’ANDRADE, *Journal of Business Ethics*, p. 240, 1985; PIES/SASS, “Korruptionsprävention als Ordnungsproblem – Wirtschaftsethische Perspektiven für Corporate Citizenship als Integritätsmanagement”, en: ORDO, *Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 57, 2006, pp. 345 y 349.

²⁷ SCHÜNEMANN, “Die Unrechtsvereinbarung als Kern der Bestechungsdelikte nach dem KorrBekG”, en: DANNECKER et. al. (eds.), *Festschrift für Harro Otto*, 2007, p. 778. PHILIPS, *Ethics*, p. 626, 1984, denomina este aspecto fundamental de la corrupción de “*agreement requirement*”. En la discusión norteamericana, se utiliza la expresión “*quid pro quo*”, cf. *US Supreme Court McDonnell v. United States*, p. 22: “Section 201 prohibits quid pro quo corruption—the exchange of a thing of value for an ‘official act’”.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

ilícito exigido por los tipos penales de corrupción (pública o privada) puede ser más o menos concreto, sobre todo en lo que se refiere a la mayor o menor concreción de la contraprestación del agente (el *quo*).²⁸

Los actores de este triángulo constitutivo de la corrupción, principalmente en investigaciones socioeconómicas y sociopolíticas, son comúnmente llamados: *agente* —el receptor de la ventaja—, *principal* —aquel cuyos intereses el agente debía observar o defender— y *cliente* —el que otorga la ventaja y es beneficiario de la acción u omisión del agente—. ²⁹ Esta relación trilateral constituye el objeto de la “teoría principal-agente” (en adelante TPA), uno de los principales campos de estudio de la nueva economía institucional. En este espacio no es posible reflexionar con más detalles sobre este abordaje y su capacidad de rendimiento para el análisis conceptual de la corrupción. Por esta razón, nos limitaremos a señalar los principales problemas intrínsecos que constituyen la relación principal-agente según la TPA, que son los siguientes: la asimetría informacional existente entre agente y principal (*hidden information*)³⁰ y la posibilidad del agente de actuar de manera oculta, sin ser observado directamente, persiguiendo intereses propios (o de terceros) en detrimento de los intereses del principal (*hidden action*).³¹

Es claro que, en los supuestos clásicos de corrupción, se observa la estructura de la relación principal-agente (-cliente). Usando el ejemplo del policía: el policía que recibe el soborno es el “agente”; la administración pública o el Estado para el que trabaja es el “principal”; y el traficante, que ofrece el soborno, es el “cliente”. Es posible generalizar este ejemplo para constatar que, en la corrupción pública o estatal, las relaciones principal-agente se presentan de la siguiente manera: funcionarios públicos (agentes) - Estado/administración pública/ciudadanos (principal); legisladores y gobernantes (agentes) - Estado/ciudadanos (principal).³² Fácilmente también puede percibirse esta estructura en un supuesto clásico de corrupción privada, como un *kick-back* (p. ej. el

²⁸ En este sentido, véase HELLMAN, cit., p. 158.

²⁹ Cf. KLITGAARD, *Controlling Corruption*, 1988, pp. 22, 69 y s.; WIELAND, “Korruptionsprävention durch Selbstbindung?”, en ARNOLD (ed.), *Wirtschaftsethische Perspektiven VI*, 2002, pp. 79 ss.; PIES/SASS, cit., p. 341/345; GEISLER, *Korruptionsstrafrecht und Beteiligungslehre*, 2013, p. 62. En Brasil, SANTOS, cit., p. 237.

³⁰ PRATT/ZECKHAUSER, *Principals and Agents: The Structure of Business*, 1991, p. 38 s.; KLEINE, *Entscheidungstheoretische Aspekte der Principal-Agent-Theorie*, 1996, p. 31; JOST (ed.), *Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre*, 2001, p. 30; OEHLICH, *Organisation – Organisationsgestaltung, Prinzipal-Agent-Theorie und Wandel von Organisationen*, 2016, p. 124.

³¹ PRATT/ZECKHAUSER, cit., p. 3; KLITGAARD, cit., p. 71; OEHLICH, cit., p. 122.

³² GROENENDIJK, cit., pp. 222 y s.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

caso Siemens-Enel): el director de la compañía, receptor de la ventaja, es el agente; los accionistas constituyen el principal; el proveedor, ofertante del soborno, es el cliente.³³

Los típicos problemas o conflictos de una relación principal-agente —*hidden action* y *hidden information*— se manifiestan claramente en la corrupción. La oferta de una ventaja al agente (o la solicitud por parte de él) sucede normalmente a escondidas, a espaldas del principal, que no es capaz ni de observar ni de saber inmediatamente sobre la transacción. Estos elementos confirman una posición correctamente defendida en la literatura de que la corrupción es un “delito de secreto” (*Geheimhaltungsdelikt*).³⁴ De hecho, parece contraintuitivo y va en contra del sentido común pensar en una transacción de corrupción realizada abiertamente, frente a los ojos del principal. Cabe recordar que hoy en día el pago de sobornos no es infrecuente mediante la creación de ingeniosos y sofisticados esquemas, como la utilización de empresas *offshore* creadas solamente para este fin.

No es, por lo tanto, una coincidencia que en los casos controvertidos de “corrupción” —en los que hay duda respecto de si corresponde clasificarlos como corrupción— están ausentes justamente estos (o uno de los) típicos elementos o fricciones de una relación principal-agente. P. ej., como veremos más adelante en el derecho alemán, tanto en la corrupción pública como en la privada se discute intensamente la punibilidad de la supuesta transacción corrupta cuando la ventaja indebida, el “soborno”, se dirige en última instancia no al agente sino al principal (a la administración pública o a la empresa, respectivamente) o cuando el pago del “soborno” cuenta con el consentimiento del principal. Recordemos el ejemplo, mencionado precedentemente, de la escuela: las contribuciones del fotógrafo pasaron, es cierto, por las manos de las profesoras, pero se destinaron a la escuela, para actividades escolares;³⁵ de modo similar se verifica en el ejemplo del restaurante y de la empresa de espumantes: el dueño del restaurante estaba de acuerdo con la remuneración extra de los mozos que recomendaban el espumante a los consumidores. En estos casos, no hay una oposición de intereses entre principal y agente. Además, no se registran ni una ventaja informativa del agente ni un comportamiento oculto, pues en las situaciones narradas todo sucedió con el conocimiento y la anuencia del principal.

³³ En similar sentido, SANTOS, cit., p. 237; GONTIJO, cit., p. 23.

³⁴ D'ANDRADE, cit., p. 242; PIES/SASS, cit., p. 346; MEYER, en: “The Civil Law Consequences of Corruption”, cit., p. 145; BOLES, *American Business Law Journal* 51, p. 125, 2014: “the bribe must transpire without the employer’s knowledge and consent”; ÍDEM, *Michigan Journal of International Law* 35, p. 682, 2014: “secrecy element”.

³⁵ MAYER, *Korruption im Vertrag*, cit., p. 97.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

De este modo, podemos sostener que la corrupción presupone una relación principal-agente y todos los problemas latentes de tal relación. La TPA por sí sola todavía no es capaz de aprehender la esencia (conceptual) de la corrupción, ya que esta estructura también está presente en otros delitos, como la administración desleal, delito aún desconocido (bajo esta rúbrica específica) en Brasil.³⁶ Una acción desleal presupone igualmente una relación entre un principal (el dueño del patrimonio) y un agente (el administrador de ese patrimonio) y la violación del deber de cuidado patrimonial seguida de la producción de un perjuicio en ese patrimonio. Veremos que este elemento común de la administración desleal y de la corrupción no es mera coincidencia y que de ello deben extraerse consecuencias normativas. El rasgo distintivo de la corrupción, no siempre presente en la administración desleal, se expresa en dos elementos: en la *relación triangular* y en la *ventaja (indebida)*.

Por lo tanto, para hablar de corrupción es necesario siempre identificar *tres* actores: un principal, un agente y un cliente.³⁷ De allí que, cuando se afirma que un gobernante que desvió dinero público para sí mismo es corrupto, se está utilizando el mencionado *concepto amplio* de corrupción. En rigor, este gobernante comete un peculado (art. 312, Código Penal brasileño, en adelante CP), un delito igualmente grave, pero que no es corrupción. Además, la corrupción adquiere su especificidad con el elemento de la ventaja indebida. Es plausible imaginar que una persona coaccione, mediante violencia o amenaza grave, a un agente para que actúe contra los intereses de su principal. Esto constituye, sin dudas, un ilícito (penal) —p. ej.: coacción, art. 146, CP o una extorsión, art. 158, CP—, pero no se trata de corrupción *stricto sensu*. Por esto, se puede decir que lo específico de la corrupción consiste en la alteración, *condicionada por una ventaja, de una relación principal-agente a favor de un tercero*.

Hasta aquí, solo nos *aproximamos* a una definición del concepto de corrupción, o sea, aun permanecemos en el plano descriptivo-conceptual, sin mayores consideraciones normativas. Todavía no hablamos del contenido de ilícito (penal) de la corrupción. Como vimos, en la corrupción se presupone el menoscabo de uno o más intereses del principal por parte de un agente,

³⁶ MANSDÖFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts – zugleich eine Untersuchung zu funktionalen Steuerungs- und Verantwortlichkeitsstrukturen bei ökonomischem Handeln*, 2011, p. 182.

³⁷ Correctamente CARSON, cit., p. 70, con el ejemplo de un fontanero autónomo contactado por un particular para destapar una tubería durante el fin de semana. Como el fontanero ha dicho que no trabaja los fines de semana, el cliente le ofrece un dinero extra para hacerlo. Sobre esto dice Carson: “Many would describe this case by saying that I bribed the plumber. However, I believe that this is just an extended use of the term ‘bribery’”.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

motivado por una ventaja indebida. Sin embargo, en el nivel conceptual se mantiene abierta la cuestión acerca de qué intereses perjudicados están en juego. Además de esto, el abordaje basado en la TPA no excluye la posibilidad de que, con la transacción corrupta, otros intereses sean afectados, que pueden ir más allá que aquellos correspondientes a alguno de los actores de nuestro triángulo (principal, agente, cliente) —p. ej., la propia comunidad—. Para delimitar el contenido de ilícito de la corrupción, se debe indagar, por lo tanto, qué intereses realmente afecta la transacción de corrupción.³⁸

De este modo, es posible partir de un concepto general de corrupción, como el propuesto, que abarque tanto la corrupción pública como la privada,³⁹ sin, todavía, anticipar algo en relación con su punibilidad o criminalización.⁴⁰ Esta cuestión, de carácter normativo, político-criminal, va depender fundamentalmente del contexto en el que la relación de corrupción sucede, de qué actores están involucrados (qué agente, qué principal y qué cliente) y de los intereses (o bienes jurídicos) que son afectados por aquella. Bajo esta óptica debe efectuarse el análisis del contenido de ilícito o de los llamados modelos de criminalización de la corrupción privada, de los que nos ocuparemos seguidamente.

III. Contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial: modelos

Para determinar el contenido de ilícito de la corrupción privada, por lo tanto, es necesario identificar cuáles son los bienes, intereses o derechos violados por el pacto corrupto y de qué modo esto sucede. En la doctrina y en las realidades legislativa y jurisprudencial de los países en los que la corrupción privada está criminalizada, se ofrecen básicamente dos enfoques, significativamente distintos.

El primero, que puede ser tenido como dominante en Europa, principalmente debido a la fuerza modeladora de los documentos internacionales que prevén e imponen la criminalización de la corrupción privada por los Estados europeos (se citan aquí los principales: Acción Común

³⁸ VOLK, cit., p. 428; WOLLSCHLÄGER, cit., p. 134; ZIMMERMANN, *ZStW* 124, p. 1027, 2012. En este sentido también, HELLMAN, cit., p. 148: “Whether it is wrong will depend on how we understand the concept of the relevant decision-maker”, cf. con más detalles, pp. 153 ss., 156.

³⁹ De este modo DANLEY, cit., p. 25; PIES/SASS, cit., p. 345.

⁴⁰ En este sentido, SCHÜNEMANN, “Die Bestrafung der Auslandsbestechung – eine strafrechtsimperialistische Torheit?”, en HOVEN / KUBICIEL (eds.), *Das Verbot der Auslandsbestechung - Tagungen und Kolloquien*, 2016, p. 32.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

98/742/JAI del Consejo de la Unión Europea, relativa a la corrupción en el sector privado, del 22 de diciembre de 1998; la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea, del 22 de julio de 2003, sobre el Combate a la Corrupción en el Sector Privado⁴¹), identifica como foco de protección de la ley penal la *relación interna* entre el principal (p. ej., empresario) y el agente (p. ej., director, representante, empleado), que sufre un menoscabo causado por este último en detrimento del primero. Según esta concepción, por lo tanto, el contenido de ilícito de la corrupción está vinculado al menoscabo de un *bien jurídico individual* de una determinada víctima. Como veremos a continuación, este modelo tiene claras ventajas; sin embargo tiene serias y comprometedoras desventajas.

La segunda concepción, por su parte, se basa en la suposición de que la corrupción no afecta bienes o intereses pertenecientes o atribuibles a determinados individuos, sino a un bien esencialmente *colectivo*: la libre competencia. Este modelo, aunque mayoritariamente dominante en Alemania desde principios del siglo pasado —a pesar de la reforma de 2015, que pretendió introducir el modelo alternativo, individual, en la ley— y ya desde hace algunos años en España, también presenta carencias de naturaleza tanto político-criminal, como dogmática.

A continuación, analizaremos estas dos concepciones centrales y, posteriormente, sacaremos una conclusión con respecto al contenido de ilícito de la corrupción privada.

1. Afectación de un bien jurídico individual: ¿interés del principal (empresario)?

En la literatura, la concepción que ve en la protección del empresario o de la institución cuyos intereses el agente debería preservar, la razón de ser de la prohibición penal de la corrupción privada, recibe el nombre de “modelo del dueño de negocio” (traducción de la expresión alemana *Geschäftsherrenmodell*).⁴² En consonancia con el concepto de corrupción esbozado anteriormente, en este modelo se identifica el contenido de ilícito de la corrupción privada en el quebrantamiento de la relación principal-agente en perjuicio del principal.⁴³ Sin embargo, como se indicó anteriormente, en el plano conceptual aún no se define qué intereses del principal se ven afectados,

⁴¹ Sobre esto, véase, detalladamente, GONTIJO, cit., pp. 53 y ss.; SANSEVERINO. *O crime de corrupção entre particulares: análise em uma perspectiva internacional em face dos interesses tutelados*, 2019, pp. 55 y ss.

⁴² Cf. BÜLTE, “Corrupción en el sector privado y el llamado ‘modelo del dueño del negocio’”, en MARTIN / MONTIEL / SATZGER (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, 2018, pp. 35 y ss. El origen de la nomenclatura “modelos regulatorios” es atribuida a VOGEL, “Wirtschaftskorruption und Strafrecht – Ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht”, en HEINRICH et. al. (eds.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, 2004, p. 398.

⁴³ En este sentido, SZEBROWSKI, cit., p. 155.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

tampoco si y cómo la afectación de estos intereses es capaz de justificar la criminalización de esa conducta. En este contexto, se vislumbran dos posibles objetos de protección de una eventual criminalización de la corrupción privada: a) el patrimonio del empresario (principal); b) la lealtad o integridad en la relación entre el principal y el agente.

a. Patrimonio del principal

Como muestran los casos clásicos de *kickback*, es común, aunque no obligatorio, que la empresa sufra un perjuicio patrimonial como consecuencia de la colusión de corrupción, por dos razones: a) por el hecho de que la elección comercial no se basa en criterios técnico-económicos, sino en la satisfacción económica personal del agente (director o empleado de la empresa), la contratación del servicio o la compra del producto se vuelve más onerosa para la empresa, en comparación con una transacción guiada por criterios estrictamente comerciales en un ambiente de libre competencia;⁴⁴ b) por la inclusión del precio del “soborno” destinado al agente en el precio final del contrato.

Tener como objetivo la protección del patrimonio de la empresa contra este tipo de transacción corrupta no se muestra, en principio, implausible. No obstante, este enfoque patrimonialista de la corrupción privada apenas tiene adeptos en la mayoría de los países, debido a dos tipos de consideraciones. La primera, de naturaleza normativa: por regla, los tipos penales de corrupción no tienen como requisito un perjuicio patrimonial del principal (empresa/ empresario). La protección del patrimonio por medio de esta prohibición penal se daría, por lo tanto, a través de una anticipación de la tutela penal, es decir, por medio de un tipo penal de peligro abstracto. Este tipo de anticipación de la tutela penal, sin embargo, se justifica solo en casos limitados, especialmente cuando se tiene en vista la protección de bienes jurídicos más fundamentales y valiosos, como la vida o la integridad física.⁴⁵

De *lege ferenda*, sin embargo, esta objeción no es fulminante, pues bastaría que el legislador introdujera en el tipo penal el requisito del perjuicio patrimonial, como lo hizo el legislador italiano, en el art. 2635 del Codice Civile,⁴⁶ antes de reformarlo y eliminar del tipo este requisito en 2017,

⁴⁴ Igualmente, RUSCA, cit., p. 235.

⁴⁵ En este sentido, *ibíd.*, p. 236.

⁴⁶ “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà,

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

y algunos Estados Federados de los Estados Unidos como Arizona (Ariz. Rev. Stat. § 13-2605 [2010]).⁴⁷ No obstante, en general, no se utiliza la opción legislativa de transformar la corrupción privada en un delito contra la propiedad por una razón sistemática: en la mayoría de los países europeos y en algunos países latinoamericanos (ej.: CP argentino, art. 173, inc. 7) existe el delito de administración desleal, destinado precisamente a la protección de la propiedad contra agresiones *internas*, como es el caso de la corrupción privada practicada por agentes, directores o empleados, que causan perjuicio a la empresa.⁴⁸ Por lo tanto, un delito patrimonial de corrupción privada sería superfluo.

Se advierte fácilmente que la última objeción, de naturaleza sistemática, no se aplica a ordenamientos jurídicos que, como el brasileño, no tienen un tipo penal como el de administración desleal. Por lo tanto, no es *a priori* implausible que el legislador conciba la corrupción privada como un delito patrimonial.

b. Lealtad/integridad de la relación principal-agente

En el ámbito del *Geschäftsherrenmodell*, el entendimiento que prevalece con respecto al contenido de ilícito de la corrupción es aquel que se enfoca en el daño a la relación interna entre el principal

cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni (...). Según PIOLETTI, *NZWiSt*, 2016, p. 258 y s., se trataba de una “forma cualificada de infidelidad patrimonial”. Cf. también MILITELLO, “Vorteilsgewährung und Korruption unter Privaten in Italien”, en ZÖLLER *et. al.*, *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension*. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, p. 1408.

⁴⁷ “A. A person commits commercial bribery if:

“1. Such person confers any benefit on an employee without the consent of such employee’s employer, corruptly intending that such benefit will influence the conduct of the employee in relation to the employer’s commercial affairs, and the conduct of the employee *causes economic loss* to the employer.

“2. While an employee of an employer such employee accepts any benefit from another person, corruptly intending that such benefit will influence his conduct in relation to the employer’s commercial affairs, and such conduct *causes economic loss* to the employer or principal.

“B. Commercial bribery is a class 5 felony if the value of the benefit is more than one thousand dollars. Commercial bribery is a class 6 felony if the value of the benefit is not more than one thousand dollars but not less than one hundred dollars. Commercial bribery is a class 1 misdemeanor if the value of the benefit is less than one hundred dollars.

“C. This section shall not be construed to prohibit a person from recruiting an employee of another employer unless, pursuant to an agreement between such person and the employee that such employee engage in conduct which will cause economic loss to his employer, such employee engages in conduct while an employee of his original employer and such conduct *causes economic loss* to the employer”.

Véase BOLES, *cit.*, p. 134, nota 90.

⁴⁸ Cf. LEITE / TEIXEIRA, *cit.*, pp. 15 y ss.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

(empresario) y el agente (director, empleado, etc.), causado por este último, motivado, a su vez, por el recibimiento de una ventaja indebida. En este contexto, un efectivo perjuicio patrimonial no asume una relevancia central. Al destacar y elegir como objeto de protección la relación interna entre el principal y el agente, la que, simplificada o vulgarmente, podría denominarse relación entre el patrón y el empleado, este enfoque es conocido en la discusión científica como el “modelo laboral”.⁴⁹ Se habla de una protección (penal) de la *relación de deber, de confianza y lealtad* entre el autor (agente) y el principal.⁵⁰

Este modelo ha sido adoptado cada vez más por las legislaciones extranjeras, especialmente europeas.⁵¹ Tómese, p. ej., el caso de Portugal, que en el art. 8.º, inc. 1, de la Ley n.º 20/2008, del 21 de abril, tipifica el delito de “corrupción en el sector privado”, con la siguiente redacción:

“El trabajador del sector privado que, por sí o mediante su consentimiento o ratificación, por interpuesta persona, solicite o acepte, para sí o para un tercero, sin que le sea debida, una ventaja patrimonial o no patrimonial, o su promesa, para cualquier *acto u omisión que constituya una violación de sus deberes funcionales* será reprimido con prisión de hasta cinco años o con pena multa de hasta 600 días”.

⁴⁹ Originalmente VOGEL, cit., pp. 402 y s.

⁵⁰ JAQUES, *Die Bestechungstatbestände unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der §§ 331 ff. StGB zu § 12 UWG*, 1996, p. 115; S SZEBROWSKI, cit., pp. 169 y s. Entre nosotros, REALE JÚNIOR, cit., pp. 230 y ss.

⁵¹ Esta orientación común de los países mencionados se explica por su adhesión a la Decisión Marco 2003/568/JAI del 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, la que toma como base el modelo laboral. El art. 2, inc. 1, titulado “Corrupción activa y pasiva en el sector privado”, contiene la siguiente regla:

“1. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que sejam consideradas infracção penal as seguintes condutas voluntárias, praticadas no exercício de atividades profissionais:

”a) Prometer, oferecer ou dar, directamente ou por interposta pessoa, vantagens indevidas de qualquer natureza a uma pessoa que, a qualquer título, dirija uma entidade do sector privado ou nela trabalhe, em benefício dessa pessoa ou de terceiros, a fim de essa pessoa, em violação dos seus deveres, praticar ou se abster de praticar determinados actos;

”b) Solicitar ou receber, directamente ou por interposta pessoa, vantagens indevidas de qualquer natureza, ou aceitar a promessa de tais vantagens, em benefício do próprio ou de terceiros, quando, a qualquer título, essa pessoa dirija uma entidade do sector privado ou nela trabalhe, a fim de, em violação dos seus deveres, praticar ou se abster de praticar determinados actos”.

Según el inc. 3, se abre la posibilidad de cada Estado miembro de declarar que “restringirá o âmbito de aplicação do n.º 1 às práticas, relacionadas com a aquisição de bens ou de serviços comerciais, que impliquem ou possam implicar distorção da concorrência”. Los países citados en el texto, sin embargo, no ejercieron esta opción prevista por la norma.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

El inciso 2.º prevé una figura calificada en los casos en que “el acto o la omisión prevista en el número anterior fuere idóneo para provocar una distorsión de la competencia o un daño patrimonial a terceros”⁵² y en el art. 9 se prevé, especulativamente, la punición de la “corrupción activa en el sector privado”. Excepto por la figura calificada, Suiza (arts. 322 octies y 322 novies, CP suizo), Francia (arts. 445-1, 445-2, 445-3, 445-4, Code Pénal) y Austria (§ 309, CP austríaco) tienen tipos penales de estructura semejante: el núcleo del ilícito penal de la corrupción privada es en aquellos la violación del deber del agente (director, empleado, representante de una institución privada) a cambio de una ventaja. Alemania, en 2015, también bajo el pretexto de la implementación de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea,⁵³ transformó su vetusto tipo penal⁵⁴ de “cohecho activo y cohecho pasivo en el tráfico comercial” (*Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr* - § 299, CP alemán), antes estructurado en la línea del modelo de competencia (ver *infra*), en un tipo penal híbrido, para contemplar también una modalidad típica que se ancla en la violación del deber que el agente tiene respecto de la empresa en relación con la compra de bienes y servicios (§ 299 I 2, II 2).⁵⁵ Además, cabe mencionar algunos Estados norteamericanos en los cuales existen, esencialmente, disposiciones penales concernientes a la corrupción privada (*commercial bribery*) que toman como punto de referencia la violación del deber que los agentes tiene

⁵² Nos ofrecen un análisis de la experiencia portuguesa BIDINO, cit., pp. 221 ss. y SANSEVERINO, cit., p. 71.

⁵³ HOVEN, *NStZ*, p. 556, 2016; F. WALTHER, *NZWiSt*, p. 256, 2015. Críticamente, con respecto a la innecesariedad, desde el punto de vista del derecho europeo, de esta implementación véase WOLLSCHLÄGER, cit., p. 151; RÖNNAU, *StV*, 2009, p. 306; SCHÜNEMANN, “Grenzen der Bestrafung privater Korruption im Rechtsstaat”, en WELLMANN / SCHRÖDER (eds.), *Festschrift für Hans Achenbach*, 2011, p. 513; SCHÜNEMANN, *ZRP*, p. 69, 2015.

⁵⁴ Existente desde 1909. Sobre la historia de este delito en Alemania, véase, con ulteriores referencias TEIXEIRA, *Das Unrecht der privaten Korruption im geschäftlichen Verkehr*, 2018, pp. 15 y ss.

⁵⁵ “Será reprimido con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa quien, en una transacción comercial, en calidad de empleado o encargado de una empresa: (...) sin consentimiento de la empresa, solicita, acepta promesa o recibe una ventaja, para sí o para un tercero, para realizar u omitir una acción en relación con la compra de bienes o servicios, lesionando, por medio de ello, sus deberes ante la empresa”.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

respecto del principal, entre los que se encuentran Louisiana,⁵⁶ California,⁵⁷ Alabama,⁵⁸ entre otros.⁵⁹

Antes de presentar las principales críticas a este modelo, es necesario exponer sus méritos. Estos residen, sobre todo, en el *plano conceptual*. En esta concepción *internalista* se aprehende correctamente la estructura fenomenológica de la corrupción esbozada anteriormente, es decir, como un quebrantamiento de la relación principal-agente en detrimento del principal. Esto es interesante no solo desde un punto de vista descriptivo, sino también normativo. Al centrarse en la vulneración de los intereses del principal, la conexión entre conducta típica y daño/víctima se visualiza directamente,⁶⁰ a diferencia de concepciones que se remiten a efectos indirectos a bienes jurídicos difusos para legitimar la prohibición penal. No se puede negar que, en la medida en que el agente, al adquirir bienes y servicios o ejercer cualquier otra función en nombre o por delegación del principal, se comporta orientado al beneficio propio y actúa en detrimento de los intereses del último, la parte directamente lesionada no es sino el principal. Además, cuestiones dogmáticas sensibles, como la relevancia del consentimiento del principal (ver *infra*), se resuelven casi de manera natural y satisfactoria conforme el acuerdo descriptivo-normativo de esta concepción.⁶¹

No obstante, las deficiencias de este modelo superan cuantitativa y cualitativamente sus ventajas. En los ordenamientos jurídicos que tienen el tipo penal de administración desleal, se destaca el carácter superfluo de criminalizar la corrupción privada, cuyo objetivo sería proteger los intereses del principal. Además de superflua, tal criminalización sería inadecuada, pues prescindiría

⁵⁶ Citado en BOLES, *American... cit.*, pp. 119/124 y s.: “the giving or offering, directly or indirectly, anything of apparent present or prospective value to any private agent, employee, or fiduciary, without the knowledge and consent of the principal or employer, with the intent to influence such agent’s, employee’s, or fiduciary’s action in relation to the principal’s affairs”.

⁵⁷ California Penal Code Section 641.3: “(a) Any employee who solicits, accepts, or agrees to accept money or anything of value from a person other than his or her employer, other than in trust for the employer, corruptly and without the knowledge or consent of the employer, in return for using or agreeing to use his or her position for the benefit of that other person, and any person who offers or gives an employee money or anything of value under those circumstances, is guilty of commercial bribery”.

⁵⁸ Ala. Code Ann. § 13A-11-120/121 (1975), en ROHLFSEN, *University of Chicago Legal Forum*, p. 151/165, 2012.

⁵⁹ A saber: Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Illinois, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, North Carolina, North Dakota, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Texas, Utah, Virginia, Washington, todos reproducidos en *ibíd.*, pp. 151-169 y ss.

⁶⁰ En este sentido, BOLES, *Michigan... cit.*, p. 682: “The offense’s most well-recognized harm is perhaps a violation of the bribed agent’s fiduciary duty of loyalty”.

⁶¹ En este sentido, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, 2016, p. 171.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

del requisito típico del daño patrimonial. El delito de corrupción privada constituiría, por lo tanto, una anticipación de la punibilidad de la infidelidad patrimonial.⁶²

Sin embargo, además de la objeción sistemática, que no tiene validez en países que no cuentan con el delito de administración desleal, el modelo “laboral” está expuesto a críticas sustanciales. Acertadamente se señala en la literatura que punir la violación de un deber interno del agente contra su principal representa una violación al principio de *ultima ratio*, pues se trataría de una intervención innecesaria —y por tanto desproporcionada— del derecho penal en una materia de naturaleza esencialmente civil o laboral.⁶³ De hecho, un derecho penal que se pretende liberal, con la misión de protección subsidiaria de bienes jurídicos valiosos para el individuo o para la comunidad,⁶⁴ no puede coexistir con tipos penales que incriminan la mera infracción de un deber, sin especificación de los derechos, intereses o bienes jurídicos concretamente afectados.⁶⁵ Sin embargo, esto es precisamente lo que sucede con las criminalizaciones formuladas según el modelo laboral, tal como lo ilustra el ejemplo portugués.

Los tipos penales moldeados según esta concepción adolecen, todavía, de otro problema fundamental, ligado al principio de legalidad, más específicamente al mandato de determinación o principio de taxatividad. Esto se debe a que el contenido y la extensión de los deberes susceptibles de infracción por el agente no son determinables *ex ante*, sino que son fijados por el principal o por la institución para la cual el agente trabaja.⁶⁶ Con esto, no solo la prohibición pasa a carecer del

⁶² LESCH, *AnwBL* 5, 2003, p. 265; LÜDERSEN, *Entkriminalisierung des Wirtschaftsstrafrechts III*, 2014, pp. 24 y ss.; WOLLSCHLÄGER, cit., p. 147; GEISLER, cit., p. 105; SCHÜNEMANN, *ZRP* cit., p. 68, 2015; ÍDEM, en *Das Verbot...* cit., p. 38; SALIGER, cit., p. 501.

⁶³ SCHÜNEMANN, *ZRP* cit., p. 69. En sentido similar, SALIGER, cit., p. 502. Con más referencias RÖNNAU, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht...* cit., p. 359; HOVEN, cit., 553; WOLLSCHLÄGER, cit., pp. 146, 152; ALTENBURG, *Die Unlauterkeit in § 299 StGB: Ein Beitrag zur Harmonisierung von Strafrecht und Wettbewerbsrecht*, 2012, p. 65; ÍDEM, *CB*, 2015, p. 146; GAEDE, cit., p. 287. Véase también PRAGAL, *Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB: Erscheinungsformen, Rechtsgut, Tatbestandsauslegung und ein Reformvorschlag*, 2006, p. 122; KAIKIFA-GBANDI, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 18, 2010, pp. 162 y ss. Véase una nueva descripción legal en PASSARGE, *DStR*, p. 484, 2016; HEUKING/VON COELLN, *BB*, 2016, p. 326; SCHRÖDER/FREKES, “Der neue § 299 StGB – Anmerkungen und Ausblick”, en ALBRECHT *et. al.* (eds.), *Unternehmensstrafrecht: Festschrift für Jürgen Wessing zum 65. Geburtstag*, 2015, p. 303. Entre nosotros, véanse las atinadas críticas de BIDINO, cit., p. 229; LAUFER, cit., p. 172 y GONTIJO, cit., p. 183.

⁶⁴ Por todos, ROXIN/GRECO, *Strafrecht: Allgemeiner Teil, t. I*, 2020, § 2, N.º m. 97 y ss.

⁶⁵ GRECO, *GA*, 2019, pp. 695 y ss.

⁶⁶ GORIUS, *Die Strafbarkeit des Prinzipals im Lichte des § 299 StGB: eine Untersuchung de lege lata et ferenda unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsguts der Norm und der Strafbarkeit von Organen der Kapital- und Personengesellschaften*, 2015,

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

necesario grado de determinación y previsibilidad, sino también a ejercer el papel que debería desempeñar una regla disciplinaria o interna de *compliance* y no una prohibición penal. En la doctrina, se menciona usualmente un famoso ejemplo elaborado por RÖNNAU, como forma de argumento *ad absurdum* del modelo de criminalización aquí analizado. Se trata del ejemplo de una funcionaria de una empresa de *catering* que recibe una “dádiva” del cliente para no usar delantal, en oposición a las instrucciones internas de la entidad patronal.⁶⁷ En esta línea, también ACKERMANN y BAUMANN, en referencia al derecho suizo, citan los ejemplos de un jefe de equipo de un banco que promete a un miembro del equipo bonos más elevados para que emita una evaluación positiva de su trabajo, de modo que el jefe pueda ascender en la carrera; y del profesor de una facultad privada que permite que sus alumnos aprueben los exámenes mediante el pago de una “tarifa”.⁶⁸

Lo esencial en la crítica al modelo laboral es el argumento según el cual solo la referencia a la infracción del deber del agente no es capaz de explicar el contenido de ilícito (penal) de la corrupción privada. Como tal, la violación del deber es, de hecho, un problema interno entre empleador y empleado, que debe ser resuelta por el derecho civil o laboral. La violación de un deber interno por parte de un agente privado no tiene la misma trascendencia que, p. ej., la violación de un deber de un funcionario público, que actúa en nombre de la comunidad.⁶⁹ El funcionario público asume un deber de lealtad hacia todos los ciudadanos, razón por la cual la violación de ese deber interesa a toda la sociedad y, en consecuencia, es sustancialmente más grave que la transgresión de un deber privado y puede ser legítimamente criminalizado.⁷⁰ Por este motivo, un delito general de corrupción,⁷¹ como el plasmado en el Bribery Act del Reino Unido, que ignora la distinción normativa entre corrupción pública y privada, debe ser rechazado.

c. Conclusión intermedia

p. 129; GEISLER, cit., p. 104; RÖNNAU, *StV*, cit., p. 307; ÍDEM, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 360; WALTHER, cit., p. 257. Similar, véase WOLLSCHLÄGER, cit., p. 154. También, ver KAIAPA-GBANDI, cit., p. 162; PASSARGE, cit., p. 484; SCHRÖDER/FREKES, cit., p. 305; WOLFRAM/PEUKERT, *NZWiSt*, p. 209, 2017.

⁶⁷ RÖNNAU, en: *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 359.

⁶⁸ ACKERMANN / BAUMANN, “Bestechung Privater”, en GROPP *et. al.* (eds.), *Strafrecht als Ultima Ratio: Gießener Gedächtnisschrift für Günter Heine*, 2016, pp. 8 y s.

⁶⁹ Sobre el ilícito de la corrupción pública como afectación de la esfera pública por parte de la privada véase GRECO / TEIXEIRA, “Aproximação a uma teoria da corrupção”, en LEITE / TEIXEIRA (eds.) *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*, 2017.

⁷⁰ En este sentido, VOLK, cit., p. 426; GREEN, “Official and commercial bribery: Should they be distinguished?”, en HORDER / ALLDRIDGE (eds.), *Modern Bribery Law: Comparative Perspectives*, 2013, pp. 40, 47, 57; VON TIPPELSKIRCH, *GA*, p. 575, 2012; RUSCA, cit., p. 325.

⁷¹ Sugerencia monográfica por PRAGAL, cit., p. 146; ÍDEM, *ZIS*, p. 75, 2006.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

Aun cuando señalar los intereses del principal como objeto de protección penal de la corrupción privada tenga sentido desde el punto de vista descriptivo-fenomenológico, esta concepción, sin ulteriores concretizaciones, no convence desde un punto de vista normativo. La criminalización de la violación genérica de un deber interno, de naturaleza privada, no es digna de tutela penal y es incompatible con los principios de subsidiariedad y de legalidad en materia penal. Además, la protección del patrimonio del principal contra actos de corrupción de los agentes solo tiene sentido en ausencia o insuficiencia de otros tipos penales de protección del patrimonio, especialmente el de administración desleal.

2. Afectación de un bien jurídico colectivo: ¿libre competencia?

El otro modelo principal de criminalización de la corrupción privada se basa en premisas muy distintas. El contenido de ilícito de la corrupción privada residiría en una lesión, no a un bien jurídico individual, perteneciente a uno de los actores involucrados en el acuerdo de la corrupción, sino a un *bien jurídico colectivo*, a saber, *la libre competencia*. La sustitución de criterios objetivos en las transacciones comerciales, relacionados con la eficiencia económica, por criterios subjetivos, vinculados a las ventajas personales obtenidas por los agentes responsables por la contratación de productos y servicios en nombre de la empresa, representaría un peligro para el sistema de libre y justa competencia.

Esta concepción, comúnmente denominada “modelo de competencia”, puede (todavía) considerarse dominante en Alemania⁷² y en España.⁷³ En el plano legislativo, Alemania y España siguieron caminos, en cierto modo, opuestos. Por un lado, en Alemania, como se mencionó anteriormente, desde su creación en 1909 (todavía en la *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* — UWG—, traducción aproximada: Ley Contra la Competencia Desleal), el tipo penal de “corrupción activa y pasiva en las relaciones comerciales” era estructurado e interpretado por la doctrina y la jurisprudencia completamente de acuerdo con el modelo de competencia. Esto ocurrió

⁷² BGH NJW 2006, 3290, 3298; VORMBAUM, “Probleme der Korruption im geschäftlichen Verkehr. Zur Auslegung des § 299 StGB”, en HOYER / MÜLLER / PAWLK (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, p. 652; GORIUS, cit., p. 77. Con más detalles, RÖNNAU en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht...*, cit., p. 280.

⁷³ Con más detalles, GIL NOBAJAS, *Estudios penales y criminológicos XXXV*, 2015, p. 574; ENCINAR DEL POZO, cit., p. 73, 157; GILI PASCUAL, *El delito de corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 53 y ss., pp. 69 y ss.; OTERO GONZÁLEZ, *InDret 4*, pp. 4 y ss., 2019.

⁷⁴ Entre nosotros la defiende, p. ej., FERREIRA, cit., p. 172.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

hasta 2015, cuando la ley penal (§ 299, StGB) fue reformada para incorporar una nueva modalidad típica basada en el modelo laboral. Por otro lado, en España, si existía alguna duda en cuanto a la orientación del tipo penal de “corrupción entre particulares” (creado por la Ley Orgánica 5/2010), la adscripción al modelo de competencia parece ser incuestionable a partir de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 que no solo modificó el epígrafe del delito por el de “corrupción en los negocios”, sino que también excluyó el elemento del tipo “incumpliendo sus obligaciones” del artículo 286 *bis*, CP español (violación del deber de agente).⁷⁵

Para una mejor visualización de un tipo penal de corrupción privada estructurado conforme el modelo de competencia cabe reproducir la redacción del actual precepto español:

“El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para *favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales*, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja”.

Se percibe claramente la diferencia entre una norma como esta con una norma del modelo patrimonial o laboral como la portuguesa, reproducida en el apartado anterior. En primer lugar, en la norma española, de matriz competitiva, se ha delimitado el contexto en el que debe tener lugar la transacción corrupta: en la adquisición o venta de productos, en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales. Con esto, ya se excluye de la tipicidad a las colusiones internas, como los ejemplos antes mencionados del banco y de la facultad privada. En segundo lugar, el otro componente del pacto ilícito de la corrupción, en lugar de una violación de deber genérica en el modelo laboral, consiste en el favorecimiento indebido de otros en el contexto mencionado. Sucintamente: lo que se pune es el intercambio de una ventaja por el favorecimiento indebido de un competidor, en detrimento de los demás, en una relación comercial.

Se advierte, por tanto, que una prohibición penal de la corrupción privada de acuerdo con el modelo de competencia es más restringida que una acorde con el modelo laboral y ello se revela como ventajoso. Sin embargo, esta concepción, en su forma pura, adolece de insuficiencias que

⁷⁵ Cf. ENCINAR DEL POZO, cit., p. 45; GILI PASCUAL, cit., pp. 32 y ss., 75.; OTERO GONZÁLEZ, cit., pp. 19 y ss.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

pueden subdividirse en dos clases: insuficiencia político-criminal o de fundamento, que se vincula con la institución de la libre competencia como bien jurídico colectivo (a); insuficiencias dogmáticas o de aplicación, relacionadas con la punibilidad del principal y de la relevancia jurídica de su consentimiento (b). Algunas de esas insuficiencias, especialmente las dogmáticas, se evitan con teorías mixtas o diferenciadoras que, sin embargo, aún no convencen plenamente (c).

a. ¿Libre competencia como bien jurídico colectivo?

La piedra angular y, al mismo tiempo, el principal problema del modelo de competencia es la postulación del bien jurídico colectivo: la libre competencia. Elegir o reconocer como objeto de protección penal un bien jurídico colectivo no es un mero problema conceptual o académico. A diferencia de los bienes jurídicos individuales, cuya lesión (o puesta en peligro) mediante la afectación del objeto del comportamiento⁷⁶ suele ser de fácil comprobación,⁷⁷ la lesión o la puesta en peligro de los bienes jurídicos colectivos no es, por regla, perceptible de forma inmediata, perceptible “a simple vista”.⁷⁸ Este aspecto hace más endeble o más engorrosa la legitimación de la protección penal de los bienes jurídicos colectivos, pues, la eficacia, la adecuación y el sentido de la prohibición, al fin de cuentas se tornan más difusos. Además, los bienes jurídicos colectivos son, por regla, indisponibles, es decir, el consentimiento del afectado es jurídicamente irrelevante y no excluye la ilicitud, a diferencia de lo que suele ocurrir con los bienes jurídicos individuales.

No pretendemos, en este apartado, ingresar en la discusión sobre la legitimación existencial de los bienes jurídicos colectivos, es decir, en el debate entre la teoría personal del bien jurídico, según la cual el derecho penal debe proteger exclusivamente bienes jurídicos individuales (al menos indirectamente),⁷⁹ y la teoría dualista (predominante en la doctrina), que reconoce la necesidad de protección penal de bienes jurídicos colectivos (e individuales, obviamente).⁸⁰ Para satisfacer el

⁷⁶ Sobre la distinción entre bien jurídico y objeto de la acción, véase solo AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft: Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage – zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechens*, 1972, pp. 198 y ss.

⁷⁷ WÖHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährungsdelikte*, 2000, p. 224.

⁷⁸ GEERDS, *Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz*, 1990, p. 40.

⁷⁹ HASSEMER, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, en SCHOLLER / PHILIPPS (eds.), *Jenseits des Funktionalismus – Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, pp. 91 y ss.

⁸⁰ Esta denominación en GRECO, “Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?”, en HEINRICH et. al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, 2011, p. 206. Confrontar también BADARÓ, *Bem jurídico penal supraindividual*, 2017, pp. 184 y ss.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

objetivo de este trabajo alcanza con mencionar el aporte crítico común a ambas vertientes, que consiste en la denuncia y alerta de la hipóstasis *de supuestos bienes jurídicos colectivos*.⁸¹

Para obtener precisamente los efectos anteriormente mencionados —no comprobación (empírica o material) del nexo entre la conducta prohibida y la lesión del bien jurídico y anulación de los efectos del consentimiento del afectado para evitar que la prohibición sea considerada paternalista—, a menudo el legislador utiliza (falsos) bienes jurídicos colectivos. En palabras de GRECO: “los bienes jurídicos colectivos facilitan la vida del legislador”.⁸² El ejemplo más claro de este recurso se encuentra en la ley penal de drogas. Comúnmente se dice que los delitos de drogas vulneran el bien jurídico “salud pública”.⁸³ La salud pública, sin embargo, no es más que la suma de los bienes jurídicos individuales de cada ciudadano (su salud o su integridad física) y, en principio, cada ciudadano es libre de preservar o dañar su propia salud mediante el consumo de drogas.⁸⁴

Por estas razones, es necesario exigir al legislador —y a la ciencia penal— que elijan como objeto de protección de las normas penales únicamente bienes jurídicos colectivos *verdaderos*. En esta tarea de establecer criterios para definir el concepto de bien jurídico colectivo, la literatura jurídico-penal se basa en la contribución inicial de ALEXY. Este autor atribuye las siguientes características necesarias a los (verdaderos) bienes jurídicos colectivos: *no exclusividad del uso, no rivalidad en el consumo* y, principalmente, *no distributividad*. Así, existe un bien jurídico colectivo cuando “conceptual, fáctica y jurídicamente es imposible dividir el bien en partes y atribuirlos a los individuos”.⁸⁵ A partir de esto, HEFENDEHL afirma que un bien jurídico colectivo se caracteriza por

⁸¹ HEFENDEHL, “Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, en HEFENDEHL / VON HIRSCH / WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie - Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003, pp. 121 y ss.; SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”, en HEFENDEHL / VON HIRSCH / WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie - Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003, p. 149; SCHÜNEMANN, “Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat”, en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds.), *Mediating Principles: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, 2006, p. 26; ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005, pp. 296 y ss.

⁸² GRECO, *Gibt es...*, cit., p. 200.

⁸³ En este sentido, cf. BALTAZAR JR., *Crimes federais*, 2017, p. 1155 y BRASILEIRO, *Legislação criminal especial comentada*, 2016, p. 701. Véase también STF, HC 104.492, 2.ª T., Rel. Min. Ayres Britto, j. 19.04.2011.

⁸⁴ KUHLEN, *ZStW* 105, p. 722, 1993; WOHLERS, cit., p. 190 y ss; HEFENDEHL, cit., p. 128. En ese sentido, HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, p. 88; SCHÜNEMANN, en *Rechtsgutstheorie*, cit., p. 146; GRECO, *Gibt es...*, cit., p. 201.

⁸⁵ ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs - Studien zur Rechtsphilosophie*, 1995, p. 239 y s.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

el hecho de que “potencialmente puede ser utilizado por cada miembro de la sociedad”. Entonces, no sería posible “atribuir el bien jurídico o una parte de aquel a solo una parte de la sociedad”.⁸⁶

Cabe señalar, sin embargo, que los criterios antes mencionados sirven para *describir* bienes jurídicos colectivos verdaderos. Es decir, ofrecen pautas positivas que permiten que el legislador reconozca y elija adecuadamente los bienes jurídicos colectivos a ser protegidos por medio del derecho penal. No obstante, estos criterios desempeñan un papel negativo o minimalista que ejercen la función de identificar cuándo el legislador utiliza falsamente o abusa del concepto de bien jurídico colectivo para “facilitar su vida”. Por lo tanto, esta función negativa, a pesar de ser importante, necesita complementarse con consideraciones de carácter normativo. Pues la existencia de bienes jurídicos colectivos es un problema ontológico⁸⁷ que debe ser abordado por la ontología social.⁸⁸ No se puede excluir de antemano que ciertos bienes jurídicos considerados falsos por la dogmática penal, como la salud pública, sean vistos como un bien colectivo por la ontología social.⁸⁹ Por estas razones, GRECO desarrolló criterios o un examen para la legítima postulación de bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Téngase como primera regla, también designada por él como “examen de circularidad”: “el hecho de que una disposición penal no sería legítima sin la postulación de un bien jurídico colectivo no ofrece ninguna razón para postular un bien jurídico determinado”.⁹⁰ Esta regla puede servir para revelar, de manera crítica, las intenciones reales del legislador al “crear” un bien jurídico colectivo. Sin embargo, rara vez el legislador admitirá tal motivación por detrás de la creación de un tipo penal. Por el contrario, como regla, argumentará que el bien jurídico colectivo elegido como objeto de protección penal es realmente valioso y digno de protección. Por esto, los demás exámenes desarrollados por GRECO se muestran más útiles. El segundo examen se deriva del criterio de *no distributividad* o *indivisibilidad* antes mencionado: “el hecho de que un número indeterminado de individuos tenga interés en un bien no es razón para postular un bien

⁸⁶ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 112; en el mismo sentido anteriormente KUHLEN, cit., p. 704: “Es característico de los bienes universales o de la comunidad que todos pueden usarlos y que nadie puede ser excluido de ese uso”. En el mismo sentido, GRECO, *Gibt es...*, cit., p. 203: “Son bienes jurídicos universales aquellos que no pueden ser divididos en partes atribuibles a individuos particulares”.

⁸⁷ GRECO, *Gibt es...*, cit., p. 209.

⁸⁸ Cf. solo SEARLE, *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, 2010, pp. 90 y ss; TUOMELA, *Social ontology: collective intentionality and group agents*, 2013.

⁸⁹ GRECO, *Gibt es...*, cit., p. 209.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 208.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

colectivo”.⁹¹ Más interesante, sin embargo, es el tercer examen. Este intenta identificar bienes jurídicos colectivos que no tienen valor normativo autónomo, pues siempre presuponen la lesión de un bien jurídico individual. Se trata del examen de la *no especificidad*: “no está permitido postular un bien colectivo como objeto de protección de una determinada norma penal si la afectación de este bien presupone necesariamente la lesión simultánea de un bien individual”.⁹²

No es sencillo situar la libre competencia en este contexto. En primer lugar, es difícil concebir la libre competencia como un “bien” y que pertenezca, de igual manera, a todos los individuos de la sociedad, tal como la administración pública, la administración de justicia, etc., es decir, como un bien colectivo en *sentido fuerte*.⁹³

La competencia es un fenómeno complejo que recibe distintas definiciones según las distintas concepciones y escuelas económicas⁹⁴ y cumple diferentes (y discutidas) funciones.⁹⁵ Es indiscutido que la competencia es un presupuesto de una economía de mercado moderna.⁹⁶ La persecución (libre y justa) de ventajas económicas produce efectos supraindividuales positivos, la llamada “paradoja del egoísmo al servicio de la colectividad”.⁹⁷ Los efectos positivos de la competencia se pueden dividir en económicos y normativos o jurídicos, vinculados con el derecho a la libertad. En otras palabras, la competencia puede ser vista desde una doble perspectiva: 1) como condición de eficiencia económica y bienestar general y 2) como condición o realización de la libertad de los involucrados.⁹⁸

⁹¹ *Ibíd.*, p. 210.

⁹² *Ibíd.*, p. 213.

⁹³ En este sentido RUSCA, cit., p. 238; ÍDEM, “¿Es la libre competencia comercial un bien jurídico colectivo que merezca protección penal?”, en PERALTA/RUSCA (eds.), *Fundamentos del Derecho Penal y delitos de cuello blanco*, 2019, pp. 236 y ss.

⁹⁴ Escuela clásica (Adam Smith y David Ricardo), neoclásica, Escuela de Harvard, Escuela de Chicago etc.

⁹⁵ Fund. KANTZENBACH, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, 1966, pp. 14 y ss. Al respecto, cf. KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe. Die Begründung eines Kartellkollektivstrafrechts im deutschen Recht - zugleich eine Untersuchung zur grundsätzlichen Bedeutung der kollektiven Dimension im Strafrecht*, 2003, pp. 145 y ss.

⁹⁶ GEERDS, cit., p. 293; BOTTKKE, “Zur Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts im engen Sinne und seiner spezifischen Deliktbeschreibung”, en SCHÜNEMANN/GONZÁLEZ (eds.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts – Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, 1994, p. 117; BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, § 2, n.º m. 105, 2011.

⁹⁷ *Ibíd.*, § 2 n.º m. 41.

⁹⁸ Cf. HERDZINA, *Wettbewerbspolitik*, 1999, p. 16; TIEDEMANN, *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, 1976, p. 104; ÍDEM, *Wettbewerb und Strafrecht*, 1976, p. 9; HOPPMAN, *Wirtschaftsordnung und Wettbewerb*, 1988, p. 187; KOHLHOFF, cit., p. 125, 135 ss; SCHMIDT/HAUCAP, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht – Eine interdisziplinäre Einführung*, 2013, p. 19.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

Las conductas con potencial de lesionar los intereses y derechos de los competidores están tradicionalmente reguladas por el derecho antimonopólico, que veda ciertos tipos de restricciones a la competencia. Las principales prohibiciones se refieren a acuerdos verticales y horizontales, de los cuales los más conocidos son el cartel, el abuso de posición dominante y las fusiones.⁹⁹ Por regla, solo los dos primeros suelen ser objeto de preocupación del derecho penal, no sin mayores cuestionamientos, no obstante.¹⁰⁰ No se niega que, en determinados casos, estas conductas consiguen producir efectos negativos para la sociedad (p. ej.: mecanismo de formación de precios)¹⁰¹ y para la libertad económica de los agentes económicos.¹⁰² Sin embargo, se reconocen las dificultades a la hora de tipificar penalmente las conductas anticompetitivas. Habitualmente, la verificación de una infracción en la competencia depende de análisis empírico-económicos en el caso concreto. Esto se muestra poco compatible con el mecanismo de subsunción del derecho penal —“programa condicional” (*Koditionalprogramm*), en la expresión de LUHMANN—. ^{103 104}

En cualquier caso, la conducta individual (o el conjunto individual de conductas) de corrupción privada ni siquiera tiene potencialmente la trascendencia colectiva que ostentan determinados comportamientos objeto de la legislación antimonopolio, como el abuso de poder dominante, el cartel de precios, etc.¹⁰⁵ Como se desprende del análisis conceptual de la corrupción (privada)

⁹⁹ BUNTE/STANCKE, *Kartellrecht – mit Vergaberecht und Beihilfenrecht: Lehrbuch für Studium und Praxis*, 2016, p. 18.

¹⁰⁰ STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1999, p. 310; LÜDERSSEN, *BB*, p. 2528, 1996. Sostienen que la “libre competencia” y la “justa competencia” son categorías insuficientemente específicas para poder ser objeto de protección penal. Véase PIETH, *ZStW 109*, p. 773, 1997.

¹⁰¹ WOLF, *WRP*, p. 543, 1995; ver también, TIEDEMANN, *Kartellrechtsverstoffe...*, cit., pp. 61, 109.

¹⁰² BAUMANN/ÄRZT, *ZHW*, p. 34, 1970; EMMERICH, *Kartellrecht: Ein Studienbuch*, § 4, n.º m. 29 s., 2014; BOLENIUS, “Wirtschaftsstrafrechtliche Normen im Wettbewerbs- und Kartellrecht”, en BAUMANN/DÄHN (eds.), *Studien zum Wirtschaftsstrafrecht*, 1972, p. 19; KOHLHOFF, cit., pp. 167 y ss.

¹⁰³ LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 2013, pp. 195 y ss.

¹⁰⁴ TIEDEMANN, *Kartellrechtsverstoffe...*, cit., p. 106; BOLENIUS, cit., p. 49; DREHER, en “Ordnungswidrigkeitenrecht statt Strafrecht im Kartellrecht – Folgerungen für Regulierung und Kontrolle der Finanzmärkte”, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK, 2011, p. 229.

¹⁰⁵ GERVURTZ, *University of Miami Law Review* 42, p. 366, 1987: “(...) commercial bribery is an agreement or combination that has the effect of increasing prices and depriving consumers of the advantages of free competition”, p. 374: “however, usually (commercial bribery) does not produce a market impact that would be sufficient to create a monopoly”; véase también MILLS/WEISBERG, *Stanford Law Review* 60, pp. 1412 y ss., 2008, quienes señalan que la corrupción comercial puede producir incluso efectos positivos. En referencia al derecho español, en el sentido aquí defendido, GILI PASCUAL, cit., p. 74: “la tutela de este bien institucional ‘competencia’ existe, pero es ciertamente remota su afectación en el delito que nos ocupa, pues nada tiene que ver la figura objeto de estudio con combatir las conductas anticolusorias más importantes”. En similar sentido también, cf. GONTIJO, cit., p. 180.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

realizado precedentemente, los potenciales afectados por el pacto ilícito son el principal (p. ej., la empresa y sus propietarios), de forma directa, e, *indirectamente, los competidores*. Más remotamente aún, se puede pensar en los intereses de los *consumidores*. Dejando de lado, por ahora, los intereses del principal, que en gran medida ya fueron abordados anteriormente en este estudio, y destacando el hecho de que, en realidad, estamos hablando de intereses, bienes o derechos *individuales*, se puede llegar sin dificultad a la conclusión de la ineptitud de la prohibición de la corrupción para la protección de competidores y consumidores:

a) De plano, ya puede descartarse un posible perjuicio patrimonial de los competidores como factor legitimador de la prohibición penal de la corrupción privada. Por regla, las meras expectativas de ganancias económicas no componen el concepto jurídico de perjuicio patrimonial.¹⁰⁶ La expectativa de que un competidor prevalezca sobre los demás y, por lo tanto, obtenga una ventaja financiera por medio del negocio es aún muy incierta, principalmente teniendo en cuenta la libertad de elección de la empresa contratante.¹⁰⁷ Tampoco se vislumbra en la corrupción privada una agresión a la libertad económica de los competidores —tal como es el caso de ciertas conductas prohibidas en el derecho antimonopólico—. Un número limitado de competidores omitidos, en el caso concreto, pierden la posibilidad de obtener un contrato (la venta de un producto o la contratación de un servicio). En rigor, sin embargo, la consecuencia de la corrupción para estos competidores consiste en no haber alcanzado un *éxito* comercial en un caso individual, nada más que esto. Los competidores no son coaccionados, no son expulsados del mercado, no son estructuralmente perjudicados.¹⁰⁸

Es necesario reconocer, sin embargo, que el favorecimiento del competidor que paga un soborno puede representar la violación de las reglas del juego de la libre competencia, en otras palabras, una afectación del mandato de *fairness*,¹⁰⁹ según el cual vence el competidor que ofrece el mejor servicio y el mejor precio y no aquel que se sirve de métodos poco transparentes como el pago de ventajas indebidas.¹¹⁰ Es cuestionable, no obstante, si el derecho penal deber ser el

¹⁰⁶ Por todos, HEFENDEHL, § 263 n.º m. 391, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2014.

¹⁰⁷ En este sentido PRAGAL, cit., pp. 113 y ss.

¹⁰⁸ Véase, en forma clara, GILI PASCUAL, cit., pp. 81 y ss., quien considera que el art. 286 bis, CP español tutela precisamente los intereses concretos de los competidores omitidos mediante el favorecimiento indebido de la empresa corruptora.

¹⁰⁹ En este sentido, DANNECKER, § 299, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.) *Strafgesetzbuch*, 2017, n.º m. 4; CAMARGO/LIMA, *RBCC 134*, 2017, pp. 219 y ss.

¹¹⁰ WIELAND, cit., p. 80; NÖCKEL, cit., pp. 188, 193 y 207.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

mecanismo adecuado para preservar esta forma de ética empresarial. El *fairness, per se*, no es un bien jurídico protegible por el derecho penal, al menos no de un derecho penal despojado de la noción rectora de la violación de deberes éticos y basado en la idea de protección subsidiaria de los bienes jurídicos.¹¹¹

b) Finalmente, podrían considerarse los efectos nocivos de la corrupción privada empresarial para la comunidad, más específica e indirectamente,¹¹² para los consumidores, considerando que las elecciones comerciales económicamente irracionales, basadas en ventajas personales concedidas subrepticamente, harían menos eficiente la economía y se ofrecerían a los ciudadanos productos más onerosos y de menor calidad. Precisamente esta idea o valor, comúnmente llamado “principio de la eficiencia” (*Leistungsprinzip*), durante décadas fue la base del derecho de la competencia desleal alemana (*Lauterkeitsrecht*) y de la propia prohibición penal de la corrupción empresarial.¹¹³ Sin embargo, incluso en el derecho de la competencia donde surgió, esta idea ya es considerada obsoleta.¹¹⁴ En el derecho penal, con mayor razón aún, debe ser refutada.¹¹⁵ En principio, los

¹¹¹ ROXIN/GRECO, cit., § 2 n.º m. 49 b y ss.; cf. También BOTT/MITSCH, *KriPoZ* 3, 2016, p. 161: en referencia a la criminalización del autodopaje.

¹¹² No se puede ignorar que, en casos o sectores específicos, una colusión de corrupción en el sector privado puede afectar significativamente a los consumidores de las empresas o de una de las empresas involucradas. Utilizo aquí el ejemplo que me dio el Dr. Yuri Luz (MPF São Paulo), a quien agradezco enormemente: unos empleados de una empresa farmacéutica, comprometida con el desarrollo de una vacuna contra el COVID-19, reciben sobornos para adquirir insumos de peor calidad. En un caso como este, se trata, a mi juicio, de una infracción de naturaleza sanitaria, algo que afecta a los ciudadanos no en cuanto consumidores, agentes económicos, sino como titulares del derecho fundamental a la salud. El bien jurídico afectado se aproxima mucho más a un delito de corrupción específico, como la corrupción en el ámbito de la salud, existente en algunos países (p. ej., Alemania, §§ 299a, 299 StGB, aunque el tipo penal está restringido a los profesionales de la salud, de modo que quedan excluidos los agentes en el ejemplo mencionado), que a un delito general de corrupción privada o corrupción empresarial.

Con respecto a la relación entre el delito de corrupción privada y la protección de los consumidores, véanse las precisas consideraciones de GILI PASCUAL, cit., p. 87: “La auténtica razón [para la exclusión de los consumidores como parte del objeto tutelado en el delito] estriba en que las expectativas legítimas de los consumidores en la obtención de precios bajos y en una adecuada calidad de los productos no incumben realmente a esta figura. Lo primero, el interés en la existencia de precios adecuados, es un objetivo que debe conseguirse a través de la autorregulación del mercado, no del Derecho penal. Lo segundo el interés en la calidad, interesa al Derecho punitivo solo en tanto se vean afectados otros bienes como la salud, o se ocasionen determinadas pérdidas patrimoniales, para lo que ya se cuenta con tipos penales específicos”.

¹¹³ ROGALL, § 299, en WOLTER (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2019, n.º m. 7; VASILIKOU, *Zuwendungen im geschäftlichen Verkehr: Wo hört die Kundenpflege auf und wo beginnt Korruption?*, 2016, p. 117; KOEPEL, *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB)*, 2006, pp. 99 y ss., 177 y ss.

¹¹⁴ Con referencias adicionales, GÖTTING/KAISER, *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, 2016, § 1 n.º m. 22.

¹¹⁵ Cf. GILI PASCUAL, cit., p. 79, quien, en referencia al derecho español, considera el principio de eficiencia en el mercado como “objeto de ataque” del delito de corrupción privada, pero no el bien jurídico tutelado.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

actores económicos, siempre que no perjudiquen a terceros, son libres de tomar sus decisiones comerciales, es decir, por qué y para qué adquieren un producto o contratan un servicio. Las decisiones irracionales, aunque sean ineficientes desde el punto de vista económico, forman parte de la libertad económica de los agentes y de las empresas. No puede ser una función del derecho penal garantizar la racionalidad económica, el carácter técnico e imparcial de las decisiones comerciales.¹¹⁶

b. Problemas dogmáticos: la punibilidad del principal y el consentimiento

La concepción colectivista, que sirve de base a los defensores del modelo de competencia, acarrea también problemas dogmáticos concretos, relacionados con la conformación del tipo penal y a su interpretación. Si de lo que se trata es de evitar la elección o el favorecimiento de competidores con base en criterios ajenos a la pura eficiencia económica, ¿por qué castigar solo a los directivos, representantes o empleados (en definitiva: agentes) de la empresa —tal como es habitual en el derecho comparado— y no también a sus propietarios?¹¹⁷ Además, si la libre competencia es un bien jurídico colectivo, ¿cuál es la relevancia del consentimiento del propietario en relación con la aceptación o la solicitud de una ventaja indebida de su empleado o directivos a cambio del favorecimiento de un socio comercial?

Ambas cuestiones son pertinentes en una concepción colectivista, centrada en la protección de la libre competencia. Sin embargo, se revelan como síntomas de una concepción equivocada o de la falta de una concepción correcta acerca del contenido de ilícito de la corrupción empresarial.

¹¹⁶ En este sentido, VON TIPPELSKIRCH, *GA*, 2012, p. 579; RUSCA, cit., p. 241.

¹¹⁷ LG Frankfurt a. M., *Beschl. v. 22.4.2015 – 5/12 Qs 1/15, NSiZ-RR*, p. 215, 2015; BÜRGER, *Wistra*, pp. 130 y ss., 2003; SATZGER, cit., p. 488; RÖSKE/BÖHME, *Wistra*, 2011, p. 445; KLUG, *Angestelltenbestechung: Eine strafrechtliche empirische Untersuchung zu § 299 StGB*, 2011, pp. 69 y s.; ver también VOLK, cit., p. 427.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VII, número 14 (2022).

a) La pretendida punibilidad del principal de *lege ferenda*^{118 119} colisiona con la mencionada idea de libertad económica.¹²⁰ El empresario es básicamente libre de decidir con quién y en qué circunstancias hará negocios. El sistema jurídico no debe prohibir al principal hacer transacciones “estúpidas”, p. ej., si compra el producto más caro a un proveedor porque este le ofrece un paquete turístico al Caribe.¹²¹ Esta forma de proteger al empresario, una especial forma de paternalismo, no es apropiada en una sociedad y en un mercado libres.¹²² En este sentido, ROXIN señala que la libertad contractual debe prevalecer por sobre la protección de la competencia.¹²³ Finalmente, en el caso del empresario, no se podría hablar de corrupción según nuestra aproximación conceptual, ya que ni siquiera existe una relación principal-agente —ni una afectación— en la hipótesis en la que el principal recibe una ventaja para realizar una transacción a su propio nombre y bajo riesgo propio.

b) El problema de la relevancia del consentimiento del principal para la punibilidad del agente fue objeto de la decisión judicial más discutida en la historia del delito de corrupción privada en Alemania, la célebre “sentencia *Korkengeld*” del Tercer Senado Penal del Tribunal Supremo del Imperio Alemán, del 14 de mayo de 1914 (RGSt 48, 291). Los hechos que fundamentan la decisión pueden ser resumidos de la siguiente manera: varios fabricantes de champán, incluidos los demandados, desarrollaron la siguiente práctica comercial: introdujeron su marca en varios restaurantes y bares y pedían a los camareros que la recomendaran a los clientes cuando surgiera la oportunidad. A cambio, los camareros recibían una determinada suma de dinero por cada corcho

¹¹⁸ BÜRGER, cit., pp. 132 y ss.; SCHAUPENSTEINER, “Wachstumsbranche Korruption: ‚10 Gebote der Korruptionsbekämpfung‘— Forderung an Gesetzgeber und Verwaltung”, en BUNDESKRIMINAL-AMT (eds.), *Wirtschaftskriminalität und Korruption: Vorträge anlässlich der Herbsttagung des Bundeskriminalamts vom 19. bis 21. November 2002*, p. 89 y s.; SATZGER, cit., p. 488; HÖLTKEMEIER, *Sponsoring als Straftat: Die Bestechungsdelikte auf dem Prüfstand*, 2005, pp. 169 y ss.

¹¹⁹ A favor de *de lege lata* en España, OTERO GONZÁLEZ, cit., p. 13.

¹²⁰ CORSTEN, *Einwilligung in die Untreue sowie in die Bestechlichkeit und Bestechung*, 2011, p. 302; GEISLER, cit., pp. 91 y ss.; FRANCUSKI, *Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht*, 2014, pp. 487 y s.; con más referencias, RÖNNAU, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 363; de acuerdo, ROXIN, “Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr”, en SAFFERLING et. al. (eds.), *Über allem: Menschlichkeit – Festschrift für Prof. Dieter Rössner*, 2015, p. 893; IGNOR, “Sponsoring und Korruption im geschäftlichen Verkehr”, en LÜDERSSEN/VOLK/WALE (eds.), *Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag am 12. Januar 2014*, p. 329.

¹²¹ LESCH, cit., p. 264; RÖNNAU, StV, cit. p. 304; RÖNNAU, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 363; PIETH/ZERBES, ZIS, p. 620, 2016.

¹²² Sobre la importancia de la libertad económica-contractual, HAYEK, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 2003, p. 378. En este sentido también NÖCKEL, cit., p. 195; LÜDERSSEN, *Entkriminalisierung...*, cit., p. 23.

¹²³ ROXIN, *FS Rössner* cit., p. 894. En ese sentido también GILI PASCUAL, cit., p. 68.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

entregado de una botella vendida. Todo ocurría con el conocimiento y la anuencia de sus empleadores.¹²⁴

El Tribunal negó cualquier relevancia jurídica al consentimiento de los empleadores, con hincapié en que la prohibición tenía por objeto proteger a los competidores contra cualquier tipo de competencia desleal. Además, destacó la función educativa y reformadora de la (entonces) nueva Ley Penal sobre la Vida Económica.¹²⁵ La decisión inicialmente fue recibida sin mucha discusión en el ámbito del derecho de la competencia,¹²⁶ pero no sin algunas críticas,¹²⁷ entre aquellas una fundamental: lo que ocurre de manera transparente, bajo la supervisión de los empleadores de los agentes, no puede llamarse pago de soborno, de corrupción, de acuerdo con el uso cotidiano del lenguaje.¹²⁸ Sin embargo, la decisión fundamental del Tribunal Supremo del Imperio Alemán todavía goza de significativa aprobación en la literatura jurídico-penal (especialmente en los manuales y comentarios al código penal), aunque las críticas han aumentado en los últimos años¹²⁹ y una decisión reciente del Primer Senado Penal del BGH parece indicar una superación de este entendimiento.¹³⁰

La posición crítica llama correctamente la atención sobre el hecho de que una conducta de un empleado de la empresa, dentro del marco de sus funciones, que cuenta con la supervisión y la aprobación del empleador, representa o equivale a un comportamiento de la propia empresa o del propio empleador. Si, como se ha visto, *per se*, el recibimiento de ventajas “extracontractuales” por parte del empleador no puede considerarse como ilícito, puesto que es el simple ejercicio de la libertad económica-contractual, lo mismo debe valer para una conducta del empleado amparada por el consentimiento del empleador.¹³¹ Además, recordando nuevamente la estructura conceptual

¹²⁴ RGSt 48, 291 (292).

¹²⁵ RGSt 48, 291 (295).

¹²⁶ Ver las referencias en CULEMANN, *MuW*, 1935, p. 245, y HIERSEMANN, *WRP*, 1964, p. 223.

¹²⁷ LION, *MuW*, p. 488, 1931.

¹²⁸ LION, cit., p. 488; de acuerdo, HIRSCHENRÄMER, *WRP*, p. 131, 1965.

¹²⁹ ROXIN, *FS Rössner*, cit., p. 897 ya advierte la posición crítica como predominante.

¹³⁰ BGH v. 28.7.2021 – I StR 506/20, *NJW* 2021, 3606.

¹³¹ LION, cit., p. 489; CULEMANN, cit., p. 247; HIRSCHENRÄMER, cit., pp. 131 y s.; con más referencias, RENGIER, “Korkengelder und andere Maßnahmen zur Verkaufsförderung im Lichte des Wettbewerbs(straf)rechts”, en SIEBER (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, 2008, pp. 837, 839, 845; RÖNNAU, *StV*, cit., p. 305; FRANCUSKI, cit., p. 490. En este sentido también, NOLTENSMEIER, *Public Private Partnership und Korruption*, 2009, pp. 253 y ss.; ROXIN, *FS Rössner*, cit., p. 898; GILI PASCUAL, cit., p. 116.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

de la corrupción, en una acción del agente consentida por el principal no se verifica la necesaria divergencia o afectación en la relación principal-agente.¹³²

c. Teorías mixtas o diferenciadoras

Aun dentro del modelo de competencia, existen posiciones mixtas o diferenciadoras que buscan evitar las mencionadas consecuencias dogmáticas negativas de esta concepción colectivista del contenido de ilícito de la corrupción privada.

P. ej., KOEPEL defiende un concepto subjetivo de desempeño o eficiencia (*Leistungsprinzip*) que, según él, se pretende preservar con la prohibición penal de la corrupción privada. Este concepto subjetivo tiene en cuenta no solo criterios objetivos de eficiencia económica (como precio y calidad), sino también elementos subjetivos como las preferencias individuales del contratante.¹³³ Con esto, la autora se aparta de la comprensión *paternalista*¹³⁴ de la doctrina dominante en el contexto del modelo de competencia. Así, una conducta del propio empresario o una conducta consentida del empleado no realizan el contenido de ilícito de la corrupción empresarial.¹³⁵ No muy distante es la posición de VON TIPPELSKIRCH, quien ve el contenido de ilícito del delito analizado “en el favorecimiento comercial como un peligro para las posibilidades de cooperación entre proveedores y clientes”.¹³⁶ Según la autora, estas posibilidades de cooperación entre los socios comerciales son puestas en peligro cuando los agentes de estos socios actúan en su propio interés y no en interés del respectivo principal.¹³⁷ Evidentemente, no habría perjuicio alguno para estas posibilidades de cooperación —las cuales servirían a los intereses de la comunidad en un sistema competitivo funcional¹³⁸— cuando las voluntades del principal y del agente estuviesen alineadas.¹³⁹ En similar sentido, en referencia al derecho español, BOLEA BARDÓN argumenta que la afectación de la competencia es siempre un bien jurídico mediato, que necesariamente debe lesionarse a través

¹³² LION, cit., p. 488; HIRSCHENKRÄMER, *Bestechung und Bestechlichkeit von Angestellten*: (§ 12 UWG), 1964, p. 39.

¹³³ KOEPEL, cit., pp. 99 y ss., 111.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 103.

¹³⁵ *Ibid.*, pp. 160 y ss.

¹³⁶ VON TIPPELSKIRCH, cit., p. 583.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 582.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 583.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 584.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

de la vulneración de las relaciones internas de confianza entre la empresa y el responsable.¹⁴⁰ Y agrega:

Tampoco se puede afirmar que el buen funcionamiento del mercado (estableciendo un paralelismo con el cohecho) es sin más el interés protegido en este delito. Más acertado resulta entender que la protección penal solo opera (o debería operar) cuando se altera el buen funcionamiento de las relaciones comerciales (afectación de la competencia) a través de la vulneración del deber (negativo) de no perjudicar el patrimonio de la empresa por parte del administrador, empleado o colaborador.¹⁴¹

Estas posiciones diferenciadoras evitan, con elegancia, los significativos problemas dogmáticos del modelo de competencia. Sin embargo, aún no fundamentan suficientemente de qué modo la corrupción privada afecta concretamente el (supuesto) bien jurídico de la libre competencia. Sobre todo, no resisten al mencionado examen de no especificidad, según el cual un bien jurídico colectivo es digno de tutela penal si su afectación no depende de la lesión a un bien jurídico individual. En este caso, la afectación de un derecho, bien o interés del principal sería condición necesaria —y probablemente suficiente— para la afectación de la libre competencia.¹⁴²

d. Conclusión intermedia

El modelo de competencia, que se basa en la idea de protección difusa de la libre competencia, al igual que el modelo laboral es incapaz de legitimar la criminalización de la corrupción empresarial. Un problema fundamental de esta concepción reside en que pasa por alto el hecho de que la libre competencia no es un bien jurídico colectivo en sentido fuerte, susceptible de ser amenazado por la corrupción de agentes privados en el ámbito de las relaciones comerciales. De esta insuficiente concepción normativa se derivan, como hemos visto, importantes consecuencias dogmáticas negativas, especialmente la cuestión de la relevancia del consentimiento del principal.

¹⁴⁰ BOLEA BARDÓN, *InDret* 3, 2013, p. 14.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 14; BOLEA BARDÓN, “El delito de corrupción privada tras la reforma del Código Penal Español operada por la LO 1/2015, del 30 de marzo”, en MARTÍN/MONTIEL/SATZGER (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, 2018, pp. 31 y ss.

¹⁴² En este sentido, SZEBROWSKI, *cit.*, p. 164. Véase, también crítico sobre las “teorías mixtas”, RUSCA, *cit.*, p. 244: “la deslealtad del agente y la distorsión de la competencia son hechos o factores independientes que pueden ocurrir conjunta o separadamente”.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

IV. Conclusión sobre el contenido de ilícito de la corrupción privada

Se ha demostrado que ni la violación de un deber interno de lealtad ni la afectación de la libre competencia describen correctamente el contenido de ilícito *penal* de la corrupción privada. Sin embargo, ambas concepciones captan algo correcto, aunque de forma parcial e insuficiente, cada una a su manera.

El mérito de la concepción internalista es mantenerse congruente en relación con el concepto de corrupción, con su estructura fenomenológica. En efecto, los intereses inmediatamente afectados por la corrupción pertenecen al principal. Sin embargo, como se expuso, la mera lealtad del agente no constituye un interés suficientemente concreto y, por tanto, susceptible de tutela penal. Por otro lado, a pesar de la insuficiencia de su visión colectivista, la sabiduría del modelo de competencia es identificar y, lo que es más importante, restringir el contexto en el cual la corrupción privada puede adquirir relevancia jurídico penal, a saber: en las transacciones comerciales y en un ambiente de competencia.

En este trabajo se mencionó en algunas oportunidades la idea de libertad económica o libertad contractual, valor que fundamenta la vida económica moderna y el sistema de protección de la libre competencia. Uno de los aspectos fundamentales de la libertad económica, junto con la libertad de competir, es la libertad, como *consumidor* o *contratante*, de poder elegir entre diversas alternativas el producto o servicio (conforme las preferencias y necesidades individuales) más favorable.¹⁴³ En otras palabras, el empresario o la empresa debe estar en condiciones de aprovechar la multiplicidad de oportunidades de negocio que brinda un sistema de libre competencia. Sin embargo, en el contexto de estructuras económicas y empresariales cada vez más complejas, el empresario o los propietarios, o accionistas de la empresa no están en condiciones de tomar por sí solos las decisiones comerciales, de elegir el producto o servicio y el socio comercial a contratar. El ejercicio de esta facultad es, por lo tanto, delegado en un empleado, eventualmente, a un director, en definitiva, a un agente. Con esto, se constituye una típica relación principal-agente, con sus problemas intrínsecos (*hidden information*, *hidden action*, etc.). Aunque el agente tenga un margen de discrecionalidad para ejercer su función, no se le concede la misma libertad del principal para decidir, según su voluntad, sobre la adquisición de un producto o la contratación de un servicio. El agente tiene que guiarse por criterios objetivos, económicos, en la medida en que el principal no disponga lo contrario.¹⁴⁴ Sin

¹⁴³ HERDZINA, cit., p. 13.

¹⁴⁴ PIES / SASS, cit., p. 344.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

embargo, al orientar su decisión por razones estrictamente personales —en el caso de la corrupción: por una ventaja personal indebida—, e impedir que el principal disfrute de las opciones comerciales que brinda un sistema de libre competencia, el agente termina por *violar su libertad económica o contractual*.¹⁴⁵ Por otro lado, el “cliente”, el corruptor, induce o instiga esta violación de la libertad económica del principal, interviene como *autor*¹⁴⁶ de esa “agresión competitiva *interna* sobre la esfera de decisión del socio contractual”.¹⁴⁷

De la violación de su libertad económica-contractual, frecuentemente, como se mencionó con anterioridad, se deriva un perjuicio patrimonial para el principal. En este sentido, puede decirse que la corrupción empresarial privada es una *modalidad especial* del delito de infidelidad patrimonial o administración desleal.¹⁴⁸ Su particularidad residiría en la específica forma de agresión —la corrupción, entendida, como se ha visto, como una perturbación de la relación principal-agente condicionada a una ventaja a favor del agente y en detrimento del principal— y en el ámbito en que se produce —en transacciones comerciales y en un contexto de competencia concreta—. Habría, por lo tanto, *producción de un daño patrimonial mediante la violación de la libertad económica-competitiva del principal*. Se sabe, sin embargo, que no todo caso de corrupción empresarial acarrea un daño patrimonial directo para el principal —o que, en algunos casos, es de difícil comprobación—. Frente a este escenario, es posible concebir el delito de corrupción privada empresarial, tal como se le conoce en los ordenamientos jurídicos que lo consagran y en los documentos internacionales que lo proyectan, bajo un doble prisma: como una norma penal de protección directa de la libertad económica del principal y como una “anticipación de la tutela” de esta especial modalidad de infidelidad patrimonial, es decir, como tipo delictivo de *peligro* que protege el patrimonio. Esta

¹⁴⁵ CORSTEN, cit., p. 292; véase también FRANCLUSKI, cit., pp. 492, 494.

¹⁴⁶ Dado que el contenido de ilícito de la corrupción privada se traduce, tal como en el delito de infidelidad patrimonial, en una agresión interna a la libertad económica o al patrimonio del principal, perpetrada por aquel —el agente— que tenía especial acceso al bien jurídico o especial deber de velar por este, su conducta adquiere mayor reproche que la del tercero que ofrece la ventaja. Esta conducta de ofrecimiento de la ventaja, como se expuso anteriormente, constituye estructuralmente una instigación a la corrupción (pasiva) del agente. Así, debido a que el bien jurídico protegido por el delito de corrupción privada no ostenta la misma sensibilidad que el bien jurídico protegido por el delito de corrupción pública, aparece, de *lege ferenda*, como una opción plausible del legislador establecer un marco sancionatorio diferente, más blando, para la corrupción privada activa, a diferencia de lo que suele ocurrir con los tipos penales de corrupción pública. Este punto me lo planteó la Prof. Beatriz CÓRREA CAMARGO, a quien gentilmente agradezco.

¹⁴⁷ MANSDÖRFER, cit., n.º m. 535.

¹⁴⁸ En este sentido, aparentemente, SOLAVAGIONE, “Algunas consideraciones sobre la regulación de la corrupción pública y privada – Un análisis desde el derecho positivo argentino y alemán”, en PERALTA / RUSCA (eds.), *Fundamentos del Derecho Penal y delitos de cuello blanco*, 2019, p. 205.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VII, número 14 (2022).

protección “prematura” —desde el punto de vista de la estructura del delito— del patrimonio estaría justificada por las características especiales de la forma de agresión contra la propiedad (corrupción) y de su contexto (competitivo) restringido, como se ha señalado anteriormente.¹⁴⁹

Sin embargo, nada impide, especialmente en países donde aún están ausentes los delitos de corrupción privada y de administración desleal, que el legislador sea más cauteloso, más conservador y construya el tipo penal de modo tal de exigir la producción de un perjuicio patrimonial (o un peligro concreto) y transformarlo en un delito de resultado —como ocurrió en el derecho italiano (cf. *supra*, III.1.a)—. Se trataría de una tipificación dotada de contornos más concretos, con límites más estrechos, ya que la norma prohibitiva exigiría la demostración de un efectivo perjuicio patrimonial para el principal como consecuencia de la corrupción del agente. Es cierto que, como se ha dicho, en algunos casos, la comprobación de un daño patrimonial resultante de la colusión corrupta sería imposible, por lo que la elección de este modelo patrimonial acarrearía algunas lagunas de punibilidad. No obstante, en un derecho penal que pretende ser subsidiario, intencionalmente fragmentario, esto no sería necesariamente un problema.

Lo que hay que retener es que la norma penal de la corrupción privada empresarial tiene que ser concebida o interpretada de forma significativamente más restringida de lo que ya se hace *de lege lata* en los países que la criminalizaron. Al fin y al cabo, tanto el patrimonio como la libertad económica, a diferencia de los bienes jurídicos como la vida, la libertad de movimiento, la autodeterminación sexual, la integridad física, etc., son bienes jurídicos “débiles”, sujetos a la tutela del derecho penal solo en determinados contextos, bajo supuestos muy específicos. Son bienes jurídicos “débiles” no porque carezcan de importancia, sino porque forma parte de la vida económica y del tráfico comercial el hecho de que los individuos y las instituciones pierdan parte de su patrimonio en la búsqueda, frecuentemente arriesgada, de ganancias patrimoniales. No es de extrañar que, en torno a los delitos de estelionato y administración desleal, se desarrollara una exuberante dogmática, debido a la multiplicidad y a la complejidad de sus componentes típicos (acción fraudulenta, error, disposición patrimonial, violación del deber, perjuicio patrimonial,

¹⁴⁹ Con más detalles, en referencia principalmente al derecho alemán, véase TEIXEIRA, *Das Unrecht der privaten Korruption...*, cit., pp. 232 y ss.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

etc.),¹⁵⁰ que muestran que el patrimonio —y otros bienes jurídicos del derecho penal económico— son (y deben ser) protegidos solo contra determinadas formas de agresión.¹⁵¹

Es necesario, por lo tanto, que la corrupción privada empresarial también establezca estos supuestos específicos de legitimidad y defina, a partir del contenido de ilícito básico de este delito antes reseñado, las características y los elementos *mínimos* que debe presentar su criminalización. Eso es lo que haremos a continuación.

V. Consecuencias: elementos mínimos de un tipo penal de corrupción privada empresarial

A partir de las consideraciones desarrolladas precedentemente sobre el concepto de corrupción y el contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial, podemos deducir algunos elementos o características *mínimas* que debe contener este delito —sin perjuicio de otros elementos que deben componer un tipo penal completo y que deben ser fijados por el legislador y concretados por la jurisprudencia y la doctrina—.

1. Sujeto activo

Todo delito de corrupción (pasiva) es un delito especial propio o, en la nomenclatura consagrada por ROXIN, de deber,¹⁵² que solo puede ser practicado por agentes que actúan en representación o por delegación de un principal. En la corrupción pasiva pública, p. ej., solo los funcionarios públicos, en tanto *intraanei*, pueden ser autores del delito —sin perjuicio de su responsabilidad a título de participación—. En la hipótesis que ahora nos interesa, en la corrupción *privada* pasiva, esto significa que, de plano, el principal es excluido de la lista de posibles autores del delito, contrariamente a lo que alegan los defensores del modelo de competencia. Posibles autores, *intraanei*, son, por lo tanto, empleados, administradores, representantes de la institución o del principal.

¹⁵⁰ Cf. WOHLERS, cit., p. 226; SCHÜNEMANN, § 266, en CIRENER *et. al.* (eds.), *Leipziger Kommentar StGB Online*, 2012, n.º m. 20.

¹⁵¹ En similar sentido, ROBLES PLANAS, “Zur Dogmatik der Kriminalpolitik”, en FREUND *et. al.* (eds.), *Grundlage und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, 2013, p. 128.

¹⁵² ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2015, pp. 352 y ss.; ÍDEM, *Política criminal e sistema jurídico-penal*, 2000, pp. 34 y ss.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

Por otra parte, la corrupción privada activa, como suele suceder, es un delito común, susceptible de ser cometido por cualquier persona, sin importar la calidad de agente o de principal. Naturalmente, desde el punto de vista fáctico, la práctica del delito estará restringida a las personas físicas que actúan en representación o en interés de empresas ofertantes de productos o servicios.¹⁵³

2. Consentimiento del principal

La deslealtad o, en otras palabras, la acción del agente opuesta a la voluntad del principal no es, contrariamente a lo que proponen los defensores del modelo laboral, condición *suficiente* para la realización del ilícito de la corrupción privada. Sin embargo, es una condición *necesaria*,¹⁵⁴ por oposición a lo que sostienen la mayoría de los defensores del modelo de competencia. Aunque esté motivada por intereses personales, ajenos a los del principal, la acción del agente será atípica si el principal la consiente.

3. Concepto de ventaja

El concepto de ventaja del delito de corrupción privada no se distingue, esencialmente, del concepto (amplio) utilizado en los delitos tradicionales de corrupción.¹⁵⁵ Esto implica también la posibilidad de que la ventaja se dirija a un tercero (“solicitar o recibir, para sí o para otros...”). Sin embargo, este tercero no puede ser el principal, es decir, la ventaja solicitada o recibida para la empresa o para el empresario no realiza el contenido de ilícito de la corrupción privada, ni siquiera encuadra en el concepto de corrupción.

4. Pacto ilícito

El pacto ilícito, el sinalagma entre corruptor y corrupto, es un elemento central de todo delito de corrupción, como hemos visto. No obstante, dependiendo de la modalidad de corrupción y de la decisión del legislador, el pacto ilícito puede revelarse más o menos determinado, es decir, la prestación y la contraprestación se definen más o menos concretamente. P. ej., en Alemania el delito de corrupción simple o recibimiento indebido de una ventaja (*Vorteilsannahme*, § 331, StGB)

¹⁵³ De este modo, de manera precisa, GILI PASCUAL, cit., p. 214.

¹⁵⁴ En este sentido, correctamente, GONTIJO, cit., p. 180, GILI PASCUAL, cit., p. 97 y ss.

¹⁵⁵ De este modo, REALE JÚNIOR, cit., p. 235; GONTIJO, cit., p. 193.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

fue reformado para flexibilizar el pacto ilícito: antes se punía el recibimiento de una ventaja como contraprestación por una conducta funcional o por un acto de servicio (*Diensthandlung*); hoy, el sinalagma se sitúa entre la ventaja y el ejercicio de la función (*Dienstausübung*), lo que condujo, a juicio de algunos autores, a una ampliación indebida del ámbito del tipo penal a ser sorteada por el intérprete.¹⁵⁶

En la corrupción privada, sin embargo, el pacto capaz de legitimar una imputación debe recibir una conformación muy concreta.¹⁵⁷ Como se dijo anteriormente, el bien jurídico tutelado por la corrupción privada no reviste la sensibilidad e importancia del bien jurídico tutelado por los delitos de corrupción pública.¹⁵⁸ El contenido de ilícito de la corrupción empresarial se realiza solamente cuando, como contrapartida de una ventaja indebida, el agente se compromete a favorecer a un proveedor en detrimento de otros competidores potencialmente mejores, sin conocimiento y en contra de la voluntad o de las directrices establecidas por el principal.

De ello resulta que cuando el agente, al recibir una ventaja, favorece al mejor competidor, respetando los estándares y procedimientos comerciales preestablecidos por la empresa, o al competidor previamente elegido,¹⁵⁹ su conducta será atípica.¹⁶⁰ Esta “comisión” recibida por el agente, antes o después de la contratación, puede incluso constituir una violación de las reglas internas de la empresa —de *compliance*, p. ej.—, pero no realiza el contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial.¹⁶¹ Siguiendo el mismo razonamiento, también serán atípicos los pagos de ventajas en transacciones fuera de un contexto competitivo, como en los monopolios y en los casos de otorgamiento de crédito bancario (en principio, cualquier persona puede recibir un

¹⁵⁶ SCHÜNEMANN, *Die Unrechtsvereinbarung...*, cit., pp. 777 s.; ROXIN, *Vorteilsannahme*, en: Albrecht (ed.) *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, 2015, pp. 459 y s.

¹⁵⁷ En referencia al derecho alemán, GAEDE, § 299, ROSENAU/LEITNER (eds.), *Nomos-Kommentar Wirtschaftsstrafrecht- und Steuerstrafrecht*, 2017, n.º m. 60.

¹⁵⁸ En este sentido, LÜDERSSEN, *Entkriminalisierung...*, cit., p. 22.

¹⁵⁹ Véase el caso “Allianz-Arena München” BGH NJW 2006, pp. 3290 y ss.

¹⁶⁰ De este modo, para el derecho español, GILI PASCUAL, cit., p. 104.

¹⁶¹ A este mismo resultado llegan HEINE/EISELE, § 299, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2019, n.º m. 19; BOLEA BARDÓN, *InDret* 3 cit., p. 18; BOLEA BARDÓN, “El delito...”, cit., pp. 32 y s.; GILI PASCUAL, cit., p. 85; OTERO GONZÁLEZ, cit., p. 19.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

crédito, y siempre que cumpla con los requisitos determinados por la entidad financiera no hay competencia).¹⁶²

5. Consumación y arrepentimiento eficaz

Finalmente, otra consecuencia del específico contenido de ilícito de la corrupción privada, significativamente diferente de la corrupción pública, se refiere al momento de la consumación del delito y de las posibilidades de desistimiento voluntario o arrepentimiento efectivo.

Como es sabido, los delitos de corrupción pública, activa y pasiva, se consuman ya con la solicitud u ofrecimiento de una ventaja indebida a un funcionario público. Esto es justificable, o al menos plausible, dada la importancia del bien jurídico protegido por los delitos de corrupción pública. Esta anticipación del momento consumativo, sin embargo, no se justifica en el caso de la corrupción privada, que afecta, como se ve, a un bien jurídico “débil”.¹⁶³ La mera solicitud u oferta de una ventaja a un agente no afecta la libertad contractual-económica del principal ni su patrimonio. Es necesario, *como mínimo*, que haya aceptación de ambas partes, para perfeccionar el pacto ilícito: el pago de la ventaja y la elección de la oferta competitivamente inferior.¹⁶⁴

Por lo tanto, a diferencia del delito de corrupción pública, se abre la posibilidad de castigar a título de tentativa a quien solicite u ofrezca una ventaja a cambio de favorecimiento. Por consiguiente, debe reconocerse la posibilidad de desistimiento voluntario o arrepentimiento eficaz, o incluso ampliarla, como preveía el célebre Proyecto Alternativo Alemán de 1977, en las hipótesis en que el autor revoque su oferta, devuelva la ventaja recibida o impida voluntariamente el favorecimiento indebido.¹⁶⁵

VI. Conclusión general

La prohibición penal de la corrupción privada empresarial no es fácil de legitimar, en contra de lo que sugiere la verborragia de los documentos y organismos internacionales que propugnan esta

¹⁶² GERCKE/WOLLSCHLÄGER, *Wistra*, 2008, pp. 7 y ss. Ver también RÜBENSTAHL/TEUBNER, cit., § 299, n.º m. 32.

¹⁶³ En este sentido, BOLEA BARDÓN, *InDret* 3, cit., p. 15; FRANCUSKI, cit., p. 484; MANSDÖRFER, “Zum Missbrauch des Untreuetatbestands zur Bekämpfung transnationaler Korruption – und dazu, welche wichtige Frage dabei verdeckt werden”, en HOVEN/KUBICIEL (eds.), *Das Verbot der Auslandsbestechung – Tagungen und Kolloquien*, 2016, p. 155.

¹⁶⁴ Asimismo, para el derecho español, BOLEA BARDÓN, *InDret* 3, cit., p. 18. En sentido similar, GONTIJO, cit., pp. 194, 199.

¹⁶⁵ LAMPE et. al., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Wirtschaft*, 1977, § 176 Abs. 3, p. 37. En esa dirección, véase también, GORIUS, cit., p. 164.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

criminalización. La feroz disputa entre los conocidos, y aparentemente antagónicos, modelos de criminalización (laboral, patrimonial y de competencia) constituye solo un indicio de ello. Esta revela, especialmente, la dificultad de describir o atribuir el contenido de ilícito capaz de sustentar una criminalización legítima. Los inconvenientes surgen no solo en este plano más abstracto, fundamental, sino también, no por casualidad, en cuestiones dogmáticas muy concretas.

El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial no se identifica ni con la lesión (ni siquiera con el peligro de lesión) de bienes jurídicos o intereses colectivos, como la libre competencia, ni con la frustración del interés individual de la lealtad del agente al principal. Tal como ya anuncia el concepto de corrupción, lo que se afecta, de manera jurídicamente relevante, con la transacción corrupta entre particulares en una relación comercial es un bien o derecho del principal, pero dotado de mayor especificidad: su libertad económica-contractual o competitiva. Este contenido de ilícito no solo proporciona una razón *prima facie* (no absoluta, por tanto) para la legítima criminalización de la corrupción privada empresarial, sino que al mismo tiempo señala sus límites, que deben manifestarse de manera concreta en la construcción del tipo penal y su interpretación. Si bien la faceta final de un posible tipo penal de corrupción privada solo puede ser dada por el legislador, interpretada por la ciencia y concretizada por la jurisprudencia, a partir del contenido ilícito delineado, ya es posible establecer parámetros mínimos relativos al círculo de autores del delito (sujeto activo), al pacto ilícito, a la relevancia del consentimiento, al concepto de ventaja y a las reglas de consumación, tentativa y desistimiento voluntario / arrepentimiento efectivo. No por casualidad será posible percibir que muchos de estos elementos, comunes a los delitos de corrupción pública, tendrán conformaciones o contenidos significativamente distintos en el delito de corrupción privada, lo que refuerza la incorrección de la idea de un delito general de corrupción.

VII. Bibliografía

ACKERMANN, Jürg-Beat / BAUMANN, Laura, “Bestechung Privater”, en GROPP, Walter / HECKER, Bernd / KREUZER, Arthur / RINGELMANN, Cristoph / WITTECK, Lars / WOLFSLAST, Gabriele (eds.), *Strafrecht als Ultima Ratio: Gießener Gedächtnisschrift für Günter Heine*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2016.

ALEXY, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs - Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

ALTENBURG, Johannes, “Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Bekämpfung der Korruption – Darstellung und Kritik”, en *CB*, 2015, pp. 143-147.

—, *Die Unlauterkeit in § 299 StGB: Ein Beitrag zur Harmonisierung von Strafrecht und Wettbewerbsrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2012.

AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft: Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage – zugleich ein Beitrag zur Lehre von der “Sozialschädlichkeit” des Verbrechens*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1972.

ANDVIG, Jens, “Corruption in China and Russia compared: different legacies of central planning”, en ROSE-ACKERMAN, Susan (ed.), *International Handbook on the Economics of Corruption*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006.

ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, München, Beck, 2005.

BADARÓ, Tatiana, *Bem jurídico penal supraindividual*, Belo Horizonte, D’Plácido, 2016.

BALTAZAR JR., José Paulo, *Crimes federais*, 11.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017.

BAUMANN, Jürgen / ARZT, Günther, “Kartellrecht und allgemeines Strafrecht – Mögliche Beiträge des allgemeinen Strafrechts zur Bekämpfung der Ausnutzung marktbeherrschender Position”, en *ZHW*, 1970, pp. 24-52.

BEATER, Axel, *Unlauterer Wettbewerb*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2011.

BIDINO, Claudio, “O problema específico da corrupção no setor privado”, en SANTOS, Claudia / BIDINO, Claudio / DE MELO, Débora Thaís (eds.), *A corrupção: reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu regime criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 203-256.

BOLEA BARDÓN, Carolina, “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, en *InDret*, n.º 2, 2013, pp. 1-30.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

—, “El delito de corrupción privada tras la reforma del Código Penal Español operada por lo 1/2015, de 30 de marzo”, en GÓMEZ MARTÍN, Víctor / MONTIEL, Juan Pablo / SATZGER, Helmut (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 25-34.

BOLENIUS, Michael, “Wirtschaftsstrafrechtliche Normen im Wettbewerbs- und Kartellrecht”, en BAUMANN, Jürgen / DÄHN, Gerd (eds.), *Studien zum Wirtschaftsstrafrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1972.

BOLES, Jeffrey, “The two faces of bribery: International corruption pathways meet conflicting legislative regimes”, en *Michigan Journal of International Law*, vol. 35, 2014, pp. 673-713.

—, “Examining the Lax Treatment of Commercial Bribery in the United States: A Prescription for Reform” en *American Business Law Journal*, vol. 51, 2014, pp. 119-174.

BOTT, Ingo / MITSCH, Wolfgang, “Sinn und Unsinn der Strafbarkeit des Dopings – Eine Analyse”, en *KriPoZ*, n.º 3, 2016, pp. 159-169.

BOTTKE, Wilfrid, “Zur Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts im engen Sinne und seiner spezifischen Deliktsbeschreibung”, en SCHÜNEMANN, Bernd / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos (eds.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts – Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, Köln, Heymann, 1994.

BRASILEIRO, Renato, *Legislação criminal especial comentada*, 4.ª ed., Salvador, JusPODIUM, 2016.

BUNTE, Hermann-Josef / STANCKE, Fabian, *Kartellrecht – mit Vergaberecht und Beihilfenrecht: Lehrbuch für Studium und Praxis*, 3.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2016.

BÜLTE, Jens, “Corrupción en el sector privado y el llamado ‘modelo del dueño del negocio’”, en GÓMEZ MARTÍN, Víctor / MONTIEL, Juan Pablo / SATZGER, Helmut (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

BÜRGER, Sebastian, “§ 299 StGB – eine Straftat gegen den Wettbewerb?”, en *Wistra*, 2003, pp. 130-136.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VII, número 14 (2022).

CAMARGO, Rodrigo Oliveira de / LIMA, Vinicius de Melo, “Sobre a criminalização da corrupção privada e a tutela de Direitos Humanos e Fundamentais”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 134, 2017, pp. 219-268.

CHAVES, Anna Cecilia Santos, “A corrupção privada no Brasil”, en *Revista Jurídica EMSP-SP*, vol. 4, 2013, pp. 231-260.

CARSON, Thomas, “Bribery, Extorsion, and the ‘The Foreign Corrupt Practices Act’”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 14, 1985, pp. 66-90.

CREMER, Georg, *Korruption begrenzen – Praxisfeld Entwicklungspolitik*, 2.ª ed., Freiburg, Lambertus, 2008.

CORSTEN, Johannes, *Einwilligung in die Untreue sowie in die Bestechlichkeit und Bestechung*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

CULEMANN, Hans, “Verschleierte oder ‚entschleierte‘ Schmiergelder?”, en *MuW*, 1935, pp. 245-247.

D’ANDRADE, Kendall, “Bribery”, en *Journal of Business Ethics*, vol. 4, n.º 4, 1985, pp. 239-248.

DANLEY, John, “Toward a Theory of Bribery”, en *Business & Professional Ethics Journal*, vol. 2, n.º 3, 1983, pp. 19-39.

DANNECKER, Gerhard, “§ 299”, en KINDHÄUSER, Urs / NEUMANN, Ulfrid / PAEFFGEN, Hans-Ullrich (eds.), *Strafgesetzbuch*. 5.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017.

DÖLLING, Dieter, *Gutachten C für den 61. Deutschen Juristentag*, München, CH. Beck, 1996.

DREHER, Meinrad, “Ordnungswidrigkeitenrecht statt Strafrecht im Kartellrecht – Folgerungen für Regulierung und Kontrolle der Finanzmärkte”, en KEMPF, Eberhard / LÜDERSSSEN, Klaus / VOLK, Klaus (eds.), *Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt?*, Berlin, De Gruyter, 2011.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*, Navarra, Lex Nova, 2016.

EMMERICH, Volker, *Kartellrecht: Ein Studienbuch*, 10.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2014.

FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu, “Corrupção no setor privado: uma questão de bem jurídico”, en *Revista Liberdades*, vol. 15, 2014, pp. 140-177.

FISMAN, Ray / GATTI, Roberta, “Bargaining for bribes: the role of institutions” en ROSE-ACKERMAN, Susan (ed.), *International Handbook on the Economics of Corruption*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006.

FRANCUSKI, Ramona, *Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2014.

GAEDE, Karsten, “§ 299”, en ROSENAU, Henning / LEITNER, Werner (eds.), *Wirtschaftsstrafrecht- und Steuerstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2017.

—, “Die Zukunft europäisierten Wirtschaftskorruption gemäß § 299 StGB: Eine Evaluation des Referententwurfs des BMJ vom 13.6.2014”, en *NZWiSt*, 2014, pp. 281-290.

GEERDS, Detlev, *Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz*, Lübeck, Schmidt-Römhild, 1990.

GEISLER, Nicole, *Korruptionsstrafrecht und Beteiligungslehre*, Berlin, Duncker&Humblot, 2013.

GERCKE, Björn / WOLLSCHLÄGER, Sebastian, “Das Wettbewerbserfordernis i.S.d § 299 StGB – zugleich Besprechung der ‚Allianz-Arena-Entscheidung‘ des BGH vom 9.8.2006 (1 StR 50/06)”, en *Wistra*, vol. 1, 2008, pp. 5-10.

GERVUTZ, Franklin, “Rethinking Corruption: An Introduction to a Symposium and a Few Additional Thoughts”, en *McGeorge Global Business & Development Law Journal*, 2007, pp. 237-242.

—, “Commercial Bribery and the Sherman Act: The Case for Per Se Illegality”, en *University of Miami Law Review*, vol. 42, 1987, pp. 365-400.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VII, número 14 (2022).

GIL NOBAJAS, María Soledad, “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia” en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 576-624.

GILI PASCUAL, Antoni, *El delito de corrupción en el sector privado*, Madrid y otras, Marcial Pons, 2017.

GONTIJO, Conrado de Almeida Corrêa, *O crime de corrupção no setor privado*, São Paulo, LiberArs, 2016.

GORIUS, Michaela, *Die Strafbarkeit des Prinzipals im Lichte des § 299 StGB: eine Untersuchung de lege lata et ferenda unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsguts der Norm und der Strafbarkeit von Organen der Kapital- und Personengesellschaften*, Frankfurt am Main, PL Acad. Research, 2015.

GÖTTING, Horst-Peter / KAISER, Helmut (eds.), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, 2.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2016.

GRECO, Luis, “Die Befreiung des Strafrechts vom Pflichtverletzungsdenken – Zur Kritik an der (nicht nur asymmetrischer) Akzessorietät”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2019, pp. 684-704.

—, “Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?”, en HEINRICH, Manfred / JÄGER, Christian / SCHÜNEMANN, Bernd (eds.), *Festschrift für Claus Roxin um 80. Geburtstag*, Berlín, De Gruyter, 2011, pp. 199-214.

GRECO, Luis / TEIXEIRA, Adriano, “Aproximação a uma teoria da corrupção”, en LEITE, Alaor / TEIXEIRA, Adriano (orgs.), *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*, Rio de Janeiro, FGV Editora, 2017.

GREEN, Stuart, “Official and commercial bribery: Should they be distinguished?” en HORDER / ALLDRIDGE (eds.), *Modern Bribery Law: Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 39-65.

—, *Lying, Cheating and Stealing: A Moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

GROENENDIJK, Nico, “A principal-agent model of corruption”, en *Crime, Law & Social Change*, vol. 27, 1997, pp. 207-229.

HASSEMER, Winfried, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, en SCHOLLER, Heinrich / PHILIPPS, Lothar / FROMMEL, Monika (orgs.), *Jenseits des Funktionalismus – Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Decker u. Müller, 1989, pp. 85-94.

HAYEK, Friedrich, *Recht, Gesetz und Freiheit*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2003.

HEFENDEHL, Roland, “§ 263”, en JOECKS, Wolfgang / MIEBACH, Klaus (orgs.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Múnich, C.H Beck, 2014.

—, “Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, en HEFENDEHL / VON HIRSCH / WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie - Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Gasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 119-132.

—, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Heymann, 2002.

HEINE, Günter / EISELE, Jörg, “§ 299”, en SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst (orgs.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.^a ed., Múnich, C.H Beck, 2019.

HELLMAN, Deborah, “Understanding Bribery”, en ALEXANDER, Larry / FERZAN, Kimberly Kessler (eds.), *The Palgrave Handbook of Applied Ethics and the Criminal Law*, Palgrave Macmillan, 2019, pp. 147-163.

HERDZINA, Klaus, *Wettbewerbspolitik*, 5.^a ed. Stuttgart, Fischer, 1999.

HEUKING, Christian / VON COELN, Sibylle, “Die Neuregelung des § 299 StGB – Das Geschäftsherrenmodell als Mittel zur Bekämpfung der Korruption?”, en *BB*, 2016, pp. 323-332.

HIERSEMANN, Walter, “Verkäuferprämien”, en *WRP*, 1964, pp. 222-224.

HIRSCHENKRÄMER, Klaus, “Fallen ‚entschleierte Schmiergelder‘ unter § 12 UWG?“, en *WRP*, 1965, pp. 130-133.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022).

—, *Bestechung und Bestechlichkeit von Angestellten: (§ 12 UWG)*, München, C. Schön, 1964.

HOPPMANN, Erich, *Wirtschaftsordnung und Wettbewerb*, Baden-Baden, Nomos, 1988.

HÖRNLE, Tatjana, *Grob anstößiges Verhalten: strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005.

HOVEN, Elisa, “Aktuelle rechtspolitische Entwicklungen im Korruptionsstrafrecht – Bemerkungen zu den neuen Strafvorschriften über Mandatsträgerbestechung und Bestechung im geschäftlichen Verkehr”, en *NStZ*, 2016, pp. 553-561.

HÖLTKEMEIER, Kai, *Sponsoring als Straftat: Die Bestechungsdelikte auf dem Prüfstand*, Berlin, Duncker&Humblot, 2005.

IGNOR, Alexander, “Sponsoring und Korruption im geschäftlichen Verkehr”, en LÜDERSSEN, Klaus / VOLK, Klaus / WAHLE, Eberhard (eds.), *Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag am 12. Januar 2014*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 329-338.

JAQUES, Henning, *Die Bestechungstatbestände unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der §§ 331 ff. StGB zu § 12 UWG*, Frankfurt am Main, Lang, 1996.

JOST, Peter-J., (ed.), *Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre*, Stuttgart, Schäffer-Poeschel, 2001.

KAIIFA-GBANDI, Maria, “Punishing Corruption in the Public and the Private Sector: The Legal Framework of the European Union in the International Scene and the Greek Legal Order”, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol 18, 2010, pp. 139-183.

KINDHÄUSER, Urs, en “Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft”, en *ZIS*, 2011, pp. 461-469.

KLEINE, Andreas, *Entscheidungstheoretische Aspekte der Principal-Agent-Theorie*, Heidelberg, Physica, 1996.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

KLITGAARD, Robert, *Controlling Corruption*, Berkley, University of California, 1988.

KLUG, Boris, *Angestelltenbestechung: Eine strafrechtliche empirische Untersuchung zu § 299 StGB*, Hamburgo, Dr. Kovac, 2011.

Koepsel, Anne, *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB)*, Gotinga, V&R unipress, 2006.

KOHLHOFF, Christian, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe. Die Begründung eines Kartellkollektivstrafrechts im deutschen Recht - zugleich eine Untersuchung zur grundsätzlichen Bedeutung der kollektiven Dimension im Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 2003.

KUHLEN, Lothar, “Umweltstrafrecht – Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en *ZStW*, vol. 105, n.º 4, 1993, pp. 697-726.

LAMPE, Ernst-Joachim, et. al., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, Tubinga, Mohr Siebrek, 1977.

LAUFER, Daniel, “Corrupção e direito penal: algumas linhas sobre a corrupção no setor privado à luz da legislação brasileira”, en IDEM (coord.), EFING, Ana Carla et. al. (colaboradores), *Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do Direito*, Curitiba, Juruá, 2013, pp. 153-184.

LEITE, Alaor / TEIXEIRA, Adriano, “O principal delito econômico da moderna sociedade industrial: observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial”, en *Revista Brasileira do Instituto de Direito Penal Econômico*, n.º 1, 2017, pp. 15-58.

LESCH, Heiko, “Anwaltliche Akquisition, zwischen Sozialadäquanz, Vorteilsgewährung und Bestechung im geschäftlichen Verkehr”, en *AnwBL*, n.º 5, 2003, pp. 261-266.

LION, E., “Entschleierte Schmiergelder?”, en *MuW*, 1931, pp. 488-490.

LUHMANN, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, 6.ª ed., Frankfurt am Main, Suhkamp, 2013.

LÜDERSEN, Klaus, *Entkriminalisierung des Wirtschaftsstrafrechts III*, Baden-Baden, Nomos, 2014.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VII, número 14 (2022).

—, “Ein Prokrustes Bett für ungleiche Zwinlinge: Angestelltenbestechung und Submissionsabsprachen, vereinigt in einem neuen Abschnitt des Strafgesetzbuchs: ‚Straftat gegen den Wettbewerb‘”, en *BB*, 1996, pp. 2525-2530.

MAKINWA, Abiola, *Private remedies for corruption: towards an international framework*, La Haya, Eleven, 2013.

MANSDÖRFER, Marco, “Zum Missbrauch des Untreuetatbestands zur Bekämpfung transnationaler Korruption – und dazu, welche wichtige Frage dabei verdeckt werden”, en HOVEL, Elisa / KUBICIEL, Michael (eds.), *Das Verbot der Auslandsbestechung – Tagungen und Kolloquien*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 147-164.

—, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts – zugleich eine Untersuchung zu funktionalen Steuerungs- und Verantwortlichkeitsstrukturen bei ökonomischem Handeln*, Heidelberg, Müller, 2011.

MEYER, Olaf, *Korruption im Vertrag*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2017.

—, “Combating Corruption by Means of Private Law – The German Experience”, en ÍDEM (ed.), *The Civil Law Consequences of Corruption*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 145-164.

MILLS, David / WEISBERG, Robert, “Corrupting the Harm Requirement in White Collar Crime”, en *Stanford Law Review*, vol. 60, 2008, pp. 1371-1446.

MILITELLO, Vincenzo, “Vorteilsgewährung und Korruption unter Privaten in Italien”, en ZÖLLER, Mark / HILGER, Hans / KÜPER, Wilfried / ROXIN, Claus (eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlín, Duncker&Humblot, 2019, pp. 1401-1414.

NOLTENSMEIER, Silke, *Public Private Partnership und Korruption*, Berlín, Duncker&Humblot, 2009.

OEHLRICH, Marcus, *Organisation – Organisationsgestaltung, Prinzipal-Agent-Theorie und Wandel von Organisationen*, Múnich, Franz Vahlen, 2016.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

OTERO GONZÁLEZ, Pilar, “La progresiva ampliación del ámbito típico del delito de corrupción privada”, en *InDret*, n.º 4, 2019, pp. 1-42.

PASSARGE, Malte, “Aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung zur Korruptionsbekämpfung”, en *DStR*, 2016, pp. 482-498.

PHILIPS, Michael, “Bribery”, en *Ethics*, vol. 94, 1984, pp. 621-636.

PIES, Ingo / SASS, Peter, “Korruptionsprävention als Ordnungsproblem – Wirtschaftsethische Perspektiven für Corporate Citizenship als Integritätsmanagement”, en *ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft* 57, 2006, pp. 341-369.

PIETH, Mark, “Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität”, *ZStW*, vol. 109, n.º 4, 1997, pp. 756-776.

PIETH, Mark / ZERBES, Ingeborg, “Sportverbände und Bestechung: Sachgerechte Grenzen des Korruptionsstrafrechts?”, en *ZIS*, 2016, pp. 619-625.

PIOLETTI, Ugo, “Grundproblematik der Korruptionstatbestände aus rechtsvergleichender Sicht – zur Rechtslage in Deutschland und in Italien – und zum Verhältnis von Recht und Moral im Spiegel der Korruptionsdelikte”, en *NZWiSt*, 2016, pp. 249-259.

PRAGAL, Oliver, *Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB: Erscheinungsformen, Rechtsgut, Tatbestandsauslegung und ein Reformvorschlag*, Köln, Heymann, 2006.

—, “§ 299 – keine Straftat gegen den Wettbewerb!”, en *ZIS*, 2006, pp. 63-81.

PRATT, John / ZECKHAUSER, Richard, *Principals and Agents: The Structure of Business*, Boston, Harvard Business School Press, 1991.

QUANDT, Gustavo, “O crime de corrupção e a compra de boas relações”, en LEITE, Alaor / TEIXEIRA, Adriano (orgs.), *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*, Río de Janeiro, FGV Editora, 2017, pp. 53-76.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VII, número 14 (2022).

REALE JÚNIOR, Miguel, “Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal”, en REALE, Miguel / REALE JÚNIOR, Miguel / REALE FERRARI, Eduardo (coords.), *Experiências do Direito*, Campinas, Millennium, 2004, pp. 229-252.

RENGIER, Rudolf, “Korkengelder und andere Maßnahmen zur Verkaufsförderung im Lichte des Wettbewerbs(straf)rechts”, en SIEBER, Ulrich et. al. (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, Heymann, 2008, pp. 837-849.

ROBLES PLANAS, Ricardo, “Zur Dogmatik der Kriminalpolitik”, en FREUND, Georg / MURMANN, Uwe / BLOY, René / PERRON, Walter (eds.), *Grundlage und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, Dunker & Humblot, 2013, pp. 115-132.

ROGALL, Klaus, “§ 299”, en WOLTER, Jürgen (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9.^a ed., Köln, Carl Heymanns, 2019, pp. 1-86.

RÖNNAU, Thomas, “Alte und neue Probleme bei § 299 StGB”, en *StV*, 2009, pp. 302-308.

ROSE-ACKERMANN, Susan / PALIFKA, Bonnie J., *Corruption and Government – Causes, Consequences and Reform*, 2.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

ROXIN, Claus, “Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr”, en SAFFERLING, Christoph / BRETTEL, Hauke / FREUND, Georg et. al. (eds.), *Über allem: Menschlichkeit – Festschrift für Prof. Dieter Rössner*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 892-909.

—, “Vorteilsannahme”, en ALBRECHT, Peter-Alexis et. al. (eds.), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, Berlin, Berliner Wissenschaftsverlag, 2015, pp. 459-477.

—, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9.^a ed., Berlin, De Gruyter, 2015.

—, *Política criminal e sistema jurídico-penal* (Trad. Luís GRECO), Río de Janeiro, Renovar, 2000.

ROXIN, Claus / GRECO, Luís, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, tomo I, 5.^a ed., München, C.H. Beck, 2020.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

RÖSKE, Marcus / BÖHME, Verden, “Der vermeintliche Betriebsinhaber als taugliche Täter i.S.d. § 299 StGB”, en *Wistra*, 2011, pp. 445-447.

RUSCA, Bruno, *Fundamentos de la criminalización del cohecho*, Madrid, Marcial Pons, 2020.

—, “Es la libre competencia comercial un bien jurídico colectivo que merezca protección penal?”, en PERALTA, Milton (dir.) / RUSCA, Bruno (codir.), *Fundamentos del Derecho Penal y delitos de cuello blanco*, Córdoba, Alveroni, 2019, pp. 227-241.

SALIGER, Frank, “Das Unrecht der Korruption”, en ALBRECHT, Peter-Alexis et. al. (eds.), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, Berlín, Berliner Wiss., 2015, pp. 493-498.

SANSEVERINO, Enrico Rilho, *O crime de corrupção entre particulares: análise em uma perspectiva internacional em face dos interesses tutelados*, São Paulo, LiberArs, 2019.

SATZGER, Helmut, “Bestechungsdelikte und Sponsoring”, en *ZStW*, vol. 115, n.º 3, 2003, pp. 469-500.

SCHAUPENSTEINER, Wolfgang, “Wachstumsbranche Korruption: ,10 Gebote der Korruptionsbekämpfung‘ – Forderung an Gesetzgeber und Verwaltung”, en BUNDESKRIMINALAMT (ed.), *Wirtschaftskriminalität und Korruption: Vorträge anlässlich der Herbsttagung des Bundeskriminalamts vom 19. bis 21. November 2002*, Neuwied, Luchterhand, 2002, pp. 73-109.

SCHMIDT, Ingo / HAUCAP, Justus, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht – Eine interdisziplinäre Einführung*, 9.ª ed., Múnich, Oldenbourg, 2013.

SCHRÖDER-FRERKES, Alexander, “Der neue § 299 StGB – Anmerkungen und Ausblick”, en ALBRECHT, Heiko / DANN, Matthias / WESSING, Helga / FRISTER, Helmut / Bock, Denis (eds.), *Unternehmensstrafrecht: Festschrift für Jürgen Wessing zum 65. Geburtstag*, Múnich, C.H. Beck, 2015, pp. 295-310.

SCHÜNEMANN, Bernd, “Die Bestrafung der Auslandsbestechung – eine strafrechtsimperialistische Torheit?”, en HOVEN, Elisa / KUBICIEL, Michael (eds.), *Das Verbot der Auslandsbestechung - Tagungen und Kolloquien*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 25-43.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VII, número 14 (2022).

- , “Bekämpfung der Korruption”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, vol. 48, n.º 3, 2015, pp. 68-71.
- , “§ 266”, en CIRENER, Gabriele / LAUFHÜTTE, Heinrich-Wilhelm / RADTKE, Henning et. al. (eds.), *Leipziger Kommentar StGB Online*, 12.ª ed., Berlín, De Gruyter, 2012.
- , “Grenzen der Bestrafung privater Korruption im Rechtsstaat”, en HELLMANN, Uwe / SCHRÖDER, Christian (eds.), *Festschrift für Hans Achenbach*, Múnich, C.F. Müller, 2011, pp. 509-526.
- , “Die Unrechtsvereinbarung als Kern der Bestechungsdelikte nach dem KorrBekG”, en DANNECKER, Gerhard / LANGER, Winrich / RANFT, Otfried / SCHMITZ, Roland / BRAMMSEN, Joerg (eds.), *Festschrift für Harro Otto*, Köln, Heymann, 2007, pp. 777-798.
- , “Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat”, en VON HIRSCH, Andrew / SEELMANN, Kurt / WOHLERS, Wolfgang (eds.), *Mediating Principles: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, Nomos, 2006, pp. 18-35.
- , “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”, en HEFENDEHL, Roland / VON HIRSCH, Andrew / WOHLERS, Wolfgang (eds.), *Die Rechtsgutstheorie - Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos, 2003.
- SEARLE, John R., *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- SOLAVAGIONE, Lucía, “Algunas consideraciones sobre la regulación de la corrupción pública y privada – Un análisis desde el derecho positivo argentino y alemán”, en PERALTA, Milton (dir.) / RUSCA, Bruno (codir.), *Fundamentos del Derecho Penal y delitos de cuello blanco*, 2019, pp. 191-205.
- SPRAFKE, Jan, *Korruption, Strafrecht und Compliance – Untersuchung und Reformvorschläge zu § 299 StGB*, Berlín, Logos, 2010.
- STÄCHELIN, Gregor, *Strafgesetzbuch im Verfassungsstaat*, Berlín, Duncker&Humblot, 1998.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

STRUEBING, Jake Elijah, “Federal Criminal Law and International Corruption: An Appraisal of the FIFA Prosecution”, en *New Criminal Law Review*, vol. 21, 2018, pp. 1-56.

SZEBROWSKI, Nickel, *Kick-Back*, Köln, Heymanns, 2005.

TEIXEIRA, Adriano, *Das Unrecht der privaten Korruption im geschäftlichen Verkehr*, Múnich, Nomos, 2018.

—, “O que é terrorismo? Aproximação a um conceito de ato terrorista”, en *Revista de Estudos Criminais*, n. ° 76, 2020, pp. 99-125, 2020.

TEIXEIRA, Adriano / LEITE, Alao / GRECO, Luis, “A amplitude do tipo penal da corrupção passiva. Comentários ao REsp n° 1.745.410/SP julgado pelo Superior Tribunal de Justiça”, en *JOTA*, 2018.

TIEDEMANN, Klaus, *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, Köln, Heymann, 1976.

—, *Wettbewerb und Strafrecht*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1976.

TUOMELA, Raimo, *Social ontology: collective intentionality and group agents*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

VASILIKOU, Thea, *Zuwendungen im geschäftlichen Verkehr: Wo hört die Kundenpflege auf und wo beginnt Korruption?*, Baden-Baden, Nomos, 2016.

VOGEL, Joachim, “Wirtschaftskorruption und Strafrecht – Ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht”, en HEINRICH, Bernd / HILGENDORF, Eric / MITSCH, Wolfgang / STERNBERG-LIEBEN, Detlev (eds.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, Gieseking, 2004, pp. 395-411.

VOLK, Klaus, “Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung”, en GÖSSEL, Karl Heinz / TRIFFTERER, Otto (eds.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg, Müller, 1999, pp. 419-431.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VII, número 14 (2022).

VON TIPPELSKIRCH, Maria, “Schutz des Wettbewerbs vor Korruption: Überlegung zu Rechtsgut und Auslegung von § 299 StGB”, en *Goldammer’s Archiv*, 2012, pp. 574-588.

VORMBAUM, Thomas, “Probleme der Korruption im geschäftlichen Verkehr. Zur Auslegung des § 299 StGB”, en HOYER, Andreas / MÜLLER, Henning Ernst / PAWLIK, Michael / WOLTER, Jürgen (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller. 2006, pp. 649-660.

WALTHER, Felix, “Anmerkung zur geplanten Neufassung von § 299 StGB”, en *NZWiSt*, 2015, pp. 255-258.

—, “Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr – Internationale Vorgaben und deutsches Strafrecht”, Freiburg i. Br., Centaurus, 2011.

WEBER, Max, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, Berliner Ausgabe*, 4.^a ed., Tubinga, C.B. Mohr, 2016.

WIELAND, Josef, “Korruptionsprävention durch Selbstbindung?”, en ARNOLD, Volker / BUCHHOLZ, Wolfgang / HOMANN, Karl (eds.), *Wirtschaftsethische Perspektiven VI*, Berlín, Duncker&Humblot, 2002, pp. 77-97.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfur am Main, Suhrkamp, 1984 (reimpreso 2006).

WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*, Berlín, Duncker&Humblot, 2000.

WOLF, Dieter, “Das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und das Recht gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) – ein Vergleich”, en *WRP*, 1995, pp. 543-546.

WOLFRAM, Frank / PEUKERT, Matthias, “Auswirkungen des ‚neuen‘ § 299 StGB auf die Compliance-Praxis”, en *NZWiSt*, 2017, pp. 208-212.

TEIXEIRA (2022) “El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial”, pp. 20-77.

WOLLSCHLÄGER, Sebastian, *Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB und Umsatzprämien im Stufenwettbewerb*, Heidelberg, C.F. Müller, 2009.

WUNDERLICH, Alexandre, en REALE JÚNIOR, Miguel (coord.), *Código Penal Comentado*, São Paulo, Saraiva, 2017.

ZIMMERMANN, Till, “Korruption und Gubernation”, en *ZStW*, vol. 124, n.º 4, 2012, pp. 1023-1063..