

Delitos por hechos de corrupción entre particulares: un vacío en la legislación penal mexicana

*José Christian Pérez Flores**

Sumario: **I.** Introducción **II.** Delitos de corrupción entre particulares **III.** Sobre la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción **IV.** Corrupción en la legislación penal federal mexicana **V.** Conclusión **VI.** Fuentes de consulta

Resumen: El Sistema Nacional Anticorrupción instaurado en México buscó fortalecer el combate a la corrupción a través de distintos frentes, por un lado, como una respuesta a un mal creciente en el país a través de una política pública integral, coordinada y sistemática que involucró tanto a los entes públicos como a privados; por otro, para dar cumplimiento de las normas de carácter internacional, entre ellas, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. Esto incluyó la adecuación de los denominados “delitos por hechos de corrupción”, acepción acuñada por el Código Penal Federal en vigor para compilar las conductas que buscan adaptarse al marco internacional. Sin embargo, México fue omiso en considerar un tipo de conductas delictivas que están asociadas a los actos corruptos, esto es, la corrupción entre particulares, tema que es abordado en el presente trabajo.

Abstract: The National Anti-Corruption System established in Mexico sought to strengthen the fight against corruption through different fronts, on the one hand, as a response to a growing evil in the country through a comprehensive, coordinated and systematic public policy that involved both public and private entities; on the other, to comply with international standards, including the United Nations Convention Against Corruption. This included the adaptation of the so-called “crimes for acts of corruption”, a meaning coined by the Federal Penal Code in force to compile the conducts that seek to adapt to the international framework. However, Mexico failed to consider a type of criminal behavior that is associated with corrupt acts, that is, corruption between individuals, a topic that is addressed in this paper.

Palabras clave: Corrupción entre particulares, delitos por hechos de corrupción, tratados internacionales anticorrupción, lucha contra la corrupción, política criminal

* Doctorando en Ciencias Penales y Política Criminal por el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Key words: Corruption between individuals, crimes due to acts of corruption, international anti-corruption treaties, fight against corruption, criminal policy

I. INTRODUCCIÓN

A partir del año 2015 el paradigma de combate a la corrupción en México ha venido cobrando fuerza a través de la construcción de un modelo sistemático sustentado en la coordinación interinstitucional de diversos actores vinculados con la fiscalización de los recursos, la transparencia y la investigación y sanción de conductas de esta naturaleza desde distintos frentes. Esto fue denominado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como Sistema Nacional Anticorrupción¹, ordenando al legislador constitucional que se replicara este modelo en las entidades que integran la federación a través de sus propios sistemas locales con una conformación homogénea.

Entre otras razones, esta reforma tuvo como origen los diversos compromisos internacionales que habían sido suscritos por el estado mexicano para hacer frente a este mal, entre ellos, la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y, más recientemente, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (también conocida como la Convención Mérida o Convención de Mérida).

Este último instrumento normativo contiene una diversidad de figuras jurídicas que estructuran un marco legal abstracto y general al que los Estados parte están vinculados, contemplando principios generales en materia de prevención, investigación y sanción de la corrupción, disposiciones en materia de cooperación internacional, sobre recuperación de activos, asistencia técnica e intercambio de información, técnicas especiales de investigación y mecanismos de aplicación.

En ese sentido, el conglomerado de reformas legislativas realizadas en nuestro país y que derivó de la citada reforma constitucional en materia de combate a la corrupción, pretendió ajustar la estructura normativa nacional a este parámetro internacional, sin embargo, existieron diversos aspectos que no fueron contemplados en nuestra legislación o cuya regulación fue inexacta o incompleta.

Uno de estos aspectos fue el relativo a la tipificación de las conductas que deben ser consideradas como delitos por hechos de corrupción, tema sobre el cual versa el

¹ Cfr. Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación en México, el 27 de mayo de 2015.

Delitos por hechos de corrupción entre particulares...

presente trabajo de investigación, especialmente en materia de la corrupción que ocurre entre particulares y que si bien podría recibir un tratamiento jurídico penal en nuestro país bajo un enfoque de delitos de distinta naturaleza, como por ejemplo la naturaleza eminentemente patrimonial, lo cierto es que su regulación debe ser considerada por una parte como una medida de política criminal que coadyuve en el alcance de los objetivos del sistema anticorrupción y por otra debido a lo que anteriormente se ha señalado, esto es, a la obligación que los Estados parte tienen de dar cumplimiento a lo previsto en los instrumentos internacionales de los que forman parte.

Así, si bien en nuestro país en el año 2016 se reformó el Código Penal Federal en materia de delitos por hechos de corrupción, con lo que se buscó adecuar la estructura normativa de estos a lo estipulado en los instrumentos internacionales, lo cierto es que la tipificación efectuada excluyó la corrupción que se da en el plano de lo privado sin relación alguna con servidores públicos o con recursos públicos; aquella corrupción que se da, por ejemplo, cuando una persona moral con fines comerciales soborna al director general de otra empresa privada con el objeto de obtener un beneficio.

En ese sentido, vale la pena recordar que como parte de los objetivos de las reformas constitucionales en la materia en México era concientizar el hecho de que la corrupción no solo corresponde al ámbito privado, sino que también los particulares y empresas privadas en muchas ocasiones son partícipes de la misma; sin embargo, este objetivo se pierde cuando para su tipificación ya sea administrativa o penal se requiere necesariamente de una situación especial, esto es, que el hecho sea cometido por los particulares ya sea en conjunto con un servidor público o bien con recursos públicos, lo que excluye aquellas conductas que pueden darse en plano eminentemente privado.

II. DELITOS DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

Generalmente, cuando se habla de corrupción se alude a la que ocurre en el ámbito público bajo diversos posibles supuestos que normalmente incluyen la intervención ya sea de un servidor público, de recursos públicos o de ambos; por ejemplo, la Real Academia de la Lengua Española, al definir a la corrupción señala *“En las organizaciones, especialmente en las públicas, [es la] práctica consistente en la utilización indebida o ilícita de las funciones de aquellas en provecho de sus gestores”*.²

En ese sentido, cuando se piensa en corrupción como abuso del poder para la obtención de un beneficio ilícito es normal enfocar esta visión a lo que ocurre en el

² Real Academia de la Lengua Española. Consultado en: <https://dle.rae.es/corruptci%C3%B3n>

ámbito público, por ejemplo, a la corrupción que se gesta y ejecuta entre los propios servidores públicos con recursos del estado o de un particular que se encuentra bajo su custodia, administración, depósito o por cualquier otra causa legal y que es desviado para obtener un beneficio indebido; a la que se comete entre un servidor público y un particular, ya sea para obtener un beneficio recíproco indebido, por ejemplo, para la obtención de un contrato violando las reglas de las adjudicaciones públicas a cambio de una retribución ilegal para el servidor público o bien, cuando el particular busca que el servidor público haga o deje de hacer algo propio de sus funciones; a la corrupción del particular que recibe recursos públicos con un objeto específico y, en su lugar, lo utiliza en su beneficio o de un tercero, desviando este recurso de su objeto; o a la del servidor público o particular que, mediante el aprovechamiento de influencias indebidas pretende obtener una resolución favorable frente a algún problema o situación. Casos que se encuentran regulados en la legislación penal mexicana con mediano nivel de satisfacción frente a los compromisos internacionales.³

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en su serie de módulos universitarios denominado “Lucha contra la Corrupción”, especialmente en el módulo 1 cuyo título es ¿Qué es la corrupción y por qué nos atañe?, compila diversas definiciones de corrupción, entre ellas la del Banco Mundial que define a la corrupción como el «uso del cargo público en beneficio propio», definición que probablemente nos situaría en los supuestos descritos en el párrafo que antecede, esto es, a la que necesariamente involucra en algún punto al sector público.⁴

Sin embargo, en el propio módulo agrega otras definiciones que se apartan parcialmente de este sesgo conceptual o cognitivo, por ejemplo la de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que considera a la corrupción como «el abuso de un cargo en el sector público o privado para beneficio personal», así como la de Transparencia Internacional, que conceptualiza a la corrupción como «el abuso del poder encomendado en beneficio propio», lo que lleva a la Oficina de las Naciones Unidas a considerar aquella corrupción que se da más allá del ámbito público, exponiendo como ejemplo el caso en el que los inversionistas y las juntas directivas pueden encomendar el poder al director general o al director financiero de una compañía, y la corrupción se da cuando tal figura acepta un soborno, malversa fondos, exige favores sexuales o toma decisiones perjudiciales por un conflicto de intereses.⁵

³ Cfr. Título Décimo del Código Penal Federal, en vigor, denominado “Delitos por Hecho de Corrupción”

⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. “Herramientas de conocimiento para académicos y profesionales. Módulo Universitario sobre Anticorrupción. Módulo 1. ¿Qué es la corrupción y por qué nos atañe?”. Viena, s.a. P. 11. [Fecha de consulta 1 de junio de 2023] Disponible en https://grace.unodc.org/grace/uploads/documents/academics/Anti-Corruption_Module_1_What_Is_Corruption_and_Why_Should_We_Care_ESP.pdf

⁵ Ídem.

Delitos por hechos de corrupción entre particulares...

De acuerdo con Miguel Ángel Encinar, la corrupción entre particulares es una forma de corrupción que sucede en el ámbito de las organizaciones comerciales o mercantiles y que se traduce en transacciones comerciales en las que una empresa realiza pagos (normalmente en secreto) a un directivo, agente o empleado de otra empresa para beneficio personal del mismo y éste, a su vez, dirige los negocios a favor de la compañía que realiza el pago indebido con exclusión de otras entidades. Generalmente, ello concluye con la obtención de un contrato comercial por parte de la entidad que efectúa el pago al directivo, agente o empleado.⁶

El propio autor, al analizar los intereses implicados en la corrupción entre particulares, señala que se parte de la idea de que en los actos de corrupción privada hay un riesgo de perjuicio para la empresa, dado que una de las partes de la transacción se ve inclinada a favorecer a un proveedor o prestador de servicios inferior, a contratar a un empleado menos cualificado o a no cumplir la diligencia debida en la prestación del servicio.⁷

Estas ideas rompen con lo que comúnmente se ha considerado como un entorno de corrupción, pues se enfocan a las afectaciones que este fenómeno puede originar en las entidades particulares, mismas que sin lugar a dudas comparten con el entorno público ámbitos de concentración de poder y toma de decisiones, así como el manejo de recursos financieros, materiales, humanos o patrimoniales que válidamente pueden ser mal empleados en beneficio de intereses ajenos a las transacciones comerciales que debieran operar con normalidad.

Este cambio de visión sobre la corrupción no es algo del todo novedoso. Como antecedente de ello no puede dejar de considerarse la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea del 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado y que en su parte considerativa enfatiza que su objeto especial es asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros, que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales delitos y que éstos se castiguen con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.⁸

Este instrumento normativo diferencia entonces entre corrupción activa y pasiva en el sector privado, instando a los estados miembros a tomar las medidas necesarias para asegurar que los siguientes actos intencionados constituyan una infracción penal cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales:

⁶ ENCINAR del Pozo, Miguel Ángel. *“El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal”*. Director: Jacobo López Barja de Quiroga. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid; Facultad de Derecho; Departamento de Derecho Penal. Madrid, 2017. P. 66 y 67.

⁷ Ibid. P. 68.

⁸ Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea del 22 de julio de 2003. Diario Oficial de la Unión Europea. Publicado el 31 de julio de 2003.

- a) prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones;
- b) pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.

Aunado a ello, la decisión del Consejo, enfatizó los supuestos en los que las personas jurídicas deben ser sancionadas penalmente, estableciendo que los estados parte deberán tomar las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones mencionadas en el propio instrumento legal cometidas en su provecho por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basado en:

- a) un poder de representación de dicha persona jurídica, o
- b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
- c) una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica.

Señalando además que los estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que pueda considerarse responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas mencionadas anteriormente haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica cometa en provecho de ésta una infracción del tipo descrito en la decisión, y se agregó que la responsabilidad de las personas jurídicas no excluirá el ejercicio de acciones penales contra las personas físicas implicadas como autoras, instigadoras o cómplices de una infracción del tipo descrito.⁹

Al respecto, Pilar Otero González señala que la justificación de la incriminación de la corrupción existente en el sector privado hay que buscarla en garantizar el respeto a la competencia equitativa y leal puesto que la corrupción, tanto en el sector público como en el sector privado, distorsiona las reglas de la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido¹⁰.

Como parte de su investigación para abordar la reforma realizada a la legislación española en materia de este tipo de actos, la autora recoge diversos modelos de in-

⁹ Ídem.

¹⁰ OTERO González, Pilar. "Corrupción entre particulares (Delito de)". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. [en línea]. N° 3. Septiembre 2012 - febrero 2013. Fecha de consulta [1 de junio de 2023]. Pp. 174-183. ISSN: 2253-6655. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/download/2129/1060/>

Delitos por hechos de corrupción entre particulares...

criminación de la corrupción en el ámbito privado partiendo del derecho comparado, identificando los modelos de: a) deber de fidelidad del trabajador (Francia); b) modelo omnicomprendivo (Suecia); c) modelo patronalista (Austria e Italia); d) modelo de protección de la competencia (Alemania), con la idea de determinar los antecedentes de la criminalización de estas conductas.¹¹

Tiedemann señala que la corrupción entre particulares fue durante todo un siglo una particularidad de los países anglosajones y germánicos.¹² Lo anterior refleja la conciencia de este tipo de actos en un mundo globalizado que traslada la corrupción del ámbito público a las relaciones entre particulares y que requiere de su normativización dentro del ámbito penal a efecto de generar estrategias asociadas a una sensibilización sobre la existencia de estos actos. Parte de ello fue la intención que tuvo la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que se aborda en el siguiente apartado.

III. SOBRE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

Poco después de haberse emitido el marco normativo del Consejo de la Unión Europea en relación con la corrupción entre particulares, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción veía la luz a través de la resolución 58/4 de la Asamblea General emitida el 31 de octubre de 2003, esto como resultado de las negociaciones que desde el año 2000 venían efectuándose con los Estados Miembros, abriendo a la firma de este instrumento internacional en la Conferencia política de alto nivel que se celebró en Mérida, México, del 9 al 11 de diciembre de 2003.

Sin lugar a dudas, mediante esta acción fue expedido el marco normativo general más completo que se ha efectuado en materia de combate a la corrupción con una construcción legislativa que recoge de manera precisa figuras jurídicas cuyo origen proviene del combate a delitos de alta complejidad como la criminalidad organizada y el tráfico de drogas, armas y personas, pero que fue matizado y adaptado a las necesidades propias del combate a la corrupción desde sus distintos frentes, considerando la prevención, detección, investigación y sanción de este tipo de conductas.

Así, en su amplio entramado normativo que va desde un glosario de definiciones hasta las pautas para su aplicación, la Convención contiene disposiciones generales que determinan principios aplicables al ámbito público y privado, consideraciones sobre las políticas de ética e integridad, aspectos relativos a los sistemas de contra-

¹¹ Ídem

¹² TIEDEMANN, K., «El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores), *El Derecho Penal económico en la era compliance*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013., págs. 31 a 42, esp. pág. 35.

taciones, de carrera en el servicio público, de fiscalización de los recursos, de transparencia pública y privada, de asistencia jurídica internacional y extradición, hasta temas asociados a técnicas especiales de investigación, derecho premial, estrategias para la recuperación de activos, entre otros temas.

Uno de los puntos torales para este trabajo se encuentra en el capítulo III de la Convención, denominado “Penalización y aplicación de la ley”. En este capítulo la Convención expone una serie de conductas imponiendo a los Estados Parte la obligación de tipificarlas como delito dentro de sus ordenamientos internos. Por su naturaleza, estas conductas pueden ser clasificadas como tipos penales de corrupción pública y de corrupción privada.

Sobre esta última, los artículos 21 y 22 de la Convención contiene dos tipos penales denominados “Soborno en el sector privado” y “Malversación o peculado en el sector privado”, respectivamente, cuyos textos indican lo siguiente:

“Artículo 21. Soborno en el sector privado: Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:

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

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

“Artículo 22. Malversación o peculado de bienes en el sector privado: Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.”

Al respecto, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, depositaria de la Convención de Mérida con el apoyo del Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia, emitió un instrumento denominado “Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” cuyo objeto es “prestar la asistencia a los Estados interesados en ratificar y aplicar la Convención identificando requisitos legislativos, cuestiones que se derivan de esos requisitos y las

Delitos por hechos de corrupción entre particulares...

diversas opciones de que disponen los Estados para elaborar y redactar la legislación necesaria”¹³.

Respecto a nuestro tema de investigación y para comprender de mejor forma estos supuestos tipificados en la Convención así como lo que los Estados parte debieran considerar para satisfacer el estándar internacional, la guía legislativa señala:

“g) Soborno en el sector privado

298. La Convención contra la Corrupción también introduce los conceptos de soborno activo y pasivo en el sector privado, una innovación importante con respecto a la Convención contra la Delincuencia Organizada u otros instrumentos internacionales. Es así que en el artículo 21 se destaca la importancia de exigir integridad y honestidad en las actividades económicas, financieras o comerciales.

299. Más concretamente, en el artículo 21 se exige que los Estados parte consideren la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:

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

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

300. Como estas disposiciones son equivalentes a las del artículo 1514, el examen de ese artículo también es procedente en este caso, mutatis mutandis.

i) Soborno activo

301. Los elementos requeridos de este delito son la promesa, el ofrecimiento o la concesión de algo a una persona que dirija una entidad del sector privado o trabaje en ella. El delito debe abarcar los casos en que lo que se ofrece no es un regalo o algo tangible. Así pues, un beneficio indebido puede ser algo tangible o intangible, pecuniario o no pecuniario.

302. El beneficio indebido no tiene por qué darse inmediata o directamente a una persona que dirija una entidad del sector privado o trabaje en ella. Puede prometerse, ofrecerse o concederse directa o indirectamente. Puede tratarse de un regalo, una concesión u otro beneficio que se dé a alguna otra persona, como un familiar o una organización política.

¹³ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. “Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”. 2ª edición. Viena, 2012.

¹⁴ Alusión efectuada en la Guía pues el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción estudia el soborno en el ámbito público identificando de igual modo la clasificación entre el soborno activo y el pasivo en materia de las funciones de un servidor público.

Tal vez algunas legislaciones nacionales contemplen la promesa y la oferta en disposiciones relativas a la tentativa de comisión de soborno. De no ser así, será necesario promulgar disposiciones que contemplen específicamente la promesa (que supone un acuerdo entre el sobornador y el sobornado) y el ofrecimiento (que no implica la aceptación por parte del posible sobornado). El beneficio indebido o el soborno deben estar vinculados a las funciones de la persona.

303. La predisposición psicológica, o elemento subjetivo, requeridos para este delito es que la conducta sea intencional. Además, ha de establecerse algún tipo de vínculo entre el ofrecimiento o el beneficio y el hecho de inducir a la persona que dirige una entidad del sector privado o que trabaja en ella a que actúe o se abstenga de actuar faltando al deber inherente a sus funciones en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales. Habida cuenta de que la conducta abarca los casos en que meramente se ofrece un soborno (es decir, aun los casos en que el soborno no se acepta y, por lo tanto, no puede afectar la conducta), el vínculo debe ser que el acusado tuviera la intención no solo de ofrecer el soborno sino también de influir en la conducta del destinatario, con independencia de que esto haya ocurrido realmente o no (véase el artículo 28, en el que se establece que "el conocimiento, la intención o el propósito que se requieren como elemento de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas").

ii) Soborno pasivo

304. Este delito es la versión pasiva del primero. Los elementos requeridos son la solicitud o aceptación del soborno. También debe establecerse el vínculo con la influencia en la conducta de la persona que dirige una entidad del sector privado o cumple cualquier función en ella.

305. Al igual que ocurre con el delito anterior, el beneficio indebido puede ser en provecho tanto de la propia persona que dirige una entidad del sector privado o cumple cualquier función en ella como de otra persona o entidad. La solicitud o aceptación debe venir de esa persona o por conducto de un intermediario, es decir, que puede ser directa o indirecta.

306. El elemento de predisposición psicológica, o elemento subjetivo, es solo que se tenga la intención de solicitar o aceptar el beneficio indebido con el fin de modificar la propia conducta faltando al deber inherente a las funciones propias, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales.

307. El artículo 21, así como el 22, sobre malversación o peculado de bienes, tiene por objetivo contemplar conductas limitadas por completo al sector privado, en las que no hay ningún contacto con el sector público.

308. También debe prestarse atención a otras disposiciones (artículos 26 a 30 y 42) que incluyen requisitos estrechamente relacionados correspondientes a otros delitos tipificados con arreglo a la Convención.

h) Malversación o peculado en el sector privado

309. Más allá de los delitos de soborno activo y pasivo, en el artículo 22 se insta a los Estados parte a que consideren la posibilidad de tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, actos de malversación o peculado por una persona que dirija una enti-

Delitos por hechos de corrupción entre particulares...

dad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.

310. Las disposiciones de este artículo son equivalentes a las disposiciones obligatorias del artículo 17, en el que se contemplan los mismos tipos de conducta indebida por parte de funcionarios públicos (véase la sección III.B.1 supra).

311. También debe prestarse atención a otras disposiciones (artículos 26 a 30 y 42) que incluyen requisitos estrechamente relacionados correspondientes a otros delitos tipificados con arreglo a la Convención.”¹⁵

De lo anterior, se advierte la obligación de los Estados parte de adecuar su marco normativo para dar cumplimiento a este requerimiento, lo que no ocurrió con el caso mexicano al realizarse las reformas legales a las que se ha hecho referencia.

IV. CORRUPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL MEXICANA

Como se ha referido con antelación, a raíz de las reformas constitucionales efectuadas en materia de combate a la corrupción, se modificó la denominación del título décimo del libro segundo del Código Penal Federal, para enfatizar en que dicho título comprendería los “delitos por hechos de corrupción”, lo que aparejó no sólo un cambio de denominación del título sino también la incorporación de disposiciones generales así como la modificación de diversos tipos penales ahí contenidos y la integración de nuevas figuras delictivas, incrementando los márgenes de punibilidad previamente establecidos, con la pretensión legislativa de buscar una simetría con los tipos penales contenidos en el marco jurídico internacional al cual se encuentra obligado nuestro país, especialmente hablando de la Convención Interamericana contra la Corrupción y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Recordemos que previamente a esta denominación, el citado título se refería a los “delitos cometidos por servidores públicos” lo que aparentemente delimitaba su aplicación a la intervención de quien desempeñara una función en el ámbito público ya sea mediante el abuso o mal empleo del poder encomendado, mediante el desvío de recursos públicos, o bien, mediante la obtención de un beneficio indebido para hacer o dejar de hacer algo propio de sus funciones.

Como antes se ha aludido, el cambio de denominación tenía como parte de sus objetivos abrir la dimensión de la corrupción más allá del ámbito eminentemente público y permitir visualizar que en muchas ocasiones detrás [de frente o paralela-

¹⁵ Ibid. Pp. 88-91

mente] a un hecho de corrupción se encuentra una persona que sin ser servidor público busca un beneficio económico o no a través de la distorsión del poder público.

Así, se agregaron a la legislación penal federal, entre otras, disposiciones generales que contemplan la comunicabilidad de las circunstancias respecto a cualquier persona que participe en la comisión de alguno de los delitos comprendidos en ese título.¹⁶

También, se agregaron consecuencias jurídicas específicas y criterios para la individualización de las sanciones en el caso de que quienes cometan estas conductas sean particulares, disponiendo:

“Cuando el responsable tenga el carácter de particular, el juez deberá imponer la sanción de inhabilitación para desempeñar un cargo público, así como para participar en adquisiciones, arrendamientos, concesiones, servicios u obras públicas, considerando, en su caso, lo siguiente:

I.- Los daños y perjuicios patrimoniales causados por los actos u omisiones;

II.- Las circunstancias socioeconómicas del responsable;

III.- Las condiciones exteriores y los medios de ejecución, y

IV.- El monto del beneficio que haya obtenido el responsable”¹⁷

Además se contemplaron tipos penales especiales, cuya calidad específica del sujeto pasivo precisamente radica en no ser un servidor público¹⁸.

¹⁶ Cfr. Código Penal Federal en vigor, artículo 212 segundo párrafo.

¹⁷ Íbid, quinto párrafo

¹⁸ Verbigracia:

“Artículo 215.- Cometén el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes:

...

Al que cometa el delito de abuso de autoridad en los términos previstos por las fracciones I a V y X a XII, se le impondrá de uno a ocho años de prisión y de cincuenta hasta cien días multa. **Igual sanción se impondrá a las personas que acepten los nombramientos, contrataciones o identificaciones a que se refieren las fracciones X a XII. (énfasis agregado)** ”

“Artículo 217.- Comete el delito de uso ilícito de atribuciones y facultades:

...

II.- Toda persona que solicite o promueva la realización, el otorgamiento o la contratación indebidos de las operaciones a que hacen referencia la fracción anterior o sea parte en las mismas, y

...

Se impondrán las mismas sanciones previstas a cualquier persona que a sabiendas de la ilicitud del acto, y en perjuicio del patrimonio o el servicio público o de otra persona participe, solicite o promueva la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este artículo ”

“Artículo 217 Bis.- Al particular que, en su carácter de contratista, permisionario, asignatario, titular de una concesión de prestación de un servicio público de explotación, aprovechamiento o uso de bienes del dominio de la Federación, con la finalidad de obtener un beneficio para sí o para un tercero:

Delitos por hechos de corrupción entre particulares...

Pese a lo anterior, el texto del Código Penal Federal no tipificó las conductas de corrupción que pueden darse en un ámbito particular y, como se advierte de la revisión de las más de cincuenta diferentes figuras autónomas contenidas en la legislación punitiva todas involucran el uso del poder público o de recursos públicos como parte de sus elementos objetivos para poderse actualizar, excluyendo aquellos casos en los que pudiera darse una situación de corrupción entre entes particulares.

Se estima que la corrección a esta falencia normativa resulta indispensable ante la compleja situación que hoy en día representan las transacciones comerciales en nuestro país, en una economía cambiante y creciente en la que es posible materializar este tipo de conductas y afectar bienes jurídicos de particulares a través de conductas corruptas.

De manera ejemplificativa la firma ALC Penal expone un par de casos de corrupción entre particulares; en primer lugar, señala a través de su portal, entre los casos de corrupción privada, tenemos el caso del Comité Olímpico Internacional (COI) en la compra de votos para la celebración de los juegos olímpicos de invierno en la ciudad de los Estados Unidos de América de Salt Lake City en el año 2002, el comité ético en Utah determinó en un informe de 300 páginas que se entregaron regalos, boletos para el parque Disneyland, becas a los hijos de los delegados del Comité Olímpico Internacional (COI).

El segundo caso expuesto por el portal relativo a corrupción privada, se hace referencia a la investigación a la directiva de la FIFA (Federación Internacional de Fútbol Asociado), caso del que se relata:

“pero no sin antes recordar que el 11 de julio de 2012, la FIFA (Federación Internacional de Fútbol Asociado) publicó documentación del caso ISL (empresa que comercializó los derechos audiovisuales de sus competiciones hasta su quiebra en el año 2001) que confirma que su ex presidente Joao Havelange y el brasileño Ricardo Teixeira percibieron sobornos millonarios procedentes de la empresa ISL.

Havelange presidente de FIFA (Federación Internacional de Fútbol Asociado) entre el año 1974 y el año 1998 percibió 1,5 millones de francos suizos en 1997 y Teixeira, yerno del

I.- Genere y utilice información falsa o alterada, respecto de los rendimientos o beneficios que obtenga, y

II.- Cuando estando legalmente obligado a entregar a una autoridad información sobre los rendimientos o beneficios que obtenga, la oculte ”

“Artículo 221.- Comete el delito de tráfico de influencia:

...

IV.- Al particular que, sin estar autorizado legalmente para intervenir en un negocio público, afirme tener influencia ante los servidores públicos facultados para tomar decisiones dentro de dichos negocios, e intervenga ante ellos para promover la resolución ilícita de los mismos, a cambio de obtener un beneficio para sí o para otro .”

Entre otros.

primero dirigió el fútbol brasileño entre el año 1989 y el mes de marzo de 2012, al menos 12,74 millones de francos suizos entre los años 1992 y 1997.

El 5 de septiembre de 2014, el órgano de instrucción de la Comisión de Ética de la FIFA (Federación Internacional de Fútbol Asociado), presidido por el ex fiscal estadounidense Michael J. García, cierra la investigación sobre la concesión de los mundiales de 2018 y de 2022 con un informe de trescientos cincuenta páginas, de acuerdo a dicho informe se desprende la existencia de diez fondos desde los que se hicieron pagos y transacciones en metálico por hasta doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América a cuentas de los presidentes de 30 asociaciones africanas de fútbol profesional.

Según el propio informe, además se organizaron banquetes y recepciones para agasajar a esos directivos, en los que se repartieron hasta 400.000 dólares de los Estados Unidos de América en metálico, y a su vez éstos se comprometen en correos electrónicos a hacer campaña para defender la causa del mundial de fútbol en Catar”¹⁹

V. CONCLUSIÓN

De todo lo antes expuesto se advierte la necesidad de que nuestro país integre a la norma jurídico penal los tipos penales por hechos de corrupción que ocurren en el sector privado, pues esto representará una buena medida dentro de la política criminal para advertir este tipo de conductas, generar estrategias para su mitigación, máxime en el entorno de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y con ello concientizar sobre la necesidad de fortalecer la cultura de la ética y la legalidad en el ámbito privado.

De esta forma, México podrá acercarse al cumplimiento de sus obligaciones convencionales en materia de combate a la corrupción, ajustando su normativa a lo dispuesto en materia de combate a la corrupción no sólo en el ámbito público sino también en el sector privado, presentando un marco jurídico innovador y que llevará a las empresas a regular sus marcos de funcionamiento interno para considerar este tipo de conductas como un probable riesgo frente a la atribución de su responsabilidad.

VI. FUENTES DE CONSULTA

Bibliográficas

ENCINAR del Pozo, Miguel Ángel. *“El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal”*. Director: Jacobo López Barja de Quiroga. Tesis Doc-

¹⁹ ALC PENAL Abogados Penalistas. *“Casos de corrupción entre particulares o privada”*. Consultado el 5 de junio de 2023. Disponible en: <https://www.alc.com.ve/casos-de-corrupcion/>

Delitos por hechos de corrupción entre particulares...

toral. Universidad Complutense de Madrid; Facultad de Derecho; Departamento de Derecho Penal. Madrid

OTERO González, Pilar. *“Corrupción entre particulares (Delito de)”*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. [en línea]. N° 3. Septiembre 2012 - febrero 2013. Fecha de consulta [1 de junio de 2023]. Pp. 174-183. ISSN: 2253-6655. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/download/2129/1060/>

TIEDEMANN, K., «El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores), *El Derecho Penal económico en la era compliance*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *“Herramientas de conocimiento para académicos y profesionales. Módulo Universitario sobre Anticorrupción. Módulo 1. ¿Qué es la corrupción y por qué nos atañe?”*. Viena, s.a. Disponible en https://grace.unodc.org/grace/uploads/documents/academics/Anti-Corruption_Module_1_What_Is_Corruption_and_Why_Should_We_Care_ESP.pdf

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *“Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”*. 2ª edición. Viena, 2012.

Legales

Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea del 22 de julio de 2003. Diario Oficial de la Unión Europea. Publicado el 31 de julio de 2003.

Código Penal Federal, en vigor. Disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPF.pdf>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en vigor. Disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

