

COHECHO Y CORRUPCIÓN EN ENTIDADES PRIVADAS.

RAFAEL ELMER CANCHO ALARCÓN*

SUMARIO.

1. Introducción. 2. Concepción del Derecho Penal Económico. 3. El Cohecho y la Corrupción en la Legislación Actual: Presupuestos para su Punibilidad. 4. Cohecho y Corrupción en Entidades Privadas. 4.1 ¿Existe la Necesidad de un Nuevo Tipo Penal?, 4.2 ¿Cuáles serían los tipos aplicables?; y, 4.3 ¿Es Necesaria la Intervención del Derecho Penal? 5. ¿Cuáles Serían los Presupuestos para su Punibilidad?: 5.1 El Bien Jurídico Protegido. 5.2 El Sujeto Pasivo. 5.3 El Sujeto Activo; y, 5.4 Las Conductas Punibles. 6. Los Problemas de Dogmática Penal por Resolver: 6.1 Derecho Penal y Última Ratio, 6.2 Dimensión de la Entidad Privada; y, 6.3 Su Relación con Otros Delitos. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción.

El Derecho Penal Económico es una disciplina que viene cobrando autonomía en nuestro país, no hace mucho tiempo que se le viene estudiando con la rigurosidad debida, por lo que no se puede afirmar aún si sus límites y los elementos que la conforman están hoy en día definidos. Con razón, en 1987, Tiedemann señalaba que “El Derecho Penal Económico constituye una nueva área jurídica actual, interdisciplinaria y, pese a concepciones históricas antiguas, nueva que todavía tiene un papel subordinados en los estudios que incluso son esporádicos”¹.

Al principio se entendía al *Derecho Penal Económico* como aquella estrecha parte del Derecho Penal que refuerza con amenazas reales al Derecho Administrativo Económico, el derecho de dirección estatal y de control de la economía. Por tanto, tenía que intervenir cuando se afectaba únicamente a la política económica estatal de manera grave, *v. gr.* Pánico Financiero, Especulación y Acaparamiento, Delitos Monetario: Tráfico de Monedas y Billetes, entre otros; sin embargo, ahora se comprende a aquellos delitos que afectan

* Graduado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga. Maestrando en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente Judicial del Poder Judicial del distrito judicial de Ayacucho.

¹ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal Económico. Introducción y Panorama*. En: IDEM. *Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad*. Traducción de: Manuel A. Abanto Vásquez. Lima. Editorial Moreno - IDEMSA, 2000. Pág. 13.

también a particulares, aunque no sólo por el mero hecho de hacerlo sino, por su constante relación con la actividad económica que lleva adelante un país y los miembros que la conforman, v. gr. Delitos Contra la Propiedad Industrial, Delitos de Competencia Desleal, Abuso de Poder Económico, Administración Fraudulenta de Personas Jurídicas, entre otros. No obstante lo referido, la extensión del referido Derecho Penal Económico, la discusión por establecer las temáticas dentro de la parte general, especial y procesal penal no han quedado zanjados. Es, en ese contexto, que surge nuestro tema de estudio.

Nuestra exposición, con la limitación que implica el escaso tratamiento de esta temática a nivel nacional, nos llevará a precisar la *concepción del Derecho Penal Económico*, precisar el tratamiento de los delitos de *Cohecho y Corrupción en la Legislación Peruana*, discutir la problemática de la incorporación de los delitos de *Cohecho y Corrupción en Entidades Privadas*, el estudio sucinto del posible *Tipo Penal y sus Presupuestos*, para realizar un estudio de la *problemática dogmático penal* que existiría a partir de la incorporación de un tipo penal como el estudiado. Finalmente, disculpándonos por las limitaciones que pudiera tener nuestra pequeña monografía, apuntaremos algunas reflexiones surgidas por el estudio del presente tema y, de ser el caso, proponer algunas ideas nuevas para su tratamiento.

2. Concepción del Derecho Penal Económico².

Se sostiene que el desarrollo del Derecho Penal Económico se remonta en numerosos países europeos a las épocas de emergencia de la Primera Guerra Mundial, en las cuales se desarrolló por primera vez un amplio arsenal de normatividad económico-administrativa para el control de la satisfacción de necesidades. Luego de lo cual tuvo un gran desarrollo, llegándose a un *entendimiento* más o menos consensuado, reflejado en el Proyecto Alternativo de 1977 alemán, según la cual, ambos, el delito económico y el Derecho Penal Económico, se caracterizan porque el hecho no se dirige contra intereses individuales, sino *contra intereses sociales y supraindividuales del acontecer económico*, es decir, son lesionados bienes jurídicos sociales y supraindividuales de la vida económica o *se abusa de instrumentos de la vida económica actual*.

² Par el desarrollo de esta parte del Trabajo se sigue lo desarrollado por TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal Económico....* Ob. Cit. Págs. 11-51.

Con lo cual el bien de protección está constituido en primer lugar por el ordenamiento económico estatal en su totalidad, el decurso de la economía en su organización, por la economía del país con cada una de sus ramas; y, también los tipos penales de protección del consumidor y de la generalidad.

Los ámbitos del Derecho Penal Económico estaría constituido por: 1) Un ordenamiento económico supranacional, a nivel de las comunidades y generalmente en lo referido al Derecho de Competencia, 2) El tráfico económico extranjero, sobre las prohibiciones de exportar o importar bienes y divisas, 3) La protección penal de la economía financiera estatal, en el mercado interno, 4) El Derecho de dirección, con cuya ayuda el acontecimiento económico es guiado soberanamente mediante la fijación de precios y control, donde cobran vital importancia el tema de los impuestos y las subvenciones, 5) *El acontecer económico a través de la fijación y la garantía de condiciones básicas para la economía general*, y, 6) Como medio de información, el balance es protegido por el Derecho Penal contra las incorrecciones de contenido y las representaciones encubridoras.

Dentro del quinto ámbito, por una parte, se da la implantación de la competencia como medio de ordenamiento del acontecer en el mercado y, de otra parte, la implementación de un control y una supervigilancia estatales. Es dentro de este ámbito que podría estar enmarcado nuestro tema, pues dentro de ella coexisten tres sub áreas de regulación, a saber: a) *Las dirigidas contra prácticas restrictivas de la competencia*, como la ley alemana contra la competencia desleal (UWG), que contienen disposiciones contra la corrupción económica (&12) y el tipo de traición y espionaje de secretos comerciales e industriales (&17), que tiene especial relevancia en la economía y en el Derecho Penal, aunque raras veces se presentan ante la justicia penal. b) *Las reglas sobre la admisión de empresas en el tráfico económico y sobre su exclusión de la vida económica*, dentro del cual, para el mantenimiento de fondos de responsabilidad ante acreedores de las sociedades de capitales sirve sobre todo el tipo penal general de administración desleal, el cual existe de manera general en la legislación, sin limitarse a las sociedades comerciales. Y, c) Las dirigidas a la protección del ambiente, donde por la amplitud del tema no entraremos en detalle.

A continuación, apuntaremos algunas particularidades y principios en el Derecho Penal Económico que servirán de sustento a la exposición de nuestro

tema. En primer lugar, es característico el empleo de leyes penales en blanco, que son totalmente 'abiertas' o lo están en parte, remitiéndose a otras normas jurídicas para que las completen. En esta temática, la separación externa entre normas de conducta y normas sancionadoras, especialmente en el derecho Penal complementario plantea la cuestión teórica de si las normas de conducta penales y económicas son idénticas o diferentes, la necesidad de rellenar y completar los tipos penales remitentes y en blanco plantea problemas constitucionales, sobre todo cuando el legislador evade su tarea de regular y remite más o menos ampliamente a actos jurídicos de la administración, no quedando claro si lo completo del tipo penal tiene consecuencias para la teoría del dolo y del error. El fenómeno del fraude de ley, es totalmente característico del Derecho Penal Económico; y, que junto a otros fenómenos da paso a una *forma económica de ver las cosas*, el cual no constituye un punto de vista interpretativo propio, sino oculta solamente el empleo de métodos generales de interpretación; los puntos de vista económicos y la forma de ver las cosas económicamente son establecidos frecuentemente mediante cláusulas generales del Derecho Penal Económico, en la medida en que se trate de valoraciones reconocidas, seguras, es decir, cuando se trate del núcleo de los conceptos indeterminados. En segundo lugar, en el campo de la autoría y la participación se presentan peculiaridades debido a la división del trabajo en la vida económica moderna, se trata allí de averiguar acertadamente de averiguar quién es el autor responsable, y de evitar la 'irresponsabilidad organizada'. Si se ve a la empresa como fuente de peligros para terceros, el titular y el director de la empresa tienen una posición de garante para impedir que sus empleados cometan delitos en su relación con terceros. En tercer lugar, en el marco de la antijuricidad y la culpabilidad, la orden dada por el empleador o el director de la empresa no fundamenta una justificación del hecho delictivo cometido por el trabajador. Finalmente, la acumulación de delitos de peligro, en las cuales no interesa la producción, y con ello tampoco la prueba, de un perjuicio o de un peligro concreto.

Para concluir esta parte del trabajo es necesario señalar que un Derecho Penal económico practicable es tan indispensable para el funcionamiento del ordenamiento económico como lo es para el agente económico la taxatividad y la calculabilidad de las intervenciones estatales mediante penas. El riesgo comercial, no puede ni debe ser restringida, en principio, por la justicia penal en

tanto esta aventura se lleve a cabo sin engaños ni coacciones manifiestos. Por ello, la práctica del Derecho Penal económico vigente en caso de conceptos legales indeterminados debería limitarse a parámetros de valoración seguros y reconocidos. *¡No es a los tribunales penales, sino solamente al legislador penal a quien le corresponde en el Derecho Penal Económico una competencia-competencia, es decir un mandato de dirección de la economía y de lo ético social!*³

3. El Cohecho y la Corrupción en la Legislación Actual: Presupuestos para su Punibilidad.

En la actualidad nuestra legislación prevé como delitos las venalidades del funcionario o servidor público, bajo esta calidad genérica, artículos 393, 394 y 394-A del CP, o una de las específicas mencionadas en los artículos 395 o 396 del CP; y, busca proteger el normal funcionamiento de la administración pública. Se entiende a la corrupción como el acuerdo, entre el que entrega el beneficio con el corrompido, para actuar en contra del Estado, es decir, la 'venta' de un acto de autoridad que por su naturaleza debe ser cumplida gratuitamente. En esta conducta de carácter bilateral, ambos partícipes son responsables. Sin embargo, podrá distinguirse por la ubicación del partícipe en la relación bilateral de *cohecho pasivo* (arts. 393, 394, 394-A, 395, 396 CP) o *cohecho activo* (arts. 397 y 398 CP); por el incumplimiento o no de las obligaciones de *cohecho propio* (arts. 393 y 397 1er Párr. CP) o *impropio* (arts. 394 y 397 2do Párr. CP); y, por la temporalidad del acto realizado de *cohecho antecedente* y *cohecho consecuente*.

Mención aparte tenemos que realizar respecto al artículo 394-A del CP, denominada como Corrupción Electoral o Política caracterizada por el condicionamiento al apoyo político a la agrupación que se encuentra asentado en la administración pública y realiza trabajos con programas públicos de apoyo o desarrollo social. De igual manera, los funcionarios con capacidad de decisión o los vinculados a éste (arts. 395, 396 y 398 CP), cuando se trate de influenciar en la decisión sometida a su juicio, en la cual no queda claro si también sería punible si el acto se realiza sin la intención de influir en la decisión o fallo, a nuestro juicio también sería punible con los tipos genéricos para el cohecho impropio.

³ Así, termina Klaus Tiedemann su exposición sobre el Panorama del Derecho Penal Económico, TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal Económico....* Ob. Cit. Pág. 51.

Los *presupuestos* para la imputación objetiva de estos delitos son: Que el agente, sujeto activo, bajo cualquier modalidad, *ofrezca, de o prometa* donativo, ventaja o beneficio; y que el co-agente, pasivo, *acepte o reciba* las mencionadas ventajas, para *realizar u omitir un acto* en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a éstas, o *condicione su conducta funcional*, o *sepa* que el hecho se realiza con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia. El *agente activo* puede ser cualquier persona, salvo la agravante prevista para el que ostente la condición de abogado; y el *co-agente, pasivo*, tiene que ostentar la calidad de funcionario o servidor público. El *agraviado* en estos delitos resulta siendo el Estado, aunque no se descarta que un tercero pueda ser considerado como tal. El *bien jurídico penal protegido* es el correcto funcionamiento de la administración pública.

4. Cohecho y Corrupción en Entidades Privadas.

Si bien en rigor no constituye un tipo penal en nuestra legislación, seguiremos las líneas trazadas para la descripción de la corrupción dentro de la administración pública, en cuanto a descripción de conducta delictiva se refiere, pues en lo referente a los sujetos activo y pasivo resultan siendo totalmente diferentes, sucediendo lo mismo en lo que respecta al bien jurídico protegido. Por cuestiones prácticas, tomaremos como tipos penales modelo los establecidos en los arts. 2 y 3 de la Acción Común del 22 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo de la Unión Europea⁴:

Artículo 2.- Corrupción Pasiva en el Sector Privado.

1. *A efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción pasiva en el sector privado el acto intencionado de una persona que, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba en el **ejercicio de actividades empresariales** ventajas indebidas de cualquier naturaleza, para sí misma o para un tercero, o acepte la promesa de tales ventajas, a cambio de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.*
2. *Con la salvedad contemplada en el apartado 2 del artículo 4 [todo Estado miembro podrá establecer, en los casos menos graves de corrupción activa y pasiva en el sector privado, sanciones de distinta*

⁴ Tenemos conocimiento que a la fecha los países de España y Portugal han promulgado tipos penales que sancionan el cohecho y la corrupción en entidades privadas.

*naturaleza a las penas privativas de libertad], cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que la conducta a que se refiere el apartado 1 se tipifique como infracción penal. Dichas medidas se aplicarán como mínimo, a la **conducta que suponga o pueda suponer una distorsión de la competencia, al menos en el marco del mercado común y que cause o pueda causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación irregular de un contrato.***

Artículo 3.- Corrupción Activa en el Sector Privado.

1. *A efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción activa en el sector privado la acción intencionada de quien prometa, ofrezca o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona, para ésta o para un tercero, en el ejercicio de las actividades empresariales de dicha persona, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.*
2. *[el mismo del apartado 2 del artículo 2].*

Con estos tipos penales, mas lo esbozado en el segundo punto de este trabajo, trataremos de llevar adelante un análisis dogmático-descriptivo por el tratamiento escaso y asistemático en la doctrina nacional⁵.

4.1 ¿Existe la Necesidad de un Nuevo Tipo Penal?

La lucha contra la corrupción es uno de los temas que más repercusión tiene a nivel social, aunque muchas veces los abanderados por estas luchas sean los que se encuentren inmersos en actos de corrupción, nuestra legislación ha ido amoldándose a estas exigencias; sin embargo, de acuerdo al avance de la doctrina internacional se ha dejado de lado dos grandes campos. El primero de ellos, y que se ha ido legislando a nivel de muchos países, incluido América Latina, es el referido a la Corrupción Transnacional;

⁵ Tan sólo hacen referencia a nuestro tema en la doctrina nacional, hasta donde alcanza nuestra información, y en un pequeño apartado Fidel Rojas Vargas y Manuel A. Abanto Vásquez en: ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos Contra la Administración Pública*. 4ta Edición. Lima. Editora Jurídica Grijley, Enero 2007. Págs. 626-627.; y, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. 2da Edición. Lima. Palestra Editores, abril 2003. Págs. 415-416., respectivamente. De igual manera se puede encontrar referencias a esta problemática en el *Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción (2006-2011)*. Págs. 26-27 y 30-31. La misma que se puede ubicar en www.justiciaviva.org

y, el segundo, referido a la corrupción en el ámbito de las empresas privadas o en el ámbito privado, que es parte de nuestro estudio, de la cual sólo hemos podido encontrar legislación a nivel del marco de la Unión Europea.

La discusión en este punto no se centra en el hecho de que pueda o no incorporarse en nuestra legislación tipos penales de esta categoría, sino por el hecho de que esto sea necesario político-criminalmente o no. Pues, de hecho la legislación comparada ha demostrado que si es posible la incorporación de estos tipos penales, pero poco dice la literatura que se debería entender por estos 'nuevos' delitos y cuáles serían los componentes de los mismos, si realmente el derecho penal debería intervenir o sería suficiente con regulaciones administrativas o de carácter civil, lo que iremos desarrollando en los apartados siguientes.

4.2 ¿Cuáles serían los tipos aplicables?

En este apartado nos encargaremos de evaluar si no sería posible punibilizar estas conductas con otros tipos penales ya existentes. De esa manera no sólo se evitaría una elephantiasis jurídica, sino también la correcta institucionalización de la parte especial de nuestro derecho penal y de nuestra legislación.

Uno de los tipos penales ha rebatir es el fraude de las personas jurídicas previsto en el artículo 198 del CP, pues tratándose de delitos que se cometen en el ejercicio de actividades empresariales y siendo las empresas personas jurídicas de carácter comercial podría subsumirse la corrupción en entidades privadas dentro de este tipo penal; sin embargo, las conductas previstas dentro de este tipo penal han sido previstas para las directivos de estas personas jurídicas y no para aquellos que carezcan de esa capacidad de dirección y para su comisión sólo es necesaria la voluntad unilateral del agente sin participación de otra persona como sucede en el marco de la corrupción; por lo cual podríamos descartar el uso de este tipo penal.

Y tratándose de la afectación de la competencia o distorsión de la misma por el uso de estos medios, tal vez podría imputarse el delito de abuso de poder económico contra la libre competencia (art. 232 del CP); sin embargo, al igual que el tipo anterior, éste prevé únicamente a la voluntad unilateral del agente del delito para completar el tipo, que antes que afectar la moralidad de su copartícipe va a afectarle su economía haciendo abuso de su posición de

dominio, pues en base a esta posición ya no es necesario que corrompa a su copartícipe para que realice tal o cual conducta. Lo mismo sucedería con la competencia desleal (art. 240 del CP), donde a diferencia del anterior el agente no va a hacer uso de su posición dominante, sino de informaciones verdaderas o falsas que afecten la reputación de la empresa competidora; por lo tanto estos tipos penales son inaplicables para punibilizar la corrupción en entidades privadas.

Quizás el tipo penal mejor concebido y aplicable a nuestro tema sería el Fraude en remates, licitaciones y concursos públicos, prevista en el art. 241 del CP, en la cual hay una coparticipación para incumplir sus *obligaciones empresariales* mediante dádivas, promesas u otros artificios, excepto el numeral tres donde hay una concertación sin mediación de ninguno de estos beneficios; sin embargo, tampoco sería aplicable este tipo penal por cuanto se reduce demasiado la relación de la empresa con el Estado y en el marco de los concursos y licitaciones públicas.

Finalmente, encontramos el condicionamiento de créditos (art. 248 del CP) como tipo penal que prevé el cohecho activo en el ámbito de las empresas privadas; sin embargo, la conducta infractora es unilateral, se encuentra restringida a empresas del sector financiero y el perjudicado con el mencionado delito son los usuarios de dicho sector, lo cual no coincide con el bien jurídico de los tipos penales tomados como modelos.

Por lo desarrollado en esta parte y de acuerdo a los tipos penales adoptados como modelos (*supra* 4), podemos decir que no hay un tipo penal que pueda dar término feliz a nuestra discusión, pero esto no es suficiente para la implantación de un tipo penal.

4.3 ¿Es Necesaria la Intervención del Derecho Penal?

En el Derecho Penal Económico se entiende que existe un modo económico de ver las cosas que ocurre para efectos de interpretar las normas penales y para elaborarlas. En ese sentido, habría que ver los efectos de la comisión de estos hechos y la afectación a 'bienes jurídicos'; y, quizás por la poca incidencia de estos sucesos en nuestra realidad hasta la fecha ha sido innecesaria la implantación de una norma penal de esta magnitud; por lo cual,

no creemos que el mero daño pueda constituir en bien jurídico protegido penalmente, además debe existir una exigencia político criminal.

Inciendo sobre el primero de los hechos, y considerando que vivimos en una sociedad altamente industrializada en la cual se busca maximizar las ganancias, podemos decir que la moralidad queda en un segundo plano siempre que no se cause perjuicio a una persona y/o empresa, la mera conducta corruptora no ameritaría una punibilización, pudiendo incluso resultar estas prácticas una política institucional de la empresa.

En el segundo hecho, si bien el daño o perjuicio que se pudiera causar a una persona o empresa tiene que ser susceptible de protección, esto no necesariamente tiene que hacerse dentro del ámbito penal, sino que muy bien podría hacerse en el ámbito civil y administrativo. Incrementar la intervención del Derecho Penal sería quitarle su condición de *última ratio*, además de que las penas ha imponerse por su poca relevancia serían talvez hasta simbólicas, lo cual haría peligrar su efectividad. Cosa muy diferente pasa en el lado administrativo que parece tener sanciones más efectivas.

Por lo expuesto hasta aquí, no creemos conveniente implementar un tipo penal de esta categoría; sin embargo, sí además de describir esas conductas se prescribe el hecho de que se pueda afectar o restringir la competencia y la economía en general, creemos que podría sostenerse una implementación del tipo, el mismo que pasaremos a precisar.

5. ¿Cuáles Serían los Presupuestos para su Punibilidad?:

Sabemos que para el sostenimiento de un tipo penal es necesario que concurren dentro de ellas elementos objetivos como subjetivos. En lo que sigue, obviaremos la discusión sobre el segundo de los elementos por dos razones: Primero, porque mientras no haya una conducta objetiva punible precisa no será posible realizar un juicio sobre los elementos subjetivos existentes, que podría ser más impreciso aún; y, segundo, porque en el ámbito del derecho penal económico ha cobrado una discusión muy importante este tema, que su discusión en este trabajo tomaría más de un apartado y aún así sería insuficiente, en especial por que se precisa para la punición de delitos de esta categoría sólo es necesaria una posición de garante. No obstante, tratándose de conductas premeditadas

estaríamos frente a delitos cometidos con dolo, independientemente de si sean considerados como delitos de peligro o de lesión.

5.1 El Bien Jurídico Protegido.

Al respecto debemos precisar que existen más o menos dos posturas, de acuerdo a donde se desee colocar el interés del Derecho Penal al intervenir en la protección de bienes jurídicos protegidos: Por un lado se reconoce a *la ética empresarial y el normal funcionamiento de la empresa*⁶, pues se supone que toda empresa cuenta con un conjunto de normativas legales externas, establecidas por el estado, e internas, establecidas por la propia empresa, que se verían afectadas por estas conductas; y, de otro lado, *la leal competencia y el correcto funcionamiento del mercado*⁷, por cuanto estas conductas afectarían la libre competencia al realizar prácticas deshonestas y con esto la libre competencia dejaría de constituir ese ordenamiento natural que había significado por mucho tiempo. Este último parece haber sido acogido por las normas establecidas en la Acción Común del Consejo de la Unión Europea que sirve de base a nuestro análisis.

Nosotros adoptamos la segunda posición, pues la primera implicaría, además de lo señalado, el interés por las empresas agraviadas de una protección o resarcimiento frente al daño que se origina por estas conductas deshonestas que constituirían corrupción, no obstante que su lesividad pudiera ser verificada de manera concreta, por lo que podría pensarse que de considerarse éste como bien jurídicamente protegido sería más factible de ser protegido, cuestión no muy compartida por nosotros porque ello implicaría que solamente procedería en caso de que se produzcan daños y perjuicios, cosa no muy cierta en los delitos de peligro abstracto como podría ser el caso concreto. Además, la segunda posición es más convincente al considerar este tipo de hechos de manera unida a la actividad empresarial en el mercado, es decir en libre competencia, y no de manera independiente. En ese sentido, la acción común de 1998 del Consejo de la Unión Europea establece en su penúltimo considerando: *La corrupción falsea la competencia leal y compromete los principios de apertura y libertad de mercados, y, en concreto,*

⁶ Así, Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción (2006-2011), Ob. Cit. como en Nota 4.

⁷ Ese sería el entendimiento de Abato Vásquez y Rojas Vargas, Ob. Cit. como en Nota 4.

el correcto funcionamiento del mercado interior, y es contraria a la transparencia y la apertura del comercio internacional.

Esperamos seguir contando con más discusiones para poder profundizar nuestro estudio, y salvo mejor parecer, ir optando temporalmente por este bien jurídico protegido.

5.2 El Sujeto Pasivo.

El sujeto pasivo en estos delitos sería la colectividad, pudiendo resultar perjudicadas la persona natural o persona jurídica (empresa en buena cuenta) en cuyo favor se iba realizar la obligación incumplida, y que se encuentra inmersa en el mercado de manera permanente.

5.3 El Sujeto Activo.

En estos delitos el sujeto activo (propio) podría ser cualquier persona. Y el agente (impropio) ostenta una cualificación especial (a tenor del artículo 1 de la acción común de 1998), que sea asalariado o desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo en una persona natural o jurídica constituida en el ámbito privado.

5.4 Las Conductas Punibles.

Además de las conductas tradicionales de *solicitar* o *recibir* ventajas indebidas de cualquier naturaleza, para sí misma o para un tercero, o *aceptar* la promesa de tales ventajas (en la corrupción pasiva), o *prometer, ofrecer o dar* una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona (en la corrupción activa), son necesarias las siguientes conductas: 1) Que dichas conductas se den en el ejercicio de actividades empresariales, con lo cual los agentes del delito tienen que estar necesariamente inmersos en la actividad empresarial y no podrían ser cualquier persona que esté inmersa en actividades privadas, a nuestro juicio correcto porque desplazaría mucho el ámbito de ingerencia del derecho penal. 2) Que las mencionadas conductas se realicen a cambio de la realización de un acto incumpliendo sus obligaciones, entendiéndose por este incumplimiento de obligaciones a cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o de las normas o reglamentos profesionales que se aplican al sector mercantil de los agentes del delito. Y, finalmente, si deseamos que este tipo penal no resulte muy blando habrá que incorporar dos conductas complementarias: 3) Que suponga o pueda suponer una distorsión de la

competencia, al menos en el marco del mercado común; y, 4) Que cause o pueda causar perjuicios económicos a terceros, el tipo penal utilizado como ejemplo señala en este extremo en la ejecución de un contrato que a nuestro juicio es innecesario.

6. Los Problemas de Dogmática Penal por Resolver:

6.1 Derecho Penal y Última Ratio.

Uno de los temas que no es de recibo exclusivo de nuestro tema es el referido a la condición de última ratio del derecho penal. En general se ha venido hablando de sectores moralizantes que en un primer momento han servido de fuerzas abolicionistas y ahora sirven de fuerzas criminalizadoras del derecho penal. Con razón dice Polaino Navarrete, siguiendo a Silva Sánchez, *ha llamado la atención sobre los gestores atípicos de la moral colectiva y sobre su función desarrolladora en el sentido de la expansión del Derecho Penal*⁸, esperamos no se constituya esto en más Derecho Penal, simbólico e ineficaz, sin Política Criminal.

6.2 Dimensión de la Entidad Privada.

Otro de los temas que van a quedar aún pendientes de ser discutidos es lo referente a las dimensiones de las empresas o entidades privadas, sin dejar de considerar su procedencia legal o delictiva. Pues, se ha percibido en la corrupción tradicional o estatal que esto ha presentado grandes problemas, y de procederse a la institucionalización de este delito probablemente también lo sea en el ámbito privado.

6.3 Su Relación con Otros Delitos.

Finalmente, de acuerdo a lo esbozado a lo largo de este trabajo, se deberá tomar en cuenta al realizar posteriores estudios sobre este tema: la relación de la corrupción privada con otros delitos, los contextos donde se presenta, la existencia de organizaciones delincuenciales complejas nos ha demostrado eso.

⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel. La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas: ¿más derecho penal? En: JAKOBS, Günther; y Miguel, POLAINO NAVARRETE. *El Derecho Penal Ante las Sociedades Modernas. Dos estudios de Dogmática Penal y Política Criminal*. Lima. Editora Jurídica Grijley, 2006. Pág. 78.

7. Conclusiones.

Con la firme convicción de haber realizado nuestro mejor esfuerzo, que de alguna manera esperamos encuentre indulgencia en el lector, trazaremos algunas ideas finales.

- ✎ Sin lugar a dudas, el problema de la corrupción en entidades privadas es un problema nuevo, pero que sin duda pertenece al ámbito del Derecho Penal Económico, y dentro de él, al ámbito de la libre competencia.
- ✎ No creemos que el tema, por el hecho de no estar prescrita en nuestra legislación, tenga que dejar de ser estudiado, al contrario debería estudiarse con mayor profundidad para poder dar mayores alcances al momento de legislar, de creerlo conveniente.
- ✎ Finalmente, hacer hincapié en dos cosas: 1) Es necesario considerar a este tema junto a la corrupción transnacional y 2) Existen problemas conexos al tema de corrupción que no se encierran en temas dogmáticos, sino también procesales y de Política criminal.

8. Bibliografía.

1. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. 2da Edición. Lima. Palestra Editores, abril 2003.
2. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico Parte General*. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2da Edición, 2007.
3. GRACIA MARTIN, Luís. *Modernización del Derecho Penal y Derecho Penal del Enemigo*. Lima. Editorial Moreno - IDEMSA, Marzo 2007.
4. JAKOBS, Günther; y Miguel, POLAINO NAVARRETE. *El Derecho Penal Ante las Sociedades Modernas. Dos estudios de Dogmática Penal y Política Criminal*. Lima. Editora Jurídica Grijley. 2006.
5. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte General*. . 5ta Edición. Valencia. Edit. Tirant Lo Blanch, 2002.
6. AA. VV. *Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*. Guillermo Jorge Yacobucci (Director). Lima. Ara Editores, 2005. Págs. 457-489.
7. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos Contra la Administración Pública*. 4ta Edición. Lima. Editora Jurídica Grijley, Enero 2007.

8. SRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal Parte General I. El Hecho Punible*. Traducción: Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires. Editorial Hammurabi SRL., 2005.
9. TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad*. Traducción de: Manuel A. Abanto Vásquez. Lima. Editorial Moreno - IDEMSA, 2000.
10. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Lima. Editora Jurídica Grijley, Julio 2006.