

46

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

IN S PRAE IDE ET PRO

Revista

Julio 2020

46

Revista Penal

Penal

Julio 2020



Revista Penal

Número 46

Sumario

Doctrina:

- ¿Una medición de la pena más uniforme y transparente a través de lineamientos para la medición de la pena? Las Sentencing Guidelines inglesas como objeto de investigación valioso, por *Kai Ambos*..... 5
- Luces y sombras de la transposición al ordenamiento español de la directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, por *María Ángeles Fuentes Loureiro* 17
- Delitos de odio, Discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?, por *Alfonso Galán Muñoz* 41
- El uso de ordenadores personales y de material informático por los internos en un centro penitenciario, por *Pablo García Molina*..... 67
- Tutela penal de la intimidad y grabación de la conversación por uno de los interlocutores, por *José Luis González Cussac* 95
- Documento, fotocopia y falsedad, por *Rubén Herrero Giménez*..... 109
- La “corrupción entre particulares”. Análisis crítico de la regulación italiana, por *Alessandro Melchionda*..... 127
- La difusa frontera entre la vida y la muerte. Reflexiones sobre el objeto material de los delitos contra la vida humana independiente, por *Clara Moya Guillem* 141
- El tratamiento penal del blanqueo urbanístico en tiempos de crisis económica, por *Miguel Ángel Núñez Paz*
- Las definiciones auténticas de la imprudencia en el ámbito de la seguridad vial, por *Inés Olaizola Nogales*.. 157
- España y Europa frente al discurso del odio: una aproximación comparativa a los límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia española y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por *Marta Rodríguez Ramos* 169
- Crisis y transformación de los sistemas penales en Europa en el ámbito de la lucha contra el terrorismo internacional, por *Francesco Rossi*..... 190
- Neuroprevención: un nuevo paradigma para el estudio de la reincidencia delictiva, por *Aura Itzel Ruiz Guarneros y José M. Muñoz*..... 207
- Política criminal de exclusión: aporofobia y plutofilia, por *Juan M. Terradillos Basoco* 221

Sistemas penales comparados: La detención preventiva (*Pre-trial detention*)..... 230

Especial: Sul fondamento della responsabilità giuridica dell’estraneo che partecipi a reati propri nel pensiero di Aldo Moro, por *Marianna Pignata y Antonio Tisci*..... 312

Bibliografía:

- Recensión: “Delitos Acumulativos”, de Miguel Bustos Rubio (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017), por *Adrián Viejo Mañanes* 317

* *Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano:* <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Waßmer (Alemania)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Jiajia Yu (China)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Valentini (Italia)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Pamela Cruz y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



La “corrupción entre particulares”. Análisis crítico de la regulación italiana

Alessandro Melchionda

Revista Penal, n.º 46. - Julio 2020

Ficha técnica

Autor: Alessandro Melchionda

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal, Università degli Studi di Trento (Italia)

Title: Private corruption. Critical analysis of Italian regulation

Sumario: 1. Introducción. 2. La reforma penal-societaria de 2002 y el nacimiento de la primera figura delictiva sobre “corrupción entre particulares”. 3. Las críticas “comunitarias” a la regulación de 2002. 4. La modificación del delito de “corrupción entre particulares” introducida por la reforma de 2012. 5. Las renovadas críticas “comunitarias” a la regulación de 2012 y la reconfiguración radical de los delitos relacionados con la “corrupción entre particulares” introducidos con la reforma de 2017. 6. Los efectos problemáticos de las últimas correcciones introducidas por la “*legge spazzacorrotti*” de 2019: señales de una “metamorfosis” todavía defectuosa e inacabada.

Summary: 1. Introduction. 2. The criminal-corporate reform of 2002 and the birth of the first criminal figure on “corruption between individuals”. 3. The “community” criticism of the 2002 regulation. 4. The modification of the crime of “corruption between individuals” introduced by the 2012 reform. 5. The renewed “community” criticism of the 2012 regulation and the radical reconfiguration of the crimes related to “corruption between individuals” introduced with the reform of 2017. 6. The problematic effects of the latest corrections introduced by the 2019 “*legge spazzacorrotti*”: signs of a “metamorphosis” still flawed and unfinished.

Resumen: En este artículo se analiza la regulación italiana del delito de “corrupción entre particulares”, en su evolución desde el primer tipo delictivo de 2002 hasta el tipo en vigor después de la reforma de 2019, proponiendo una lectura crítica también a la luz de las recomendaciones de la Comunidad Europea y de una comparación con otros sistemas jurídicos extranjeros.

Palabras clave: Derecho penal económico, corrupción entre particulares, delitos societarios y empresariales, competencia desleal.

Abstract: This article analyses the Italian regulation of the crime of “corruption between private individuals”, in its evolution from the first type of crime in 2002 to the rate in force after the 2019 reform, proposing a critical reading also in the light of the recommendations of the European Community and a comparison with other foreign legal systems.

Key words: Economic criminal law, private corruption, corporate and business crimes, unfair competition.

Observaciones: Texto de la ponencia dictada el 27 de marzo de 2019, en el marco del “Seminario Hispano-Italiano de Derecho penal económico y corrupción”, organizado en la Universidad de Cádiz, por la Red Temática “Consecuencias sobre la Gran Recesión de 2008 en el Derecho penal económico: oportunidad y desafío” (DER2017-90667-REDT), Grupo del Plan Andaluz de Investigación “Derecho penal y sistema económico”. Traducción revisada por Ignacio Ackermann (Universidad de Valparaíso y Universidad Andrés Bello, Chile) y Andrea Perin (Universidad Andrés Bello, Chile).

Rec: 20/03/2020 **Fav:** 2/04/2020

1. Introducción

El reconocimiento legislativo de la relevancia penal del fenómeno de la “corrupción entre particulares” es sin duda una de las principales novedades de muchos sistemas nacionales, siendo además el resultado de una solicitud que ha sido expresamente impuesta por las decisiones de la Comunidad Europea.

También en el caso de Italia, como ya ha sucedido en el contexto español, el legislador ha tenido que dar cumplimiento a los compromisos contraídos a nivel comunitario, incluyendo en el sistema legal nacional la previsión de una figura específica de delito, destinada a sancionar la adopción de acuerdos corruptos entre particulares.

En la experiencia italiana, la previsión de esta figura delictiva ha sido el resultado de un camino muy complejo y controvertido, que ha terminado con la reforma recientemente introducida por la llamada “*Legge spazzacorrotti*” (“Ley para barrer a los corruptos”: Ley de 9 de enero de 2019, núm. 3, que contiene “Medidas para combatir los delitos contra la administración pública, así como sobre la prescripción del delito y sobre la transparencia de los partidos políticos y los movimientos políticos”), con la que, de hecho, se ha reformado la regulación del delito de “corrupción entre particulares” del art. 2635 del Código Civil italiano, y el delito de “instigación a la corrupción entre particulares”, previsto en el art. 2635-*bis* del mismo Código¹.

Específicamente, los cambios introducidos por el párrafo 5 del único artículo contenido en la Ley núm. 3/2019 consisten en la derogación, respectivamente, de los párrafos 3 y 5 de los artículos 2635 y 2635-*bis* del Código Civil italiano, conllevando la modificación de las reglas de procedibilidad de ambos delitos, en el sentido de eliminar cualquier hipótesis de perseguibilidad condicionada a la exigencia de interponer previamente la denuncia² por la persona ofendida.

Como se ha especificado expresamente en el Informe del Proyecto de Ley original del Gobierno, esta

modificación se realizó en cumplimiento de las recomendaciones del GRECO (*Grupo de Estados contra la Corrupción*), que en varias ocasiones había instado al legislador italiano a establecer un régimen más adecuado para una política de prevención y represión efectiva del fenómeno de la corrupción privada³.

Ante este declarado cumplimiento de las indicaciones supranacionales, los primeros comentarios a la reforma expresaron juicios tendencialmente positivos⁴. Sin embargo, los efectos de la última modificación introducida en 2019 llegan mucho más allá de lo concerniente al régimen de perseguibilidad de los dos delitos previstos hoy en materia de “corrupción entre particulares”; como se destacará a continuación, toda vez que dichos efectos afectan directamente la tipicidad de los hechos sancionados y, por ende, la esfera de aplicabilidad de los tipos delictivos. Como resultado de lo anterior, queda aún lejos proporcionar una solución de política penal verdaderamente exhaustiva y valorable positivamente atendiendo a las expectativas de la U.E.

Sin embargo, para enmarcar y valorar estos últimos aspectos con mayor claridad, será preciso revisar de forma resumida la evolución de la regulación en esta materia.

2. La reforma penal-societaria de 2002 y la primera figura delictiva de la “corrupción entre particulares”

La introducción en el sistema legal italiano de la corrupción en el ámbito privado tuvo lugar en el contexto de la reforma de los delitos societarios realizada a través del Decreto Legislativo de 11 de abril de 2002, núm. 61. En esta ocasión, en particular, junto con la previsión del nuevo delito de “Infidelidad patrimonial” (art. 2634 del Código Civil italiano), con la previsión de un nuevo art. 2635 del Código Civil italiano se contempló también el nuevo delito de “Infidelidad determinada por dación o promesa de utilidad”⁵.

En comparación al estado de la regulación anterior, se trataba de uno de los aspectos más novedosos de la

1 La ley se publicó en el Boletín Oficial del 16 de enero de 2019 y entró en vigor a partir del día siguiente, con la excepción de las disposiciones relativas a la prescripción de delitos, que se aplazaron el 1 de enero de 2020.

2 La palabra *querela*, en italiano, se ha traducido por *denuncia*, en castellano, para referir al acto de la persona ofendida que comunica la noticia *criminos* al Ministerio Fiscal, cuando ésta es un requisito de perseguibilidad de la acción penal; es decir, cuando se trate de delitos cuya persecución por parte del Ministerio Fiscal sólo se puede iniciar con la denuncia de la persona ofendida [*N. del T.*].

3 En el último informe del 29 de junio de 2018, en realidad, GRECO no había impuesto ninguna obligación de modificación, sino que solo se había limitado a alentar una reconsideración de la cuestión: a este respecto v. M.C. UBIALI, *LA DISCIPLINA ITALIANA IN MATERIA DI CORRUZIONE NELL'ULTIMO RAPPORTO DEL GRECO: TRA LE CRITICITÀ, LA CORRUZIONE DEGLI ARBITRI, LA CORRUZIONE INTERNAZIONALE, IL FINANZIAMENTO DEI PARTITI*, en *Dir. pen. cont.*, fasc. 7/2018, 230.

4 Cfr. M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti”: il microsistema delle fattispecie di corruzione*, en *Cass. pen.*, 2019, 59; V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, en *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2019, 292; S. SEMINARA, *Indebita percezione di erogazioni, appropriazione indebita e corruzione privata*, en *Dir. pen. e proc.*, 2019, 503 ss.

5 Según esa disposición: “1. Los directores, gerentes generales, auditores, liquidadores y auditores, que, después de la concesión o promesa de utilidad, realicen u omitan actos, en infracción de los deberes inherentes a su cargo, que causen un perjuicio a la sociedad, se-

reforma de 2002. A diferencia de los cambios realizados en otros casos, casi siempre basados en una mera reformulación de los tipos de delitos anteriores (aunque a veces radicales, como en el caso de las disposiciones relativas a las “falsedades contables”), con respecto a los dos delitos ya indicados, la novedad es mayor, ya que anteriormente no se preveía ningún caso, aunque solo fuera parcialmente comparable a las dos nuevas figuras penales⁶.

Respecto de ambos tipos penales, pero (para lo que más importa aquí) especialmente con referencia al tipificado en el art. 2635 del Código Civil italiano, todos los principales comentaristas señalaron que la nueva figura representaba “el fruto de compromisos supranacionales”⁷, derivados principalmente de la Acción Común 98/742/JAI sobre la corrupción en el sector privado, adoptada el 22 de diciembre de 1998 por el Consejo de la Unión Europea, y de la Convención de Derecho Penal sobre la Corrupción, aprobada por el Consejo de Europa el 27 de enero de 1999⁸.

Sin embargo, aunque tuvo buena acogida, por ser identificada como una primera postura explícita del legislador italiano para oponerse al fenómeno de la co-

rupción en el sector privado⁹, la norma fue recibida también entre muchas preocupaciones.

En primer lugar, opiniones de diferente tenor se avanzaron con respecto a la misma denominación adoptada para esta nueva figura delictiva, considerada por algunos como inadecuada para subrayar el perfil “corruptor” del hecho¹⁰, considerado por otros más coherente con el contenido real del tipo delictivo¹¹.

Sin embargo, las principales críticas se dirigieron a la opción “italiana” de anclar la dimensión típica del hecho a la necesaria causación de un “perjuicio a la sociedad” y de condicionar la perseguibilidad del delito a la previa denuncia de la persona ofendida: de esta manera, como se ha sostenido, si bien en parte confirmando las opciones iniciales de ese proyecto elaborado por la llamada “Comisión Mirone” —que había proporcionado una primera plataforma de intervención en el proceso general de reforma de delitos societarios—, este nuevo tipo delictivo se proyectaba hacia una esfera ofensiva de naturaleza puramente privada, con la prioridad de proteger solo el patrimonio de una sociedad¹²; pero, sobre todo, se criticó duramente, pues el delito parecía destinado a adquirir una relevancia completamente marginal¹³, permitiendo sancionar solo una forma muy

rán castigados con la pena de prisión hasta tres años. 2. La misma pena se impondrá a quienes otorguen o prometan la utilidad. 3. La perseguibilidad queda condicionada a la previa denuncia de la persona ofendida”.

6 Para un comentario sobre esta primera reforma, véanse: P. ALDROVANDI, *Commento all'art. 2635 c.c.*, en A. Lanzi - A. Cadoppi (Eds.), *I reati societari*, II ed., Padova, 2007, 210 ss.; V. MILITELLO, *I reati di infedeltà*, en *Dir. pen. e proc.*, 2002, 704 ss.; ID., *L'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, en AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, eds. por A. Giarda y S. Seminara, Padova, 2002, 493 ss.; D. PULITANO, *La riforma del diritto penale societario, fra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 934 ss.; A. ZAMBUSI, *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art. 2635): alcuni aspetti problematici*, en *Ind. pen.*, 2005, 1035 ss.; R. ZANNOTTI, *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento? Riflessioni su un dibattito in corso*, en *Ind. pen.*, 2005, 531 ss.

7 V. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, II ed., Milano, 2004, 227.

8 Cfr. L. FOFFANI, *Commento all'art. 2635 c.c.*, en C.E. PALIERO - F. PALAZZO (Eds.), *Commentario breve alle Leggi penali complementari*, II ed., Padova, 2007, 2534.

9 La esperanza de que se realizara una reforma en este sentido había sido expresada por autores ilustres: G. MARINUCCI - M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 707; F. BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, en *Scritti di diritto penale*, Vol. II, Tomo II, Milano, 1997, 3307 ss.

10 Cfr. L. FOFFANI, *Commento all'art. 2635 c.c.*, cit., 2534.

11 A favor de esta última indicación se orientó el mismo Informe Ministerial al D.Lgs. núm. 61/2002 (en *Guida dir.*, 2002, núm. 16, 33), que había motivado con estos argumentos la modificación tanto del *nomen* “corrupción”, contenido en el “Proyecto Myrtle” original, como del “comportamiento infiel” adoptado por la Ley delegatoria núm. 366/2001.

12 Algunos autores señalaron inicialmente que la noción de “perjuicio” no era incompatible con otros perjuicios colaterales de una naturaleza que no necesariamente patrimonial (por todos, G. SANDRELLI, *Entra in scena la corruzione privata*, en *Guida al dir.*, 2002, núm. 16, 68); sin embargo, esta posibilidad de interpretación había sido criticada precisamente por crear el riesgo de favorecer aplicaciones extensivas “que ciertamente van más allá de las intenciones del legislador” (MUSCO E., *I nuovi reati*, cit., 235). En el siguiente debate la perspectiva “patrimonialista” ha adquirido una prioridad y una importancia predominante (esta es ciertamente la opinión más compartida: por todos, v. L. FOFFANI, *Commento all'art. 2635 c.c.*, cit., 2536). Sobre este punto, con respecto a la posición de la jurisprudencia, ver también *infra*.

13 Esta es la principal crítica: v. R. ACQUAROLI - L. FOFFANI (Eds.), *La corruzione fra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, 2003; V. MILITELLO, *L'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, cit., 493; G. VINCIGUERRA, *Corruzione societaria e corruzione del pubblico funzionario: più divergenze che affinità*, en A. Rossi (ed.), *Reati societari*, Torino, 2005, 451.

particular de “infidelidad patrimonial”, que ya podría ser absorbida en el espectro del nuevo artículo 2634 del Código Civil italiano¹⁴.

Por lo tanto, la introducción se consideró completamente insuficiente, no solo en relación con su potencial de aplicación concreta, sino también en relación con el marco de compromisos que surgieron en el contexto supranacional. Hasta el punto de que se ha afirmado, enfatizando claramente la polémica, que “la infidelidad que sigue la dación o promesa de utilidad se presenta en última instancia como una regla absolutamente disnómica. Aquí, en efecto, nos encontramos en presencia de una ‘traición’ realmente sorprendente de un fenómeno aún más extremo de desviación normativa. Una norma introducida con el objetivo declarado de dar vida a una figura de corrupción en el sector privado termina siendo depurada de su ascendencia lexical y luego, como se ha observado, modificada también en su genoma, de tal manera, que renace como una figura satelital anómala de infidelidad-conflicto de intereses”¹⁵.

3. Las críticas “comunitarias” a la regulación de 2002

Después de la entrada en vigor de ese primer tipo delictivo, fueron indicadas obligaciones de intervención legislativa más precisas por la Decisión Marco 2003/568/GAI sobre la lucha contra la corrupción en el sector privado, adoptada el 22 de julio de 2003 por el Consejo de Unión Europea (véase el artículo 2), y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida, UNCAC), de 31 de octubre de 2003, ratificada posteriormente por Italia con la Ley núm. 3 de agosto de 2009, n.º 116, pero sin intervención directa en el sector de la corrupción entre particulares. El artículo 21 de este último Convenio (“soborno en el sector privado”), en particular, requiere a cada Estado miembro la adopción de medidas legislativas idóneas para tipificar como delito, a (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”, como también a (b) “La solicitud o acepta-

ción, 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”.

Sin embargo, el cumplimiento imperfecto de estas obligaciones supranacionales por parte de la legislación italiana fue criticado en reiteradas ocasiones¹⁶. En particular, críticas muy contundentes se han planteado por parte del GRECO, un organismo establecido en 1999 por el Consejo de Europa, que, en el contexto de múltiples informes, habría denunciado los límites de la respuesta legislativa italiana adoptada con la previsión de la sola disposición del artículo 2635 del Código Civil. Estas críticas se centraron principalmente en la limitación de los sujetos activos del delito, considerada contraria a los artículos 7 y 8 del Convenio penal sobre la corrupción, del Consejo de Europa, en virtud del cual cualquier “persona que dirija o trabaje en cualquier concepto para una entidad del sector privado” puede considerarse una persona cualificada; en la falta de referencia a la posibilidad de que el “soborno” se ofrezca a terceros o que el delito se cometa indirectamente, a través de un intermediario; pero sobre todo, una vez más, en la previsión de la causación de un “perjuicio a la sociedad” como requisito necesario para la comisión del delito, un requisito que, por el contrario, está completamente ausente en los artículos 7 y 8 de la Convención Penal mencionada anteriormente, en los que la dimensión lesiva del hecho tiene en consideración las distorsiones de la libre competencia entre empresas, más que respecto a la protección de los sujetos (accionistas y acreedores) interesados en los activos de la empresa. La crítica directa, en esta misma perspectiva, finalmente se dirigió también al régimen de perseguibilidad ya recordado y al incumplimiento de prever una responsabilidad para los entes¹⁷.

A la luz de lo anterior, a través de la Ley de 25 de febrero de 2008, núm. 34 (art. 29) el Parlamento había delegado al Gobierno para que adoptara un “decreto legislativo que contenga las normas necesarias para aplicar la Decisión Marco 2003/568/GAI” y, en particular, había previsto expresamente la introducción “en

14 V. L. FOFFANI, *Commento all'art. 2635 c.c.*, cit., 2533 s., a lo que también se hace referencia para un examen de las complejas relaciones de especialidad entre las dos nuevas disposiciones; P. ALDROVANDI, *Commento*, cit., 210 ss.

15 A. GULLO, *Spunti critici in tema di infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità*, en *Banca borsa tit. cred.*, 2003, 446.

16 Para una ilustración amplia de estas evaluaciones internacionales, M. MONTANARI, *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, en *Dir. pen. cont.*, 1 luglio 2012, 18 ss., a quien nos remitimos también para más detalles acerca de las referencias indicadas a continuación.

17 Los informes de evaluación GRECO están disponibles en el sitio web www.coe.int/greco. También se plantearon críticas similares ante la solución italiana en la *Relazione della Commissione CE al Consiglio del 18.6.2007, resa a norma dell'articolo 9 della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*.

el Libro II, Título VIII, Capítulo II; del Código penal de un tipo delictivo que sancione con la prisión de uno a cinco años la conducta de aquellos que, en el contexto de actividades profesionales, solicitan o reciben intencionalmente, para sí mismos o para un tercero, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o acepta la promesa de tal ventaja, en el desempeño de funciones gerenciales o de trabajo que no son meramente ejecutivas en nombre de una entidad del sector privado, para realizar u omitir un acto, en infracción de un deber, siempre que dicha conducta implique o pueda implicar distorsiones de la competencia con respecto a la adquisición de bienes o servicios comerciales". Además, se había solicitado "prever la misma pena también para quien, intencionalmente, en el contexto de actividades profesionales, directamente o por medio de intermediarios, da, ofrece o promete la ventaja", e introducir estos casos "entre los delitos mencionados en la sección 111 del Capítulo I del Decreto Legislativo de 8 de junio de 2001, núm. 231 (...) con la previsión de multas y descalificaciones adecuadas contra entes en cuyo interés o ventaja se cometió el delito"¹⁸.

Sin embargo, la implementación de esta delegación ha seguido un camino muy lento y problemático.

4. La modificación del delito de "corrupción entre particulares" introducida por la reforma de 2012

Tras la inicial disposición legislativa de 2002, se registró una primera modificación limitada por la llamada "Ley de ahorro de 2005" (Ley núm. 262 de 28 de diciembre de 2005, que contiene "Disposiciones para la protección del ahorro y la regulación de los mercados financieros"), en virtud de la cual solo se agregó una hipótesis agravada (en el párrafo tercero del art. 2635 del Código Civil italiano), duplicando su sanción en caso de que el delito se haya cometido en relación con "empresas con valores cotizados en mercados regulados en Italia u otros mercados regulados de la U.E. o difundidos al público en gran medida de conformidad con el artículo 116 del texto consolidado de conformidad con el Decreto Legislativo del 24 de febrero de 1998, núm. 58"¹⁹.

Sin embargo, la Ley de 6 noviembre de 2012, núm. 190, "Disposiciones para la prevención y represión de la corrupción y la ilegalidad en la administración pública", con la que se promulgó una reforma general de

todos los delitos de corrupción, proporcionó una oportunidad para un cambio más amplio.

Con esta reforma, el tipo delictivo anteriormente previsto en el art. 2635 experimentó varios cambios, que, en detalle, se pueden resumir de la siguiente manera:

a) en primer lugar, se modificó el *nomen juris* del delito, que pasó a denominarse expresamente "Corrupción entre particulares";

b) se insertó en la descripción del delito una cláusula de subsidiariedad ("A menos que el hecho constituya un delito más grave...");

c) se modificó el círculo de sujetos activos del delito, en particular representado por "directores", "gerentes generales", "gerentes encargados de preparar documentos contables corporativos", "auditores" y "liquidadores", con la exclusión de la consideración original y anterior de los "auditores";

d) se modificó parcialmente la descripción de la conducta típica, previamente basada en la realización de actos u omisiones realizados por los sujetos activos del delito "en infracción de los deberes inherentes a su cargo", y ahora extendida a la hipótesis de infracción de "deberes de fidelidad (lealtad)";

e) todavía en el marco de la descripción objetiva del tipo, como objeto del otorgamiento o promesa, a la noción de "dinero" se agregó a la fórmula "otra utilidad" y se especificó que este otorgamiento o promesa es relevante si se recibe tanto "para sí mismo", como (esta es la novedad) "para otros";

f) se introdujo un límite mínimo de pena de un año de prisión, para el tipo previsto en el primer párrafo del art. 2635 del Código Civil;

g) se introdujo (en un nuevo segundo párrafo) un tipo delictivo menos grave (castigado con la pena de prisión de hasta un año y seis meses), bajo el supuesto de que el hecho fuese "cometido por aquellos sujetos a la dirección o supervisión de uno de los sujetos activos del tipo básico;

h) se introdujo una excepción a la regla de perseguibilidad condicionada a la previa denuncia de la persona ofendida, en el caso de que "como consecuencia del hecho se produce una distorsión de la competencia en la adquisición de bienes o servicios";

i) y finalmente, para los casos de "corrupción activa", en las modalidades establecidas en un nuevo párrafo tercero del art. 2635 del Código Civil italiano, se introdujo la previsión (que anteriormente no existía) de una

18 Sobre esta "innovación planificada", D. PERRONE, *L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione privata: in attesa dell'attuazione della l. 25 febbraio 2008, núm. 34*, en *Cass. pen.*, 2009, 769 ss.

19 Para un comentario sobre esta reforma, por todos, S. SEMINARA, *Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio*, en *Dir. pen. e proc.*, 2004, 503 ss. Con respecto a los efectos sobre el delito a que se refiere el art. 2635 c.c. v. también M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, 241 ss.

responsabilidad directa de la persona jurídica de conformidad con el Decreto Legislativo núm. 231/2001²⁰.

Las novedades de esta última reforma fueron identificadas inmediatamente, aunque, en la opinión general de la doctrina, no se consideró posible captar una innovación significativa con respecto a los límites básicos que, incluso en la perspectiva de una adaptación definitiva a las indicaciones supranacionales, ya habían sido reconocidas e informadas con respecto a las regulaciones anteriores. De hecho, desde cierto punto de vista, la reformulación del tipo que se adoptó en 2012 parecía presentar perfiles de mayor incertidumbre y labilidad²¹.

En cuanto a la modificación del *nomen juris*, desde ese momento explícitamente anclado al concepto de “corrupción”, las modificaciones fueron recibidas con opiniones divergentes, pero, en general, la doctrina es-

taba de acuerdo en que no era seguro que, gracias a estas novedades, se podría esperar una aplicación más concreta del tipo, y mucho menos una asimilación más directa del modelo de corrupción “privada” al de la corrupción de los funcionarios públicos²².

Apropiada y aceptable se consideró la exclusión confirmada del círculo de sujetos activos del delito de la referencia original a los “auditores”, un aspecto que, más allá de las críticas ya formuladas con respecto al tipo anterior²³, se consideró lógico correlacionar con la posterior introducción, por la mencionada “Ley de ahorro” (ley no. 262/2005), del tipo más específico de “corrupción de auditores” (art. 174-ter del llamado “Testo Único Financiero”, contenido en el Decreto Legislativo núm. 58/1998)²⁴.

20 En particular, la disposición se reformuló así: “1. A menos que el hecho constituya un delito más grave, los directores, los gerentes generales, los gerentes encargados de preparar los documentos contables corporativos, los auditores y los liquidadores, que, tras haber recibido el regalo o la promesa de dinero u otros beneficios, para sí mismos o para otros, realizan u omiten actos, en infracción de los deberes inherentes a su cargo u deberes de lealtad, causando perjuicios a la sociedad, serán castigados con prisión de uno a tres años. 2. La pena de prisión de hasta un año y seis meses se impondrá si el delito es cometido por alguien sujeto a la dirección o supervisión de uno de los sujetos indicados en el primer párrafo. 3. Cualquiera que otorgue o prometa dinero u otros beneficios a las personas indicadas en los párrafos primero y segundo será castigado con las penas previstas en el mismo. 4. Las penas establecidas en los párrafos anteriores se duplican si se trata de sociedades cuyos valores son cotizados en mercados de valores regulados en Italia o en otros estados de la Unión Europea o se difunden al público de un modo relevante, de conformidad con el artículo 116 del texto consolidado de las disposiciones en materia de intermediación financiera, Decreto Legislativo del 24 de febrero de 1998, núm. 58 y enmiendas posteriores. 5. La perseguibilidad queda condicionada a la previa denuncia de la persona ofendida, a menos que del hecho resulte en una distorsión de la competencia en la adquisición de bienes o servicios”.

21 Para un comentario sobre esta reforma de 2012, R. BARTOLI, *Corruzione tra privati*, en B.G. MATTARELLA - M. PELISSERO (Eds.), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, 442 ss.; M. BELLACOSA, *La corruzione privata societaria*, en A. Del Vecchio - P. Severino (Eds.), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2014, 57 ss.; R. BRICCHETTI, *La corruzione tra privati*, en G. CANZIO - L.D. CERQUA - L. LUPARIA (Eds.), *Diritto penale delle società*, Padova, 2014, II, 507 ss.; A. DI MARTINO, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, en *La legge anticorruzione*, cit., 355 ss.; E. DOLCINI - F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, en *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2012, 232 ss. A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c. (“Corruzione fra privati”)*, en *Giur. it.*, 2012, 2698 ss.; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, 480 ss.; S. SEMINARA, *Il reato di corruzione tra privati*, en *Le Società*, 2013, 61 ss.; A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma dell’art. 2635 c.c.*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 705 ss.

22 En este sentido, véase, por ejemplo, R. BRICCHETTI, *La corruzione tra privati*, cit., 512.

23 En el contexto de los primeros comentarios, esta referencia inicial había sido criticada fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, debido a la diferencia en las implicaciones ofensivas del hecho si es cometido por sujetos que, a diferencia de lo que es apreciable para “directores”, “gerentes generales”, “gerentes responsables de preparar documentos contables corporativos”, “auditores legales” y “liquidadores”, operan fuera de la sociedad y encargados de certificar los estados financieros. A la luz de la caracterización esperada del delito como un delito de lesión, basado en la causación de un “perjuicio a la sociedad”, la inclusión de los auditores en el círculo de los sujetos activos se había considerado inconsistente con una perspectiva de protección basada sobre la consideración únicamente de los intereses de capital de la sociedad, dado que, en el caso de las personas a cargo de la auditoría, se apreciaría más la necesidad de una “garantía de la fiabilidad de los mecanismos de control externo de las cuentas de la empresa social” (L. FOFFANI, *Commento all’art. 2635 c.c.*, cit., 2534). En realidad, aunque esta última observación podría compartirse con respecto a la relación de protección que parece más directamente apreciable en comparación con la función de auditoría externa de los auditores, examinando la reforma de 2012 parecía legítimo observar que, ante el objetivo de la protección del patrimonio de la sociedad, también la hipótesis de una infidelidad “pagada” de los auditores podía resultar susceptible de una intervención punitiva explícita (A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, cit., 2700).

24 En este sentido, L. FOFFANI, *Commento all’art. 2635 c.c.*, cit., 2535. En relación con el art. 174-ter, P. ALDROVANDI, *Commento sub art. 174-ter d.lgs. núm. 58/1998*, en A. LANZI - A. CADOPPI (Eds.), *I reati societari*, cit. 221 ss. Por esta misma razón, la formulación original del art. 2635 c.c. ya había podido ser corregida por el Decreto Legislativo 27 de enero de 2010, núm. 39 (“Attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati”), que, en el art. 28, había introducido un tipo de “corrupción de auditores”, articulado de manera diferente, por un lado, en la previsión de un delito especial (también con respecto al perfil sancionador) al del art. 2635 c.c. y también basado en la causación de un “perjuicio a la sociedad” y, por otro, en la previsión de tipos similares a los descritos anteriormente en el art. 174 ter, con el que se previó la pena de prisión de uno a cinco años para “el responsable

Aún en el plano de la reformulación del círculo de los sujetos activos del delito, también parecía ser apropiada y apreciable la consideración explícita de otros sujetos distintos de las figuras “superiores”: con la previsión, en el nuevo párrafo segundo de la disposición, del castigo del hecho también cuando sean cometidos por personas “sujetas a la dirección o supervisión de uno de los sujetos activos en el tipo básico”, el legislador italiano reconoció expresamente las críticas anteriores y las repetidas indicaciones supranacionales que obligaban a extender el castigo a cualquier persona que desempeñe “funciones de gestión o de trabajo de cualquier tipo” (así, en particular, la indicación contenida en el artículo 2 de la decisión marco 2003/568/GAI)²⁵.

En cambio, se reconocieron perplejidades más explícitas en relación con otros aspectos del nuevo tipo delictivo. En primer lugar, objeto de muchas críticas fue, sobre todo, la mantenida caracterización del delito como un delito de resultado basado en la necesaria causación de un “perjuicio a la sociedad”, dado que, como se mencionó, era un elemento del tipo, que, ya desde la inicial previsión del nuevo delito contenido el art. 2635 del Código Civil italiano, se entendía de inmediato como un perfil de mayor diferencia con respecto al llamado “modelo público” de “corrupción” basado únicamente en el acuerdo ilícito y, por este mismo motivo, identificado como el punto de mayor contraste y insuficiencia de la respuesta italiana a las solicitudes de la Comunidad para incriminar el fenómeno de corrupción en el sector privado²⁶.

Todavía haciendo referencia al tipo objetivo, las críticas también apuntaron a otros aspectos de las innovaciones introducidas. Por un lado, con respecto a la extensión esperada de las características típicas de la conducta básica a la hipótesis de que la prestación activa u omisiva, realizada como consecuencia del otorgamiento o promesa de utilidad, ya no debe identificarse

únicamente sobre la base de una “infracción de los deberes inherentes a su cargo”, sino también teniendo en cuenta la posible infracción de los “deberes de lealtad”. En este sentido, ya con referencia a la anterior y mantenida previsión de “deberes de cargo”, se enfatizó que es una fórmula legislativa que “se presta, debido a su indudable amplitud interpretativa, para poder incluir en el radio de aplicación cualquier incumplimiento de los generales deberes de fidelidad, lealtad y equidad, independientemente, es decir, desde su cristalización dentro de una fuente formal, con el riesgo de ‘intrusiones penetrantes del derecho penal en la política de empresa’”²⁷. Precisamente por esta razón, para garantizar una aplicación más estricta de la fórmula en cuestión, también se señaló que, de forma similar a lo que se aprecia también con respecto a los tipos de “corrupción pública”, podría identificarse “en términos interpretativos como infracción de relevancia penal solo una infracción que se refiere a deberes derivados específicamente de los preceptos legales que regulan y disciplinan los deberes individuales de las personas cualificadas, respetando también la naturaleza inevitable de último ratio de la intervención penal”²⁸. En esta perspectiva, la referencia ampliada a “deberes de lealtad” aún más genéricos podría, entonces, considerarse determinada por la extensión paralela del tipo delictivo (en el nuevo párrafo segundo del artículo 2635 del Código Civil italiano) al “hecho” cometido por personas “sujetas a la dirección o supervisión de uno de los sujetos” activos de la hipótesis básica; es decir, personas, con respecto a quienes esta propuesta de corrección de interpretación sugerida no podría haberse afirmado, siendo de hecho válida solo para “sujetos cualificados”. Sin embargo, en ausencia de una referencia directa solamente a los sujetos “no cualificados”, el cambio aún corría el riesgo de extender la relevancia de este elusivo requisito de “lealtad” a todos los sujetos activos del delito: un requi-

de la auditoría legal y los miembros del órgano administrativo, los accionistas y los empleados de la sociedad de auditoría legal, que, al llevar a cabo la auditoría de las cuentas de entidades de interés público o sociedades controladas por ellas, excepto en los casos previstos en el artículo 30 “(en relación con la hipótesis de ‘remuneración ilegal’) ‘por dinero u otros beneficios otorgados o prometidos’, realizaran u omitieran ‘actos en infracción de los deberes del cargo’”. En relación con esta modificación del delito de “corrupción de auditores”, F. CENTONZE, *La nuova disciplina penale della revisione legale dei conti*, en *Dir. pen. e proc.*, 2010, 661 ss.; F. CONSULICH, *Revisione contabile e responsabilità penale tra riforme e controriforme*, en *Le società*, 2010, 45 ss.; L. TROYER - A. INGRASSIA, *Prime riflessioni sullo statuto penale della revisione legale a seguito del d.lgs. n.º 39/2010*, en *Riv. Dott. Comm.*, 2010, 595 ss.

25 Al expresar esta opinión, también hemos considerado lógico, que la inserción de una pena mínima en el caso básico del primer párrafo, debería tener la intención de diversificar parcialmente el rango de sanciones establecido por el hecho cometido por personas “superiores” con respecto a lo establecido por sujetos meramente subordinados: A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, cit., 2700. En cambio, consideraban esta innovación meramente “cosmética” E. DOLCINI - F. VIGANÒ, *op. cit.*, 246.

26 V. E. DOLCINI - F. VIGANÒ, *op. cit.*, 245, y más ampliamente G. FORTI, *La corruzione tra privati nell’orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1115 ss.

27 E. MUSCO, *I nuovi reati*, cit., 236, que reanudó una aclaración similar de A.L. MACCARI, *Infedeltà a seguito di dazione o promessa*, en F. GIUNTA (ed.), *I nuovi illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali*, Torino, 2002, 177.

28 E. MUSCO, *I nuovi reati*, cit., 236.

sito que, como se ha observado²⁹, incluso si tal vez es pleonástico, ya que puede considerarse contrario a esta “infracción de lealtad” genérica el mero hecho de haber recibido y/o aceptado la promesa de “dinero u otros beneficios” por sujeto fuera de la empresa con el objetivo de llevar a cabo un acto que pueda causar “perjuicio” a la misma empresa, sin embargo, también evocó críticas pasadas con respecto a la formulación análoga del original delito alemán de “*Untreue*”³⁰ y, sobre todo, ahora ha reabierto las dudas pasadas sobre la posibilidad de dar importancia en la esfera criminal a un más genérico “deber de lealtad”³¹.

Aún en el nivel del tipo objetivo, escasamente significativa pareció entonces la adición expresa de la noción de “dinero” a la de “utilidad”, indicada como el objeto de la “concesión” o “promesa”, tratándose de una innovación al parecer justificada solamente desde una perspectiva de correspondencia más directa al tipo de “corrupción propia” del funcionario público, de conformidad con el artículo 319 del Código Penal italiano³². Más relevante, sin embargo, fue la extensión de la conducta de corrupción activa también a la hipótesis de comisión en nombre de “otros”; una novedad que permitió extender la relevancia criminal del hecho también a esa hipótesis de “intermediación”, que previamente escapó a las previsiones de la figura delictiva que, como se vio, ya había dado lugar a críticas supranacionales con respecto a las regulaciones vigentes en Italia³³.

Sin perjuicio de la apreciación unánime por la extensión prevista con el delito en cuestión de una posible responsabilidad directa de la persona jurídica de conformidad con el Decreto Legislativo núm. 231/2001 (novedad, sin embargo, que se limitó a la única hipótesis de corrupción activa, manteniendo así la identificación de la sociedad de referencia del sujeto corrupto solo como una posible víctima del delito), otra novedad, pero también objeto de fuertes críticas, fue la elec-

ción del legislador italiano de realizar una corrección a la reglas de perseguibilidad condicionada a la previa denuncia de la persona ofendida, estableciendo en particular el mantenimiento de este último régimen “*a menos que del hecho resulte en una distorsión de la competencia en la adquisición de bienes o servicios*”.

El cambio se introdujo después de una enmienda específica del gobierno, como lo indicó el Ministro de Justicia en los últimos días del debate parlamentario, y la fórmula parecía estar relacionada con las disposiciones del artículo 2 de la mencionada Decisión Marco 2003/568/JAI, que, en el párrafo tercero, reconoció expresamente la posibilidad de que cada Estado miembro declare su intención de limitar el ámbito de aplicación de los nuevos tipos de “corrupción activa y pasiva en el sector privado” “a las conductas que impliquen o puedan conducir a una distorsión de la competencia en relación a la adquisición de bienes o servicios comerciales”. Y en el caso del Estado italiano, como se vio, esta “declaración de voluntad” ya se había hecho explícita en el momento de la adopción de la Decisión Marco 2003/568/GAI, que tuvo lugar con la Ley del 25 de febrero de 2008, núm. 34, en el art. 29.

Como se dijo, sin embargo, en la solución adoptada por el legislador italiano en 2012, la delimitación de conductas perjudiciales y/o peligrosas para la competencia se afirmó, no sólo en el plano de la punibilidad del delito, sino también en el marco de la perseguibilidad *ex officio*. Esta opción llevó a poner en tensión todavía más al principio de taxatividad, puesto que, sin perjuicio de la relevancia del principio también respecto a la descripción del hecho punible, en el marco de los requisitos de procedibilidad, la importancia constitucional de ese principio es mucho más vinculante y esencial, como lo enseña un inolvidable *Maestro*, siendo expresión directa del mismo principio de “obligatoriedad” de la acción penal dictada por el art. 112 de la Constitución³⁴. Al mismo tiempo, la fórmula adoptada

29 Para estos aspectos, permitimos la referencia actualizada a lo que ya se informó en el comentario antes mencionado sobre la reforma de 2012: A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, cit., 2700.

30 P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941; L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, 235 ss.

31 V. G. ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, y la opinión sobre este asunto de F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, 1974, ahora en *Scritti di Diritto penale*, Milano, V. I, t. I, 609.

32 La comparación con el tipo de “soborno” de los funcionarios públicos también fue digna de consideración para proporcionar una explicación a la inserción prevista de la “cláusula de subsidiariedad expresa” inicial, un elemento de novedad que nos pareció interpretable solo con miras a una elección legislativa dirigida a para evitar la posible concurrencia real de los dos delitos que, de manera abstracta, se integrarán siempre que el sujeto activo del delito, a pesar de operar en un contexto corporativo, tenga un estado de publicidad. En esta eventualidad, de hecho, el tipo de “corrupción entre particulares” de conformidad con el art. 2635 c.c. parecía colocarse en una relación de “especialidad mutua” con respecto a los delitos mencionados en los artículos 318 y 319 del Código Penal italiano, caracterizándose por la causación de ese “perjuicio” a la sociedad que se opone a la mayor especificidad paralela de la calificación subjetiva requerida por las últimas disposiciones (también para estos aspectos, nos referimos al comentario ya indicado a la reforma de 2012: A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, cit., 2700).

33 Cfr. la *Relazione della Commissione CE al Consiglio del 18.6.2007*, cit., 6.

34 F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 279.

también dejó abierta una nueva duda interpretativa. En efecto, no resultaba claro si “el hecho”, con respecto al cual la posible correlación etiológica con “*una distorsión de la competencia en la adquisición de bienes o servicios*”, debía entenderse como referible al mero acuerdo corruptor, o al “hecho típico” completo descrito por el art. 2635 del Código Civil italiano, incluyendo por ende también la causación del “perjuicio” a la empresa³⁵.

Este margen de indeterminación, posteriormente realizado por una divergencia de opiniones más arraigadas, precisamente sobre este último perfil de incertidumbre interpretativa, suscitó serias dudas, porque también se centró en un elemento que, funcional a la predeterminación del régimen de procedibilidad del delito, precisamente necesitaba ser apreciado con seguridad y univocidad ya “*in limine litis*” y no ya en el término de un posible juicio futuro. Al mismo tiempo, a pesar de la amplitud interpretativa demostrada por la jurisprudencia, en el sentido de poder extender el significado del evento original del “perjuicio a la sociedad”, identificándolo con la “lesión de cualquier interés de la misma susceptible de evaluación económica”³⁶, el tenor general de esta regulación hacía evidente la clara prevalencia asumida, en términos de la objetividad jurídica del delito por la esfera económico-patrimonial de la empresa a la que pertenece el sujeto corrupto³⁷.

En general, parecieron evidentes las muchas “sombras” y las pocas “luces” de la reforma, también y sobre todo en la comparación con los diferentes modelos de incriminación que los organismos comunitarios conti-

nuaron indicando como necesarios para una represión efectiva de la “corrupción” incluso en el sector privado.

5. Las renovadas críticas “comunitarias” a la regulación de 2012 y la reconfiguración radical de los delitos relacionados con la “corrupción entre particulares” introducidos por la reforma de 2017

Sin perjuicio de la persistente ausencia de aplicación apreciable del tipo penal así reformado en 2012³⁸, las críticas supranacionales por el incumplimiento del legislador italiano de los compromisos adquiridos en la Comunidad se han vuelto aún más estrictas y amenazantes. Las quejas del GRECO³⁹ fueron seguidas por reiterados informes de incumplimiento ante el Consejo y el Parlamento Europeo⁴⁰, hasta el punto de que, en diciembre de 2015, la Comisión Europea lanzó el procedimiento EU-Pilot núm. 8175/15/HOME teniendo en cuenta que Italia no comunicó las medidas nacionales de transposición de la Decisión marco 2003/568/JAI, concediéndole un plazo de cuatro semanas con la advertencia de que, en ausencia de una comunicación de transposición completa, un procedimiento de infracción podría haberse iniciado de conformidad con el art. 258 del Tratado de Funcionamiento de la U.E.

Tras la delegación legislativa, contenida en el artículo 19 de la Ley de 12 de agosto de 2016, núm. 170 (llamada Ley de Delegación Europea 2015), se reformuló radicalmente el delito de “corrupción entre particulares”, que fue introducido por el Decreto Legislativo de 15 de marzo de 2017, núm. 38⁴¹.

35 Con respecto a esta alternativa, ver la *Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione* (Rel. núm. III/11/2012 del 15.11.2012), por L. PISTORELLI - G. ANDREAZZA, en *Dir. pen. cont.*, 20 de noviembre 2012, 18 ss.; S. SEMINARA, *Il reato di corruzione*, cit., 65 ss.; A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, cit., 2700.

36 Así, Cass. pen., sez. V, 13 noviembre 2012, núm. 5848.

37 Sobre estos últimos aspectos, debe hacerse referencia al comentario antes mencionado sobre la reforma de 2012: A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, cit., 2700.

38 Para un análisis interesante de una decisión, véase L. ZOLI, *Disfunzione applicativa dell'art. 2635 c.c., tra vecchia e nuova formulazione della "corruzione tra privati"*, en *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2014, 421 ss.

39 V. GRECO RC-III (2014) 9F, *Troisième Cycle d'Évaluation, Rapport de Conformité sur l'Italie* (aprobada en la 64ª asamblea plenaria, 16-20 de junio de 2014): sobre el punto, también M. MONTANARI, *Dove eravamo rimasti? La riforma dei delitti di corruzione al vaglio delle organizzazioni internazionali*, *Dir. pen. cont.*, 9 de octubre de 2014, 3 ss.

40 V. en particular S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, en *Dir. pen. e proc.*, 2017, 714 ss., a lo que se hace referencia para un análisis más preciso a este respecto del informe de la Comisión al Consejo de 18 de junio de 2007 [COM/2007/0328 final], del informe posterior de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo el 6 de junio de 2011 [COM (2011) 309 final] y del informe al Consejo y al Parlamento Europeo de 3 de febrero de 2014, anexo 12 [COM (2014) 38 final].

41 La disposición se reformuló de la siguiente manera: “1. A menos que el hecho constituya un delito más grave, los directores, los gerentes generales, los gerentes a cargo de la redacción de los documentos contables corporativos, los auditores y los liquidadores, de las sociedades o entidades privadas que, incluso a través de un tercero, solicitan o reciben, por sí mismos o para otros, dinero u otros beneficios indebidos, o aceptan su promesa, finalizada a realizar u omitir actos en infracción de los deberes inherentes a su cargo o de los deberes de lealtad, serán castigados con prisión de uno a tres años. 2. La misma pena se impondrá si el delito es cometido por aquellos que, dentro de la organización de la sociedad o entidad privada, ejercen funciones de gestión diferentes de las de los sujetos mencionados en el período anterior. 3. Se impondrá la pena de prisión de hasta un año y seis meses si el delito es cometido por sujetos que tienen la dirección o supervisión de uno de los sujetos indicados en el primer párrafo. 4. Cualquiera que, incluso a través de un tercero, ofrezca, prometa u otorgue dinero u otros beneficios no debidos a las personas indicadas en el primer y segundo párrafo, será castigado con las penas previstas en los mismos. 5. Las penas establecidas en los párrafos anteriores se duplican si se trata de sociedades con valores que son

Las innovaciones previstas por esta reforma han tenido un impacto significativo en la estructura previa del delito regulado por el art. 2635 del Código Civil al que se hace referencia⁴².

Además del cambio a la denominación del Título XI, Libro V, del Código Civil (añadiendo a la redacción original “Disposiciones penales relativas a empresas y consorcios” de la referencia también a “otros entes privados”) y de otras modificaciones en el círculo de los sujetos activos del delito (con extensión del castigo a “quien, en el ámbito organizativo de la sociedad o entidad privada, ejerce funciones de gestión distintas de las propias de los sujetos” cualificados ya previstos en la formulación anterior y confirmados en el párrafo primero de la disposición), el aspecto de mayor importancia y novedad fue ciertamente la eliminación de la anterior referencia al resultado que consiste en el “perjuicio a la sociedad”: el cambio condujo a la consecuente transformación del delito en un tipo de “mera actividad”, que consiste en “solicitar” o “recibir” para sí mismo o

para otros, dinero u otros beneficios no debidos, o bien, en “aceptar la promesa” de todo esto, para realizar u omitir un acto en infracción de los “deberes inherentes a su cargo” o de las “deberes de lealtad”.

Aun generando efectos problemáticos de coordinación sistemática con el tipo básico⁴³, la decisión de anticipar el momento consumativo del delito⁴⁴ se caracterizó aún más por la introducción de un nuevo tipo penal de “instigación a la corrupción entre particulares”, que se incluyó en el nuevo el art. 2635-*bis* del Código Civil italiano⁴⁵.

Como resultado de estas importantes novedades, con la reforma de 2017, el delito de “corrupción entre particulares” ciertamente adquirió una dimensión típica muy diferente de la que subyace en todas las configuraciones anteriores del tipo delictivo y, desde este punto de vista, también conllevó una transformación significativa del modelo de incriminación. En efecto, a pesar de las indicaciones jurisprudenciales en el sentido de ampliar el significado del resultado del “perjuicio a la

cotizados en mercados de valores regulados en Italia o en otros estados de la Unión Europea o difundidos al público de modo relevante, de conformidad con el art. 116 del texto consolidado de las disposiciones sobre intermediación financiera, Decreto legislativo de 24 de febrero de 1998, núm. 58 y enmiendas posteriores. 6. La perseguibilidad queda condicionada a la previa denuncia de la persona ofendida, a menos que del hecho resulte una distorsión de la competencia en la adquisición de bienes o servicios. 7. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 2641, la medida de confiscación por valor equivalente no puede ser menor que el valor de los servicios públicos entregados, prometidos u ofrecidos”.

42 Para un comentario sobre la última reforma, véase, en general, R. BARTOLI, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo*, en *Dir. pen. e proc.*, 2017, 5 ss.; R. BRICCHETTI, *Cade una normativa circoscritta a società commerciali*, en *Guida al Diritto*, 2017, núm. 19, 19 ss.; F. DI VIZIO, *La corruzione tra privati: lo spazio problematico della tutela dei terzi esclusi, tra la lealtà all'ente e il funzionamento meritocratico del mercato*, en *Discrimen*, 10 de diciembre de 2018; S. FAIELLA, *La corruzione tra privati*, en A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (Eds.), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2017, 255 ss.; E. LA ROSA, *Verso una nuova riforma della “corruzione tra privati”: dal modello “patrimonialistico” a quello “lealístico”*, en *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016; V. MILITELLO, *La corruzione tra privati in Italia: un bilancio critico*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 564 ss.; V. NAPOLEONI, *Il “nuovo” delitto di corruzione tra privati*, en *Leg. pen.*, 2017, 66 ss.; A. ROSSI, *La riforma del “sistema punitivo” della corruzione tra privati: nuove fattispecie e nuove sanzioni per le persone fisiche e per gli enti, in Le società*, 2017, 751 ss.; ID, *Corruzione tra privati ed istigazione alla corruzione tra privati*, en F. ANTONLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari* (ed. por C.F. Grosso), Milano, 2018, 290 ss.; A. RUGANI, *Riforma della “corruzione tra privati” (d.lgs. núm. 38/2017): l'ennesima occasione perduta*, en *Cass. Pen.*, 2017, 4638 ss.; S. SEMINARA, *Il gioco infinito*, cit., 713 ss.; A. SPENA, *Oltre il modello mercantile? Velleità e inettitudine dell'ennesima riforma della corruzione privata*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, 643 ss.; P. TRONCONE, *Il nuovo delitto di corruzione tra privati - Adeguamenti eurounitari e riflussi del passato*, en *Ind. pen.*, 2018, 93 ss.; R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, 3ª ed., Milano, 2017, 296 ss.

43 Como señalan varios autores, la disposición del nuevo delito de “Instigación a la corrupción entre particulares” incluida en el art. 2635-*bis* del Código Civil italiano parece haber sido el resultado de una especie de error legislativo en la implementación de la legislación supranacional, provocando problemas significativos de coordinación interpretativa con el delito previsto en el art. 2635 c.c. (sobre este punto, V. MILITELLO, *La corruzione*, cit., 564 ss.; S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. Vol. II. I reati societari*, Torino, 2018, 135; A. SPENA, *Oltre il modello mercantile?*, cit., 667 ss.).

44 Subraya este efecto A. ROSSI, *Corruzione tra privati*, cit., 314.

45 Este es el texto de la disposición: “1. Cualquier persona que ofrezca o prometa dinero u otros beneficios no debidos a directores, gerentes generales, gerentes a cargo de la redacción de documentos contables corporativos, auditores legales y liquidadores, de sociedades o entidades privadas, así como a quienes trabajan en ellos ejerciendo funciones de gestión, de modo que realice u omita un acto que infrinja los deberes inherentes a su cargo o los deberes de lealtad, será castigado, si no se acepta la oferta o promesa, con la pena establecida en el primer párrafo del artículo 2635, reducida en un tercio. 2. La sanción del primer párrafo se aplicará a los directores, gerentes generales, gerentes encargados de redactar documentos contables corporativos, auditores legales y liquidadores, de empresas o entidades privadas, así como a quienes trabajan en ellos ejerciendo funciones gerenciales, que soliciten para sí mismos o para otros, incluso a través de un tercero, una promesa u otorgamiento de dinero u otros beneficios, para realizar u omitir un acto en infracción de los deberes inherentes a su cargo u deberes de lealtad, si no se acepta la solicitud. 3. La perseguibilidad queda condicionada a la previa denuncia de la persona ofendida”.

sociedad⁴⁶, la desaparición de este elemento del tipo llevó a la exclusión (o, al menos, a tomar distancia) de su dimensión “patrimonialista”. Sin embargo, el enfoque de la ofensividad del hecho típico se ha centrado en la realización de un acuerdo corrupto: un acuerdo que, como se mencionó, tanto en el caso de la recepción de dinero u otros beneficios indebidos, como en el caso de la simple aceptación de la promesa de dichos activos, ha permanecido anclado a un “dolo específico”, esto es, un dolo calificado por la finalidad específica de realizar u omitir un acto “en infracción de los deberes inherentes al cargo o de los deberes de lealtad”.

Como ya se señaló, ante estos significativos y relevantes aspectos novedosos, GRECO expresó una opinión positiva de la reforma, lamentando solamente la permanencia de límites de perseguibilidad y esperando un replanteamiento futuro de la cuestión⁴⁷.

Sin embargo, la opinión de la doctrina italiana ha sido claramente más crítica. Además de algunos problemas complejos de coordinación sistemática de la nueva regulación⁴⁸, el cambio ha sacado a la luz dos efectos diferentes. (i) Por un lado, como se ha observado, se ha puesto en evidencia una transición clara desde un “modelo patrimonialista” de represión de la corrupción privada, a un “modelo ‘lealista’, en el cual el delito afecta a la relación de confianza que vincula al sujeto ‘corrupto’ con la empresa o entidad en la que realiza sus actividades⁴⁹. (ii) Por otro lado, sin embargo, precisamente debido a esta persistente centralidad de intereses pertenecientes a la entidad a la que pertenece la parte corrupta, este nuevo modelo de tipificación se ha considerado insuficiente e inadecuado con respecto a las obligaciones regulatorias establecidas por el sistema comunitario, porque todavía no nos permitiría captar un desapego de un modelo estrictamente “privado” hacia la efectiva adopción de un modelo de carácter “público”: es decir, hacia un modelo de incriminación centrado, desde un punto de vista político-criminal, en la protección de las reglas de la competencia leal y el mercado; y, por lo tanto, idóneo para identificar los intereses dignos de protección también y sobre todo en la posición de los sujetos y entidades terceras respecto

de las personas físicas involucradas por el vínculo de corrupción⁵⁰.

A este respecto, se han identificado los efectos que la modificación del hecho típico ha asumido con respecto al mantenimiento y la operatividad de la regla de perseguibilidad de oficio, basada, como se mencionó, en la posibilidad de que “el hecho haya provocado una distorsión de la competencia en la adquisición de bienes o servicios”. En efecto, se ha observado una evidente “situación contradictoria”, porque, como se ha señalado, “la eliminación del prejuicio para la sociedad parece implicar la adhesión al modelo ‘público’ o ‘competencial’, mientras que la perseguibilidad condicionada a la previa denuncia lleva a reconocer una persistente adhesión al modelo ‘lealista’, aunque limitada por la perseguibilidad *de oficio* en casos de distorsión de la competencia, que a su vez reflejaría la aceptación del modelo público⁵¹. Al mismo tiempo, además de otras repercusiones en la titularidad del derecho a presentar una denuncia, todo esto parece reflejarse también en el requisito de la “distorsión de la competencia”: en efecto, frente a la indicada modificación del hecho típico, este requisito “no puede entenderse como un elemento adicional del delito, sujeto a verificación en el plano causal, ya que dicha comprobación —imposible de realizar, puesto que la competencia no representa un estado de cosas o un fenómeno que pueda observarse empíricamente, sino una calidad del mercado vinculada a las condiciones de acceso— parece excluido por la formulación del delito como delito de peligro, vinculado a la oferta o solicitud o promesa o otorgamiento de utilidad”. Por esta razón, se ha considerado que el requisito de la “distorsión de la competencia” solo podría entenderse como “un peligro potencialmente relacionado con la corrupción en actos relacionados con la adquisición de bienes o servicios⁵²”.

Desde el punto de vista del cumplimiento de las obligaciones de la U.E. y las obligaciones internacionales, esta nueva regulación de la corrupción entre particulares parece afectada por persistentes elementos susceptibles de críticas: en primer lugar, en relación con la formulación y ubicación de los tipos delictivos, que permanecen vinculados al contexto de la delitos so-

46 V. Cass. pen., sez. V, 13 de noviembre de 2012, núm. 5848.

47 V. la relación GRECO de 29 junio de 2018, y M.C. UBIALI, *op. cit.*, 230.

48 El cambio también hizo que la “cláusula de subsidiariedad” fuera difícil de interpretar, ya que de lo contrario ya no es aplicable a la relación previa de “especialidad mutua” con el tipo de “corrupción pública”: en el punto, por todos, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 139.

49 E. LA ROSA, *Verso una nuova riforma*, cit. Para una consideración más específica de estos modelos de intervención, G. FORTI, *La corruzione tra privati*, cit., 1115 ss., y luego, *amplius*, E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, 2018.

50 R. BARTOLI, *Corruzione privata*, cit., 5 ss.

51 Para los últimos hallazgos, ver sobre todo S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 137; A. SPENA, *Oltre il modello mercantile?*, cit., 667 ss.

52 V. S. SEMINARA, *op. ult. cit.*, 138.

cietarios e ignorando así la relevancia paralela de los acuerdos corruptos también en el entorno empresarial y laboral más general; en segundo lugar, por la exclusión de sanciones accesorias para personas físicas y de la responsabilidad directa del ente con referencia al lado de la corrupción pasiva; y, finalmente, quizás sobre todo, por la persistencia de la limitación de la perseguibilidad *de oficio*⁵³.

Una vez más, el resultado del juicio fue decididamente crítico y se observó que, “evaluada en detalle, la reforma presenta una serie de elementos espurios, imperfecciones y contradicciones, que dificultan la reconstrucción del significado general de una forma armónica: sobre todo, una vez superado el modelo de infidelidad patrimonial de la corrupción, no está claro qué modelo se ha querido adoptar finalmente. En el fondo, la impresión es que lo que finalmente se ha logrado es una reforma (...) programada solo para sortear las complicaciones derivadas de un procedimiento de infracción comunitario, y, detrás de la cual, no se visualiza una adecuada conciencia político-criminal, sino solo la preocupación de arreglar un (supuesto) vacío regulatorio”⁵⁴.

6. Los efectos problemáticos de las últimas modificaciones introducidas por la “Legge spazzacorrotti” de 2019: señales de una “metamorfosis” todavía defectuosa e inacabada

Un juicio crítico similar parece también referible a la reforma recientemente introducida por la llamada ley “Legge spazzacorrotti”. En efecto, como ya se ha señalado, los cambios introducidos por el párrafo 5 del único artículo contenido en la Ley núm. 3/2019, suponen la derogación, respectivamente, de los párrafos 5 y 3 de los artículos 2635 y 2635-*bis* del Código Civil: fundamentalmente, la única novedad ha sido la modificación de las reglas de procedibilidad de los dos delitos, que ahora está anclada a una regulación unitaria de perseguibilidad *de oficio*.

Sin embargo, incluso en este caso, la decisión apresurada de cumplir con las recomendaciones del GRECO, y así evitar el riesgo de incurrir en nuevos procedimientos de infracción, pone en evidencia los límites estructurales congénitos de la regulación italiana: (i) por un lado, resalta aún más la incierta configuración típica de la conducta; (ii) mientras que, por otro lado, determina el inoportuno debilitamiento de una perspec-

tiva de protección realmente vinculada al buen funcionamiento del mercado y al cumplimiento de las normas de la libre competencia.

La base de estas críticas surge claramente de lo que se ha observado hasta ahora. Como es posible apreciar, la configuración actual del delito a que se refiere el artículo 2635 del Código Civil prevé el castigo inmediato y directo (perseguible *de oficio*) de los sujetos activos indicados por la única conducta que consiste en “solicitar” o “recibir” o “aceptar la promesa”, para uno mismo o para otros, de dinero u otros beneficios no debidos; el único elemento adicional del tipo, que concurre hoy a corroborar tanto la dimensión típica del hecho, como también la proyección ofensiva correspondiente, está dado por la confirmada previsión de un requisito de “dolo específico”, establecido por la fórmula “para realizar u omitir un actuar en infracción de los deberes inherentes a su cargo o de los deberes de lealtad”. Por ende, no sólo falta cualquier componente de perjuicio evaluable económicamente previamente previsto, sino también cualquier referencia mínima o indirecta a ese requisito de “distorsión de la competencia” que, aunque solo a efectos de filtrar las condiciones de perseguibilidad del delito, proporcionaba al menos una indicación expresa de la posibilidad de protección que, en una perspectiva más puramente “pública”, debía/podía considerarse subyacente a la disposición reguladora del tipo en cuestión⁵⁵.

Como resultado de la última modificación introducida en 2019 por el legislador italiano, la determinación del *focus* del injusto típico de la conducta de “corrupción privada pasiva” se ve determinada solamente por la previsión de la naturaleza “indebida” de la utilidad solicitada, recibida o aceptada como promesa, así como por la infracción a los “deberes del cargo” y a los “deberes de fidelidad”, del acto identificado, desde un punto de vista finalístico, como el objeto del acuerdo corrupto. Y la misma limitación de los requisitos relevantes también caracteriza a la conducta correspondiente de “corrupción privada activa”, cuya punibilidad (y perseguibilidad) se ve condicionada por la simple “oferta”, “promesa” o “regalo” de dinero u otra utilidad “indebida”.

Incluso más de lo que ya era apreciable después de la reforma de 2017, la regulación italiana se orienta de forma explícita hacia un modelo exclusivamente “lealista”: es decir, un modelo que, aunque no esté prohibido, corre el riesgo de dejar inoportunamente en

53 Para estas críticas v. S. SEMINARA, *op. ult. cit.*, 140.

54 A. SPENA, *Oltre il modello mercantile?*, cit., 645 ss.

55 Sobre el punto v., por ejemplo, A. ROSSI, *Corruzione tra privati*, cit., 321 quien acertadamente observó: “Parece ser una situación particular donde este elemento naturalista no es parte de la prohibición, va más allá del desvalor del hecho, siendo este ya punible en sí mismo, pero caracteriza la ofensividad del delito por su interés subyacente, haciéndose dicha ofensividad progresiva, en un contexto de pluriofensividad del hecho”.

la sombra ese componente “público” tan valorado por las solicitudes de la Comunidad orientadas a proteger la libre “competencia” y golpear la “corrupción entre particulares”. Bajo esa óptica, esta corrupción se entiende, en efecto, como un fenómeno que, antes aun de la relación de lealtad con el ente al que pertenece, proyecta efectos negativos sobre el buen funcionamiento del mercado, tanto en consideración de los intereses de las partes que participan en él, como de los de sus destinatarios finales.

Los límites de este modelo de regulación se ven aun más claramente desde la comparación con otros modelos. Aunque no faltan soluciones caracterizadas por peculiaridades similares⁵⁶, también es posible apreciar la presencia de modelos de regulación que, sin perjuicio de la anticipación de la intervención criminal ya en la etapa del simple acuerdo de corrupción, o incluso de su propia solicitud, permiten anclar la tipicidad del hecho a una esfera de ofensividad directamente centrada en la protección de la competencia y el mercado. Se pueden encontrar ejemplos válidos de esta técnica de tipificación más efectiva tanto en la regulación alemana⁵⁷, como también en la española⁵⁸, donde el legislador, utilizando una técnica basada en la previsión de elementos de “dolo específico”, se preocupó de vincular el objeto del posible acuerdo de corrupción a actividades relevantes en el comercio de bienes o en la prestación de servicios.

Como se dijo, la adopción de un modelo puramente “lealista” no está excluida ni prohibida. Sin embargo, esta es una solución que, según lo previsto por la legis-

lación italiana actual, deja márgenes abiertos de incertidumbre interpretativa y aplicativa, pues el eje de la tipicidad objetiva se encuentra en la infracción genérica de “deberes del cargo” o “meros deberes de lealtad”. Como bien ha sido destacado por una opinión compartida, la integración de estos requisitos es muy vaga e indeterminada⁵⁹ y supone el riesgo de una expansión de la esfera de punibilidad, lo que parece quizás incompatible con el carácter de *extrema ratio* que, también en la esfera comunitaria, debe caracterizar la intervención criminal. Todavía más: la regulación actual también se expone al riesgo de hacer escasamente apreciables esos perfiles de “interés o ventaja” (ex art. 5 del Decreto Legislativo núm. 231/2001) en los que se basa cualquier responsabilidad directa de entes colectivos involucrados concretamente, tanto en términos de corrupción activa como, hoy en día, también de corrupción pasiva.

Ciertamente, en cualquier caso, es posible prever que, no obstante el vigente régimen de persecución de oficio, el marco de aplicación real del tipo penal seguirá siendo muy limitado, dado que el posible descubrimiento de hechos corruptos cometidos por las personas dentro de la empresa pueden presionar a la parte superior de la empresa para que considere preferible la adopción de medidas privadas para terminar la relación laboral con el empleado corrupto, en lugar de recurrir a denuncias penales, asumiendo el riesgo de hacer público y conocido el aspecto indecoroso de la infidelidad interna.

Sin embargo, una vez más, el principal defecto de la regulación actual surge precisamente de la consi-

56 Ver por ejemplo el art. L152-6 del *Code du Travail* francés, que castiga “el hecho, de parte de cualquier director o empleado, de solicitar o aceptar, directa o indirectamente, sin el conocimiento y sin la autorización de su empleador, ofertas o promesas, obsequios, descuentos o bonificaciones, por realizar o abstenerse de realizar un acto de su función o facilitado por su función”: sobre este delito, por todos, M. BENILLOUCHE, *L'incrimination de la corruption en France*, en M. DELMAS MARTY, *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, VII, *Les processus d'internationalisation*, París, 2001, 45 ss.

57 Según el párrafo 299 del StGB alemán, que prevé el delito de “corrupción en las relaciones comerciales”, la conducta sancionada corresponde objetivamente a las indicadas en Italia por el art. 2635 del Código Civil, pero la utilidad indebida debe ser la contraprestación de una ventaja indebida “en la compra de bienes o servicios”. Sobre este delito ver por todos K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3ª ed., 2011, München, 139 ss.

58 Según el art. 286-bis del Código Penal, que prevé el delito de “corrupción en los negocios”, la conducta sancionada corresponde objetivamente a las indicadas en Italia por el art. 2635 del Código Civil, pero el delito requiere que la utilidad indebida represente la “contraprestación para favorecer indebidamente a otros en la adquisición o venta de bienes, en el contrato de servicios o en las relaciones comerciales”. Sobre este delito, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)*, en T. VIVES ANTÓN, E. ORTS BERENQUER, J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed, Valencia, 2010, 504 ss.; F. MORALES PRATS, E. MORON LERMA, *Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)*, en *La Corrupción a Examen*, Navarra, 2012, 119 ss.; A. NIETO MARTÍN, F. MAÑERES SANTOS, *Corrupción entre privados*, en *La armonización del derecho penal español: una evaluación legislativa*, *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2015, 217 ss.; J.Mª. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)*, en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Dir. J.Mª. SILVA SÁNCHEZ, Coord. N. PASTOR MUÑOZ, Madrid, 2012, 419 ss.

59 En este punto, por todos, A. ROSSI, *Corruzione tra privati*, cit., 315, y, sobre todo, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 133, que, como era de esperar, con referencia a los últimos cambios, advierte el riesgo de una alteración de la dimensión real típica del presente delito y, por lo tanto, propone anclar a la “necesidad de evitar una privatización del interés protegido, incompatible con la naturaleza no disponible del activo competencia” la necesidad de “vincular la infracción de los deberes del cargo y la lealtad a los intereses públicos y externos” (S. SEMINARA, *Indebita percezione*, cit., 598). La ausencia de elementos típicos adecuados para fundar esta corrección interpretativa, sin embargo, convierte en meros auspicios la practicabilidad real de esta solución.

deración de las expectativas y compromisos de la comunidad europea. Como se ha señalado varias veces también con respecto a las configuraciones previas de las regulaciones italianas, la regla original de perseguibilidad condicionada a la previa denuncia de la persona ofendida era, de hecho, justificable solo en la esfera de un modelo puramente “privado” (tanto en términos de protección “patrimonialista” como con relevancia “lealista”); y esto, también debido a los efectos negativos del carácter público de la persecución penal que indirectamente corre el riesgo de afectar a la empresa del sujeto corrupto. Por lo tanto, la decisión de liberar el delito de “corrupción entre particulares” de cualquier límite de procedibilidad fue ciertamente funcional para mejorar esa perspectiva de protección según el modelo “competencial”, que ve en el cumplimiento de las reglas de competencia y el buen desempeño del mercado el *focus* del desvalor reflejado por estos acuerdos corruptos. Desde este punto de vista, sin embargo, parece altamente cuestionable la pérdida paralela de cualquier tipo de requisito válido para corroborar este objetivo de protección más específico; un objetivo que resulta

notablemente más apreciable solo a través de una tipificación normativa del delito de “corrupción entre particulares” que permita abarcar también “intereses externos a la empresa o entidad, como, por ejemplo, los de sujetos potencialmente perjudicados por acuerdo corruptor y su ejecución”⁶⁰.

Una vez más, por lo tanto, la decisión italiana de intervenir con cambios correctores limitados en las únicas disposiciones incriminatorias ya vigentes, sin una reflexión cuidadosa y consciente sobre la dimensión general de los espacios de protección cubiertos por los tipos penales actualmente previstos, deja en evidencia la persistencia de importantes brechas en la regulación, enmarcando la evolución de la “corrupción entre particulares” en el contexto de una metamorfosis todavía defectuosa e incompleta, en cuanto inidónea para caracterizar la regulación italiana actual como modelo de protección “competencial” (es decir, de la competencia y del mercado) plenamente alineado con las recomendaciones comunitarias.

60 E. LA ROSA, *Verso una nuova riforma*, cit., 3. Pese a todas las incertidumbres que podrían haberse apreciado respecto a la previsión de un resultado objetivamente representado por un efecto distorsionador de la competencia, podría ser más coherente con esta perspectiva la reconfiguración deseada del tipo delictivo como un “delito de resultado”, basado precisamente en la ocurrencia de dicho efecto distorsionador: en este sentido, por ejemplo, R. ZANNOTTI, *La corruzione privata*, cit., 557; y M. BELLACOSA, *La corruzione privata*, cit., 69. Desde luego, en cualquier caso, precisamente la indeterminación de este “resultado” parece hacer preferible una solución que lo haga relevante solamente a efectos del “dolo específico”, según el mismo esquema ya encontrado en otras regulaciones extranjeras (v. *supra*).