



**VNiVERSiDAD
DSALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

Escuela de Doctorado 'Studii Salmantini'
**Programa de Doctorado "Estado de Derecho y Gobernanza
Global"**

**EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE
PARTICULARES. ESPECIAL REFERENCIA A LA
CORRUPCIÓN EN EL DEPORTE**

TESIS DOCTORAL

Autor

JAVIER SÁNCHEZ BERNAL

Director

EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS

Salamanca, 2017



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**Escuela de Doctorado ‘Studii Salmantini’
Programa de Doctorado “Estado de Derecho y Gobernanza
Global”**

**EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE
PARTICULARES. ESPECIAL REFERENCIA A LA
CORRUPCIÓN EN EL DEPORTE**

TESIS DOCTORAL

Tesis Doctoral presentada para optar al título de Doctor con Mención Internacional por la Universidad de Salamanca, dirigida por el Dr. D. EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS (Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca)

Salamanca, 2017

AGRADECIMIENTOS:

Al profesor EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS, por su generosidad y su dedicación. Por guiarme y acompañarme en el camino que emprendí hace algunos años y demostrarme que la Universidad es algo más que docencia e investigación: es el lugar idóneo para crecer y llegar a ser mejor persona.

Al INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU de la Universidad de Coímbra (Portugal), y en especial, a la profesora CLÁUDIA MARIA CRUZ SANTOS, por su acogida y su cercanía. Con su afecto, han hecho de Portugal mi casa desde el primer día.

Esta tesis doctoral ha sido realizada en el marco de una Ayuda para la Formación de Profesorado Universitario (FPU), concedida por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Convocatoria 2012.

A mi abuelo, Agustín, por creer cuando parecía imposible.

A mis padres, Javier y Maribel, y a mi hermana, Miriam,
por hacerlo posible.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	27
INTRODUCCIÓN	29

PRIMERA PARTE.**ASPECTOS PRELIMINARES**

CAPÍTULO I. CORRUPCIÓN Y DERECHO PENAL	39
1. Una aproximación a la corrupción	41
2. Legitimidad de la intervención del Derecho Penal en el ámbito socioeconómico	50
2.1. Pertinencia de la intervención del Derecho penal frente a la corrupción en el sector privado	54
2.1.1. Argumentos en contra de la tipificación de la corrupción privada	54
a) Ausencia de un previo debate serio acerca del merecimiento y necesidad de pena de las conductas recogidas en el artículo 286 bis	55
b) Aplicación de los límites de la intervención penal a la protección de la lealtad competitiva	57
c) Falta de antijuricidad de los comportamientos de soborno en el ámbito económico	59
d) Protección suficiente de la lealtad concurrencial por parte de otras ramas del ordenamiento jurídico	61
2.1.2. Argumentos a favor de la criminalización de la corrupción privada	62
a) Ineficacia de otras instancias de protección	63

b) Cumplimiento de las obligaciones supranacionales contraídas por España	63
3. Epílogo	65

CAPÍTULO II. EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA

1. Caracteres de la corrupción privada. Paralelismo con la corrupción pública	70
2. Caracteres de la corrupción privada. Elementos singulares: su ámbito típico	71
3. Corrupción privada: esbozo de un concepto	78
4. Corrupción privada: estudio de sus causas	82
4.1. Comentario previo	82
4.2. La globalización y la caída de fronteras	85
4.3. Los procesos de privatización masiva	95
5. Corrupción privada: algunos efectos negativos	99
5.1. Efectos sobre la economía y el sistema económico	100
a) Distorsión de la competencia y perpetuación de monopolios y oligopolios	101
b) La corrupción, un <i>impuesto</i> al crecimiento	102
c) Aumento de la economía sumergida	102
5.2. Efectos sobre el sistema y legitimidad democráticos	103
6. Epílogo	105

CAPÍTULO III. EL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA EN LAS INICIATIVAS SUPRANACIONALES

1. Breve comentario: el papel de la OCDE en la lucha contra la corrupción privada	109
2. Naciones Unidas: la Convención de Mérida contra la Corrupción	112

ÍNDICE	11
2.1. Consideraciones iniciales	112
2.2. El delito de soborno en el sector privado	114
2.3. Otras normas	122
3. El Convenio Penal contra la Corrupción del Consejo de Europa	123
3.1. Otras normas	130
3.2. Aplicación del Convenio Penal	130
3.2.1. El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO)	130
3.2.2. Los Informes del GRECO relativos a España	132
3.2.3. Informes en referencia a la corrupción privada	133
3.2.3.1. Informe adoptado en la 42ª Reunión Plenaria	133
3.2.3.2. Informe aprobado en la 50ª Reunión Plenaria	137
3.2.3.3. Informe adoptado en la 60ª Reunión Plenaria	139
3.2.3.4. Informes adoptados en la 65ª y 70ª Reuniones Plenarias ...	140
4. La Decisión Marco 2003/568/JAI, del Consejo, de 22 de julio de 2003	141
4.1. Otras normas	152
4.2. Aplicación de la Decisión Marco	158
4.2.1. Grado de cumplimiento por parte de los Estados miembro, particularmente el caso de España	158
4.2.2. Controversia en torno a la obligatoriedad de la Decisión Marco	160
4.2.3. Panorama actual	166
CAPÍTULO IV. MODELOS DE INCRIMINACIÓN EN DERECHO COMPARADO	169

1. El delito de corrupción privada y la tutela de las relaciones laborales	173
1.1. Elementos político-criminales	173
1.2. Apuntes sobre el delito de corrupción privada en Holanda	174
1.3. El tipo de corrupción privada en Bélgica	177
1.4. Conclusiones	179
2. Corrupción privada y protección de la competencia en el mercado	181
2.1. Elementos político-criminales e <i>iter</i> normativo en Alemania ..	182
2.2. Redacción típica antes de octubre de 2015	184
2.3. Regulación vigente	186
2.4. Conclusiones	190
3. Delito de corrupción entre particulares y tutela del patrimonio de la empresa	192
3.1. Elementos político-criminales e <i>iter</i> normativo en Italia	193
3.2. Redacción típica hasta abril de 2017	194
3.3. Regulación vigente	197
3.4. Conclusiones	200
4. El tipo de corrupción en el sector privado en Portugal: ¿un modelo híbrido?	201
5. Epílogo	206

SEGUNDA PARTE.

EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL

CAPÍTULO V. ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	211
1. Introducción	211

1.1. El bien jurídico y la utilidad de su estudio	212
1.2. La delimitación del bien jurídico protegido en el delito de corrupción entre particulares	216
2. El bien jurídico en la redacción original de 2010	218
2.1. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal	218
2.2. Autores críticos con el bien jurídico protegido o declarado por el legislador	220
2.3. La tutela exclusiva de la competencia	222
2.3.1. La “competencia” como bien jurídico penal	222
2.3.2. Bien jurídico protegido: libre competencia	226
2.3.3. Bien jurídico protegido: leal competencia	227
a) La competencia en general	229
b) Intereses de los competidores y de otros operadores económicos	231
c) Dimensión supraindividual e intereses de los operadores económicos	232
2.3.4. Bien jurídico protegido: libre y leal competencia	233
2.3.5. Dificultades para considerar la leal competencia como bien jurídico protegido	233
a) La exclusión del empresario	234
b) El elemento típico del “incumplimiento de obligaciones”	236
c) Redacción del tipo atenuado del artículo 286 bis. 3 CP	243
2.3.6. Síntesis	244
2.4. Salvaguarda del deber de fidelidad con el empresario o titular	245
2.4.1. El modelo híbrido de incriminación de la corrupción privada	247

2.5. Carácter patrimonial del delito de corrupción privada	251
2.5.1. Perjuicio patrimonial a las empresas competidoras	251
2.5.2. Perjuicio patrimonial para la empresa en la que desarrolla su labor el destinatario del soborno	252
2.5.3. Perjuicio patrimonial para los consumidores	256
2.5.4. Carácter patrimonial pluriofensivo	257
2.6. Recapitulación y síntesis: bien jurídico en la redacción original de 2010	260
3. El bien jurídico en la literalidad vigente a partir de julio de 2015	260
3.1. La ubicación sistemática del tipo: la nueva Sección de los “Delitos de corrupción en los negocios”	261
3.2. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal	264
3.3. Mejoras técnicas en la redacción del delito	266
a) Supresión del elemento típico del “incumplimiento de obligaciones”	266
b) Ampliación del ámbito típico	269
4. Toma de postura	270
CAPÍTULO VI. LOS SUJETOS DEL DELITO	279
1. El tipo de corrupción entre particulares como delito plurisubjetivo: el paralelismo con el cohecho	279
1.1. Orden sistemático del artículo 286 bis CP	281
2. Los sujetos activos en el delito de corrupción entre particulares	284
2.1. Los sujetos en la modalidad pasiva	284
2.1.1. Sujetos activos: descripción típica	288
2.1.2. Sujetos activos: examen de cada figura	292
a) Directivo	292

ÍNDICE	15
b) Administrador	296
c) Empleado	301
d) Colaborador	302
2.1.3. Sujetos activos: estudio de otras cuestiones relevantes	306
a) Problemática en torno a la exclusión del empresario o titular de la empresa o sociedad	306
a.1.) El socio o titular de la empresa no se encuentra excluido del elenco de sujetos	308
a.1.1.) Concepto material de administración	308
a.1.2.) El titular o socio está abarcado por las figuras subjetivas enunciadas	308
a.1.3.) Inclusión derivada de la definición de la responsabilidad penal de la persona jurídica	309
a.1.4.) Formas de participación delictiva	309
a.2.) Exclusión del socio o empresario	310
a.2.1.) Exclusión por razones de política-criminal	310
a.2.1.1.) Aplicación de los principios de proporcionalidad e intervención mínima	311
a.2.1.2.) Defensa de un modelo de incriminación híbrido	312
a.2.2.) Exclusión basada en motivaciones de Derecho supranacional y comparado	313
a.2.3.) Exclusión como consecuencia de deficiencias de técnica legislativa	315
a.3.) Toma de postura	315
b) Entidades del sector privado con las que el sujeto activo debe guardar relación	316
b.1.) La redacción original de 2010	316

b.1.1.) Exclusión de empresas públicas y privadas que presten servicios públicos	319
b.2.) Ámbito de aplicación del delito con la reforma de 2015	321
b.2.1.) Supuestos discutidos	328
b.2.1.1.) Las comunidades de propietarios	328
b.2.1.2.) Las entidades sin ánimo de lucro	329
2.1.4. Sujeto pasivo de la modalidad pasiva	330
a) Otras categorías subjetivas de la modalidad pasiva	331
2.2. Los sujetos en la modalidad activa	333
2.2.1. Consideración de la modalidad activa como delito común	333
2.2.2. Restricción del círculo de sujetos	335
a) Limitación de sujetos activos	335
b) Consideración de la corrupción privada activa como delito especial	337
2.2.3. Toma de postura	339
2.2.4. Sujeto pasivo de la modalidad activa	340
CAPÍTULO VII. LAS CONDUCTAS TÍPICAS	341
1. Apuntes preliminares	341
1.1. Situación antes y después de la reforma obrada por la LO 1/2015	343
2. La fórmula típica de la corrupción privada pasiva	345
2.1. Verbos rectores: recibir, solicitar o aceptar	346
2.1.1. Comportamientos no tipificados	349
2.2. Objeto material: beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza	350
a) Los términos “beneficio” o “ventaja”	350
b) Carácter “no justificado”	352

b.1.) “No justificado” como sinónimo de “indebido”	352
b.2.) “No justificado” como sinónimo de “no autorizado”	354
b.3.) Los criterios de “insignificancia” y de “adecuación social” como causa de atipicidad	356
c) Prestación “de cualquier naturaleza”	360
c.1.) Naturaleza no económica	360
c.2.) Naturaleza económica	361
c.3.) Toma de postura	363
2.3. Como contraprestación para favorecer indebidamente a otro	364
2.3.1. “Como contraprestación”	364
2.3.2. “Para favorecer a otro”	369
2.3.3. Favorecer “indebidamente”	371
2.4. En la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales	375
2.4.1. Notas introductorias	375
2.4.2. Adquisición o venta de mercancías	376
2.4.3. Contratación de servicios	377
2.4.4. Relaciones comerciales	378
3. La fórmula típica de la corrupción privada activa	379
3.1. Verbos rectores: prometer, ofrecer o conceder	379
3.2. Objeto material: beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza	381
3.3. Como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros	381
3.4. En la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales	382

4. Inexigencia de causación de un perjuicio	382
---	-----

CAPÍTULO VIII. EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO 385

1. Introducción	385
2. Comisión en modalidad de dolo eventual	386
3. La finalidad de favorecimiento como elemento subjetivo del injusto	387
4. Error de tipo	389

CAPÍTULO IX. OTROS ELEMENTOS DE LA TEORÍA JURÍDICA (I): ANTIJURIDICIDAD, CULPABILIDAD, PUNIBILIDAD Y CONDICIONES OBJETIVAS DE PERSEGUIBILIDAD 391

1. Antijuridicidad	391
1.1. Estado de necesidad	392
1.2. Consentimiento del titular del bien jurídico	394
2. Culpabilidad	395
2.1. Error de prohibición. Supuestos y consecuencias	396
3. Penas previstas en el artículo 286 bis CP	398
3.1. Introducción	398
a) La horquilla punitiva del tipo básico de corrupción privada supera la previsión de la Decisión Marco 2003/568/JAI	399
b) Previsión de idéntica penalidad para las modalidades activa y pasiva de corrupción entre particulares	400
c) Apreciaciones de otra índole	401
3.2. La pena de prisión	402
3.3. La pena de multa	404
3.4. La pena de inhabilitación especial	405
4. La publicación de la sentencia	405

ÍNDICE	19
5. La condición de perseguibilidad	406
CAPÍTULO X. OTROS ELEMENTOS DE LA TEORÍA JURÍDICA (II): ITER CRIMINIS. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	409
1. <i>Iter Criminis</i> : consumación y formas imperfectas de ejecución ...	409
1.1. Consumación	409
1.2. Formas imperfectas de ejecución	412
2. Autoría y participación	414
2.1. Sujetos activos de la corrupción privada	414
2.2. La persona interpuesta	415
2.3. Otros sujetos (I): la persona beneficiada por el favorecimiento	417
2.4. Otros sujetos (II): el destinatario del beneficio o ventaja	418
CAPÍTULO XI. TIPO ATENUADO Y TIPO AGRAVADO	421
1. Introducción	421
2. El tipo atenuado del artículo 286 bis. 3 CP	421
2.1. Razón de ser de la atenuación	422
2.1.1. Motivos relacionados con el bien jurídico	422
2.1.2. Justificación vinculada al tipo objetivo	423
2.1.3. Razones penológicas	424
2.2. Aplicabilidad de la medida: criterios de atenuación	424
2.2.1. Cuantía del beneficio o valor de la ventaja	426
2.2.2. Trascendencia de las funciones del culpable	427
2.3. Críticas al delito atenuado	428
3. Los supuestos agravados del artículo 286 quater CP	429

3.1. Mecánica del tipo agravado	430
3.2. Circunstancias “de especial gravedad”	432
a) El beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado	432
b) La acción del autor no sea meramente ocasional	432
c) Se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal	433
d) El objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad	434

CAPÍTULO XII. APUNTES SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS 435

1. Acotación del objeto de estudio	435
2. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación al delito de corrupción privada	437
3. Examen de algunas cuestiones de interés	439
3.1. ¿La actuación de qué personas físicas da lugar a la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica?	440
3.2. ¿Puede atribuirse responsabilidad penal a la persona jurídica aunque sea perjudicada por la incorrecta actuación de la persona física?	442
3.3. ¿Qué rol cumplen los programas de <i>compliance</i> , en relación a los delitos de corrupción privada, en el nuevo sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas diseñado en 2015?	443

TERCERA PARTE.

EL TIPO DE CORRUPCIÓN EN EL DEPORTE EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

CAPÍTULO XIII. INTRODUCCIÓN	451
1. Relevancia social y económica del deporte	451

ÍNDICE	21
2. <i>Ratio legis</i> del tipo de corrupción deportiva	457
2.1. Pertinencia de la intervención penal para sancionar la corrupción en el deporte	460
2.2. Incorporación al Código penal y ubicación sistemática del delito	462
2.2.1. Incorporación al Código penal	462
2.2.1.1. Justificación de la reforma de 2015	463
2.2.2. Ubicación sistemática del delito	464
3. Críticas en torno a la figura de fraude deportivo	467
3.1. Ausencia de necesidad de intervención penal en la materia	468
3.2. Argumentos referidos a deficiencias de técnica legislativa	469
CAPÍTULO XIV. EL DELITO DE CORRUPCIÓN DEPORTIVA EN LA NORMATIVA SUPRANACIONAL Y EN EL DERECHO COMPARADO	473
1. Introducción	473
2. Normativa supranacional	474
2.1. El Convenio del Consejo de Europa sobre Manipulación de Competiciones Deportivas	474
3. Derecho comparado	475
3.1. Italia	475
3.1.1. Algunos comentarios: bien jurídico y modalidades delictivas	478
3.2. Portugal	479
3.2.1. Algunos comentarios: bien jurídico y modalidades delictivas	480
CAPÍTULO XV. ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	483

1. Introducción	483
2. El interés tutelado según el Consejo de Europa	484
3. Referencias al bien jurídico en las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015	485
4. Opiniones doctrinales en torno al bien jurídico protegido en el delito de fraude deportivo	486
4.1. Ausencia de un bien jurídico relevante	487
4.2. Tutela de valores deportivos: el <i>fair play</i> o juego limpio	488
4.2.1. La “integridad deportiva” como bien jurídico	490
4.2.2. Críticas a la tutela de valores deportivos	491
a) Críticas a la protección del juego limpio o <i>fair play</i>	491
b) Críticas al bien jurídico “integridad deportiva”	493
4.3. Protección de la dimensión económica del deporte	493
4.3.1. Críticas a la preservación de la vertiente económica del deporte	495
4.4. Corrientes eclécticas	496
5. Toma de postura	497
CAPÍTULO XVI. LOS SUJETOS DEL DELITO	501
1. Apunte introductorio	501
2. Los sujetos activos en el delito de corrupción en el deporte	502
2.1. Los sujetos en la modalidad pasiva	502
2.1.1. Teoría mayoritaria: directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva y deportistas, árbitros o jueces	503
2.1.1.1. Directivos, administradores, empleados o colaboradores ...	504
a) Directivo	505
b) Administrador	507

ÍNDICE	23
c) Empleado	508
d) Colaborador	510
2.1.1.2. "De una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de esta"	511
2.1.1.3. Deportistas, árbitros o jueces	515
a) Deportista	516
b) Árbitro o juez	517
2.1.2. Teoría minoritaria	521
2.1.3. Toma de postura	523
2.1.4. Exclusiones del círculo de sujetos activos	523
a) El empresario o titular de la entidad deportiva	524
b) Otras personas	524
2.1.5. La persona interpuesta	525
2.2. Los sujetos en la modalidad activa	526
2.2.1. Teoría mayoritaria: delito especial con enumeración subjetiva amplia	526
2.2.2. Teoría alternativa: delito común	529
2.2.3. Teoría minoritaria: delito especial con restricción subjetiva	531
2.2.4. Toma de postura	531
CAPÍTULO XVII. LAS CONDUCTAS TÍPICAS	533
1. Introducción. Elementos comunes con la corrupción privada	533
2. Elementos típicos definidos por remisión a la corrupción privada	535
2.1. Verbos rectores y conductas típicas	535
2.2. Objeto material: beneficio o ventaja injustificados	539

3. Elementos característicos de la corrupción deportiva	539
3.1. Finalidad específica: predeterminación o alteración deliberada y fraudulenta de un resultado deportivo	539
3.1.1. Consideraciones previas	539
3.1.2. La manipulación del resultado: ¿aspecto subjetivo o elemento objetivo del tipo?	540
3.1.3. Relación entre el elemento del “favorecimiento indebido” y la “finalidad de predeterminar o alterar” el resultado	542
3.1.4. “Predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta”	544
3.1.4.1. Controversia jurídico-penal en torno a las <i>primas</i>	549
3.2. Ámbito del delito: prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva	553
3.2.1. Prueba, encuentro o competición deportiva	553
3.2.2. Naturaleza del acontecimiento deportivo	554
3.2.2.1. Restricción del ámbito de aplicación delictivo en 2010	554
3.2.2.2. Restricción del ámbito de aplicación delictivo desde 2015	558
a) “Especial relevancia económica”	560
b) “Especial relevancia deportiva”	562
c) Mecanismo de aplicación del tipo básico	564
d) Problemas interpretativos	565
4. El tipo subjetivo del delito	566
CAPÍTULO XVIII. CUESTIONES SOBRE PENALIDAD. TIPO ATENUADO Y TIPO AGRAVADO	569
1. Penalidad	569
2. El tipo atenuado del artículo 286 bis. 3 CP	572
3. Los supuestos agravados del artículo 286 quater CP	574

ÍNDICE	25
a) Finalidad de influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas	575
b) Actos cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional	578
CAPÍTULO XIX. CONCURSOS	583
1. Concurso con el delito de estafa	583
2. Concurso con el delito de dopaje	586
3. Otras situaciones concursales	588
CAPÍTULO XX. APUNTES SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	591
1. Breves consideraciones	591
CONCLUSIONES	595
INTRODUÇÃO	611
RESUMO	621
CONCLUSÕES	625
BIBLIOGRAFÍA	643

ABREVIATURAS

ACB	Asociación de Clubes de Baloncesto
ASOBAL	Asociación de Clubes de Balonmano de España
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CONMEBOL	Confederación Sudamericana de Fútbol
CP	Código Penal
D.M.	Decisión Marco
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
E.M. (EEMM)	Estado (s) Miembro (s)
ETS	<i>European Treaty Series</i> (Convenios del Consejo de Europa)
FIBA	Federación Internacional de Baloncesto
FIFA	<i>Fédération Internationale de Football Association</i>
FROB	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria
GRECO	Grupo de Estudios contra la Corrupción (Consejo de Europa)
<i>EEG</i>	<i>Equipo de evaluación del GRECO</i>
JAI	Justicia y Asuntos de Interior
LD	Ley del Deporte
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial

OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA	Organización de Estados Americanos
ONG (s)	Organización (es) no gubernamental (es)
ONU	Organización de Naciones Unidas
RD	Real Decreto
RDD	Real Decreto (Reglamento) de Disciplina Deportiva
TAS	Tribunal Arbitral del Deporte
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i>
S(S)TJCE	Sentencia (s) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
S(S)TS	Sentencia (s) del Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UEFA	Unión de Asociaciones Europeas de Fútbol

INTRODUCCIÓN

Realizar una tesis doctoral es o, cuanto menos, debe ser, algo más que una simple aspiración académica. No se trata únicamente de conseguir la capacidad científica necesaria para desarrollar una investigación independiente dentro del contexto universitario, sino de adquirir las competencias y habilidades que permiten hacerse preguntas y ser crítico para así progresar en una concreta rama del conocimiento. En mi opinión, la investigación debe estar orientada también a resolver problemas de la realidad; debe verse como una herramienta útil para la sociedad, capaz de detectar obstáculos o deficiencias y de aportar, en lo posible, soluciones adecuadas.

Esta fue la motivación que me empujó a iniciar mis estudios de doctorado y a decidir formarme dentro del Programa de Doctorado “Estado de Derecho y Gobernanza Global” de la Universidad de Salamanca, centrando mi estudio en algunos aspectos jurídicos relacionados con la corrupción. Y dentro de ella, pronto descubrí que me despertaba una especial curiosidad la llamada corrupción privada, corrupción en el sector privado o, según la redacción original del Código penal español – tras la reforma obrada por la Ley Orgánica 5/2010–, corrupción entre particulares. Una categoría jurídica novedosa –tanto así que durante mis estudios de Máster aún no formaba parte del acervo jurídico vigente en nuestro país–, que era definida por la escasa doctrina existente en ese momento como conductas “con cuerpo de cohecho y alma de otra cosa”; comportamientos que comparten con los clásicos delitos de cohecho la denominación genérica de “corrupción” pero cuyo ámbito lesivo está fuera de la Administración pública, centrado en el ámbito económico, comercial o empresarial –y en el caso español, también en el deportivo– y en cuyos ilícitos no interviene, en ninguna de las dos caras del acuerdo corrupto, autoridad o funcionario público alguno.

Respecto de la tradicional corrupción administrativa –aquella basada en el abuso de un poder público para obtener una ventaja ilegítima en beneficio privado– era entonces y sigue siendo comúnmente conocido y aceptado –así ha sido puesto de relieve, entre otras instituciones, por Naciones Unidas– que se trata de un fenómeno social, político y econó-

mico complejo que afecta a todos los países del mundo. La preocupación por esta, como tipología delictiva, se considera perjudicial para las instituciones democráticas; responsable de la desaceleración del desarrollo económico y caldo de cultivo idóneo para la inestabilidad política. Se relacionan estos ilícitos en el sector público con la destrucción de las instituciones democráticas, el socavamiento del Estado de Derecho y el imperio de la ley y la deslegitimación de la burocracia y de las estructuras administrativas. Todo ello supone una retracción de la inversión pública y privada y un desincentivo a la creación de tejido empresarial, por las dificultades de soportar los costes derivados del pago de sobornos.

En efecto, la corrupción es una de las manifestaciones delictivas más características de las sociedades globalizadas, habiendo adquirido en los últimos años un innegable carácter transnacional y relacionándose, de forma clara, con otras formas de delincuencia económica organizada. Los modelos de corrupción se copian y transmiten de unos países a otros y, del mismo modo, los beneficios ilegales que esta genera se transfieren a distintos territorios, implicando a entidades, empresas e instituciones financieras de distintas localizaciones. Por todo esto, no es de extrañar que los gobiernos, las organizaciones supranacionales y las no gubernamentales y las empresas transnacionales se preocupen por la dimensión global de la corrupción.

Siendo ello así, como apuntamos hace un momento, en los últimos años la inquietud de los diversos actores sociales por los efectos perversos de la corrupción se ha extendido también a las conductas que se manifiestan en el ámbito privado. De nuevo por efecto de la globalización, especialmente desde finales del siglo pasado, se ha visto incrementado exponencialmente el comercio transfronterizo de bienes y servicios, por lo que la corrupción en el sector privado ha dejado de ser un problema meramente interno de un Estado para pasar a ostentar relevancia transnacional. Es por ello que se aborda más eficazmente mediante una actuación conjunta entre todos los países. En este sentido, el ofrecimiento y la aceptación de beneficios indebidos en el sector privado buscan predisponer la decisión sobre un acto o negocio –consistente en la adquisición de bienes o servicios– a favor de quien los da, respecto de quien los recibe, frente los demás competidores, suponiendo ello una distorsión de la competencia; alteración que puede provocar que la posición en el mercado de determinados empresarios dependa más de la concesión de un soborno que de las mejores prestaciones, calidad o precio de sus productos o servicios.

Estos y otros reflejos del potencial lesivo de estas conductas han acentuado la preocupación de los organismos supranacionales, focalizando su actuación –en el marco de la llamada “tolerancia cero” contra la corrupción– en la procura de una política criminal común, en aras a salvaguardar el correcto funcionamiento de las Administraciones públicas, de un lado, y de los sistemas de mercado, con especial atención a la tutela de la competencia, de otro. Destacan en este punto, como iniciativas más relevantes, los Convenios Civil y Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 1999 y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003. Entre los hitos más reseñables que contienen, se encuentra la necesidad de que los Estados prevean como delito determinadas conductas de corrupción relacionadas con el pago de sobornos, tanto en la esfera pública como en la privada. Con ello, se refuerza la presencia del Derecho penal en el ámbito económico, pasando a castigar comportamientos que hasta pocos años atrás, quedaban fuera del radio de acción de la más contundente herramienta del *ius puniendi* estatal. También las instituciones comunitarias se han ocupado de elaborar textos y normativas en contra de la corrupción. En el ámbito de estudio que nos ocupa, no puede dejar de mencionarse la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, que, al igual que las anteriormente citadas, impone la necesidad de los Estados de criminalizar los comportamientos corruptos más allá del ámbito público. Esta es precisamente una de las razones de peso que llevaron al legislador penal español de 2010, tal y como se refiere expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, a introducir el delito de corrupción entre particulares en el Código penal, concretamente en el artículo 286 bis, como un delito más contra el mercado y los consumidores.

Pero no solamente a nivel normativo supranacional o internacional se ha puesto de relieve la importancia de combatir, desde todos los frentes, los actos de corrupción. De unos años a esta parte, singularmente desde el inicio de la grave crisis económica que ha soportado el mundo –y de la que todavía no nos hemos recuperado–, la ciudadanía se ha mostrado más concienciada respecto de los daños que este fenómeno delictivo nos infringe a todos; hemos comprendido que nos afectan las consecuencias de unas prácticas indeseables que, hasta hace unas décadas, fueron a lo sumo consideradas delitos sin víctimas. No es así en

la actualidad: sabemos que todos, como ciudadanos y como parte de la sociedad, somos titulares de una serie de valores, de unos bienes jurídicos de naturaleza colectiva, que son algo más que la mera suma de intereses particulares y respecto a los cuales demandamos que los Estados se obliguen a tutelar. En el caso español, la importancia que otorgamos a estos ilícitos, como uno de los problemas más graves que aquejan a nuestra sociedad, se refleja en los Barómetros que, periódicamente, realiza el Centro de Investigaciones Sociológicas; indicador en el que, todavía hoy, la corrupción y el fraude ocupan el segundo lugar como el principal problema que existe actualmente en nuestro país, solo por debajo del paro, y cuya posición se mantiene desde finales del año 2012.

Centrándonos en la corrupción entre particulares, la repercusión de distintos casos que hemos ido conociendo en los últimos años ha venido propiciada por una mayor atención de los medios de comunicación. En el contexto europeo, han sido conocidos varios casos clásicos, algunos de ellos en Alemania, como el de *Korkengeld* –un supuesto en el que los representantes de una marca de champán francés ofrecieron 35 pfennigs por cada botella de su marca vendida a los camareros de distintos locales, con el fin de que recomendasen su producto y todo ello con conocimiento del dueño del negocio–, el escándalo de las basuras en Colonia –en el que, en el proceso de adjudicación a sobre cerrado del servicio de recogida de basuras, una de las empresas sobornó al representante del adjudicador para que le comunicara la oferta más económica para así mejorarla– o el caso del *Allianz-Arena* de Múnich –en el que se abonaron “comisiones” a fin de conocer información relevante para la adjudicación de la construcción de dicho estadio–, o, de otro lado, el caso *Siemens* que destapó una red de pagos millonarios por parte de dicha empresa a lo largo del mundo.

En España, a pesar de que la regulación penal de este delito –como hemos adelantado y podrá verse en esta tesis doctoral– es relativamente reciente y no exenta de ciertas oscuridades que trataremos de depurar a lo largo de nuestro trabajo, la expresión “corrupción privada” ha comenzado a adquirir cierta notoriedad en los medios, merced en gran parte a la aparición de ciertos casos sobre los que, sin embargo, todavía no ha recaído sentencia firme por parte de jueces y tribunales, si bien alguno de ellos se encuentra, al momento de redactar estas líneas, en fase de investigación. Pueden mencionarse el caso *Rato* –en que se investigaba al ex vicepresidente del Gobierno por supuestas irregulari-

dades en sus negocios privados y por el que se vieron indicios de delitos contra la Hacienda Pública, blanqueo de capitales y corrupción entre particulares; proceso actualmente archivado de forma provisional-, el caso *Neymar* –en el que se abrieron diligencias contra el ex jugador del F.C. Barcelona, el Santos y los presidentes de ambos clubes por estafa y corrupción entre particulares; en estos momentos en fase de Juicio Oral en la Audiencia Nacional- o la operación *Soule* –trama que investiga al todavía presidente de la Real Federación Española de Fútbol por delitos de administración desleal, apropiación indebida, corrupción entre particulares y falsedad documental-.

Si, como decíamos anteriormente, el cumplimiento de las obligaciones supranacionales ratificadas por España se convirtió en el argumento principal del legislador penal para incorporar la corrupción privada al elenco de delitos previstos en el ordenamiento, distinto es el supuesto del fraude en el deporte, modalidad típica específica también incluida en el artículo 286 bis del Código, concretamente en el apartado 4º. En este caso, la iniciativa incriminatoria partió del poder legislativo interno y, ni la propia regulación ni su ubicación sistemática, fueron suficientemente motivadas, requisito que hubiera sido deseable en base a los principios rectores de un Derecho penal democrático.

Así, ante la falta de sustento normativo supranacional –el único instrumento existente es el Convenio del Consejo de Europa sobre Manipulación de Competiciones Deportivas, de fecha posterior a la incorporación del tipo en nuestro Código y aún no ratificado por España- y la insuficiente labor de justificación de nuestro redactor, habremos de buscar la razón de ser de la figura en la alarma social que generan los posibles hechos de corrupción en un ámbito tan emblemático como el deporte. En este contexto se explica la iniciativa de Proyecto de Ley contra el fraude en el deporte de 2009 –que partió de la Liga de Fútbol Profesional y a la que se sumaron otras instituciones como la Liga ACB de baloncesto-, que apostaba por la previsión penal de esta clase de conductas ilícitas, siguiendo la corriente político-criminal de “tolerancia cero” contra la corrupción: el objetivo declarado era luchar contra la “compra de partidos”, las “primas a terceros” y los sobornos a jugadores y árbitros tendentes a adulterar de modo fraudulento el resultado de un evento deportivo.

La entrada en vigor de la modalidad de fraude deportivo coexistió en el tiempo con uno de los primeros casos con mayor trascendencia mediática, el conocido como caso *Brugal*, en el que, al hilo de una investigación por delitos de soborno, extorsión y tráfico de influencias en la adjudicación de contratos públicos en concursos de gestión de los servicios de recogida de basuras en varias localidades de Alicante, se descubrió una trama de concesión masiva de dádivas para manipular resultados deportivos en la temporada 2009-2010 y propiciar el ascenso a Primera División del Hércules C.F. El titular del Juzgado de Instrucción número 7 de Alicante decidió, sin embargo, no dar traslado de lo instruido a las autoridades deportivas, en contra de lo solicitado por la Fiscalía Anticorrupción, por considerarlo una intromisión a la intimidad de los investigados, en la medida en que la figura delictiva no se encontraba todavía en vigor. Este hecho fue utilizado por los partidarios de la criminalización de la corrupción en el deporte para reforzar su postura, aludiendo a la ineficacia de los medios de investigación de la disciplina deportiva y la necesidad de contar con mecanismos probatorios propios del ordenamiento penal.

Desde la vigencia de la figura, se resaltan tres investigaciones judiciales que han llevado a la aplicación de este delito, dos de ellas relacionadas con el fútbol. La primera, actualmente archivada –aunque la Fiscalía ha recurrido esta decisión– en torno a la manipulación del resultado del encuentro Levante-Zaragoza, correspondiente a la 38ª jornada de Primera División de la temporada 2010-2011. La segunda, conocida como el caso *Osasuna*, en la que se dirime si varios dirigentes del club “rojillo” sobornaron a varios jugadores del Betis para que el equipo verdiblanco cosechara determinados resultados que beneficiaban al equipo navarro durante el final de la temporada 2013-2014. Actualmente, el caso se encuentra en fase de Juicio Oral. Por último, también debe citarse la llamada operación *Futures*, vinculada a supuestos amañados de partidos de tenis para apuestas por internet, que salió a la luz en diciembre de 2016 y por la que, en su momento, se detuvo a 34 personas.

Volviendo al plano jurídico, deben traerse a colación, en este momento, dos cuestiones referidas unas líneas atrás. De un lado, la inexistencia de resoluciones judiciales firmes, en forma de sentencia, que apliquen ninguna de las previsiones contenidas en el artículo 286 bis del Código penal. Esta realidad fue percibida por el redactor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código penal, para acometer una reforma profunda de los tipos objeto de esta investiga-

ción; cambios que son analizados en profundidad en los distintos apartados de esta tesis y cuyo objetivo perseguido, según el propio legislador, es “garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas”.

De otro lado, exponemos nuestro propósito de que la investigación que presentamos pueda ser de utilidad en la aplicación práctica de las dos figuras delictivas estudiadas: los tipos de corrupción entre particulares y en el deporte. Es por ello que, en el examen de cada uno de los aspectos que componen este trabajo, se parte, como no puede ser de otro modo, de la literalidad del artículo 286 bis actualmente vigente, pero sin dejar de lado la versión original, en la medida en que su estudio sirva para dar luz a algunos de los puntos controvertidos de ambos tipos penales.

Se ha puesto de relieve por parte de la doctrina que los tipos del artículo 286 bis son fruto de una política-criminal volátil, en la que el legislador “no está muy seguro de lo que hace”, llegando a sostener que “no se ve razón para [afirmar] que (...) una tipificación *ad hoc* del soborno privado vaya a resolver un problema aún más complicado en su vertiente indagatoria, tanto dogmática como político-criminal y procesalmente”.¹ En este punto es en el que esperamos que esta tesis pueda ser de provecho y ello ha motivado los esfuerzos por concretar y clarificar los distintos elementos típicos de ambas figuras delictivas.

Por último, debemos reconocer algo que, no por evidente, debe dejar de apuntarse: la lucha contra la corrupción, en cualquiera de sus ámbitos, pero, en lo que aquí nos interesa, en las esferas privadas de la empresa y el deporte, no puede desplegarse únicamente desde la ley o desde la labor de jueces y tribunales, ni tan siquiera exclusivamente desde la Universidad y el ámbito académico. Es necesaria una anterior política educativa y preventiva, que posibilite la concienciación e implicación de la sociedad civil en su conjunto para liderar la lucha global anticorrupción. En la búsqueda de este fin, es reseñable la labor de *Transparency International*, organización no gubernamental orientada al combate contra este fenómeno ilícito, tanto a nivel nacional como

¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Notas sobre la corrupción privada en el Proyecto de Código Penal”, en *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho*, nº 147, marzo 2010, pp. 15 y 17-18.

internacional, a través de la construcción y el fortalecimiento de sistemas de integridad y la comunicación de valores de integridad y rendición de cuentas. Y, en este sentido, tengo el privilegio de participar en esta tarea como miembro, desde su constitución en mayo de 2016, de la Comisión de Integridad y prevención de la corrupción en el Deporte de Transparencia Internacional España, capítulo nacional de dicha organización.

Como hemos tratado de exponer en la Primera Parte de esta tesis doctoral, la fenomenología de la corrupción despliega sus efectos perniciosos en múltiples sectores de nuestra sociedad y es labor de todos –especialmente de quienes dedicamos a su combate nuestro estudio o desempeño profesional–, por un lado, concienciar de que nos encontramos ante un problema que repercute a la sociedad en su conjunto –por la distracción de recursos públicos y privados que lleva aparejada– y, por otro lado, educar, prevenir y, en su caso, prever mecanismos sancionatorios proporcionados –sin renunciar a que estos posean naturaleza penal–, siempre que estén orientados a la lucha eficaz contra estos ilícitos y se respeten los principios y límites propios de un Estado social y democrático de Derecho.

PRIMERA PARTE.

ASPECTOS PRELIMINARES

I. CORRUPCIÓN Y DERECHO PENAL

Es indiscutible, en nuestros días, que la corrupción preocupa, cada vez más, a un mayor sector de la población que la percibe como una grave amenaza para la convivencia social. Es por ello que esta, así mismo, centra la atención de diversos actores públicos y privados.² Aunque siguiendo la visión tradicional de los fenómenos de corrupción pudiera decirse que su esencia fáctica habitual gira en torno a la actividad económica de la Administración, a la atribución de potestades de decisión y de control –y más concretamente, al uso abusivo o desviado de las mismas– y a la aplicación de fondos públicos a cargos políticos, funcionarios y personal contratado,³ no es menos cierto que los mecanismos propios y los efectos de estas conductas se extienden a todos los ámbitos de la vida y perjudican el correcto funcionamiento de todas las instituciones sociales.⁴

² FLÓREZ, M.: “Prólogo”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. (coords.): *Corrupción y delincuencia económica*, Universidad de Santo Tomás-Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2008, p. 7.

³ CARBAJO CASCÓN, F.: “Corrupción y derecho privado patrimonial”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. (coords.): *Corrupción y delincuencia económica*, *op. cit.*, p. 193.

⁴ BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 2, Barcelona, marzo 2013, p. 3; BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*”, en CASTRO MORENO, A. y OTERO GONZÁLEZ, P. (dirs.): *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 101. Como acertadamente señala GARCÍA VICENTE, incluso aunque tradicionalmente se defendió que los comportamientos de corrupción se desarrollan habitualmente en la esfera de lo público –como veremos en este trabajo, en la actualidad hemos tomado conciencia de que la corrupción se manifiesta también entre particulares–, se puede afirmar que los mecanismos jurídicos para el aprovechamiento y ocultación de las ventajas y beneficios derivados de dichos ilícitos, o para su integración en el sistema económico legal, son principalmente privados. El propio autor enumera algunas fórmulas de Derecho privado utilizadas a tal fin: simulación de la existencia de un contrato o del pago de un precio, establecimiento de precios ficticios, acuerdos en procesos concursales, cesiones a terceros dentro de subastas privadas con alteraciones de precios, ocultamiento de la identidad de los sujetos a través de formas representativas o fiduciarias, o propias de la personalidad jurídica, pactos contractuales sobre el Derecho

Desde el punto de vista jurídico-penal, la corrupción es, en efecto, uno de los delitos más característicos del mundo globalizado⁵ y, desde finales del siglo pasado, la lucha contra la misma se ha fortalecido fruto de la entrada en crisis de la idea de que nos enfrentamos a un problema que solo afecta a los países en desarrollo. En este sentido, como afirma la doctrina especializada, el ámbito de lo penalmente relevante, en lo que al fenómeno de la corrupción se refiere, está sufriendo, en los últimos años, un innegable proceso de expansión.⁶ Ello se verifica tanto en el marco de los comportamientos delictivos producidos en el sector público, como a través de la incorporación de figuras destinadas a penar los abusos de poder en el sector privado. En esta última esfera, “el fenómeno de la corrupción puede presentarse en todos los ámbitos de la vida social. Por tanto, dentro del sector privado podremos hablar de hechos de corrupción en el mundo de los negocios, en los deportes, en la educación, etc., lo cual no implica que frente a todos ellos deba intervenir el Derecho penal”.⁷ Así las cosas, sentadas estas ideas previas, conviene precisar que esta tesis doctoral no se dedicará al estudio de la clásica corrupción pública –en el ámbito de la Administración pública–, sino que abordará aquellas cuestiones dogmáticas y político-criminales referidas a la corrupción entre particulares –también denominada, corrupción privada, corrupción en los negocios o corrupción en el sector privado; expresiones que se utilizarán como sinónimos en

aplicable o, avanzando algo que veremos en unas líneas, la utilización de paraísos fiscales o lugares favorables al anonimato, etc. En GARCÍA VICENTE, J.R.: “Corrupción y Derecho privado: notas generales”, en FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coord.): *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000, p. 51.

⁵ NIETO MARTÍN, A.: “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)”, en *Revista Penal*, nº 10, 2002, p. 55.

⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y FABIÁN CAPARRÓS estudian en profundidad esta cuestión. Acuñan la idea de “explosión” del concepto de corrupción, que incorpora nuevas formas y nuevos sujetos. Reconocen que “las conductas que incluimos dentro de este término [de corrupción] no afectan solo al bien jurídico que constituye el normal funcionamiento de la Administración pública, sino que, en sus manifestaciones más graves, sus efectos sobre las relaciones económicas la llevan al ámbito de la delincuencia socio-económica”. Así, “junto a las conductas «clásicas» de corrupción de funcionarios, aparecen conductas de corrupción con importantes efectos económicos”. En BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: “Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, nº 81, 2009, pp. 11-12 y 24-25.

⁷ CARUSO FONTÁN, M.V.: “El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado”, en *Revista Foro. Nueva época*, nº 9, 2009, pp. 146 y 162.

este trabajo– y, concretamente, en la esfera empresarial y comercial, y en la deportiva.

De modo previo al análisis jurídico de las modalidades delictivas de corrupción privada y deportiva en España, cuestiones que se abordarán en la Segunda y Tercera Parte de esta investigación, he creído conveniente comenzar desarrollando un breve análisis del fenómeno mismo, de tal manera que pueda comprenderse mejor de qué vamos a hablar e, igualmente, las razones que han llevado al Derecho penal a considerar merecedoras de reproche las manifestaciones más graves de corrupción en el ámbito privado.

El núcleo de este primer Capítulo consistirá en un acercamiento a la corrupción en el sector privado desde la revisión de sus causas y de los efectos negativos que, sobre el mercado y otros sectores, despliegan o pueden desplegar potencialmente estas conductas ilícitas. En este punto, quisiera realizar una precisión: se ha mencionado ya que la corrupción, dentro del ámbito privado, puede manifestarse en varias esferas –negocios, deportes, educación, etc.– Sin embargo, dado que, como se verá en adelante, nuestro Código penal solo tipifica conductas de corrupción privada en la esfera de los negocios, el enfoque que dará a esta revisión se centrará precisamente en explorar esta corrupción privada en los negocios –o, si se quiere, en el mercado–, así como en el ámbito del deporte, dado que, siguiendo la voluntad del legislador español, ambas modalidades son manifestaciones de un todo.

1. Una aproximación a la corrupción.

El fenómeno de la corrupción no es nuevo. Todas las sociedades, en todos los períodos de la Historia, han padecido los efectos perniciosos que estas conductas ilícitas provocan en una comunidad.⁸ El abuso de

⁸ En este sentido se expresan IGLESIAS RÍO y MEDINA ARNÁIZ, cuando reconocen que “las fuentes históricas han puesto de relieve, desde siempre, su perniciosa influencia [de la corrupción], tanto en el correcto funcionamiento de las instituciones públicas, como en la alteración de los mercados del sector privado”. En IGLESIAS RÍO, M.A. y MEDINA ARNÁIZ, T.: “Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II, 2004, pp. 905-906. Disponible en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de

poder característico de la corrupción se deja sentir en todos los países, pero es en los más desarrollados donde despliega sus consecuencias más graves al dificultar, por una parte, el crecimiento económico y, por otra, al poner en peligro la percepción de la soberanía. Las causas últimas de cualquier conducta de corrupción están conectadas con la delegación de poder y con la divergencia de objetivos entre un agente –el funcionario o el sujeto vinculado a la entidad privada, según se trate de corrupción pública o privada– y dos principales –el Estado o el ente empresarial y el ciudadano–, derivado ello de la asimetría informativa que otorga una ventaja a tal agente respecto de los últimos.⁹ En palabras de CONTRERAS ALFARO, “el sentido natural del término corrupción nos remite a la idea de vicio de las cosas inmateriales, a la destrucción progresiva de las estructuras y finalmente a la entropía”. De nuevo, se conecta la idea de corrupción con la de abuso de poder para conseguir un beneficio privado o de terceras personas conectadas con el autor de la conducta delictiva.¹⁰ En suma, puede sostenerse que la corrupción “afecta negativamente a la cultura moral de la democracia” y, junto a una innegable sensación de inseguridad, provoca la erosión de las instituciones, lo cual mina el optimismo de la población.¹¹

Uno de los mayores problemas que se plantean a la hora de estudiar estas conductas se concreta en intentar llegar a una conceptualización universalmente válida.¹² Debe decirse desde ahora que esta tarea ha

Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Fuente: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30235/27293>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁹ MURIEL PATINO, M.V.: “Economía, corrupción y desarrollo”, en FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coord.): *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, op. cit., p. 27.

¹⁰ CONTRERAS ALFARO, L.H.: *Corrupción y principio de oportunidad penal. Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Ratio Legis, Salamanca, 2005, p. 130.

¹¹ GIL VILLA, F.: *La cultura de la corrupción*, Maia, Madrid, 2008, p. 5.

¹² DE LA CUESTA ARZAMENDI reconoce que “debido a sus múltiples caras, la corrupción se caracteriza por una inmanente equivocidad, lo que dificulta su delimitación conceptual. En realidad, el término corrupción es más bien originario de la sociología y de la ciencia política y se ha ido incorporando poco a poco al Código Penal en ámbitos muy heterogéneos”. En DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, en *Revista Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 17, 2003, p. 7. En el mismo sentido, GIL VILLA sostiene que “la corrupción no es un acto primitivo o de regresión, típico de contextos sociales anómicos y gentes sin estudios. Al contrario, la corrupción debe observarse desde una perspectiva compleja

sido ampliamente abordada por la doctrina, sin haberse llegado a resultados concluyentes,¹³ precisamente porque el término “corrupción” posee diversos significados en función del ámbito en el que se utiliza.¹⁴

Siguiendo a RIBAS JUNIOR, puede afirmarse que la definición de corrupción puede abordarse desde distintos caminos: de un lado, acudiendo a los diccionarios, en segundo término, optando por el significado legal del término –que nos ofrecería el contenido jurídico, acercándonos a la idea de corrupción centrada en la ley–, en tercer lugar, nos encontraríamos ante un concepto apuntando a la economía –cuando se tiene la idea de corrupción manifestada en el mercado y en la separación entre lo público y lo privado–, la cuarta sería una definición sociológica –cercana a la idea de “bien público”, pero que perdería valor a la hora de acotar qué entendemos por corrupción privada– y, finalmente, atendiendo a una definición amplia –coincidente con la idea de corrupción que tiene la persona de a pie, que no tiene por qué conocer el asunto en profundidad, pero que tiene cierta percepción de lo que es el fenómeno–. Concluye reconociendo que no hay que perder de vista la perspectiva histórica del término y su significado a lo largo del tiempo en las distintas regiones de la tierra.¹⁵

porque es ella misma una cuestión compleja”. En GIL VILLA, F.: *La cultura de la corrupción*, *op. cit.*, p. 61.

¹³ En este sentido DE LA MATA BARRANCO reconoce “que no existe un concepto único o unitario de corrupción, que depende de la intención de cada observador, aunque con carácter general en casi todos los intentos de definición aparecen normalmente tres elementos: el abuso de una posición de poder, la consecución de una ventaja patrimonial a cambio de su utilización y, aunque explícitamente no acostumbra a señalarse, el carácter secreto del pago, poniéndose de relieve la necesidad de que concurren dos partes para que la misma pueda perfeccionarse”. En DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos. Cuadernos penales José María Lidón*, nº 6, Deusto Publicaciones, 2009, p. 151.

¹⁴ BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada: bien jurídico...”, *op. cit.*, pp. 101-102. Incide MALEM SEÑA, J.F.: *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 42.

¹⁵ RIBAS JUNIOR, S.: *Corrupção pública e privada. Quatro aspectos*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, pp. 40-41.

Ya hemos mencionado que la definición sociológica no nos es de gran ayuda al propósito de acotar jurídicamente la noción de corrupción entre particulares. Tampoco lo serán la concepción amplia –pues la generalidad de las personas identifica el término corrupción con el ámbito estrictamente público o político–, ni la histórica –ya que la preocupación científica por estas prácticas en el ámbito de lo privado es relativamente moderna–.¹⁶ En el plano del Derecho, la corrupción es clasificada como un delito, un conjunto de hechos ilícitos tipificados en la legislación penal, lo que también provoca variaciones en función de la sociedad en que nos encontremos; en el tiempo y en el espacio.¹⁷

La búsqueda de una definición válida para los fenómenos de corrupción pasa, necesariamente, por la identificación de la naturaleza jurídica de la misma. En este punto, DEMETRIO CRESPO ha asegurado que la corrupción es un concepto cuyo análisis pertenece principalmente al ámbito de la sociología y de la ciencia política. No obstante, arguye que esta se caracteriza, entre otras notas, por ser un fenómeno heterogéneo –pues su definición depende, en último término, de un modelo normativo de referencia–, sistemático –pues tiende a consolidarse, e incluso a perpetuarse en el tiempo, mediante códigos paralelos de conducta– y complejo –porque en la corrupción confluyen muchos factores que contribuyen a su gestación o favorecimiento, cuyo origen puede encontrarse en el comportamiento de los ciudadanos, de las empresas, o del propio Estado–.¹⁸

¹⁶ Téngase en cuenta la opinión de GLI PASCUAL, quien habla del fenómeno de la corrupción en el sector privado en los siguientes términos: “la irrupción de esta nueva figura, de nula tradición en nuestro derecho punitivo (y en general, hasta hace poco, en todo el ámbito meridional europeo), no es producto de la sensibilidad del prelegislador hacia ninguna suerte de clamor social o doctrinal interno, sino que responde a la necesidad de dar satisfacción a las exigencias de instancias supranacionales. Y es que, a este último nivel, parece haberse desatado en los últimos años una cruzada internacional contra la corrupción a juzgar por el número de instrumentos internacionales promovidos...”, en GLI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 9, artículo 13, 2007, p. 3.

¹⁷ RIBAS JUNIOR, S.: *Corrupção pública e privada...*, op. cit., p. 47.

¹⁸ DEMETRIO CRESPO, E.: “Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C. (ed.): *Fraude y corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. III, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, pp. 174-176.

Por ello, ante las dificultades reseñadas, baste comenzar realizando pequeñas aproximaciones que nos permitan introducirnos en la materia objeto de estudio. CARTIER-BRESSON plantea la corrupción como la ruptura de lealtad del mandatario –el servidor público– para con el mandante –el Estado– en la que interviene una tercera persona cuyas ganancias o pérdidas dependen del primero. El autor considera que la corrupción es el resultado de las motivaciones originadas por las rupturas de lealtad.¹⁹ Esta noción será interesante de cara a comprender, en su momento, uno de los modelos que, en sede de bien jurídico, tratan de fundamentar el reproche penal de las conductas englobadas en la corrupción entre particulares; corriente que pone el acento en la relación de fidelidad entre empresario principal y subordinado.

Así, el esquema básico del contrato de agencia puede ayudar a explicar con mayor precisión el entramado de la corrupción. Véase cómo: en primer lugar, puede ser útil para aproximarse de modo preliminar al concepto de corrupción. En este orden de cosas, tomaré como ejemplo la explicación ofrecida por CERINA y BRAVO VESGA. Entienden por corrupción “aquella «compraventa» de un acto realizada en violación de los deberes de su vendedor, [considerando] la corrupción como pública cuando se trate de un acto público y cuando su vendedor sea sujeto público –funcionario– [...] y privada cuando tanto el acto como el sujeto vendedor del mismo sean ajenos a la esfera pública”.

El sujeto al que antes hice referencia –recuérdese, el agente público o privado– mantiene una relación de agente-principal con el Estado o la entidad privada –según se esté considerando la modalidad de corrupción pública o privada–. Así, el correcto funcionamiento del Estado o de la entidad privada se basa en la delegación de poderes del referido principal al agente el cual, a cambio, se obliga a actuar en interés del delegante, respetando siempre las reglas que este establezca.²⁰ Así, el funcionario ostentará una serie de facultades discrecionales emanadas

¹⁹ CARTIER-BRESSON, J.: “Les «réseaux de corruption et la stratégie des «3S»”: Sleep-Silence-Smile, en M. BORGHI y P. MEYER-BISCH (eds.), *La corruption, l'envers des droits de l'homme*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Friburgo, 1995, pp. 84-87.

²⁰ CERINA, G. y BRAVO VESGA, C.: “La corrupción en el sector privado. Apuntes de derecho comparado e internacional”, en ROMERO GUZMÁN, J.J. (coord. y ed.), RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y OLIVARES, J.M. (eds. asociados), *Buen Gobierno y Corrupción. Algunas perspectivas*, cap. XI, Ediciones Derecho UC, Santiago de Chile, 2008, p. 387.

directamente del poder público a cambio de que busque el interés general y el sujeto privado –como veremos, directivo, administrador, empleado o colaborador– gozará de poderes de organización y representación de la entidad correlativamente a la anteposición del interés y beneficio social respecto del suyo propio.

También se ha comparado la corrupción con una patología que, además de socavar la estructura social y las reglas del juego democrático, “puede llegar a tener consecuencias devastadoras, tan devastadoras como frágiles y vulnerables sean los cimientos del Estado de Derecho.” Así mismo, se reconoce que la corrupción “daña seriamente el desarrollo económico, político, y social de los países que la sufren; impone barreras al comercio internacional; puede conllevar un aumento de los costes y de los precios de los bienes y servicios; puede provocar crisis políticas internacionales; y puede también afectar a los derechos básicos de las personas”.²¹

DE LA CUESTA ARZAMENDI trata de categorizar todos los fenómenos de corrupción bajo un único concepto, y así, entenderá por tal “cualquier irregularidad cometida en un contexto de toma de decisión y a cambio de una ventaja indebida o, incluso, con todo abuso de poder, siempre que se ligue a una ganancia ilícita, de carácter económico o de mejora de la posición para el desarrollo de determinadas actividades, algo que se produce fundamentalmente en el marco de la administración, pero que también puede darse en el seno de las relaciones económicas, nacionales e internacionales”.²² CARUSO FONTÁN añade que “las numerosas dificultades para la conceptualización de la corrupción han llevado a ensayar distintas posibles definiciones, pero el problema no solo radica en identificar los elementos necesarios para que se

²¹ DEMETRIO CRESPO, E.: “La corrupción como freno decisivo a la consolidación del Estado de Derecho: respuesta penal”, en BERDUGO DE LA TORRE, I. y RIVERO ORTEGA, R. (eds.), *El Estado de derecho latinoamericano: integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, p. 46. En el mismo sentido, MALEM SEÑA reconoce que “la percepción de que [la corrupción] se trata de una grave cuestión que afecta a aspectos económicos, políticos, sociales y hasta la democracia misma está siendo ampliamente compartida”. En MALEM SEÑA, J.F.: *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 18. Así mismo, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “La corrupción ante el Derecho y la Justicia”, en *Diario La Ley*, nº 8153, Sección Tribuna, LaLey, Madrid, 20 de septiembre de 2013.

²² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Iniciativas internacionales contra la corrupción...”, *op. cit.*, p. 10.

pueda hablar de un hecho corrupto, sino, incluso, en la propia determinación de la naturaleza jurídica de este fenómeno.”²³ En este sentido, considerando la corrupción desde el punto de vista penal, sostiene BOLEA BARDON que es esencial, no solo desarrollar un concepto formal de “corrupción” –vinculado a la idea de KINDHÄUSER, para quien esta “es formalmente abuso de un poder de decisión”–,²⁴ sino que, además, es deseable que la noción concrete, en cada caso, el objeto de tutela; es decir, los intereses que se ven afectados y a los que el legislador otorga protección a través del merecimiento de una pena.²⁵

También FERNÁNDEZ AJENJO, en su tesis doctoral, se enfrenta a tarea de tratar de aportar un concepto de corrupción de aplicación general. Comienza reconociendo que “el interés por adoptar un concepto unívoco que englobe la totalidad de las prácticas corruptas y que satisfaga a la totalidad de las disciplinas científicas ha presidido los debates tanto del ámbito científico como de las instituciones internacionales que se han preocupado por este fenómeno”. Lo interesante de su elaboración –hay que anotar que este autor se centra en definir la corrupción pública– radica en la identificación de una serie de elementos básicos –necesarios– que, según su tesis, forman parte de todas las prácticas corruptas y otros elementos contingentes, que en algunos supuestos concretos no forman parte del hecho defraudatorio. Tratando de aplicar su elaboración para el delito de corrupción entre particulares, “pueden distinguirse unos elementos básicos del concepto de corrup-

²³ CARUSO FONTÁN, M.V.: “El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito...”, *op. cit.*, p. 147.

²⁴ KINDHÄUSER, U.: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, en *Política Criminal*, nº 3, 2007, p. 15.

²⁵ BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada: bien jurídico...”, *op. cit.*, p. 102.

ción, pues forman parte de todas las prácticas corruptas (...): el incumplimiento de un deber institucional (elemento prescriptivo)²⁶ y la búsqueda de un beneficio propio irregular (elemento causal)²⁷. De igual modo, siguiendo la teoría del referido autor, a los comportamientos de corrupción privada le sería de aplicación uno de los elementos contingentes que caracterizan los fenómenos de corrupción: “la ausencia de publicidad (elemento formal)”²⁸. Respecto de este último concepto, podría argumentarse, no obstante, que es vago y demasiado impreciso.²⁹

²⁶ MALEM SEÑA realiza un análisis de lo que significa el incumplimiento de un deber institucional, aunque él utiliza la noción de “deber posicional”. Dice el autor que “un acto de corrupción implica la violación de un deber posicional. Quienes se corrompen transgreden, por activa o por pasiva, o provocan la transgresión de algunas de las reglas que rigen el cargo que ostentan o la función que cumplen”. E igualmente, esa regla presupone la existencia de un sistema normativo “que le sirva de referencia”. En MALEM SEÑA, J.F.: *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp.32-33. GARZÓN VALDÉS, en el mismo sentido, señala que un deber posicional es aquel “especial derivado de un cargo cuyo sistema normativo relevante no es político o jurídico”; es, por tanto, un “deber adquirido por aceptar una posición en una práctica social, en relación al sistema normativo relevante”. En GARZÓN VALDÉS, E.: “Acerca del concepto de corrupción”, en LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S. (eds.): *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, pp. 43-44.

²⁷ GARZÓN VALDÉS, en su intención de acercarse al concepto de corrupción, define el beneficio como “extraposicional”. Se trata de una ventaja impropia de ese deber posicional que, según el autor, “proceden del corruptor o de la persona destinataria del acto o actividad corrupta”. En GARZÓN VALDÉS, E.: “Acerca del concepto de corrupción...”, *op. cit.*, pp. 45-46. Es preciso, de todos modos, que exista un nexo de causalidad claro entre la violación de alguna regla del sistema normativo –es decir, del llamado “deber posicional”– y la expectativa de conseguir un beneficio irregular. En MALEM SEÑA, J.F.: *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*, *op. cit.*, p. 43.

²⁸ FERNÁNDEZ AJENJO, J.A.: *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y al a Intervención General de la Administración del Estado*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 59.

²⁹ No es el único autor que hace mención del carácter secreto como uno de los elementos definitorios de la corrupción. ABANTO VÁSQUEZ, precisamente conecta los fenómenos de corrupción pública y privada porque, según su opinión, en ambas “se influye secretamente en una persona en cual se ha depositado «confianza» para decidir sobre algo”. En ABANTO VÁSQUEZ, M.A.: “Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia”, en SERRANO-PIEDECASAS, J.R. y DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.): *Cuestiones actuales de Derecho Penal empresarial*, Colex, Madrid, 2010, p. 168.

Tratando de acotar este elemento, se ha dicho también que los fenómenos de corrupción, así como sus efectos, tienden a ocultarse; se cometen en secreto, o al menos en un marco de discreción.³⁰

Este primer análisis no estaría completo si no se acude a la definición de corrupción que aporta la ONG *Transparency International*, institución con presencia universal dedicada a combatir la corrupción. Define *Transparency* como corrupción todo “abuso de poder para beneficio privado”.³¹ Este concepto presupone que toda capacidad de decisión o de poder está orientado a la consecución de unos objetivos que le son propios, siendo característico de la corrupción el alejamiento de los mismos en beneficio particular del corrupto.³² En el mismo sentido se pronuncia FABIÁN CAPARRÓS cuando, en la órbita de la función pública, entiende por corrupción todo “uso de poder para una finalidad distinta de la legítima, movido por el ánimo de lograr una ventaja personal”.³³

En síntesis, y siguiendo a ENCINAR DEL POZO, debemos catalogar como corrupción “toda actuación de una persona, dotada de poderes de decisión, que actúa en el marco de un sistema normativo de referencia, de manera contraria a las normas o reglas que rigen su actividad,

³⁰ MALEM SEÑA, J.F.: “La corrupción en el deporte”, en *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, vol. 2, nº 2, 2014, p. 109. Es de similar opinión PÉREZ FERRER, para quien la corrupción “es una práctica social que ocurre entre las sombras, en secreto”, de forma poco transparente. En PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio”, en *La nueva regulación de la corrupción. Cuadernos Digitales de Formación*, nº 1, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012, p. 2.

³¹ Definición obtenida de la web de la Secretaría Internacional de *Transparency International*. Fuente: https://www.transparency.org/whoweare/organisation/faqs_on_corruption/2/#defineCorruption. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

³² La Comisión Europea, en su *Informe al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE*, define corrupción como “cualquier abuso de poder para obtener réditos privados”. Elaborado en Bruselas, el 3 de febrero de 2014 –COM (2014) 38 final.

³³ FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: “La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio”, en FABIÁN CAPARRÓS, E.A. (coord.): *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, op. cit., p. 17.

con la expectativa de obtener una ganancia ilícita”.³⁴ Esta definición contiene los elementos más característicos de la corrupción, por lo que servirá de referencia a la hora de acercarnos, más adelante en este trabajo, al delito de corrupción privada.

En relación a lo que se conoce como corrupción privada, desde el punto de vista fenomenológico, esta nueva forma de criminalidad –de perfiles difusos en cuanto a su definición– es percibida como un remedo en el sector privado de la ya clásica corrupción pública, en especial de los comportamientos conocidos en nuestro sistema penal como delitos de cohecho. A pesar, no obstante, de que estas conductas se insertan, como uno más, en el conjunto de delitos denominados de corrupción, se sostiene que la privada y, más aún, la deportiva, presentan, respecto a la corrupción pública, notables particularidades, tanto normativas como materiales. Entre otros, su singularidad se evidencia en los cánones de conducta del sector privado, regidos por la preeminencia de los intereses particulares –en contraposición a la búsqueda del interés general que marca la actuación, imparcial y objetiva, de la Administración pública–, y, en definitiva, de la libre empresa y la maximización de los beneficios.³⁵

Como se verá a lo largo de esta tesis doctoral, la corrupción privada en España va a ser concebida como un delito en el marco socioeconómico por lo que, de cara a centrar la investigación y previamente al estudio de otras cuestiones, puede resultar interesante abordar precisamente si el Derecho penal puede y debe intervenir en este ámbito.

2. Legitimidad de la intervención del Derecho Penal en el ámbito socioeconómico.

La reflexión en este punto es pertinente en la medida en que el Derecho penal es la expresión más poderosa del *ius puniendi* del Estado, y por

³⁴ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2016, p. 42.

³⁵ ANARTE BORRALLLO, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (18). Corrupción entre particulares y corrupción deportiva”, en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II, Iustel, Madrid, 2012, pp. 545-546. De nuevo, el mismo autor, en ANARTE BORRALLLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal de 2015: bases político-criminales y técnico-jurídicas”, en *Revista Jueces para la Democracia. Información y debate*, nº 87, noviembre 2016, p. 61.

tanto debemos interrogarnos acerca de si está suficientemente justificada su intervención en el ámbito socioeconómico, en lo que aquí concierne, para garantizar la pureza o rectitud del tráfico económico.³⁶ Ello servirá de base material a la hora de comprender los siguientes contenidos de esta investigación, por cuanto dotará de sentido el estudio de la incriminación de las conductas de corrupción privada y de fraude en el deporte, concebidas por el legislador español como tipos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

En primer lugar, y para centrar la importancia de la cuestión, debe tenerse en cuenta que todo tipo de economía se construye sobre la base de una determinada sociedad y esta se organiza asegurando el respeto a una Constitución, que contendrá los principios inspiradores del ordenamiento jurídico. Ello implica, necesariamente, que el Derecho penal de cada país deberá ser reflejo de la base política y económica cristalizada en la norma constitucional.

Resulta evidente que, independientemente del modelo de organización económica que se adopte en una determinada Constitución, existirá la necesidad de adoptar una protección reforzada para una serie de intereses básicos, sin los cuales ninguna sociedad organizada podría subsistir: la vida, la integridad corporal, un mínimo de propiedad privada y formas de organización básicas –administración de justicia, administración pública, etc.– Ello conformaría lo que para la doctrina supone el *núcleo del Derecho penal*.

En añadidura a lo expuesto, y centrándolo en el supuesto de un modelo de economía de mercado como el consagrado en el artículo 38 de nuestra Carta Magna, será tarea del Derecho –y en última instancia también del Derecho penal, por tanto– la protección de los mecanismos de funcionamiento de dicha forma de organización económica; intereses que se concretan en la libertad y la lealtad de competencia, el sistema crediticio y de subvenciones, el funcionamiento de la bolsa, etc. Y, en efecto, la protección de estos valores solo debe realizarse por medio del Derecho penal respecto de los ataques más graves a los mismos,

³⁶ BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada: bien jurídico...”, *op. cit.*, p. 102.

dejando para otras ramas menos lesivas –esencialmente el Derecho administrativo sancionador– el conocimiento del resto de supuestos.³⁷

Planteadas así las cosas, y avanzando hacia el papel del ordenamiento jurídico-penal, hemos de partir, evidentemente, de aquellos principios que deben informar a esta rama del ordenamiento en un sistema democrático y que deben actuar como límites al poder punitivo estatal. Derivados de la cláusula del Estado Social, de entre los principios limitadores materiales, debemos destacar el de lesividad y el de intervención mínima. Ellos imponen que toda actuación del Derecho penal debe venir justificada en la necesidad de protección de bienes jurídicos, esto es, de aquellos intereses sociales que por su importancia merecen ser tutelados por esta rama del ordenamiento, y prescriben que dicha intervención debe realizarse únicamente como último recurso, cuando otras ramas y otros medios menos lesivos han fallado, ordenándose la protección penal únicamente respecto de aquellos ataques más graves, más peligrosos frente a los referidos bienes jurídicos.

Consecuentemente a lo anterior, deben explorarse ahora las razones que legitiman la intervención penal en la protección de los bienes jurídicos involucrados en el orden socioeconómico, incluyéndose la lealtad competitiva, propia de los comportamientos de corrupción entre privados. El actuar del Derecho penal para la protección del orden económico –o socioeconómico– ha sido tradicionalmente estudiado y justificado por la doctrina. La aplicación de la máxima expresión del *ius puniendi* estatal en esta esfera se entiende en la medida en que se trata de comportamientos que responden al ánimo de provecho económico, de alta lesividad, protagonizados por sujetos que poseen cierta cualificación y estatus –se corresponden con lo que se ha dado en llamar delitos de cuello blanco–³⁸, y cuya comisión requiere la utilización de estructuras e instrumentos compartidos con la actividad económica lícita.

³⁷ ABANTO VÁSQUEZ, M.A.: “Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras...”, *op. cit.*, pp. 139-175, especialmente 140-141.

³⁸ La expresión “delitos de cuello blanco” o, en inglés *White-collar crimes*, acuñada por primera vez por SUTHERLAND en 1939, ha gozado de fortuna entre la literatura especializada. Más allá de la primera conceptualización de este autor, desarrollada por él mismo en 1949, en la actualidad existen algunos propósitos de actualizar y mejorar la definición. Especialmente interesante me parece la idea de EDELHERTZ para quien “delito de cuello blanco” es aquel “acto ilegal o un conjunto de actos ilegales cometidos con ocultamiento y engaño, con objeto de obtener dinero y propiedades, evitar perder dinero o propiedades, o para obtener una ganancia para uno mismo o para su empresa”. Se trata de una delincuencia que se caracteriza por emplear el engaño y la ocultación, ser de carácter internacional, suponer la quiebra de la confianza necesaria en la

Además, el conjunto de bienes jurídicos que se protegen con los delitos socioeconómicos ha sido caracterizado como intereses inmateriales, institucionalizados o espiritualizados y de titularidad social o colectiva.³⁹

Sin embargo, la presencia del Derecho penal en este ámbito no está exenta de controversias. TERRADILLOS BASOCO se hace eco de algunas objeciones sostenidas por un sector de la doctrina respecto de la represión por parte del Derecho penal de conductas ilícitas en la esfera socioeconómica. En primer lugar, recoge aquellas opiniones que pasan por considerar que la criminalización del empresario, en los típicos delitos de cuello blanco, dado que es el sujeto principal generador de riqueza en una sociedad, únicamente traerá como consecuencia el “cegar las fuentes del progreso social”. Del mismo modo, es recurrente, continúa el citado autor, “el argumento de que la empresa constituye un marco instrumental de actividad económica del que conviene mantener alejado al Derecho penal”, el cual debería quedar limitado para conocer, en el ámbito de la empresa, únicamente de la llamada delincuencia común. Sin embargo, como acertadamente rebate el autor que estamos refiriendo, basta con acudir a la Constitución Española para fijar la cobertura a una política criminal específicamente dirigida a la esfera de la actividad económica.⁴⁰

TIEDEMANN, siguiendo la doctrina alemana, reconoce por su parte que el Derecho penal económico no encuentra su legitimación únicamente

práctica pública o comercial, suponer pérdidas y por la posibilidad de permanecer oculto y filtrarse en la realidad social. La definición es mencionada por BRODY y KIEHL y puede encontrarse traducida al español por REDONDO ILLESCAS y GARRIDO GENOVÉS quienes, además, enumeran las características citadas. En BRODY, R.G. y KIEHL, K.A.: “From white-collar crime to red-collar crime”, en *Journal of Financial Crimes*, vol. 17, issue 3, 2010, pp. 351-352; REDONDO ILLESCAS, S. y GARRIDO GENOVÉS, V.: *Principios de criminología*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 785 y 787.

³⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Lección 1. Delitos contra el orden socioeconómico”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Derecho Penal. Parte especial (Derecho Penal económico)*, tomo IV, 2ª ed. Revisada y actualizada, Iustel, Madrid, 2016, pp. 17-18.

⁴⁰ Para sostener su argumento, el autor menciona concretamente, y en especial, los artículos 33 y 38, relativos a la función social de la propiedad privada y a la libertad de empresa y la defensa de la productividad. *Ibid.*, pp. 20-22.

desde la perspectiva del bien jurídico, sino también desde la de la vulneración de reglas, si bien alerta de que será preciso determinar perfectamente cuándo dicha vulneración se traducirá en una mera infracción administrativa y cuándo es constitutiva de un hecho punible, siendo la primera si se verifica una contravención de las “reglas del juego” y el segundo si se trata de la vulneración de reglas que “constituyen una expresión de un concepto específico de justicia económica”.⁴¹

2.1. Pertinencia de la intervención del Derecho penal frente a la corrupción en el sector privado.

Se han sentado las bases, en el apartado anterior, de la legitimación de la intervención penal en la esfera socioeconómica. Con ello, es momento ahora de descender al concreto ámbito de la lealtad competitiva y abordar un interrogante ya formulado por BLANCO CORDERO y DE LA CUESTA ARZAMENDI: ¿es el Derecho penal un instrumento eficaz, idóneo y útil para hacer frente al fenómeno de la corrupción privada?.⁴² Los citados autores ofrecen la clave para responder a esta cuestión: efectivamente, dependerá, de un lado, de si se verifica un menoscabo lo suficientemente grave de un bien jurídico que se considere digno de tutela penal y, de otro lado, de que se haya comprobado la insuficiencia del resto de instancias de control –y de otras disciplinas jurídicas– para su tutela, por lo que resulte ineludible acudir a los mecanismos del Derecho penal. Es por ello que la determinación del concreto bien jurídico protegido por la norma penal se erige como un elemento de especial relevancia y, así, justificará su posterior estudio en un Capítulo propio.

2.1.1. Argumentos en contra de la tipificación penal de la corrupción privada.

La doctrina española, de forma mayoritaria, se ha mostrado contraria a la incriminación de la corrupción entre particulares aduciendo criterios de política criminal. Los argumentos esgrimidos son de naturaleza

⁴¹ TIEDEMANN, K.: *Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 217.

⁴² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿signatura pendiente del Derecho Penal español?”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (coord.): *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 276.

diversa⁴³ pero, a fin de que puedan ser comprendidos mejor, algunos autores los han sintetizado en diversas categorías, entre las que pueden mencionarse⁴⁴:

- a) Ausencia de un previo debate serio acerca del merecimiento y necesidad de pena de las conductas recogidas en el artículo 286 bis.

La reflexión de los autores en torno a esta cuestión no es algo novedoso. Ya hace más de una década algún autor sostenía que la corrupción entre particulares en España podía catalogarse como “corrupción de blanco inmaculado”, siguiendo la categorización de HEIDENHEIMER, por ser una “conducta habitual y tolerada socialmente”. Ello era debido a que “la competencia desleal –interés que está detrás de la criminalización de estos comportamientos– hasta hace poco tiempo era un sector del ordenamiento del que exclusivamente se ocupaba la doctrina, ampliamente ignorado por tribunales y legislador y mucho más por los propios operadores económicos”.⁴⁵

En el mismo sentido, y según destaca algún sector doctrinal, nuestro legislador optó por encomendarle al Derecho penal el castigo de estas conductas a pesar de que no existía una verdadera reflexión interna – ni en la doctrina mercantil ni en la doctrina penal– acerca de la necesidad de incriminación de tales conductas que, las más de las veces, aparecen aglutinadas, asimiladas o ligadas al fenómeno de la corrupción”.⁴⁶ La crítica, por tanto, se centra en la ausencia de discusión seria

⁴³ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁴ Algunas aparecen mencionadas en BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁵ NIETO MARTÍN, A.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, pp. 60-61.

⁴⁶ VENTURA PÜSCHEL, A.: “Capítulo 37. Corrupción entre particulares”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dirs.): *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 321. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.); PASTOR MUÑOZ, N. (coord.): *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, LaLey, Madrid, 2012, p. 421; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 306. En palabras de FOFFANI, “en cuanto al efectivo merecimiento y necesidad de pena de un bien jurídico como la *libertad y lealtad de la competencia* (...), y en cuanto si su protección penal (...) está en correspondencia con los principios fundamentales de taxatividad, ofensividad

y pausada sobre el merecimiento y necesidad de pena de estos comportamientos calificados como de corrupción, lo que obligará a reflexionar sobre el origen y pertinencia de la norma y llevará a algún autor a sustentar que la irrupción de este delito se produjo de forma artificial.⁴⁷

El desacuerdo se concreta en dos argumentos fundamentales: i) existen conductas lesivas de la competencia cuya gravedad es superior a la de las conductas de corrupción tipificadas, lo que no ha conducido a la criminalización de aquellas, sino que se han mantenido en el ámbito mercantil y administrativo; y ii) resulta discutible que esos mismos mecanismos administrativos y mercantiles no fueran suficientes para abordar el problema ahora criminalizado –argumento sobre el que volveré a continuación–, resultando en suma que “no se ha examinado suficientemente cuál ha de ser el papel general del Derecho penal en la

e intervención mínima, el debate está, naturalmente, más abierto que nunca”. En FOFANI, L.: “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y de Derecho comparado”, en *Revista Penal*, nº 12, 2003, p. 70. En la misma línea, RODRÍGUEZ PUERTA y MORÓN LERMA afirman que “la consideración de estas conductas como delictivas no se ha visto precedida por un debate social profundo acerca de la necesidad de su incriminación penal, ni tampoco por la identificación de lagunas punitivas por parte de los operadores jurídicos. En consecuencia, podría decirse que nos hallamos ante un fenómeno que, en términos penales, resulta completamente ajeno a nuestra tradición jurídica (...) [y] que la irrupción de este nuevo delito se ha producido de forma artificial”, en RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E. “Artículo 286 bis” en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II (Artículos 234 a DF. 7ª), 7ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2016, p. 400. En este último sentido, sobre la nula tradición jurídica de esta figura en nuestro ordenamiento, también, BERGÉS TARILONTE, M.: “El delito de corrupción privada”, en la web de LegalToday, 15 de mayo de 2012. Fuente: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/el-delito-de-corrupcion-privada>. Consultado el 2 de noviembre de 2017; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: “Corrupción privada y corrupción en el deporte”, en MUÑOZ CONDE, F. (dir.): *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 351.

⁴⁷ MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)”, en *La Corrupción a Examen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012, p. 120. En este punto, para GILI PASCUAL la necesidad de cumplir obligaciones supranacionales –argumento que se verá posteriormente a favor de la criminalización de estos ilícitos– y la ausencia de un debate interno suficiente, desde el plano social y parlamentario, parecen estar ligadas por una relación causa-efecto. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 22.

protección de la competencia”, lo cual puede propiciar problemas de proporcionalidad relativa.⁴⁸

- b) Aplicación de los límites de la intervención penal a la protección de la lealtad competitiva.

GILI PASCUAL se interroga también acerca de la necesidad de intervención penal en esta esfera. El autor parte de la base de aceptar la legitimidad de la competencia –como conjunto de los principios concurrentes del sistema económico establecido en la Constitución, y, en su seno, la de la lealtad competencial–, pero reconoce que esta aceptación no prejuzga la legitimidad de la tipificación penal de cualesquiera conductas capaces de afectar dicho bien jurídico. Siendo así, se ve en la obligación de reconocer que el hecho de que la incriminación de la corrupción privada venga impuesta por los instrumentos supranacionales convierte este debate en un ejercicio con interés fundamentalmente académico, aunque sostiene que debe llevarse a cabo siquiera para afinar “la interpretación del Derecho dado”. Abunda sosteniendo que “en la intelección del precepto en clave más o menos restrictiva (...) seguirá teniendo un destacadísimo papel el grado de legitimidad que, en particular desde consideraciones atentas al principio de intervención mínima, se decida otorgarle”.⁴⁹

Como apuntaremos a continuación, este autor muestra claramente sus dudas acerca de la necesidad e idoneidad de castigo penal de estas conductas, a pesar de reconocer que “la eficacia preventiva de una determinada incriminación no debe ser infravalorada”. A renglón seguido, fija su atención en el Derecho alemán, ordenamiento que prevé este delito desde 1997. La primera conclusión a la que llega es la escasa aplicación que ha tenido el tipo penal germano. Trasladando esta experiencia, en clave de hipótesis, al Derecho español, sostiene que la exigencia de perseguibilidad de oficio no es óbice para la presumible inaplicación del tipo, por cuanto el Ministerio Fiscal, probablemente, no iniciará la acción penal si no se ha producido un perjuicio o, cuanto menos, una

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 421.

⁴⁹ GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, pp. 8-10; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 71 y ss.

puesta en peligro de los intereses de los competidores. De este modo, la necesidad de incriminación se revelaría desautorizada.

Añade un segundo argumento para reforzar su hipótesis. Entiende, de modo acertado, que la incriminación penal de la corrupción privada debe suponer, en aplicación de los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio*, un plus respecto de otros ámbitos de tutela de la lealtad competencial –o lealtad competitiva–, como pueden ser la Ley de Defensa de la Competencia o la Ley de Competencia Desleal. Ello obliga, entonces, a realizar una interpretación restrictiva de este delito, para evitar trasladar a la esfera del Derecho penal, “lo que de momento pasa por alto el propio Derecho privado”. Y ello porque, según sostiene, estas conductas tienen una escasa trascendencia en el ámbito de la Ley de Competencia Desleal, testimoniada por la dificultad de encontrar resoluciones que se hayan pronunciado en la materia.⁵⁰

DE LA CUESTA ARZAMENDI y BLANCO CORDERO mantienen este convencimiento, y sostienen que “el recurso directo y automático a la sanción penal para la protección de los competidores es contrario al principio de subsidiariedad” y que, por tanto, “la intervención del Derecho penal en el sector privado debe requerir algo más”; exigencia que estos autores traducen en la necesidad de que se verifique un daño o un peligro patrimonial o en la configuración estos delitos como infracción a la competencia leal, entendida como un bien jurídico supraindividual, pero con referente individual.⁵¹ De esta misma opinión es CORTÉS BECHIARELLI, para quien “no es el Derecho Penal con la imposición de una pena privativa de libertad de hasta cuatro años el que debe corregir [los] ataques a la competencia justa y honesta (...)”. A continuación, reconoce que “la falta de antijuridicidad material de estas prácticas mercantiles contraviene además el principio de intervención mínima, siendo así que son mucho más útiles desde muchos puntos de vista otros mecanismos correctores de los sobornos privados”.⁵²

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 12-13.

⁵¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción...”, *op. cit.*, pp. 286 a 289.

⁵² CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, en JUANES PECES, A. (dir.); ALBA FIGUERO, M.C.: (coord.): *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación Jurídico-Penal del Empresario*, El Derecho, Madrid, 2010, p. 226.

Vinculado a lo anterior, aunque visto desde un punto de vista distinto, se duda de la legitimidad de la intervención penal en este ámbito en relación a la concreta configuración del tipo de corrupción privada se refiere.⁵³ Aunque suponga adelantar cuestiones que podrían tener mejor cabida más adelante, la doctrina ha puesto de manifiesto lo notable de las disfunciones penológicas que se observan en las conductas castigadas en el artículo 286 bis del Código penal, máxime si se tiene en cuenta que el tipo equipara la penalidad de conductas –corrupción activa y pasiva– y protagonistas –directivos, administradores, empleados y colaboradores– muy diversos. Además, si comparamos la sanción de la corrupción privada con las previstas para otras figuras delictivas, observaremos también anomalías en términos del respeto al principio de proporcionalidad –tómense como ejemplo los delitos societarios o el delito de estafa–. En última instancia, se sostiene, no sin acierto, que la pena determinada por el legislador español supera las previsiones de la Decisión Marco 2003/568/JAI, de la que el tipo español dice traer causa. Así, se concluye, se refuerzan las dudas acerca de la legitimidad de la concreta intervención penal prevista en nuestro Código, y más aún, desde luego y en particular, en el caso de la corrupción deportiva, a la que se vinculan las mismas penas.⁵⁴

- c) Falta de antijuricidad de los comportamientos de soborno en el ámbito económico.

Por otro lado, la crítica de otro sector doctrinal va en la línea de sostener que esta clase de comportamientos responden únicamente a una “forma de hacer negocios” que, a lo sumo, podrían ser calificados de poco éticos y que castigar estas conductas llevaría a equiparar indebidamente la corrupción pública con la privada. En el mismo sentido, se

⁵³ CORTÉS BECHIARELLI sostiene que la no exigencia, en la redacción del tipo, de una efectiva lesión de la competencia entre las empresas -al tratarse de un delito de mera actividad y de riesgo abstracto-, adelanta hasta extremos intolerables el umbral punitivo. Por ello reclama, de *lege ferenda* la modificación del tipo para convertirlo en un delito de resultado, que castigue únicamente aquellos “actos que afectan a la competencia [y además] que lesionan al resto de concurrentes en el mercado o a los consumidores”. En *Ibid.*, pp. 227-229.

⁵⁴ ANARTE BORRALLO, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, pp. 575-576.

vincula la tipificación de la corrupción en el ámbito privado con pretensiones de «moralizar» el mundo de los negocios o de imponer códigos de buena conducta en las empresas y sociedades mercantiles –bajo el pretexto de la tutela penal de la competencia y al abrigo del mandato comunitario–,⁵⁵ hasta el punto de entenderse que en el artículo 286 bis del Código Penal español se protege, junto con la competencia leal, la honestidad o la ética profesional de directivos y similares. Además, se añade, la nueva figura no solo adolece de falta de lesividad material desde el punto de vista penal, sino que la experiencia práctica demuestra que, desde la entrada en vigor de la figura en 2010, la jurisprudencia penal española no se ha visto hasta la fecha en la tesitura de aplicar el artículo 286 bis.⁵⁶

Para este sector doctrinal, un precepto tan impreciso y que ha dado lugar a tantas controversias difícilmente podrá cumplir función alguna ni aportar resultados valiosos. No es el Derecho penal, por tanto, el mejor de los instrumentos para lograr implantar esa pretendida “ética en los negocios”; ni es función del Derecho penal instaurar nuevas pautas de conducta en esta esfera de actividad, ni parece que resulte probada su eficacia en este terreno.⁵⁷

Sin embargo, ENCINAR DEL POZO responde a esta crítica poniendo el acento en los efectos económicos y sociales negativos que provoca la

⁵⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 229. Así, también, FEIJOO SÁNCHEZ, quien se hace eco del sector doctrinal que opina que “más que una solución a problemas existentes, el precepto [de corrupción privada] representa un problema en sí mismo por que puede encerrar una tendencia expansiva si se entiende como un medio de implantar una determinada ética en los negocios”. En añadidura, para él “la internacionalización de la criminalización de la lucha contra la corrupción, tiene en sus genes mucho que ver con una dinámica de estabilización de la ética de los negocios a nivel internacional, pero ello solo explica el contexto de la criminalización, no su fundamentación dogmática como injusto merecedor de pena en el marco del ordenamiento español”. En FEIJOO SÁNCHEZ, B.: “Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. y MIRÓ LINARES, F. (dirs.): *La teoría del delito en la práctica penal económica*, LaLey, Madrid, 2013, pp. 163 y 172.

⁵⁶ ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 549.

⁵⁷ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada: luces y sombras”, en AGÚNDEZ, M.A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (dirs.); ALBIÑANA, C. (coord.): *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Cumplimiento normativo. Compliance*, 1ª ed., LaLey, Madrid, 2012, pp. 132-133.

corrupción privada, como argumento justificativo de la intervención penal para el castigo de la misma. El autor recuerda que estos intensos daños se producen tanto en la empresa en cuyo seno se da la corrupción, como en las empresas competidoras y los consumidores, lo que se relaciona con la propia confianza en el sistema económico, cuestión que ya se deja entrever en párrafos anteriores.⁵⁸

- d) Protección suficiente de la lealtad concurrencial por parte de otras ramas del ordenamiento jurídico.

En último término, a la hora de valorar la necesidad de protección penal de la lealtad concurrencial, se genera el debate en torno a la consideración de si la normativa administrativa y mercantil –básicamente la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal– en materia de defensa de la competencia es suficiente para responder a las conductas de soborno que tipifica el artículo 286 bis.⁵⁹ Las posturas varían en este sentido. En un extremo se sitúa la doctrina mayoritaria, que responde afirmativamente a este interrogante y cuya fundamentación expresa de un modo sintético MENDOZA BUERGO. Esta autora afirma que “la necesaria tutela de la competencia leal y del respeto a las reglas elementales de los mercados puede y debe realizarse prioritariamente a través de otros medios no estrictamente penales (...) mientras que estos han de quedar limitados a supuestos verdaderamente graves y dignos de esta máxima represión”.⁶⁰

En la misma línea se sitúa VENTURA PÜSCHEL cuando afirma que “tampoco en España ni en la doctrina (mercantilista) ni en la jurisprudencia, he advertido ningún debate a propósito de la posible ineficacia del sistema de control vigente, así como tampoco voces en el ámbito doctrinal que demanden el tránsito hacia una prevención más eficaz

⁵⁸ Se hace eco de estas críticas ENCINAR DEL POZO. En ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, pp. 42-43.

⁵⁹ BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁰ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP)”, en DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J. (*dirs.*), RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (*pr.*): *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 433-434.

por medio de la incriminación jurídico penal”.⁶¹ Parece, por tanto, que lo común a los autores que siguen este entendimiento es asegurar la aptitud del Derecho administrativo y mercantil a la hora de proteger convenientemente la competencia, poniendo de relieve que no existen datos empíricos ni debate por parte de los operadores jurídicos en demandar la intervención del Derecho penal para la tutela de este interés económico en el mercado.

Todas las consideraciones referidas hasta ahora, junto con otras, atinentes a la vinculación de la criminalización de estos comportamientos con el propósito adicional de hacer más visible un mensaje claro frente a cualquier forma de corrupción, buscando reforzar la confianza jurídica del ciudadano –como premisa para ulteriores logros preventivo-generales– a través del Derecho penal, pero sin potenciar a la vez otros mecanismos de respuesta ante estos supuestos de venalidad en los negocios, impregnen quizás, según argumenta algún autor, la intervención penal en materia de corrupción privada en tintes de Derecho penal simbólico.⁶²

2.1.2. Argumentos a favor de la criminalización de la corrupción privada.

⁶¹ VENTURA PÜSCHEL, A.: “Sobre la tipificación de la *mal llamada “corrupción entre particulares”* (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.): *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 501.

⁶² ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, pp. 548-549; GILI PASCUAL, A.: “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kickbacks: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 109, Época II, Dykinson, Madrid, 2013, p. 47. Para DE PORRES ORTIZ DE URBINA, precisamente, “lo realmente problemático es si este nuevo delito, tal y como sucede con muchos otros de nueva creación, va a ser realmente eficaz o se va a limitar a ser parte de un derecho penal simbólico sin más función que amedrentar al ciudadano común, servir de referencia moral o, en el peor de los casos, servir de coartada para dar pábulo a competidores resentidos en caso de pérdida de un negocio”. En DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “El delito de corrupción privada”, en la web de Lefebvre - El Derecho, 15 de septiembre de 2012. Fuente: http://www.elderecho.com/penal/delito-corrupcion-privada_11_464680001.html. Consultado el 2 de noviembre de 2017. En este sentido, coincide GILI PASCUAL. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 23-24. Algún autor ha ido más allá llegando a afirmar que la tipificación de estas conductas “no se trata (...) de Derecho penal sino de demagogia”. En SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES, J.: “La represión penal de la corrupción privada”, en *Revista El Notario del siglo XXI*, nº 27, Colegio Notarial de Madrid, septiembre-octubre 2009, p. 19.

a) Ineficacia de otras instancias de protección.

Respecto del último punto, sin embargo, otro grupo doctrinal, menos numeroso, se muestra escéptico. Las opiniones de esta corriente, a su vez, también divergen. NAVARRO FRÍAS y MELERO BOSCH, al abordar esta cuestión, dedican unas páginas a mostrar algunos ejemplos de la práctica española, supuestos que en la actualidad encajarían en el tipo de corrupción privada, en los que los tribunales, esencialmente el Tribunal de Defensa de la Competencia no sancionó.⁶³ Más contundente se muestra GÓMEZ-JARA DÍEZ cuando afirma que “no resulta difícil extraer como conclusión que existe una cierta necesidad en el ordenamiento jurídico-penal español de introducir un tipo [que] regule específicamente las conductas fundamentales de la corrupción privada. No solo las regulaciones extra-penales se están mostrando como inadecuadas –o al menos ineficaces– para hacer frente a este tipo de delincuencia, sino que incluso los tipos penales existentes no parecen ofrecer una tutela efectiva de los bienes jurídicos en juego”.⁶⁴

b) Cumplimiento de las obligaciones supranacionales contraídas por España.

Como puede observarse, la controversia doctrinal es, en el aspecto anterior, evidente. En lo que coincide la práctica totalidad de los autores españoles es en reconocer que la legitimidad del delito, más allá de cuestiones relativas a la lesividad, al bien jurídico y su pertinencia conforme los principios informadores de un Derecho penal democrático, viene dada por la necesidad de España de cumplir con la normativa comunitaria –supranacional, apuntaríamos nosotros– que le requería contemplar un delito de corrupción privada.⁶⁵ En este orden de cosas,

⁶³ NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 4/2011, Barcelona, octubre 2011, pp. 6-9.

⁶⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”, en *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, mayo-agosto 2008, p. 233.

⁶⁵ *Vid.*, por todos, BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares (Artículo 286 bis del Código Penal)”, en BACIGALUPO, E.: *Compliance y Derecho Penal*, Thomson Reuters-

si el cumplimiento de las obligaciones supranacionales por parte de España se convierte en el argumento de mayor peso a la hora de justificar la criminalización de la corrupción privada, se hará necesario revisar en esta investigación cuáles son esas obligaciones y de qué instrumentos normativos emanan; cuestiones que abordaremos en el tercer Capítulo de este trabajo doctoral.

No obstante, esto tampoco es pacífico entre los estudiosos de la materia. Para algún sector doctrinal, en el que se encuentran autores como VENTURA PÜSCHEL, de entre las razones que llevaron al legislador español a incluir el delito de corrupción privada en el Código penal, destaca una de carácter formal, “vinculada a la «exigencia» de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico penal a la aprobación de una Decisión Marco en tal sentido por parte del Consejo de la UE”. Desde este punto de vista formal –sostiene el citado–, resulta, al menos, dudosa a la luz de diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que un Estado de la Unión se encuentre realmente vinculado a adoptar medidas de carácter penal derivadas de una Decisión Marco. Censura, así mismo, “la cada vez más creciente pérdida por parte de los parlamentos nacionales, del monopolio de la Política Criminal”.⁶⁶ Sobre este particular, se volverá a hacer referencia más

Aranzadi, Navarra, 2011, p. 137; ROSAS OLIVA, J.I.: “Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 99, Época II, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 97-100. El último autor citado, asumiendo como inatacable esta premisa, recomienda que, más allá de disquisiciones teóricas en torno a su legitimidad en base a los principios de lesividad, intervención mínima, subsidiariedad o fragmentación del Derecho penal, “solo resulta pertinente y constructivo plantear propuestas relativas a su [concreta] tipificación de manera que la figura colme una laguna de punibilidad y sea operativa”. Insiste en considerar el tipo español como consecuencia de mandatos comunitarios GILI PASCUAL, para quien “la tipificación de la corrupción en el sector privado en España es consecuencia directa del Derecho de la Unión Europea” –en primer término, de la Acción Común 1998/742/JAI y, de modo inmediato, de la Decisión Marco 2003/568/JAI–, antes bien reconoce que nuestro país ha suscrito otros textos internacionales que exhortan a la criminalización de estos comportamientos. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 15-16.

⁶⁶ En concreto, VENTURA PÜSCHEL hace mención a la sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005, dictada en el asunto C-176/03. El sustrato jurídico de esta resolución versa acerca del reparto de competencias entre el “primer” y el “tercer pilar”, derivado de un conflicto institucional entre la Comisión Europea y el Consejo de la UE, acaecido en materia de protección penal del medio ambiente. El núcleo del debate es la exigencia a los Estados Miembro de adoptar medidas legislativas enmarcadas en el “primer pilar” en mérito a decisiones previas propias del “tercer pilar”. Seguir este procedimiento, concluye, afecta al principio de exclusiva soberanía estatal en materia penal. En mayor

adelante, en el momento de examinar las previsiones de la Decisión Marco 2003/568/JAI, del Consejo.

3. Epílogo.

En este primer Capítulo, dedicado a examinar la relación entre el fenómeno de la corrupción en general y el Derecho penal, habiendo apuntando algunas razones para legitimar la intervención de este sector del ordenamiento en el ámbito económico-mercantil, hemos pretendido enmarcar el contenido del resto de esta investigación. Solo después de estas líneas, esperamos, se puedan comprender mejor los apartados posteriores, destinados a esbozar un contexto y a estudiar el fenómeno de la corrupción entre particulares, como paso previo al análisis dogmático del artículo 286 bis del Código penal, cuestiones que serán tratadas en Capítulos posteriores.

profundidad, VENTURA PÜSCHEL, A.: "Sobre la tipificación de la *mal llamada "corrupción entre particulares"...*", *op. cit.*, pp. 488-494.

II. EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA

Tras el abordaje de estas cuestiones introductorias y antes de esbozar un concepto de corrupción privada a efectos de esta tesis doctoral, es necesario volver a formular algunas precisiones previas. En primer término, debo traer de nuevo a colación necesariamente una cuestión terminológica. Cuando en el curso de este trabajo me refiera a esta tipología delictiva, lo haré bajo distintas denominaciones que considero sinónimas: las expresiones “corrupción privada”, “corrupción en el sector privado”, “corrupción entre privados” o “corrupción entre particulares” serán utilizadas indistintamente, para designar un mismo fenómeno. Como se analizará, la doctrina y los instrumentos normativos también seguirán este criterio. La segunda nota que traemos nuevamente supone reconocer que llegar a un concepto unívoco de corrupción excede del objetivo de estas líneas. Resaltamos en el primer Capítulo las dificultades aludidas por la doctrina para llegar a una definición unitaria de aquellos comportamientos en que se verifica la presencia de un soborno,⁶⁷ conductas entre particulares, en este caso. La ambi-

⁶⁷ RASTRILLO LÓPEZ, P.: “Los delitos de corrupción tras la reforma del Código Penal por LO 1/2015”, en la web de Lefebvre - El Derecho, 14 de noviembre de 2016. Fuente: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Delitos-corrupcion-reforma-Codigo-Penal_11_1021180001.html. Consultado el 2 de noviembre de 2017. Por su parte, ARJONA TRUJILLO expone, respecto de la noción de corrupción, que “se trata de concepto que está revestido de cierta ambigüedad, ya que aquello que una sociedad llama «corrupto» depende de su legislación, sus códigos morales y éticos, su sistema político y las ideas que se han formado históricamente en torno a ‘lo público’. Este carácter ambiguo del concepto ha llamado la atención de un buen número de teóricos, de modo que en la extensa literatura sobre corrupción son muchos los estudios que tratan el problema de las definiciones del concepto”. En ARJONA TRUJILLO, A.M.: “La corrupción política: una revisión de la literatura”, Documento de trabajo 02-14, Serie de Economía 04, Universidad Carlos III de Madrid, julio 2002, p. 4. Fuente: <http://docubib.uc3m.es/WORKINGPAPERS/DE/de021404.pdf>. Consultado el 2 de noviembre de 2017. En el mismo sentido, reconoce DE VICENTE MARTÍNEZ “la dificultad de perfilar un concepto unitario de corrupción que pueda ser asumido por un amplio consenso doctrinal”. En DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 549.

güedad del término y la multiplicidad de hechos y elementos que pueden englobarse dentro, dificulta su entendimiento.⁶⁸ Además, como también se ha puesto de relieve con anterioridad, el vocablo corrupción no proviene, originariamente, del mundo jurídico, lo que entraña una dificultad añadida. La tercera aclaración es, en realidad, una cuestión que debe tenerse en cuenta previamente al estudio de otras cuestiones. FERRÉ OLIVÉ nos pone sobre aviso: lo público y lo privado en materia de corrupción se superponen permanentemente.⁶⁹

La profesora SANZ MULAS va más allá y pone de manifiesto la “evidente correspondencia que existe entre lo público y lo particular en las actuales sociedades”.⁷⁰ No cabe duda de que la confusión entre público y privado constituye la característica más específica de estos géneros delictivos, significando este quebrantamiento de la legalidad un efecto social distorsivo que hace que la ley se convierta en un bien privado. Esta confusión, propia de la corrupción, supone que el acceso a la ley se restringe a unos pocos y que el bien común se derrama de modo no público sobre grupos selectos de particulares de una manera contra-

⁶⁸ En este sentido, GÓMEZ BERMÚDEZ considera que “la corrupción pública y la corrupción privada son las dos caras de una misma moneda. Por eso, solo en la medida en que combatamos la corrupción en su esencia, sin distinción de ámbitos, podremos erradicarla o disminuir sensiblemente sus efectos sobre el sistema económico, la función pública y en general toda la sociedad”. En GÓMEZ BERMÚDEZ, J.: “Prevención y sanción de la corrupción pública y privada”, texto de la conferencia impartida en las *XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado. “El nuevo Código Penal”*, Ministerio de Justicia-Abogacía General del Estado, Madrid, 18 de noviembre de 2010, p. 1. Texto disponible en la web del Ministerio de Justicia. Fuente: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292342418158?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_Javier_Gomez_Bermudez.PDF. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁶⁹ FERRÉ OLIVÉ, J.C.: “Corrupción en el sector privado”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C. (ed.): *Korupcja w sektorze prywatnym: harmonizacja ustawodawstwa karnego w zakresie zwalczania przestępstw finansowych, wyludzen i korupcji, oszustwo informatyczne i przestępstwa w internecie: materiały z konferencji w Krakowie 10-13 lipca 2003 (Corrupción en el sector privado)*, Wydawnictwo Naukowe Acholar, Varsovia, 2004, p. 26. En el mismo sentido, vid. NIETO MARTÍN, A.: “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (dirs.): *El Derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 200.

⁷⁰ SANZ MULAS, N.: “Corrupción privada y administración desleal”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C. (ed.): *Korupcja w sektorze prywatnym...*, op. cit., p. 159.

dictoria con la pretensión de generalidad e impersonalidad de las normas jurídicas.⁷¹ Esta confusión se ve favorecida ya desde una perspectiva constitucional, donde el orden socioeconómico se configura en base a “implicar lo económico en lo social y lo social en lo económico, lo público en lo privado y lo privado en lo público”.⁷²

Por tanto, podemos sostener, con BARRA GALLARDO, que la corrupción se desarrolla y “pertenece al ámbito de lo público y de lo privado, aun cuando existe una tendencia a relegar el fenómeno de la corrupción a la esfera de lo público y, en un segundo momento, desligar toda responsabilidad personal frente a la impersonalidad colectiva de lo público”.⁷³ Ello hace, en suma, que efectivamente los límites sean muy difusos y que sea realmente complicado acotar estos comportamientos de corrupción privada desde el punto de vista teórico. Además, en la ciencia jurídica, hemos de apostar por una definición concisa, precisa y comprensiva,⁷⁴ lo cual se vuelve extremadamente difícil en la esfera de la corrupción.

⁷¹ BENAVIDES SCHILLER, A.: “Acerca de la corrupción pública y privada en España a la luz de los delitos contra la Administración Pública (Título XIX del Libro II CP español)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 108, Época II, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 130-131.

⁷² SÁNCHEZ BLANCO, A.: *El sistema económico de la Constitución Española (Participación Institucional de las Autonomías Territoriales y dinámica social en la economía)*, Civitas, Madrid, 1992, p. 85.

⁷³ BARRA GALLARDO, N.: *Fenómenos de corrupción en el mundo actual. Relación entre lo privado y lo público*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2007, p. 9. Es necesario señalar que la preocupación por el análisis de los límites difusos entre corrupción pública y privada no es nueva. CUGAT MAURI, siguiendo a NIETO MARTÍN, ya lo pone de manifiesto al hablar del bien jurídico protegido en el delito de corrupción transnacional, cuando sostiene que se tutela en este tipo penal “el libre mercado y la función pública” y reconoce que esto “no es sino una muestra de la actual difuminación de las fronteras entre corrupción pública y privada”. En CUGAT MAURI, M.: “Artículo 445”, en CORDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M.: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2116.

⁷⁴ RIBAS JUNIOR reconoce que “esa concisión, con todo, es difícil de construirse. Por un lado, se corre el riesgo de pecar por la economía de palabras que la vuelven incompleta, y con eso, imprecisa y poco comprensiva. De otro lado, se puede pecar por exceso, lo que *descharacteriza* la definición, por golpear su necesaria concisión. En RIBAS JUNIOR, S.: *Corrupção pública e privada...*, *op. cit.*, p. 40.

1. Caracteres de la corrupción privada. Paralelismo con la corrupción pública.

Vistas algunas anotaciones, consideramos que, para poder acotar qué entendemos por corrupción privada, es necesario previamente analizar qué elementos definen este fenómeno. El primero de ellos es el evidente paralelismo con los comportamientos catalogados como cohecho público clásico.⁷⁵ En palabras de NAVARRO FRÍAS y MELERO BOSCH, “con la tipificación de la corrupción entre particulares el legislador sanciona conductas que podrían calificarse de *cohecho en el ámbito privado*”.⁷⁶ Las citadas autoras se remiten a la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio⁷⁷, instrumento legal que introduce este delito en nuestro ordenamiento jurídico-penal, para afianzar su argumento. En el Considerando XIX de este Preámbulo, el legislador español reconoce que “la idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho”. MENDOZA BUERGO también se hace eco de la similitud entre el delito del artículo 286 bis del Código Penal español y los clásicos tipos de cohecho.⁷⁸

Creemos necesario, en este punto, traer de nuevo a colación la obra de FERNÁNDEZ AJENJO, para delimitar el elemento que va a diferenciar estas conductas de las clásicas de cohecho público. Este autor indica

⁷⁵ COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M.: “Sección Cuarta. De la corrupción entre particulares”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.): *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia*, 3ª ed., Tomo 1, Bosch, Barcelona, 2012, p. 1050.

⁷⁶ NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “El nuevo delito de corrupción entre particulares”, en ROMEO CASABONA, C.M. y FLORES MENDOZA, F. (eds.): *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Marcial Pons, Granada, 2013, p. 377. Utiliza la misma denominación, FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “Capítulo X. El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis CP): una interpretación restrictiva”, en QUERALT JIMÉNEZ, J.J. y SANTANA VEGA, D.M. (dirs.): *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 213.

⁷⁷ La Ley Orgánica 5/2010 se publicó en el BOE nº 152, 23-06-2010, Sec. I, pp. 54811-54883.

⁷⁸ Concretamente al comparar cohecho público y corrupción privada, sostiene: “Queda claro, en todo caso, que a pesar de que esta infracción entrañe un paralelismo con figuras clásicas de cohecho, se dirige a tutelar intereses diversos”. En MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 428.

que “el elemento subjetivo necesario para que nos encontremos ante un caso de corrupción pública es la participación de un servidor público en el ejercicio de las funciones públicas inherentes a su cargo o profesión”.⁷⁹ Si ello es así, *sensu contrario*, puede sostenerse precisamente que se constituirá como elemento subjetivo necesario en los fenómenos de corrupción privada, la falta de participación de un servidor público –autoridad o funcionario– en el ejercicio de funciones públicas inherentes al cargo o profesión. En consecuencia, podemos concretar la siguiente afirmación: si bien es evidente que existe correspondencia entre los delitos de cohecho público y de corrupción privada, el aspecto crucial que diferencia a ambas modalidades delictivas es la necesaria participación –en el supuesto de la corrupción pública– o ausencia –para el ámbito privado– de una autoridad o funcionario público.

2. Caracteres de la corrupción privada. Elementos singulares: su ámbito típico.

Para poder dar el siguiente paso sobre seguro, debo indicar que el concepto de corrupción entre particulares es eminentemente normativo.⁸⁰ De este modo, dado que no se trata de lo que podríamos llamar un concepto natural trasladado al Derecho, habremos de concluir que será corrupción entre particulares todo aquello y únicamente lo que el legislador así haya considerado. En este sentido, he de mencionar que, en lo que a instrumentos vinculantes para España se refiere, habremos de fijarnos en la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, en

⁷⁹ FERNÁNDEZ AJENJO, J.A.: *El control de las administraciones públicas...*, *op. cit.*, p. 59.

⁸⁰ En este punto, traemos a colación, de nuevo las palabras de GILI PASCUAL en las que sostiene que “la irrupción de esta nueva figura, de nula tradición en nuestro derecho punitivo (y en general, hasta hace poco, en todo el ámbito meridional europeo), no es producto de la sensibilidad del prelegislador hacia ninguna suerte de clamor social o doctrinal interno, sino que responde a la necesidad de dar satisfacción a las exigencias de instancias supranacionales”. Continúa argumentando que “parece haberse desatado en los últimos años una cruzada internacional contra la corrupción³ a juzgar por el número de instrumentos internacionales promovidos⁴, algunos de los cuales, y muy en particular los habidos en el seno de la Unión Europea, marcan hoy la agenda del legislador penal español que, como es sabido, desde hace tiempo no se nutre ya únicamente de iniciativas netamente domésticas”. En GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, p. 3.

la Decisión Marco 2003/569/JAI –que sustituyó a la Acción Común 98/742/JAI– y, finalmente, en el Convenio Penal contra la Corrupción del Consejo de Europa. No se trata ahora de analizar las previsiones de estas normas con respecto a la corrupción privada –aspecto que desarrollaremos más adelante–, sino de ver qué elementos comparten y cómo definen estas iniciativas la corrupción entre particulares que ha de ser objeto de reproche penal.

Comenzamos con la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Este texto concibe la corrupción privada como “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 intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales”⁸¹ o en su caso “la solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta” por parte de esa persona del sector privado de dicho beneficio indebido.

Como puede verse, el texto de Naciones Unidas pone el acento en el hecho de que la actuación corrupta se lleve a cabo en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales y, del mismo modo, requiere que el sujeto del sector privado que actúa o se abstiene de actuar lo haga faltando al deber inherente a sus funciones. Como veremos posteriormente en esta investigación, este requisito –convertido en un elemento objetivo del tipo– se incluía en la redacción original del delito en España.

En segundo lugar, la Decisión Marco 2003/568/JAI, emanada del Consejo de la Unión Europea, entiende como corrupción privada el “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 esta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones en el transcurso de actividades profesionales” y también así “pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja

⁸¹ El texto de la Convención se encuentra disponible en la web de las Naciones Unidas. Fuente: http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja”.⁸²

En tercer término, han de estudiarse ahora las previsiones del Convenio penal sobre la corrupción, (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, firmado por España en 2005 y ratificado el 21 de julio de 2010 –en vigor, desde el 1 de agosto del mismo año–. En concreto, hemos de fijar la atención en los artículos 7 y 8 de dicha herramienta normativa, donde se definen corrupción activa y pasiva en el sector privado a efectos del Convenio. Prevé la tipificación como delito, como corrupción privada activa, del hecho de “prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes en el marco de una actividad mercantil”. Y, como pasiva, “el hecho de que una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado solicite o reciba, directamente o por mediación de terceros, una ventaja indebida o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja”.⁸³

De esta revisión somera, llama la atención que las iniciativas supranacionales acotan de forma literalmente distinta el ámbito típico en el que deben desarrollarse las conductas para ser consideradas dignas de reproche penal. En primer término, la Convención de Naciones Unidas habla de “actividades económicas, financieras o comerciales”. La Decisión Marco comunitaria, por su parte, se refiere a “actividades profesionales”; mientras que, por último, el Convenio del Consejo de Europa pretende criminalizar la corrupción privada acontecida “en el marco de una actividad mercantil”.

⁸² El texto de la Decisión Marco se encuentra disponible en la web de Eur-lex. Fuente: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003F0568&qid=1437036174771&from=ES>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁸³ El texto en español del Convenio Penal del Consejo de Europa ha sido tomado del Instrumento de Ratificación publicado en la web del BOE. Fuente: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12135. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

La pregunta que surge, entonces, es si podemos tomar todas estas expresiones como sinónimas o, en caso negativo, tratar de descubrir si comparten elementos comunes que permitan conceptualizar la corrupción privada y, así, comprender el delito que finalmente ha sido previsto en España, habida cuenta de que toma como referencia los tres instrumentos citados.

Podríamos deslindar algunos matices respecto de cada uno de estos enunciados. Comencemos por entender “actividades económicas, financieras o comerciales” como un concepto omnicompreensivo, que aglutina todo el tráfico económico o iniciativa en el mercado. Parece referirse a cualquier actividad económica de índole comercial, industrial, financiera –referida al sector bancario, valores, seguros, etc. – o de servicios, sea realizada o no por un empresario, pudiendo ser este un profesional o incluso un particular que actúa esporádicamente en dicho tráfico. Así, como “actividad económica” podríamos catalogar toda “ordenación (...) de los medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios, comprendiendo tanto las actividades profesionales como empresariales”.⁸⁴ Una “actividad financiera”, por su parte, abarcará toda “obtención de ingresos y realización de gastos relacionados mediante un presupuesto que llevan a cabo tanto entidades públicas como privadas”.⁸⁵ Por último, como concepto inclusivo, se define la “actividad comercial” como aquella que abarca los actos “que pertenecen a la circulación de bienes entre productores y consumidores y son susceptibles de producir un beneficio para las personas que los realizan”.⁸⁶

Centrémonos ahora en el enunciado “actividades profesionales”. Si acudimos al Diccionario de la Real Academia, encontramos que define profesional como “perteneciente o relativo a la profesión”, y a su vez

⁸⁴ Definición consultada en la web del Diccionario del Español Jurídico. Voz “actividad económica o profesional”. Fuente: <http://dej.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁸⁵ Definición consultada en la web del Diccionario del Español Jurídico. Voz “actividad financiera”. Fuente: <http://dej.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁸⁶ RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A.: *Manual de Derecho Mercantil*, 3ª ed., Universidad Pontificia de Comillas-ICAI-ICADE, Madrid, 2007, p. 37.

esta, en su segunda acepción, como “empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución”.⁸⁷ Junto a la necesidad de que sea una actividad retribuida, pueden ser señaladas otras características que podrían aplicarse a una actividad profesional, como son la necesidad de cualificación profesional para ejercerla y la pertenencia a un Colegio Profesional.⁸⁸ En añadidura, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO sostiene que la actividad profesional es habitual y no ocasional. Indica que no hay ejercicio profesional si la actividad no es sistemática con tendencia a durar. Sin embargo, para el citado autor, “la profesionalidad no exige que la actividad se desarrolle de modo continuado y sin interrupciones: existen actividades cíclicas o estacionales”. Además, sintetiza otras cualidades de la actividad empresarial: es una actividad económica, para el mercado –dirigida a la satisfacción de necesidades de terceros– y organizada.⁸⁹

En tercer lugar, merece explicación la dicción “actividad mercantil”, sobre la que podría argumentarse que se trata de una noción más estricta que las anteriores y generalmente confundible con la actividad empresarial. Se trataría, por tanto, de una actividad económica organizada y habitual, en contraposición a la definición más amplia dada para la expresión “actividades económicas, financieras o comerciales”. En este sentido, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, al definir actividad mercantil, expone que “el comercio es solo un sector de esa actividad, y el comerciante

⁸⁷ Definición consultada en la web del Diccionario de la Lengua Española. Fuente: <http://dle.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁸⁸ Datos obtenidos del blog de Sage España. Fuente: <http://blog.sage.es/emprendedores-autonomos/actividades-empresariales-y-profesionales-%C2%BFen-cual-se-en-cuadra-la-mia/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017. Sin embargo, la necesidad de titulación oficial no es un requisito indispensable. Así, VICENT CHULIÁ reconoce que “las Comunidades Autónomas han ejercido su competencia legislativa en la materia creando numerosas *profesiones reguladas* nuevas, con su correspondiente Colegio Profesional (...) Estado y Comunidades Autónomas regulan las “*profesiones*” y las “*actividades profesionales*” tituladas (o no tituladas) (...) Las *profesiones tituladas* (...) deben organizarse en Colegio Profesional propio. Las *actividades profesionales* se integran en una o en varias profesiones”. En VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, 23ª ed., vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 80.

⁸⁹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: “El empresario (I). Concepto, clases y responsabilidad”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2006, pp. 70-71.

una clase de empresario”. Reforzando la tesis de la sinonimia entre “actividad mercantil” y “actividad empresarial”, el citado autor continúa sosteniendo que “es necesario, pues, ofrecer un concepto general de empresario que se desvincule de[l] (...) comerciante, de modo tal que ese concepto sea válido con independencia del sector de la actividad económica –comercio, industria o servicios– en el que el sujeto opere”.⁹⁰ Sin embargo, el *Explanatory Report* del Convenio Penal contra la Corrupción, en su numeral 53, dice que “el artículo 7 [de dicho Convenio Penal] restringe el alcance de la corrupción privada al dominio de la «actividad de negocios», por lo tanto excluyendo deliberadamente cualquier actividad no lucrativa (...) La «actividad de negocios» debe interpretarse de manera amplia: cualquier tipo de actividad comercial, en particular, el comercio de bienes y la prestación de servicios, incluyendo los servicios al público”.⁹¹ Así las cosas, y optando por la interpretación auténtica del propio *Explanatory Report*, la expresión “actividades mercantiles” habría de ser considerada cercana a la expresión utilizada por el texto de Naciones Unidas.

La conclusión extraíble tras este breve análisis de las distintas expresiones utilizadas por los instrumentos supranacionales, es que se trata de conceptos jurídicos imprecisos. Desde nuestro punto de vista, todas estas nociones mercantiles giran en torno a la definición amplia que se maneja de operador económico, como aquella persona física o jurídica que realiza actividades en el mercado con fines concurrenciales, sea o no empresario, y las realice o no de forma habitual.⁹² El concepto de

⁹⁰ *Ibid.*, p. 69.

⁹¹ El texto del *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption* está disponible en la web del Consejo de Europa. Fuente: <https://rm.coe.int/16800cce44>. Consultado el 2 de noviembre de 2017. [Texto original en inglés, traducción propia].

⁹² Es indudable que este punto es uno de aquellos donde se ha producido una intensa evolución del Derecho mercantil. Debe tenerse en cuenta que, en el ámbito de esta disciplina, la noción de “mercado”, en abstracto, debe entenderse desde un punto de vista amplio, muy cercano al concepto de “tráfico económico”. Partiendo de ello, debe considerarse también la evolución producida por esta rama del ordenamiento en la consideración de los llamados “sujetos del mercado”. En efecto, en sus orígenes, el Derecho mercantil contemplaba únicamente al comerciante como sujeto de la actividad mercantil; definición que fue ampliándose para incluir en ella tanto a quienes se dedicaban, habitualmente, al comercio como a la industria. A impulsos de la doctrina, esta noción se ha ido extendiendo, para albergar, primero al empresario mercantil y, en la actualidad, al empresario, suprimiendo incluso la calificación de “mercantil”. Se entienden, ahora, sujetos de mercado “todas las personas que disponen de una organización de elementos personales, materiales e inmateriales para producir bienes o servicios para

operador económico aparece ya reflejado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, esencialmente en su artículo 170, y en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, así como es utilizado también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Otras definiciones disponibles entienden al operador económico como “toda persona que realiza operaciones en el mercado, tanto desde el lado de la oferta, como desde el lado de la demanda, busque o no un lucro con su actuación y tenga o no una organización para participar en el mercado” o, en sentido más estricto, “todo aquel que, como persona física o jurídica, participa en el mercado realizando operaciones económicas”.⁹³

Así las cosas, y para finalizar este breve comentario al respecto del concepto de operador económico, he de distinguir dicha noción de la de consumidor. Siguiendo a PÉREZ MOSTEIRO, ambos se diferencian por cuanto el consumidor “se encuentra asociado a una operación económica determinada toda vez que adquiere bienes o servicios en el mercado actuando, en todo caso, dentro de un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”. En el mismo sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia de 3 de julio de 1997 (Sala Sexta), Asunto C-296/95, reconoce que “una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto a otras”.⁹⁴

En síntesis, y tras valorar las distintas expresiones utilizadas por los instrumentos supranacionales, puede concluirse que el ámbito típico de la corrupción privada digna de reproche penal, se encuentra ligado a la empresa y el mercado, o si se quiere, vinculado a intereses fundamentalmente comerciales. No obstante, hemos de resaltar que, como se verá más adelante, la norma penal que se configura en España protege además otros intereses, esencialmente el de los competidores o,

el mercado” en abstracto. Más en extenso, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil*, 11ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 123-125.

⁹³ PÉREZ MOSTEIRO, A.M.: *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2011, pp. 49-50.

⁹⁴ La sentencia puede ser consultada en la web de Eur-lex. Fuente: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61995CJ0269&from=ES>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

indirectamente, el de los consumidores. A este respecto, téngase en cuenta que el ilícito de nuestro Código Penal se encuentra dentro del Capítulo XI del Título XIII –“De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”–.

3. Corrupción privada: esbozo de un concepto.

Sentadas estas bases, hemos de avanzar en el hilo argumental. El hecho de que la noción de corrupción provenga originalmente de un campo ajeno al Derecho –aspecto ya referido en este trabajo– supone, como ya se ha dicho, una dificultad de partida. A ello se suma la inexistencia de una definición legal de lo que deba entenderse por “corrupción entre particulares” en la normativa europea –y, en general, en los instrumentos supranacionales–,⁹⁵ más allá de su equiparación con lo que se viene entendiendo como cohecho en el ámbito de la Administración pública.⁹⁶ Sin embargo, en base a todo lo expuesto anteriormente, tomando aquellos elementos de la definición de corrupción pública para los cuales existe un cierto acuerdo en la doctrina y aplicándolos a los comportamientos de corrupción entre particulares, a efectos de esta investigación, podríamos entender como tal, *toda utilización desviada o abusiva de facultades o poderes derivados de una posición, cargo o desempeño empresarial o mercantil que, mediante el quebranto de una relación de confianza o la infracción de lo obligado por el sistema normativo referente, persigue la obtención de un beneficio o ventaja indebidos, y lesiona intereses económicos y de mercado relevantes.*

Este primer esbozo contiene todos aquellos elementos que consideramos fundamentales para caracterizar la corrupción entre particulares y que servirán de base para esta investigación. La utilización desviada o abusiva evoca que la corrupción, necesariamente, implica ejercer ese poder o facultad conferido apartándose o, incluso, en sentido contrario a su finalidad propia y con perjuicio ajeno.⁹⁷ Mientras que el término

⁹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “§ 17 Delitos societarios, resistencia a las agencias de control, información privilegiada, corrupción privada”, en QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed. revisada y actualizada, Atelier, Barcelona, 2010, p. 624.

⁹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 306.

⁹⁷ El Diccionario define “abuso de derecho” como el “ejercicio de un derecho en sentido contrario a su finalidad propia y con perjuicio ajeno”. Esta acepción es aplicable al abuso de un poder o facultad, cuestión que nos ocupa. Definición obtenida de la web

“posición” hace referencia a la “categoría o condición social de cada persona respecto de las demás”, por “cargo” entendemos toda “dignidad, empleo, oficio” y por “desempeño”, todo cumplimiento de las obligaciones inherentes a una profesión u oficio, ejerciéndolos.⁹⁸ En todo caso, y como se ha expresado anteriormente, es esencial que ese sujeto que ostenta posición, cargo o desempeño lo haga en el marco de la actividad mercantil –entiéndase en su más amplio sentido– o empresarial, y que, necesariamente, no ostente la cualidad de autoridad o funcionario público o, cuanto menos, que la actuación corrupta no se produzca en el ejercicio de esas potestades o funciones públicas.

La quiebra de una previa relación de confianza o la infracción del sistema normativo de referencia suponen la ruptura de una relación jurídica previa.⁹⁹ De un lado, la relación de confianza existente entre el empleador y el sujeto que se corrompe –siguiendo la teoría del contrato de agencia para explicar la corrupción, el correcto funcionamiento de dicha relación jurídica se basa en una delegación de poderes por parte del principal al agente que, a cambio, se obliga a actuar en interés y

del Diccionario de la Lengua Española. Fuente: <http://dle.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁹⁸ Las definiciones de “posición” y “cargo” han sido tomadas literalmente del Diccionario de la Lengua Española, mientras que la de “desempeño” es una adaptación de la tercera acepción del verbo “desempeñar”.

⁹⁹ La quiebra de la relación de confianza o del sistema normativo de referencia supone un elemento habitual en las modernas definiciones de corrupción. Así, por ejemplo, para SAIZ VÉLEZ, MANTILLA BAUTISTA y CÁRDENAS BELTRÁN, se entiende por corrupción “un acto de ofrecer o solicitar, entregar o recibir bienes en dinero o en especie, cambio de acciones, decisiones u omisiones, que implica la violación de un deber posicional, poder o confianza, dentro de un sistema normativo que sirve de referencia. Se orienta a recibir un beneficio particular extra posicional que constituye ganancia económica, en detrimento del interés colectivo, realizado en un marco de discreción (...)”. En SAIZ VÉLEZ, J.E., MANTILLA BAUTISTA, S.I. y CÁRDENAS BELTRÁN, J.M.: “Corrupción: una descripción del concepto y de las limitaciones metodológicas para su medición”, en *Revista Gestión & Sociedad*, vol. 4, nº 1, Universidad de LaSalle, enero-junio 2011, p. 80. Disponible en la web de la Oficina de Publicaciones de la Universidad de La Salle. Fuente: <https://revistas.lasalle.edu.co/index.php/gs/article/view/299/233>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

respetando las reglas que el delegante establezca¹⁰⁰– o, de otro, incumplir aquellas obligaciones que vienen marcadas por el conjunto de reglas que regulan una práctica social,¹⁰¹ en este caso el conjunto de reglas del ámbito económico y de mercado. Este elemento característico viene reforzado en los instrumentos supranacionales a los que ya he hecho alusión; en todos ellos, se requiere que las conductas corruptas se lleven a cabo “faltando al deber inherente” a las funciones de quien se corrompe, “incumpliendo sus obligaciones” o “incumpliendo sus deberes”.

Como se verá más adelante, este elemento tiene una importancia relevante, hasta el punto de que, para algún sector de la doctrina, incide de manera decisiva en la determinación del bien jurídico¹⁰². Esta discusión –acerca de la naturaleza del interés tutelado por el delito de corrupción en el sector privado– se dio también en España desde la introducción de este delito en 2010 hasta la reciente reforma del Código Penal, obrada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que eliminó de la redacción literal del tipo la expresión “incumpliendo sus obligaciones”.

Avanzando en la definición, es preciso comentar ahora cuál es el objetivo o finalidad última del acto corrupto: la obtención de un beneficio o ventaja indebidos. Estos son los términos que se utilizan en los tres instrumentos supranacionales mencionados. En palabras de GARZÓN VALDÉS, “el objetivo (...) es la obtención de un beneficio o una ganancia para las partes que participan en el acto o actividad corrupto (a)”. Como ya se ha mencionado en una nota al pie anterior, se trata de lo que el autor conoce como “beneficios extrapositionales”.¹⁰³ Sin embargo, nuestro legislador opta –tanto en la LO 5/2010 como en la LO 1/2015– por la expresión “beneficio o ventaja no justificados”. Baste

¹⁰⁰ CERINA, G. y BRAVO, C.: “La Corrupción en el sector privado. Apuntes de derecho comprado e internacional...”, *op. cit.*, p. 387.

¹⁰¹ Sintéticamente, así define GARZÓN VALDÉS el “sistema normativo referente”. En GARZÓN VALDÉS, E.: “Acerca del concepto de corrupción...”, *op. cit.*, p. 42.

¹⁰² NAVARRO MASSIP nos recuerda que “el fin de la norma es la protección de bienes jurídicos (...) es un criterio de delimitación del tipo y tiene una función de interpretación teleológica”. En NAVARRO MASSIP, J.: “Capítulo 4. El delito de corrupción entre particulares”, en *La Corrupción a Examen*, *op. cit.*, p. 109.

¹⁰³ *Vid.*, nota al pie 27.

aquí el apunte, que será desarrollado en un momento posterior de esta investigación.

En todo caso, siguiendo la definición de “indebido” contenida en el Diccionario de la Lengua Española –concretamente, la segunda acepción–, habría de concluirse que se trata de cualquier contraprestación ilícita, injusta y falta de equidad.¹⁰⁴ Dicho de otro modo, y conectándola con los elementos anteriores, habrá de ser todo beneficio o ventaja que no sea propio ni exigible a la posición, cargo o desempeño que ostenta quien se corrompe y/o que no esté amparado por el sistema normativo referente.¹⁰⁵

Finalmente, la lesión de un interés relevante económico y de mercado sitúa este tipo de conductas ilícitas en el núcleo de su bien jurídico protegido, cuanto menos desde el punto de vista del Derecho penal español. Se trata de comportamientos, por tanto, que incidirán en el ámbito comercial, que afectarán al mercado y poseerán un marcado carácter económico. En el seno del Derecho de Competencia desleal, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO define qué se entiende por actuación en el mercado y sus elementos. Los actos, para ser considerados de mercado, han de ser actuaciones que se manifiestan públicamente –ello excluiría aquellos comportamientos que se dan en el ámbito interno de una empresa–, si bien no es necesario que persiga directamente una ganancia, y tampoco que sea una acción que vaya dirigida al público en general; puede estar dirigida a personas determinadas y sin embargo considerarse como acto en el mercado. El elemento esencial del acto de mercado –insisto, en el seno del Derecho de Competencia Desleal–, es que se realice con fines concurrenciales.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Definición obtenida en la web del Diccionario de la Lengua Española. Fuente: <http://dle.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹⁰⁵ Apúntese brevemente aquí la opinión de SANTANA y GÓMEZ MARTÍN, para quienes “no justificados” debe interpretarse en el sentido de “contrarios no solo a las leyes, sino también a los usos mercantiles”. De esta definición concluyen la atipicidad de las entregas previas insignificantes. En SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (dirs.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 635.

¹⁰⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “Artículo 2. Ámbito objetivo”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (dir.): *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 80-81.

En relación al impacto económico de la corrupción, aunque evidente, conviene poner de manifiesto la dificultad de extraer conclusiones claras sobre las consecuencias económicas de la misma. Adelantando algo que veremos en unas páginas, parece claro que la corrupción empobrece la economía y perjudica sus posibilidades de desarrollo, aunque algún autor afirmó que no es posible afirmar que exista una relación directa entre la corrupción –o, más bien, los niveles de percepción de la misma– y los niveles de desarrollo relativo de los distintos países.¹⁰⁷

4. Corrupción privada: estudio de sus causas.

4.1. Comentario previo.

La doctrina ha esgrimido una serie de causas explicativas de la consolidación de ambas formas de corrupción –pública y privada– que me permito apuntar brevemente, puesto que entiendo que se enmarcan como contexto de las que señalaré explícitamente con posterioridad como propias de la corrupción privada. La primera de ellas, y a mi entender más importante, es la inmadurez del tejido social, que explica la existencia todavía débil de una conciencia social que prime el interés general respecto de la suma de los intereses particulares de los individuos.¹⁰⁸ También pueden reseñarse como causas genéricas de la corrupción, la acción o inacción de los Estados –en este caso, particularmente en el supuesto de la corrupción pública– en relación al uso y abuso de autoridad –extrapolable como uso y abuso de la posición privilegiada del sujeto en la entidad privada para tal tipo de corrupción–, los defectos en las estructuras organizativas e incluso las carencias en la legislación.

No debe obviarse también que se observa una conexión entre la corrupción y el aumento de la criminalidad organizada.¹⁰⁹ Efectivamente,

¹⁰⁷ GÓMEZ GÓMEZ, C.M.: “El análisis económico de la corrupción”, en *Quórum: revista de pensamiento Iberoamericano*, Universidad de Alcalá, Madrid, nº 10, 2004, pp. 132-133.

¹⁰⁸ Esta y otras causas generales que serán analizadas se encuentran en MURIEL PATINO, M.V.: “Economía, corrupción....”, *op. cit.*, p. 29. Con idéntico sentido, recuperamos las palabras ya citadas de NIETO MARTÍN, quien asegura que la corrupción entre privados en España puede categorizarse como de “blanco inmaculado”, ya que se trata de una conducta habitual y tolerada socialmente. *Vid.*, nota al pie 45.

¹⁰⁹ La profesora MURIEL PATINO, en el texto ya mencionado, lo explica del siguiente modo: “los contratos debidos a actos corruptos no confieren habitualmente derechos de propiedad [y] la solución de conflictos en muchos casos se realiza por vías ajenas al

los comportamientos englobados bajo el amplio *nomen iuris* de corrupción, tienen como nota definitoria la preexistencia de un trasfondo organizado y complejo, que permite la acción ilícita más allá de la legalidad.¹¹⁰ Argumenta VILLORIA MENDIETA que “lo más trágico es que ambos fenómenos [corrupción y crimen organizado] suelen ir unidos, dando lugar a las redes oscuras de poder, violencia y dinero que generan «Estados fracasados» y espacios de impunidad donde el crimen global asienta sus tentáculos”,¹¹¹ pretendiendo las iniciativas corruptas penetrar e influir sobre los Estados o su economía, llegando, con ello, a resquebrajar la legitimidad, seguridad y estabilidad de estos.¹¹²

mercado y al orden público, bien por la creación de estándares «de honor» y presiones sociales o bien por la amenaza de la actuación de organizaciones delictivas que utilicen coacción y violencia”. En MURIEL PATINO, M.V.: “Economía, corrupción...”, *ibid.*, p. 31. En el mismo sentido, REDONDO ILLESCAS y GARRIDO GENOVÉS sostienen que “en la actualidad hay crecientes conexiones entre el delito económico y el crimen organizado, y la suma de ambas amenazas constituye un gravísimo problema para la estabilidad y prosperidad de todas las naciones del mundo (...)”. En REDONDO ILLESCAS, S. y GARRIDO GENOVÉS, V.: *Principios de criminología*, *op. cit.*, p. 783.

¹¹⁰ Si bien delimitar la corrupción como una forma de criminalidad organizada podría llevarme a una investigación autónoma, que excedería los límites de este trabajo, es apropiado traer a colación una serie de ideas a fin de justificar mi afirmación. Dicen DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS que “el crimen organizado [es] (...) una forma de cometer delitos (en plural) caracterizada por dos condiciones: cierto nivel de planificación, y la participación conjunta y coordinada de varios individuos”. En resumen, sostienen que los atributos fundamentales de esta forma de delinquir son la existencia de un conjunto de individuos o de grupos de individuos, asociados entre sí para conseguir ciertos fines y objetivos, que asumen y desempeñan una variedad de funciones o tareas diferenciadas, que operan de forma coordinada y conforme a ciertas reglas y que, por último, actúan con una cierta continuidad temporal. Añade una sexta característica que, para el caso de la corrupción, habrá de tomarse con precaución: tratarse de estructuras creadas con el propósito de obtener y acumular beneficios económicos por medios principalmente ilegales. En DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A.: *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*, Ariel, Barcelona, 2010, pp. 19-20. Como se verá más adelante, el carácter del beneficio indebido no tiene por qué ser exclusivamente económico, si bien la idea de enriquecimiento está muy presente en los delitos de corrupción.

¹¹¹ VILLORIA MENDIETA, M.: *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Documentos de Seguridad y Defensa. Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Ministerio de Defensa, Madrid, abril 2012, p. 63.

¹¹² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “La corrupción ante el Derecho y la Justicia”, *op. cit.*

Resulta muy interesante el análisis que realiza GARCÍA MEXÍA. Este autor, de algún modo, pone en relación los conflictos de intereses como manifestaciones de la corrupción. En este sentido, argumenta que “las conductas que provocan conflictos de intereses constituyen una manifestación «atenuada» de corrupción”.¹¹³ Siguiendo esta visión del fenómeno de la corrupción, el autor aporta, siguiendo a la doctrina española, otras causas que pueden explicar la aparición de comportamientos corruptos; tales como la interrelación Estado-sociedad propia de los contemporáneos Estados de bienestar o “la personalización (en detrimento de la legalidad) de la gestión administrativa y la sustitución de los tradicionales procedimientos administrativos unilaterales por métodos contractuales o de negociación con los particulares”.¹¹⁴ Esta serie de características, a nuestro modo de entender, ilustran certeramente las causas que, de un modo específico, explican la aparición de comportamientos de corrupción privada, en especial, al mostrar cómo, en los últimos tiempos, la línea entre lo público y lo privado se ha difuminado hasta hacerse casi imperceptible.

Como corolario de todo lo dicho hasta el momento, debe exponerse que la referida complejidad a la hora de definir la corrupción se explica, en primer término, por tratarse de un fenómeno heterogéneo, cuya definición depende de contar con un modelo normativo de referencia, lo que dificulta realizar un análisis comparado. En segundo lugar, y sirviendo esta afirmación como justificación de este trabajo de investigación, reconoce DEMETRIO CRESPO que “la corrupción no solo proviene del poder público, sino que también puede anidar en el sector privado. Es más, un elemento inherente a la corrupción es justamente la vulneración de los principios y reglas –tales como la objetividad, la transparencia y la imparcialidad– que en una sociedad democrática deberían servir para «cohonestar» lo público y lo privado, así como la interposición de intereses privados de naturaleza económica sobre el interés

¹¹³ GARCÍA MEXÍA, P.: *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 33.

¹¹⁴ *Ibid.*, nota 49, p. 58. Para la primera de las dos causas, LAMO DE ESPINOSA apunta que, una de las causas de la corrupción, es el creciente “grado de intervención y regulación política de la economía, que otorga oportunidades para la emergencia de prácticas corruptas basadas en actos discrecionales de difícil control (...) La corrupción sería, pues, alta allí donde hay una alta discrecionalidad en el poder público económico”, en LAMO DE ESPINOSA, E.: “Corrupción política y ética económica”, en *Revista de Occidente*, nº 179, Madrid, 1996, pp. 10-12.

público, todo lo cual posibilita una «economía de la trasgresión», en la que el Derecho privado adquiere incluso un «valor instrumental».¹¹⁵

Véanse ahora aquellos factores que, para la doctrina especializada, están detrás de la aparición y proliferación de conductas de corrupción entre particulares.

4.2. La globalización y la caída de las fronteras.

Es conveniente empezar diciendo que tratar de acotar y aclarar este fenómeno, resulta realmente complejo, pues sin duda, requeriría la utilización de herramientas y conceptos que se escapan a la ciencia jurídica. Baste, por tanto, tratar de explicar cómo la globalización –y una de sus más directas consecuencias, la caída de las fronteras nacionales– se configura como un elemento facilitador de la aparición de comportamientos de corrupción privada. La primera puntualización que quisiera llevar a cabo es que, desgraciadamente, nuestro Diccionario de la Lengua Española no resulta útil en la tarea pretendida. Según el mismo, en su cuarta acepción, se entiende por tal el “proceso por el que las economías y mercados, con el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, adquieren una dimensión mundial, de modo que dependen cada vez más de los mercados externos y menos de la acción reguladora de los Gobiernos”.¹¹⁶ En esta concepción de la globalización como proceso de mundialización, las empresas –esencialmente las de los países más desarrollados– han internacionalizado no solamente sus procesos de distribución y venta de productos, sino también su producción. Estos, han sido deslocalizados principalmente a países del denominado tercer mundo debido al evidente abaratamiento de los costes que ello supone, particularmente en la mano de obra, a la cercanía con las materias primas y al relajamiento en la legislación y requisitos de

¹¹⁵ DEMETRIO CRESPO, E.: “La corrupción como freno decisivo a la consolidación...”, *op. cit.*, pp. 47-48. En el mismo sentido se posiciona CARBAJO CASCÓN cuando fundamenta que “en todo acto u operación de corrupción nos encontramos ante una confusión de intereses o, mejor, ante una interposición de intereses privados de naturaleza económica (...) sobre el interés público”. En CARBAJO CASCÓN, F.: “Aspectos jurídico-mercantiles de la corrupción”, en FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coord.): *La corrupción: aspectos jurídicos...*, *op. cit.*, p. 55.

¹¹⁶ Definición consultada en la web del Diccionario de la Lengua Española. Fuente: <http://dle.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

seguridad y protección medioambiental que existe en tales territorios.¹¹⁷

Otros autores, como MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS, también consideran la globalización como un proceso de mundialización. Concretamente, sostiene este que por globalización debemos entender aquella “situación que existe cuando la dimensión mundial de la apertura y de las relaciones externas resulta exclusiva, dominante o, al menos, altamente significativa. O [el] proceso que conduce a esa situación”. Sobre la base de esta conceptualización teórica, relaciones externas y apertura se convierten en condiciones necesarias para hablar de globalización, pero no equivalentes o idénticas a esta.¹¹⁸

Desde otra perspectiva, se considera que el término globalización alude a un proceso de conexión e interdependencia económica recíproca entre los países del mundo. Es interesante esta línea, pues relaciona la globalización económico-financiera con el desarrollo tecnológico de las comunicaciones¹¹⁹ y la condiciona respecto de las modificaciones jurídicas que “han suprimido los controles estatales a la circulación de bienes, servicios y capitales, guiadas por planteamientos políticos neoliberales”.¹²⁰ Dicho de otro modo, esta mundialización relacionada con la delincuencia organizada, conlleva entender “las sociedades actuales (...) como la intersección de múltiples redes de poder económico, político, mediático, criminal, superpuestas y que interactúan en un espacio, pero que tienen en muchos casos relaciones y conexiones globales”.¹²¹

¹¹⁷ CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: “Corrupción, globalización y delincuencia organizada”, en FABIÁN CAPARRÓS, E. A. y RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (coords.): *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, pp. 213-214.

¹¹⁸ MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS, A.: “Aspectos más relevantes de la globalización económica”, en BARAÑANO CID, M. (dir.): *La globalización económica. Incidencia en las relaciones sociales y económicas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 73-74.

¹¹⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “La corrupción ante el Derecho y la Justicia”, *op. cit.*

¹²⁰ HERNÁNDEZ VIGUERAS, J.: *Los paraísos fiscales*, Akal, Madrid, 2005, pp. 19-20.

¹²¹ VILLORIA MENDIETA, M.: *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea...*, *op. cit.*, p. 69.

Aunque la globalización es un proceso que se manifiesta en diversos órdenes de la sociedad, tales como la tecnología, la cultura, la política o la economía, a efectos de este trabajo –y con motivo de su contrastada relación con la corrupción–, solo interesará la última de las mencionadas. Según la opinión de HERNÁNDEZ VIGUERAS, hablar de globalización económica equivale a decir “mundialización del comportamiento económico”. Expone, así mismo, la relación que existe entre esta, el sistema capitalista y el mercado, al sostener que solo el sistema económico capitalista integra todos los elementos que intervienen en la globalización económica y permite caracterizarla con precisión, siendo el mercado únicamente uno de sus componentes.¹²² Enmarcando esta globalización económica, puede argumentarse que los efectos que esta despliega pueden observarse desde distintos prismas: el comercio, el sistema financiero, la producción y la demanda. En lo que tiene que ver con la corrupción privada, será básicamente el primero de los referidos el que sirva de contexto al desarrollo de este tipo de actividades ilícitas.¹²³ Del mismo modo, en palabras de DOS REIS BRAVO, “en un mundo globalizado, en que, por causa de la globalización económica asistimos a una «Globalización del crimen», la criminalidad global (organizada) busca obtener el mayor lucro posible”.¹²⁴

La relación entre globalización y criminalidad organizada es también puesta de relieve por SILVA SÁNCHEZ. Sostiene este autor que “la glo-

¹²² HERNÁNDEZ VIGUERAS, J.: *Los paraísos fiscales...*, *op. cit.*, p. 77.

¹²³ MALEM SEÑA se hace eco de que “hay acuerdo acerca de que uno de los elementos que más afecta a este tipo de comercio [internacional] es el soborno y el resto de prácticas corruptas que socavan la relaciones entre los Estados y las empresas privadas”. En MALEM SEÑA, J.F.: *Globalización, comercio internacional...*, *op. cit.*, p. 19.

¹²⁴ El autor continúa explicando los efectos de la globalización del crimen y, tras la búsqueda del máximo lucro, sostiene que dicho fenómeno pretende “inyectar dinero de proveniencia ilícita en la economía legal (...) En ese contexto, florece el crimen económico-financiero y organizado, realidades conceptuales que [se contextualizan] en el escenario contemporáneo de «crisis» o de superación del paradigma contemporáneo económico-financiero de los Estados”. En DOS REIS BRAVO, J.: “Fraude e corrupção: repensar um modelo contemporâneo de prevenção e controlo da criminalidade económico-financiera”, en DE FARIA COSTA, J., FERNANDES GODINHO, I. y AIRES DE SOUSA, S. (org.): *Os crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 114.

balización económica –como salto cualitativo de la internacionalización– es (...) una de las características definitorias de los modelos sociales postindustriales. (...) Se trata, obviamente, de un fenómeno, en principio, económico, que se define por la eliminación de restricciones a las transacciones y la ampliación de los mercados”. Ha de tenerse en cuenta, continúa, “junto a la globalización de la economía, otro importante fenómeno, cual es el de la globalización de las comunicaciones, como consecuencia de las innovaciones técnicas”. Reconoce, a renglón seguido, que tanto la globalización económica como los procesos de integración supranacional tienen un doble efecto sobre la delincuencia, en la medida en que, por un lado, determinadas conductas que tradicionalmente eran consideradas delictivas dejan de serlo y, por otro, dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de los delitos clásicos y a la aparición de nuevas formas delictivas”.¹²⁵

DEMETRIO CRESPO, al valorar la globalización y la transnacionalización, como unos de los factores que inciden en la crisis financiera, elabora varias argumentaciones que pueden ser traídas a colación en este momento. En primer término, para el citado autor, la globalización permite que los grandes empresarios desempeñen un papel clave en la configuración de las relaciones económicas y en la sociedad en su conjunto, por cuanto pueden privar a esta de sus recursos materiales –capital, impuestos, puestos de trabajo, etc.–. Del mismo modo, fruto de la desregularización, las grandes empresas son capaces de eludir al fisco nacional, lo cual ayuda a registrar beneficios récord. Finalmente, haciendo suya la opinión del profesor TERRADILLOS BASOCO, indica que “la falta de un centro de imputación de poder representa, en el plano jurídico, el primer problema que la globalización plantea al Derecho penal”.¹²⁶

¹²⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 88-90.

¹²⁶ DEMETRIO CRESPO, E.: “El significado político del Derecho penal económico”, en DEMETRIO CRESPO, E. (*dir.*) y MAROTO CALATAYUD, M. (*coord.*): *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 6-8. En el mismo sentido, se ha sostenido que la globalización ha sido causa del aumento de complejidad en los negocios y de la ausencia de mecanismos de control eficaces, lo que ha abonado la impunidad de los ilícitos económicos y, en ese margen, se pueden incluir las conductas de corrupción entre particulares. En RUIZ RODRÍGUEZ, L.R.: “Limitaciones técnicas, jurídicas e ideológicas para el conocimiento y sanción de la criminalidad

Permítasenos en este punto, llevar a cabo una breve puntualización. La globalización económica, tal y como estamos tratando de exponer, no solo se configurará como una de las causas de la aparición y proliferación de comportamientos que supongan abuso de poder entre entes privados, sino que, además –como tendrá ocasión de comprobarse más adelante–, será el marco que llegue a justificar la intervención penal para la represión de los mismos. Desarrollemos esta idea: si, como se ha dicho, uno de los prismas más importantes de la globalización económica es el mercado, se puede asegurar que la corrupción entre privados generará efectos perversos no solo para los propios intervinientes en el tráfico jurídico económico, sino también para la sociedad en su conjunto, la disciplina de mercado y para el sistema económico.¹²⁷ Y no cabe ninguna duda que el Estado es el agente que está constitucionalmente encargado de velar por el buen funcionamiento del sistema de mercado.¹²⁸ Así, en aras a este buen desenvolvimiento del mercado, como marco del sistema económico constitucionalizado, se podrá explicar la inclusión de la competencia como bien jurídico susceptible de tutela penal. En todo caso, sobre este particular se volverá más adelante. En este punto, precisamente, se enmarcan los esfuerzos de las instancias supranacionales en incrementar el control sobre la actividad económica al objeto de tutelar un mercado globalizado y cada vez más sofisticado. Esta actitud, como destaca la doctrina especializada, ha derivado en una mayor presencia del Derecho penal en ámbitos que tradicionalmente habían estado reservados al Derecho civil o administrativo: dicho de otro modo, la tutela de la competencia ha sido uno de los pretextos para incidir en el mercado a través de la creación de tipos delictivos.¹²⁹

económica”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 1, UNED, 2009, p. 355.

¹²⁷ CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: “Corrupción, globalización...”, *op. cit.*, p. 218.

¹²⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI y BLANCO CORDERO son de la misma opinión. Entienden que entre los efectos de la corrupción en sobre la lealtad competitiva se encuentra “el interés del Estado en el mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado”. En DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción...”, *op. cit.*, p. 282.

¹²⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E. “Artículo 286 bis...”, *op. cit.*, p. 400.

La siguiente pregunta que debería ser contestada versa en torno a cuál es la relación entre globalización –particularmente económica– y corrupción. En el contexto de la sociedad actual, los procesos y las relaciones interpersonales son crecientemente más complejos e interdependientes entre sí y, por ello, demandan soluciones cada vez más sofisticadas.¹³⁰ Por tanto, puede decirse, como idea inicial en este punto, que la cultura delictiva de la corrupción se encuentra vertebrada en ciertos ejes; tales como la mencionada globalización, el riesgo y la economía.¹³¹ Ahonda en este punto de vista DEMETRIO CRESPO, cuando expone que “un mercado altamente competitivo y globalizado como el actual es campo abonado, por ejemplo, para el surgimiento de la «corrupción interempresarial» como mecanismo para perjudicar a los competidores en el mismo”. Así mismo, asegura que el proceso de globalización económica facilita la aparición de prácticas corruptas en el comercio internacional, como consecuencia de la existencia de asimetrías o diferencias que se pueden producir en cualquier nivel: económico, político, social o jurídico y que son aprovechadas por las empresas para alcanzar fines corruptos.¹³² Estas asimetrías invitan a las empresas a preferir ciertas jurisdicciones para determinadas transacciones comerciales “porque ofrecen no únicamente mayores oportuni-

¹³⁰ La sofisticación de las relaciones interpersonales se traslada, como es evidente, también a los fenómenos delictivos y, paradigmáticamente, a la corrupción; fenómeno con un marcado elemento de clandestinidad. En DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “La corrupción ante el Derecho y la Justicia”, *op. cit.*

¹³¹ VERCHER NOGUERA, A.: “Introducción”, en FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coord.): *La corrupción: aspectos jurídicos...*, *op. cit.*, p. 13.

¹³² DEMETRIO CRESPO, E.: “La corrupción como freno decisivo a la consolidación...”, *op. cit.*, p. 48. Originariamente, MALEM SEÑA expone que la corrupción interempresarial se convierte en una herramienta útil para dejar competidores al margen del mercado. De igual modo, profundiza en el fenómeno de la corrupción en la empresa, desde un punto de vista interno. Así, relaciona corrupción con ausencia de mecanismos de control en la organización interna y la toma de decisiones en el seno de la empresa. Así las altas esferas de la empresa piden cuentas a sus subordinados únicamente “en lo atinente a los resultados de su gestión y no respecto de cómo los alcanzaron”. En este sentido, continúa el citado autor, argumentando que, pese a que de la experiencia comparada pudiera deducirse que usualmente no se suele reconocer la existencia de corrupción en el sector privado, (...) a poco que se indague en las prácticas mercantiles y empresariales reales, (...) se observa que algunas de las intermediaciones realizadas en el sector privado bien pueden ser denotadas por el término corrupción. Finalmente, reconoce que “en todas estas prácticas queda afectado el bien jurídico de la libre competencia”. En MALEM SEÑA, J.F.: *Globalización, comercio internacional...*, *op. cit.*, pp. 13-14.

des económicas, sino también un escudo protector contra la investigación de las prácticas corruptas”.¹³³ Puede sostenerse, en resumen, que en las últimas décadas, en el marco de la globalización de la economía, la corrupción está cobrando especial significado como acto contrario a la competencia leal. Utilizar la corrupción como estrategia para ganar clientes o para conseguir contratos –sean estos públicos o privados– implica que en el mercado no van a triunfar las empresas más innovadoras y eficientes, sino las más corruptas. En suma, la corrupción genera un alto coste social, en cuanto conmina a las empresas a dedicar recursos al soborno en lugar de a la innovación.¹³⁴

Pero no solo globalización y corrupción se relacionan de este modo. La correlación entre ambas es evidente, también, por dos circunstancias: por una parte, los sujetos corruptores se han profesionalizado, especializándose en aquellos sectores más vulnerables –esto es, menos controlados– que les pueden generar una mayor rentabilidad minimizando costes y riesgos y, por otra, dichos agentes han desarrollado, auspiciados por la globalización, unas estructuras más estables y formales para cometer sus actividades delictivas, adoptando las técnicas propias de la criminalidad organizada.¹³⁵

Nos centraremos ahora en una de las derivaciones más relevantes de la globalización económica: la progresiva caída de fronteras de los Estados nacionales. Este fenómeno de mundialización, que conlleva la relajación e incluso desaparición de las fronteras políticas y físicas, ha conllevado una inevitable relajación de las restricciones legales, tributarias y aduaneras entre los Estados. Indudablemente, la libre circulación de mercancías ha supuesto también una mayor libertad de circu-

¹³³ MALEM SEÑA, J.F.: *ibid.*, p. 17.

¹³⁴ NIETO MARTÍN, A.: “Lección X. Protección penal de la competencia, los mercados financieros y los consumidores (I)”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (dir.): *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II, 2ª ed. adaptada a las LO 1/2015 de reforma del Código Penal, Tecnos, Madrid, 2015, p. 230. En el mismo sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “La corrupción ante el Derecho y la Justicia”, *op. cit.*

¹³⁵ SANZ MULAS, N.: “Capítulo 12. Criminalidad y poder: política criminal frente a la corrupción y la delincuencia de cuello blanco”, en *Política Criminal. Actualizada a las reformas de 2015*, Ratio Legis, Salamanca, 2016, pp. 244-245.

lación de capitales, factor este idóneo para la proliferación de conductas corruptas.¹³⁶ En resumen: las libertades que se derivan de la globalización favorecen lo que se ha dado en llamar la exportación de la corrupción. Así lo lleva denunciando, durante años, *Transparency International* que, en multitud de informes y estadísticas, ha revelado la relación entre potencias económicas y exportación de la corrupción.¹³⁷ Dicha ONG, además, asevera que no son escasos los supuestos de países que muestran una situación relativamente “limpia” en cuanto a corrupción de puertas adentro –dato reflejado por el Índice de Percepción de la Corrupción–, pero que sin embargo carecen de escrúpulos a la hora de trasladar estas conductas antijurídicas en sus relaciones con otros Estados –ello mostrado por el Índice de Fuentes de Soborno, que elabora la propia organización–.

Esta relación entre globalización, fronteras y corrupción quizás sea apreciada con mayor nitidez en el seno de la Unión Europea. Como digo, la caída de las fronteras, ha servido de acicate para la aparición de nuevas formas de delincuencia organizada transnacional que amenazan la libre y pacífica convivencia entre dichos Estados. Merece mención aparte, en este sentido, la importancia que, para la generalización de la corrupción, juegan los llamados paraísos fiscales¹³⁸ o, más concretamente, los paraísos penales.¹³⁹ Recuérdese que estos últimos se

¹³⁶ CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: “Corrupción, globalización...”, *op. cit.*, pp. 213-214.

¹³⁷ SCHLOSS, M.J.: “Gobernabilidad, corrupción y desarrollo. Experiencias internacionales para transitar del dicho al hecho”, en la web de Transparencia Internacional España. Fuente: http://webantigua.transparencia.org.es/publicaciones_sobre_corrupcion/miguel_schloss.-governabilidad_corrupcion_y_desarrollo.pdf. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹³⁸ Dice CASTRESANA FERNÁNDEZ, en el artículo ante-citado que por paraísos fiscales no deben entenderse estrictamente aquellos territorios que desde el punto de vista de las leyes tributarias son considerados tales por mantener vigentes regímenes de nula o baja tributación para las operaciones financieras, sino más bien, a aquellos lugares que, junto a estos hechos, se añaden estrictas reglas de opacidad que dificultan o impiden las investigaciones de corrupción o delincuencia organizada. En CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: “Corrupción, globalización...”, *op. cit.*, p. 219.

¹³⁹ Es confuso tratar de determinar con precisión qué se debe entender por paraíso fiscal –y derivadamente, por paraíso penal–. En España, el listado de lo que en nuestro país se considera por “paraíso fiscal” se encuentra contenido en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio. Esta técnica legislativa –incluir una lista de territorios en vez de definir criterios y elementos para conocer qué se conoce por “paraíso fiscal”– resulta, a mi entender, criticable. En todo caso, he de referir que, de los 48 territorios que formaban inicialmente la lista, solo unos pocos han conseguido abandonarla, tal es el caso de Emiratos Árabes Unidos, Trinidad y Tobago, Malta, Jamaica, Andorra, Antillas

diferencian de los primeros en que no solo se trata de lugares con baja o nula tributación¹⁴⁰, sino más bien en que los ordenamientos jurídicos permiten aprovechar las ventajas de las actividades delictivas cometidas.¹⁴¹ Estos territorios se convierten en los lugares idóneos para cometer actos de corrupción, puesto que la opacidad y la falta de cooperación con las autoridades de otros Estados característica de los mismos, se configuran como aliado indispensable de la corrupción. La consecuencia de todo ello estriba en que la desregulación y descontrol normativo que caracterizan a estos lugares –facilitado todo por el auge de internet y las telecomunicaciones–, hacen imposible la localización e identificación del origen de muchos fondos, provocando que muchos recursos lícitos lleguen a confundirse con otros procedentes del tráfico de armas y estupefacientes, la extorsión y comercio de seres humanos o la corrupción.¹⁴²

En el contexto de la organización supranacional europea, se hace visible con mayor intensidad la dualidad entre las libertades reconocidas y la necesaria y correlativa seguridad.¹⁴³ Por un lado, la propia Unión

neerlandesas y Aruba. Así, ALEMANY BELLIDO, J.I.: “OCDE y España: distintas listas de paraísos fiscales”, en la web de Cinco Días, 21 de junio de 2010. Fuente: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2010/06/21/economia/1277232946_850215.html. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹⁴⁰ La noción de *paraíso fiscal* procede del inglés, *tax haven*, literalmente “refugio fiscal”, caracterizado por la referida deficiencia o nulidad tributaria. En CHAMBOST, E.: *Los paraísos fiscales*, Pirámide, Madrid, 1982, p. 17.

¹⁴¹ HERNÁNDEZ VIGUERAS señala, entre tales mecanismos ventajosos, la carencia de impuestos sobre el beneficio empresarial, sobre las donaciones y las herencias, el secreto bancario, las fuertes deficiencias o carencias en la supervisión y control bancario y sobre las transferencias financieras, la carencia de informaciones y de estadísticas completas sobre operaciones financieras, la simplicidad de la formación y registro de las sociedades mercantiles y, a mi entender la más importante, la ausencia de penalización o tolerancia en la práctica del blanqueo de dinero y otras deficiencias normativas. En HERNÁNDEZ VIGUERAS, J.: *Los paraísos fiscales...*, *op. cit.*, pp. 45-46. En el mismo sentido, PELÁEZ MARTOS, J.M.: *Blanqueo de Capitales. Obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley*, Edición Fiscal CISS. Wolsters Kluwer, Madrid, 2010, p. 45.

¹⁴² Para observar un análisis de la relación entre esta delincuencia financiera transnacional y los paraísos fiscales, *vid.* HERNÁNDEZ VIGUERAS, J.: *ibid.*, pp. 163-198.

¹⁴³ En este sentido, la Decisión Marco 2003/568/JAI, en su considerando número 6, establece que: “con arreglo al artículo 29 del Tratado de la Unión Europea, el objetivo

proclama como básicas en su organización las “cuatro libertades” de circulación: a saber, de personas, mercancías, servicios y capitales¹⁴⁴; y, por otro, el artículo 67 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que es objetivo de la UE “ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia”.¹⁴⁵ Inevitablemente, todo aparato institucional estatal debe lograr un equilibrio satisfactorio entre estas dos variables, de acuerdo con las exigencias de los ciudadanos que conviven en esa comunidad social.¹⁴⁶

Siendo esto así, ante estos nuevos comportamientos delictivos que se caracterizan por su transnacionalidad –en especial, la corrupción–, se necesitan nuevas respuestas del ordenamiento jurídico y, en concreto, del Derecho penal. Dicho en otras palabras –tomando las de CASTRESANA FERNÁNDEZ–, “la solución al incremento de las actividades delictivas descritas como consecuencia o con ocasión del desarrollo de los mercados que ha acompañado a la globalización solo puede venir de la mano de una globalización correlativa de la respuesta institucional”.¹⁴⁷ Expresado en otros términos, pero haciendo también hincapié en la necesidad de la respuesta del Estado, HERNÁNDEZ VIGUERAS sostiene que “como los mecanismos bursátiles y las monedas son interdependientes, también lo son los tipos de interés o el precio del dinero, los tipos de cambio y las políticas económicas y monetarias de los

de la Unión es ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, objetivo que habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, incluida la corrupción”.

¹⁴⁴ Información obtenida de la web de la Unión Europea, en su sección “La historia de la Unión Europea”. Fuente: https://europa.eu/european-union/about-eu/history_es. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹⁴⁵ Según su versión consolidada, dice el artículo 67.1: “La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros”. Publicado en el DOUE C 83 (30/03/2010), p. 73. Fuente: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹⁴⁶ PÉREZ RUBALCABA, A.: Discurso pronunciado en la ponencia de clausura “Las amenazas globales a la seguridad”, en el marco del curso *Crímen organizado, corrupción y terrorismo*, organizado por la Fundación General de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011.

¹⁴⁷ CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: “Corrupción, globalización...”, *op. cit.*, p. 220.

países, sin que se hayan introducido instancias reguladoras multilaterales eficaces y controladas democráticamente, que pongan orden en las relaciones financieras y en los mercados interconectados”.¹⁴⁸

4.3. Los procesos de privatización masiva.

Es preciso adentrarse ahora en la segunda de las causas que, para la doctrina especializada, puede explicar el surgimiento de supuestos de corrupción privada. Inicialmente, ha de advertirse que la toma en consideración de estos procesos separadamente a la causa anterior, se lleva a cabo únicamente a efectos explicativos. No puede obviarse que la privatización servicios que tradicionalmente eran de titularidad pública es un efecto derivado de la ya consabida globalización y, particularmente, de la mundialización de la economía. Para su estudio, me remitiré al *Explanatory Report* de la Convención de Derecho Penal contra la Corrupción del Consejo de Europa, documento en el que se encuentra referido.

Previamente, quisiera señalar que los mencionados procesos privatizadores y liberalizadores, así como la introducción de la competencia –mediante la liberalización de ciertos servicios antes en manos monopolísticas del sector público– en ciertos sectores también han supuesto efectos beneficiosos que han de ser tomados en cuenta. Puede argumentarse, en primer término, que el gran beneficiado de la liberalización e introducción de la competencia en los servicios es el consumidor. Sus más inmediatos beneficios radican en que los precios bajan, la calidad mejora y las empresas se vuelven más cercanas y correctas en el trato con los clientes. Y lo que es más importante: el consumidor tiene la capacidad de elección. No debe obviarse que, por el contrario, en contextos de actividades monopolísticas, todas estas variables vienen impuestas, beneficiadas por el carácter de insustituibilidad de lo que dichos agentes ofrecen.

Pero no solo el consumidor ve mejorada su situación en el mercado con la competencia. En el marco estrictamente empresarial, puede sostenerse que de la competencia depende el nivel y capacidad competitiva

¹⁴⁸ HERNÁNDEZ VIGUERAS, J.: *Los paraísos fiscales...*, op. cit., p. 18.

del tejido industrial de un territorio. Además, conlleva un beneficio directo al reducir los precios de los factores de producción y, dado que la competitividad se ve afectada positivamente, las inversiones exógenas también se pueden ver incrementadas. En añadidura, las empresas que concurren al mercado en régimen competitivo se ven incentivadas a invertir en I+D+i y en la modernización de sus recursos.

Puede decirse, en suma, que la liberalización de los servicios reporta beneficios a la sociedad en su conjunto, pues supone una mejora en la asignación y redistribución de los recursos.¹⁴⁹ Sin embargo, como trataré de mostrar a continuación, también se conforma como el caldo de cultivo idóneo para la aparición de comportamientos de corrupción entre particulares, singularmente entre empresas.

Los procesos de privatización masiva¹⁵⁰, que se han venido produciendo en los últimos tiempos, implican que funciones y servicios que tradicionalmente eran de titularidad pública, como la educación, las telecomunicaciones o el transporte, ahora han pasado a gestionarse y proveerse mediante operadores jurídico-económicos privados.¹⁵¹ Ello supone el trasvase de una importante dotación presupuestaria y de ca-

¹⁴⁹ *La defensa de la competencia en España y en Europa: informes del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Comisión Europea*, Servicio de Estudios “La Caixa”, Barcelona, 1995, pp. 100-106. Disponible en la web de Caixa Bank Research. Fuente: http://www.caixabankresearch.com/documents/10180/54279/ee02_esp.pdf. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹⁵⁰ En añadidura al *Explanatory Report*, también los profesores DE LA CUESTA ARZAMENDI y BLANCO CORDERO hacen referencia a la “creciente privatización de los servicios públicos y la necesidad de evitar en este ámbito (la prestación de servicios públicos) lagunas en la punición de comportamientos que deben tenerse por materialmente similares” a la corrupción pública, como una de las causas de la existencia de la corrupción en el sector privado y de su necesidad de tipificación. En DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción...”, *op. cit.*, p. 287.

¹⁵¹ El profesor FOFFANI ya hace referencia a este fenómeno de privatización, en el contexto italiano. Expone que “se trata de un proceso que producirá [...] una importante reducción del área tradicionalmente asignada a la normativa penal de la Administración Pública, con la consecuente dislocación del control penal de las actividades económicas de la esfera pública a la privada”. En otras palabras, considera que la introducción de un tipo penal de corrupción privada, amparándose en estos procesos, puede provocar una “eticización y una intrusión excesiva del control penal en el ejercicio de las actividades empresariales”. En FOFFANI, L.: “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana...”, *op. cit.*, pp. 70-71.

pacidad regulatoria que, imbuida de la práctica negocial privada, pueden derivar en conductas corruptas en el marco señalado. Todo esto, debido a que tanto la financiación como otros poderes concentrados en el sector privado, justificado por sus nuevas funciones aquí descritas, han adquirido una gran importancia social.¹⁵²

En opinión de la doctrina, acertada según nuestra visión, “esta situación ha llevado consigo la necesidad de que controles tradicionalmente utilizados en el sector público sean extendidos también al sector privado, debido a la creciente importancia social de las actividades desempeñadas por este. Entre estos controles [debe estar] la prohibición de aceptar sobornos indebidos”.¹⁵³

Sirva como ejemplo la postura que en este punto ha adquirido la Cámara de Comercio Internacional. Como señalan HEINE y ROSE, esta institución “ha tomado una postura constante desde la adopción de sus primeras Reglas de Conducta en 1977 según la cual no existe una diferencia significativa entre la corrupción pública y privada, pues ambas distorsionan las relaciones comerciales y merecen un tratamiento similar en la ley. Su compromiso con este principio ha crecido en los años posteriores, los cuales han estado marcados por la privatización de muchas funciones formalmente gubernamentales, por el incremento de la complejidad y la interacción entre los sectores público y privado en las transacciones internacionales y por el incremento del valor económico de las mismas”.¹⁵⁴

Profundizando en este punto, consideramos importante realizar un pequeño apunte. Nuestra Administración está fuertemente configurada en base a las cláusulas constitucionales de “Estado social y democrático de Derecho”. Es, por tanto, una entidad supraordenada, que goza de unas prerrogativas sin parangón a las que puede disfrutar el individuo, en aras de la consecución del interés general y siempre basándose en

¹⁵² *Explanatory Report Explanatory Report to the Criminal Law...*, punto 52.

¹⁵³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y CERINA, G.: “¿Un delito de corrupción privada? Obligaciones internacionales y soluciones adoptadas en el Derecho Comparado”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, nº 89, marzo-abril 2011, p. 169.

¹⁵⁴ ROSE, T.O.: “Introduction”, en HEINE, G., HUBER, B. y ROSE, T.O. (eds.): *Private Commercial Bribery. A comparison of National and Supranational legal structures*, Editions Iuscrim, Friburgo, 2003, p. 1.

el principio de atención preferente al ciudadano.¹⁵⁵ En otras palabras, este poder regulador y presupuestario al que estamos haciendo referencia debe siempre ser ejercido, junto con el resto de potestades administrativas, en base siempre al interés general; contrapunto que choca evidentemente con la filosofía privada de mercado, cuyo interés principal es la maximización del beneficio obtenido en toda transacción. Y, consecuentemente, las formalidades exigidas en cada uno de los sectores no serán los mismos, dado que los agentes privados no estarán sujetos a los procedimientos que deben regir la actuación administrativa.

En palabras de NIETO MARTÍN, “desde hace ya algunas décadas asistimos a lo que genéricamente se ha dado en llamar la privatización de la Administración o la huida del Derecho administrativo”. Entiende este autor que, bajo esta denominación, se pueden encontrar diversos grupos de casos, entre los cuales cabe destacar algunos de ellos. Primeramente, un primer grupo que viene denominándose “privatización material”, consistente en el supuesto de que una función o servicio que hasta un momento era desempeñada de forma exclusiva por el Estado se decide traspasar al sector privado. En estos supuestos, continúa, se desregulariza el mercado y la entidad pública pasa a ser una empresa privada de la cual, de un modo u otro, la Administración mantiene el control.

En segundo término, es el que el autor llama “huida del Derecho administrativo”: este se produce cuando la Administración, buscando una mayor eficacia o simplemente con el afán de eludir las garantías y trámites del Derecho administrativo, desarrolla sus competencias bajo la cobertura del Derecho privado. Este hecho es importante, en el contexto que nos ocupa, por cuanto, según ha mencionado algún autor, “no está del todo claro en el ordenamiento español en qué medida esta «huida del derecho administrativo» de las administraciones públicas no supone también una «huida del derecho penal»”.¹⁵⁶

Como tercer lado del prisma, se conoce como “privatización en la gestión” o funcional. En este caso, se trata de una transferencia por parte

¹⁵⁵ Teoría ya esgrimida por el profesor NEVADO-BATALLA, enunciada en NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: “Bases constitucionales del Derecho Administrativo” en *Notas sobre Derecho Administrativo I*, 2ª ed., Ratio Legis, Salamanca, 2003, pp. 37-54.

¹⁵⁶ NIETO MARTÍN, A.: “España”, en el artículo “Sistemas penales comparados: Corrupción en el sector privado”, en *Revista Penal*, nº 11, 2003, p. 174.

de la Administración a un sujeto privado de la ejecución de unas concretas tareas en un determinado servicio, en aras de una mayor eficiencia. En contrapunto a la primera de las vistas, aquí la competencia sigue siendo de titularidad administrativa.

Estos hechos generan, además, un efecto perverso a la hora de estudiar y comprender la corrupción privada. Ni doctrina ni jurisprudencia se han manifestado con claridad acerca de qué se debe entender por servicio público; lo que resulta esencial tanto para determinar quiénes son los particulares que ejercen servicios públicos, como para concretar el concepto de funcionario público *strictu sensu*.¹⁵⁷ Tal y como puede suponerse, esto conllevará numerosos problemas interpretativos y, en ocasiones, dificultades para deslindar el carácter público o privado de unos concretos comportamientos ilícitos de corrupción.

En resumen, los procesos de privatización y liberalización, junto con el abandono de formalidades y la huida del Derecho Administrativo, ha trasladado al sector privado problemas que antes pertenecían al ámbito de la corrupción pública.¹⁵⁸ La ausencia de controles y el trasvase de cierta capacidad regulatoria al sector privado explican la aparición de conductas corruptas en este ámbito.

5. Corrupción privada: algunos efectos negativos.

En epígrafes anteriores se ha llevado a cabo un breve acercamiento al fenómeno corrupto, se ha tratado de esbozar un concepto –siquiera con el fin de servir de punto de partida para el resto de la investigación– y se han revisado las causas que, según la doctrina especializada explican el surgimiento y extensión de estos comportamientos nocivos. Llegados a este punto, y en aras de comprender mejor por qué el Derecho penal debe intervenir en la represión de estas conductas, puede ser

¹⁵⁷ NIETO MARTÍN, A.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, pp. 62-65.

¹⁵⁸ ARGANDOÑA, A.: “La corrupción en el sector privado”, Documento de Investigación, nº 531, Cátedra Economía y Ética, IESE Business School, diciembre 2003, p. 3. Disponible en la web del IESE Business School. Universidad de Navarra. Fuente: <http://www.iese.edu/research/pdfs/DI-0531.pdf>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

interesante observar qué efectos negativos se asocian a la proliferación de la corrupción privada.

5.1. Efectos sobre la economía y el sistema económico.

El primer comentario que interesa apuntar puede predicarse, en efecto, de cualquier modalidad de corrupción, y por ello así, también de las conductas corruptas en el sector privado. Así las cosas, el trabajo que sirve de base a estas consideraciones está elaborado en el marco de las consecuencias de la corrupción en sentido amplio, pero, por su utilidad, haré una breve extrapolación al ámbito del sector privado. Para comprenderlo mejor, es preciso realizar una aclaración previa. Cualquier sistema o ámbito económico, debe estar sustentado por dos propiedades deseables: la eficiencia estática y la eficiencia dinámica. La primera de ellas, se manifiesta cuando los recursos económicos fluyen allá donde son más útiles para la sociedad, mientras que, la segunda se produce cuando el sistema proporciona los incentivos adecuados para que los agentes económicos lleven a cabo conductas óptimas, basadas en principios como la eficiencia, la competencia, la productividad, la innovación, etc.¹⁵⁹

En este punto, la corrupción privada produce ineficiencias tanto estáticas como dinámicas en el ámbito económico y comercial. Ello porque, en primer término, los recursos que se destinan a posibilitar conductas corruptas son desviados de su destino original, siendo que, al ser involucrados en la corrupción, decae la posibilidad de una utilización más productiva de los mismos; y, en segundo término, la eficiencia dinámica se ve afectada en la medida en que la corrupción entre particulares genera incentivos contrarios al buen funcionamiento del mercado, basados en la búsqueda del interés privado del corrupto, con las consiguientes pérdidas patrimoniales y de expectativas de los competidores y de otros sujetos intervinientes en dicho mercado.

Referidas estas ideas de carácter general, véanse ahora algunos específicos efectos perversos de la corrupción privada sobre la economía y el sistema económico.

¹⁵⁹ HINOJO GONZÁLEZ, P.: "Una aproximación económica a la corrupción", en *Revista Jueces para la Democracia. Información y debate*, nº 85, marzo 2016, p. 37.

a) Distorsión de la competencia y perpetuación de monopolios y oligopolios.

El Considerando 9º de la Decisión Marco 2003/586/JAI, instrumento normativo comunitario ya citado, reconoce que tanto la corrupción pública como la privada constituyen “una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona[n] la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide[n] un desarrollo económico sólido”. No cabe duda, por tanto, de que la corrupción afecta negativamente a la competencia. ALCAIDE ZUGAZA ya advierte que la corrupción –especialmente, en el sector privado– potencia la desigualdad económica, esencialmente cuando una élite generalmente política acapara todos los recursos evitando la libre competencia tanto de productos como de servicios y favoreciendo que la calidad de los servicios y del trabajo tienda a deteriorarse.¹⁶⁰ La corrupción, en definitiva, actúa como un potente agente para mantener el *statu quo*, en el sentido de que consolida una situación preexistente, evitando la entrada de nuevos agentes en el mercado,¹⁶¹ caldo de cultivo idóneo para el mantenimiento de monopolios y oligopolios, como se ha comentado, económicamente ineficientes.

BOLEA BARDON lo explica de forma meridiana. Al analizar las consecuencias de la actuación indebida del empleado dentro de la empresa, propia de la corrupción privada, afirma lo siguiente: “la infracción de las obligaciones que se derivan de las relaciones de confianza dentro de la misma empresa acaba afectando al buen funcionamiento del mercado en una doble dimensión: lesionando la capacidad competitiva de terceras empresas que se esfuerzan por ofrecer el mejor producto y lesionando la capacidad competitiva de la propia empresa que se queda con la peor oferta”. Es lo que la propia autora ha calificado como la lesión de la competencia *ad intra* y *ad extra*, “esto es: por un lado, el in-

¹⁶⁰ ALCAIDE ZUGAZA, L.: “Corrupción: obstáculo al crecimiento y a la competitividad”, en *Economía exterior: estudios de la revista Política Exterior sobre la internacionalización de la economía española*, nº 31, 2004, p. 130.

¹⁶¹ La corrupción, en efecto, posibilita expulsar a otros competidores de un determinado mercado. En MALEM SEÑA, J.F.: *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*, op. cit., p. 91.

terés de los terceros competidores en no quedar desplazados por ofertas claramente peores que, sin embargo, son preferidas por venir acompañadas de incentivos, beneficios o ventajas; y, por otro, el interés de la propia empresa en que el encargado adquiera bienes o servicios que constituyan la mejor oferta en el mercado”.¹⁶²

b) La corrupción, un *impuesto* al crecimiento.

En palabras de MELLA MÁRQUEZ, la corrupción “deteriora el entorno de las actividades económicas, crea inestabilidad política y erosiona la seguridad jurídica, empeora la imagen del país y degrada su confianza, eleva el riesgo y aumenta la incertidumbre económica, actúa como un impuesto perverso que premia a las actividades no productivas (depredadoras y buscadoras de rentas) de los corruptores y castiga a los talentos creativos incrementando sus costes, provee menos recursos y bienes públicos (y de menor calidad) y perjudica las bases de la inversión y, por ende, el crecimiento económico”.¹⁶³ Ello deriva, del mismo modo, en una distorsión de los incentivos con los que opera la empresa privada, en una reducción de la eficiencia económica –dado que influye negativamente en la toma de decisiones de carácter económico– y en una merma del crecimiento económico al reducir los incentivos a la inversión. Esto supone, necesariamente además, una pérdida de competitividad.¹⁶⁴

c) Aumento de la economía sumergida.

Este efecto es una de las consecuencias de la ya referida relación entre corrupción y paraísos penales, y de la opacidad que la caracteriza. LIZCANO ÁLVAREZ, Presidente de *Transparency International* España, lo expone de forma clara cuando afirma que “la corrupción genera, por otra parte, grandes cantidades de dinero *opacas*, que incrementan la *economía sumergida*, lo cual viene a reducir sensiblemente los ingresos

¹⁶² BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, pp. 13-14.

¹⁶³ MELLA MÁRQUEZ, J.M.: “Los costes económicos de la corrupción”, en el blog *Econo-Nuestra*, 8 de marzo de 2013. Fuente: <http://blogs.publico.es/econonuestra/2013/03/08/los-costes-economicos-de-la-corrupcion/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹⁶⁴ ALCAIDE ZUGAZA, L.: “Corrupción: obstáculo al crecimiento...”, *op. cit.*, pp. 126-127.

públicos, originando así una mayor carga fiscal sustitutoria para el conjunto de los contribuyentes”.¹⁶⁵ Y de nuevo, caracteriza la corrupción como un impuesto perverso, anterior efecto negativo comentado. Además, añade que “tales cantidades se destinan muy frecuentemente a nutrir los *paraísos fiscales*, verdadera vergüenza internacional, muchos de los cuales pertenecen o están bajo la soberanía de países desarrollados”.

5.2. Efectos sobre el sistema y legitimidad democráticos.

Para introducir este punto son de obligada referencia, de nuevo, los instrumentos normativos supranacionales en la materia. Comenzaremos revisando la Convención de Naciones Unidas. Es importante reseñar que este texto no distingue entre corrupción pública y privada, en tanto que trata de abordar este fenómeno desde un punto de vista íntegro y global. Hecha esta salvedad, y revisando el Preámbulo, ya en su primer inciso, los Estados parte se muestran “preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”. Resalta la Convención, como se ve, valores esenciales como la democracia, la justicia o el imperio de la ley. En similares términos se expresan la Decisión Marco 2003/568/JAI comunitaria, al sostener que “la corrupción tanto en el sector público como en el privado (...) constituye una amenaza para el Estado de Derecho” y el Convenio Penal contra la Corrupción del Consejo de Europa que reconoce que “la corrupción constituye una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos”.

La doctrina también ha fijado su atención en este punto. ARJONA TRUJILLO, citando a otros autores, reconoce que la corrupción conlleva la pérdida de legitimidad de los gobiernos y de la democracia misma. Y no se trata, continúa, de la pérdida de legitimidad de los partidos políticos o de las concretas personas que los conforman en un momento

¹⁶⁵ LIZCANO ÁLVAREZ, J.: “Efectos económicos de la corrupción”, en la web de El País, 8 de septiembre de 2011. Fuente: http://elpais.com/diario/2011/09/08/opinion/1315432805_850215.html. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

determinado, sino y de modo más grave, del sistema político con mayúsculas. Esto derivará, según la autora citada, en consecuencias negativas de gran alcance.¹⁶⁶

Esta debilidad de los sistemas democráticos y, en definitiva, de los Estados, reviste una importancia crucial.¹⁶⁷ Se han mencionado anteriormente, como causa de la aparición de la corrupción privada, los procesos de privatización masiva: recuérdese, aquellos que suponen la entrega o traslado al sector privado de servicios a gestionar en régimen de competencia abierta entre los operadores, o incluso la entrada de actores privados en el ejercicio de lo que anteriormente fueron potestades públicas. Llegados a este punto, el Estado debe reservarse la capacidad de mirar por el interés general en estos sectores, fundamentalmente a través de la regulación.¹⁶⁸ Sin embargo, un Estado mermado por la corrupción tendrá más dificultades a la hora de cumplir con su rol de velar por el interés general en el ámbito de la economía y del mercado. No hay que olvidar que uno de los caracteres que se predicen de las conductas corruptas es precisamente la búsqueda del beneficio privado en detrimento del interés general.¹⁶⁹

Nos encontramos, pues, ante un fenómeno complejo y poliédrico¹⁷⁰, como se trata de mostrar en este trabajo y, aunque sus efectos perniciosos

¹⁶⁶ ARJONA TRUJILLO, A. M.: “La corrupción política: una revisión de la literatura...”, *op. cit.*, p. 33.

¹⁶⁷ Del mismo modo, GIL VILLA reconoce que la lucha contra la corrupción –centra su atención en la corrupción política–, puede ser, en definitiva, una cuestión de confianza, pues entiende que, en efecto, “uno de los principales motivos para luchar contra la corrupción (...) es que fomenta la desconfianza en las relaciones sociales”. En GIL VILLA, F.: *La cultura de la corrupción*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁸ ESTEVE PARDO, J.: “La regulación de la economía desde el Estado garante”, documento disponible en la web de la Universidad de Cantabria. Fuente: https://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulación_Esteve.pdf. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹⁶⁹ MALEM SEÑA, J.F.: *Globalización, comercio internacional...*, *op. cit.*, p. 52.

¹⁷⁰ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Función Pública y corrupción”, en el blog La Mirada Institucional, 2 de marzo de 2016. Fuente: <https://rafaeljimenezasensio.com/2016/03/02/funcion-publica-y-corrupcion/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

ciosos se van a sentir también en otros ámbitos, baste lo hasta aquí referido para comprender la gravedad de las conductas catalogadas como de corrupción privada.

6. Epílogo.

En la Primera Parte de este trabajo, que aquí concluye, hemos tratado de plasmar algunos elementos que ayuden a centrar el objeto de esta investigación. Dado que se trata de analizar, desde el punto de vista dogmático, el delito de corrupción privada –y el subtipo de fraude en el deporte– en el Derecho penal español, hemos creído necesario introducir estas cuestiones que, no cabe duda, poseen una naturaleza no tanto jurídica como sociológica, pero que se revelan imprescindibles para la comprensión de los Capítulos siguientes.

De este modo, en el tercer Capítulo, como ya se ha referido con anterioridad, se analizarán los instrumentos normativos supranacionales que, vinculando a España, dictan la previsión penal de las conductas de corrupción privada, así como en el cuarto, se revisarán brevemente los modelos de incriminación de estos comportamientos más importantes que existen en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Finalmente, las Partes Segunda y Tercera se destinarán al estudio dogmático del artículo 286 bis del Código penal, en sus dos modalidades delictivas –recuérdese, corrupción entre particulares y fraude en el deporte–.

III. EL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA EN LAS INICIATIVAS SUPRANACIONALES

En el primer Capítulo, dedicado a cuestiones introductorias, concretamente cuando se ha tratado si el Derecho penal está legitimado para castigar conductas de corrupción privada, se ha puesto de manifiesto la existencia de un intenso debate doctrinal a este respecto. No obstante, en páginas anteriores se ha resaltado que en lo que sí está de acuerdo la mayoría de los autores es en reconocer que el cumplimiento de las obligaciones contraídas por España derivadas de la ratificación de instrumentos supranacionales en los que se recoge la necesidad de tipificar la corrupción privada, justifica por sí mismo la existencia del delito en nuestro Código penal. De hecho, el legislador español fue muy claro, en este sentido, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, introductoria del tipo en nuestro ordenamiento, cuando sostuvo que “otro de los aspectos importantes de la reforma es la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado”, mencionando expresamente uno de los textos que se analizará a continuación.

Se ha señalado ya que la corrupción, como fenómeno penalmente relevante, va más allá del ámbito público y se pretenden perseguir manifestaciones de la misma en ciertos sectores particulares. La tendencia a la persecución penal de la corrupción en el ámbito privado es imparable y se enmarca en un contexto general de regulación y control de las relaciones mercantiles. De este modo, ha de decirse que los instrumentos normativos que se han dictado en este ámbito –ONU, OCDE, Consejo de Europa, entre otros– son diversos, con el fin de atajar un fenómeno que alcanza dimensión transnacional debido, como ya se ha expresado anteriormente, a la globalización de los mercados de bienes y servicios y a la internacionalización de las actividades criminales.¹⁷¹

Se ha reflejado en páginas anteriores que las conductas que incluimos dentro del término “corrupción” no afectan solo al bien jurídico “normal funcionamiento de la Administración pública”, sino que, en sus más

¹⁷¹ ENCINAR DEL POZO, M.A.: “La transparencia de las relaciones mercantiles y la reforma del Código Penal de 2010”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 103, Época II, Dykinson, Madrid, 2011, p. 169.

graves manifestaciones los efectos que acarrearán sobre las relaciones económicas la llevan al ámbito de la delincuencia socio-económica, viéndose esto potenciado por el hecho de que la dimensión internacional de algunos de estos comportamientos lleva a que el interés de su prevención “trascienda a los Estados individualmente considerados y vaya a la comunidad internacional”.¹⁷² Ya hemos aludido también a que, según la más autorizada doctrina, la irrupción de esta figura como comportamiento penalmente relevante se debe más a la exigencia de cumplimiento de las obligaciones emanadas por instancias internacionales que a una suerte de sensibilidad especial por parte del legislador español ante este tipo de corrupción¹⁷³, por lo que, resulta evidente que el estudio de los textos normativos supranacionales cobra especial necesidad. Antes de estudiar de modo más concreto los textos que vinculan a España en este sentido, deben dejarse anotadas brevemente dos cuestiones.

La primera es que, a pesar de que, en esta tesis doctoral solo van a analizarse las previsiones de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, del Convenio Penal contra la Corrupción del Consejo de Europa y de la Decisión Marco 2003/568/JAI comunitaria –por ser aquellas que poseen incidencia directa sobre nuestro ordenamiento jurídico–, existen otros textos jurídicos que abordan el fenómeno de la corrupción. En este punto, han de mencionarse tres iniciativas más existentes a propósito de la corrupción.

En primer lugar, como iniciativa precursora en este ámbito, la Convención Interamericana contra la Corrupción, en el contexto de la Organización de los Estados Americanos –OEA–, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996. No contiene, sin embargo, normas sobre corrupción privada. En segundo término, puede referirse también el Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997. Tampoco esta norma contiene referencia alguna a la corrupción entre particulares, si bien, fruto de la misma se introdujo en nuestro Código penal el delito hoy llamado de corrupción transnacional –anteriormente conocido como delito de corrupción de

¹⁷² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: “Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles...”, *op. cit.*, pp. 24-25.

¹⁷³ *Vid.*, nota al pie 65.

agente público extranjero– que, tras la reforma de nuestro ordenamiento penal obrada por la Ley Orgánica 1/2015, comparte Sección, Capítulo, Título y Libro con el tipo penal objeto de estudio. En tercer y último lugar, ha de mencionarse la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de dicha organización supranacional el 12 de julio de 2003, la cual sí contiene referencias normativas a la corrupción privada.

1. Breve comentario: el papel de la OCDE en la lucha contra la corrupción privada.

La segunda idea a la que hacía referencia se centra en el papel de la OCDE en la lucha contra la corrupción entre privados. Acabamos de relacionar que el único instrumento emanado por dicha organización es el Convenio de 1997 que, si bien no incorpora normas sobre la corrupción privada –y dejando patente que en el marco de dicha institución no se ha llegado a firmar ningún otro instrumento jurídico vinculante sobre tal tipo de corrupción–, no es menos cierto que esta norma sí posee alguna influencia sobre la materia¹⁷⁴ de la que trata esta investigación.

Son reconocidos los esfuerzos de la OCDE en la lucha contra la corrupción, particularmente procurando que las empresas adopten medidas de transparencia y *compliance*, tanto para la prevención de comportamientos ilícitos en el ámbito público como privado. En este sentido son de destacar las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*.¹⁷⁵ Concretamente en la Parte I, entre las “Recomendaciones para una conducta empresarial responsable en el contexto global”, encontramos un apartado VII destinado a la “Lucha contra la corrupción, las peticiones de soborno y otras formas de extorsión” en el que se dispone que:

¹⁷⁴ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., pp. 134-135.

¹⁷⁵ La revisión de dichas Directrices, llevada a cabo en 2011, puede consultarse en español en la web de la OCDE. Hay que recordar que solo las versiones en inglés y francés son consideradas oficiales. Fuente: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

Las empresas no deberán ofrecer, prometer, dar ni solicitar, directa o indirectamente, pagos ilícitos u otras ventajas indebidas para obtener o conservar un contrato u otra ventaja ilegítima. Las empresas deberán, asimismo, rechazar cualquier soborno y otras formas de extorsión. Concretamente, las empresas:

1. No deberán ofrecer, prometer o conceder ventajas indebidas, pecuniarias o de otro tipo a funcionarios públicos o a empleados de sus socios comerciales. Tampoco deberán solicitar, recibir o aceptar ventajas indebidas, pecuniarias o de otro tipo, de funcionarios públicos o empleados de sus socios comerciales. Las empresas no deberán recurrir a terceros tales como agentes u otros intermediarios, consultores, representantes, distribuidores, consorcios, contratantes y proveedores o asociados de las empresas para hacer llegar ventajas indebidas, pecuniarias o de otro tipo, a los funcionarios públicos o empleados de sus socios comerciales o a familiares o asociados de los mismos.

Y la 75^a recomendación establece lo siguiente:

La legitimidad, la integridad y la transparencia en el ámbito público y privado son conceptos clave en la lucha contra la corrupción, el soborno y otras formas de extorsión. El sector empresarial, las organizaciones no gubernamentales, los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales han realizado esfuerzos de cooperación con el fin de fortalecer el apoyo público de las medidas anticorrupción y mejorar la transparencia y la conciencia pública sobre los problemas de la corrupción y el soborno. La adopción de las prácticas apropiadas de gobierno corporativo también constituye un elemento esencial para promover una cultura de la ética dentro de las empresas.

Como se ve, los mandatos a las empresas son claros, tanto en la prohibición de realizar actos de soborno frente a funcionarios públicos como de llevarlos a cabo frente a empleados de sus socios comerciales. Se recomienda a las empresas multinacionales, en suma, que se abstengan de realizar comportamientos que se corresponden con la corrupción, consistentes en ser parte activa o pasiva respecto de pagos ilícitos u

otras ventajas indebidas para obtener o conservar un contrato u otra ventaja ilegítima. Ello se complementa con la recomendación de establecimiento de programas de cumplimiento y gobierno corporativo y con la adopción de medidas para conseguir la transparencia en el ámbito público y privado, reconociendo los esfuerzos de cooperación anticorrupción entre las empresas, las organizaciones no gubernamentales, los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales.

A esto debe añadirse que, para algún sector doctrinal, de la interpretación que surge del Convenio y de los Comentarios es posible que algunos comportamientos susceptibles de ser considerados internamente como un delito de corrupción entre particulares, puedan ser considerados típicamente relevantes conforme al Convenio de la OCDE.¹⁷⁶

Una vez realizado este breve comentario en torno a la labor de la OCDE en la lucha contra la corrupción privada, nos proponemos, seguidamente, revisar, como se ha indicado, aquellos instrumentos que tienen incidencia directa en el ordenamiento penal español y que poseen algún tipo de norma tendente a la criminalización de la corrupción en el sector privado. Comenzaremos estudiando la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción; posteriormente, analizaremos el Convenio Penal contra la Corrupción del Consejo de Europa y, por último, la Decisión Marco 2003/568/JAI, del Consejo. En esta última, plasmaremos algún comentario en relación al debate en torno a su obligatoriedad –aspecto ya anunciado en el primer Capítulo–, dado que constituye la motivación fundamental en la que se escudó el legislador penal español de 2010 para introducir el delito en el Código penal.

2. Naciones Unidas: la Convención de Mérida contra la Corrupción.

2.1. Consideraciones iniciales.

Este instrumento normativo es conocido también como la Convención de Mérida, por haber sido adoptada en esa ciudad de México, en diciembre de 2003. Entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, al reunir las 30 ratificaciones requeridas. Según la información de Naciones Unidas, a fecha 3 de octubre de 2017, un total de 183 Estados son parte del

¹⁷⁶ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., p. 136.

mismo.¹⁷⁷ En el caso de España, firma la Convención el 16 de septiembre de 2005 y la ratifica por instrumento de 9 de junio de 2006, entrando en vigor –y, por tanto, vinculando a nuestro país– el 19 de julio del mismo año.¹⁷⁸

La Convención se presenta como un texto omnicomprendivo que pretende abarcar el fenómeno de la corrupción en todos sus aspectos, sin necesidad de que se produzcan daños directos a las víctimas o, incluso, al propio Estado. Su objetivo central es impulsar políticas preventivas, con participación social, y potenciar la creación de órganos especializados de carácter independiente para luchar contra la corrupción,¹⁷⁹ además de incorporar algunas medidas represivas para potenciar su combate. Fue diseñada con una estructura coherente, formada por un Preámbulo y ocho Capítulos. A los efectos de este trabajo, interesarán especialmente el Preámbulo y los Capítulos II y III, destinados a “Medidas preventivas” y “Penalización y aplicación de la ley”.

Ámbito de aplicación. El artículo 3 de la Convención establece que la misma “se aplicará, de conformidad con sus disposiciones, a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción y al embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”. Además, conforme el párrafo segundo, “a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”.

Preámbulo. Una lectura del Preámbulo revela algunos elementos importantes que se relacionan con el fenómeno de la corrupción privada. Esencialmente, los Estados parte se declaran preocupados “por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica”, pero, además, apuntan algo que adquiere especial importancia en las sociedades actuales y que se relaciona con la globalización como causa de

¹⁷⁷ Información obtenida de la web de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Fuente: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹⁷⁸ El Instrumento de Ratificación fue publicado en el BOE nº 171, 19-07-2006, pp. 27132-27153.

¹⁷⁹ PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 6.

corrupción, ya estudiada en esta investigación, al sostener que “la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías”.

Medidas preventivas. A modo únicamente indicativo, haremos referencia a las medidas de carácter preventivo que, en relación al sector privado, se mencionan en el Capítulo II de la norma, concretamente en su artículo 12. A nuestros efectos, solo interesará el primero de los apartados, pues es el que se destina a prescribir a los Estados la adopción de medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado. Por su parte, los apartados segundo a cuarto de este artículo enumeran distintas y concretas herramientas y actuaciones preventivas.

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas.

Dos son las cuestiones que, a nuestro juicio, deben ser comentadas respecto de este primer párrafo. La primera versa acerca del grado de fuerza vinculante de este precepto respecto de los Estados parte. Como señalan CERINA y BRAVO, son tres los grados de obligatoriedad de las normas contenidas en la Convención. En el supuesto que nos ocupa, la norma estaría encuadrada en el primero de dichos grados, caracterizado por obligar “sin más a los Países miembros”¹⁸⁰ a adoptar estas medidas preventivas, en este caso concreto, respetando los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico interno. El segundo de los elementos a destacar se refleja en el final del párrafo, cuando insta a los Estados a prever sanciones penales –entre otras– eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas. Este mandato conecta este artículo con el que se verá a continuación, referido a la sanción penal de la corrupción entre particulares.

¹⁸⁰ CERINA, G. y BRAVO, C.: “La Corrupción en el sector privado. Apuntes de derecho comprado e internacional...”, *op. cit.*, p. 405.

2.2. El delito de soborno en el sector privado.

La siguiente llamada de atención de la Convención, en lo que nos incumbe, se encuentra en el artículo 21, situado este ya dentro del Capítulo III destinado a las sanciones penales.

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.

Como puede observarse, en este precepto se contiene la tipificación de la corrupción privada. Siguiendo la clasificación de CERINA y BRAVO anteriormente mencionada, nos encontramos con que el grado de obligatoriedad de esta norma es menor. Según sostienen, este artículo únicamente obliga “a los Estados miembros a examinar la penalización de las conductas” en él descritas. Realmente, en este punto surgen muchas dudas. Sirvan de ejemplo algunos interrogantes: ¿qué significa exactamente la expresión “considerará la posibilidad”? ¿habría dado cumplimiento España a la Convención si únicamente se hubiera planteado un debate parlamentario acerca de la conveniencia de incluir este delito en nuestro Código penal?, ¿y si ni el Legislativo ni el Ejecutivo hubieran iniciado discusión alguna?

Respecto de la primera pregunta, hasta donde deducimos de nuestro estudio, solo la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de*

las Naciones Unidas contra la Corrupción ofrece un criterio, a nuestro entender, vago y reiterativo. Dice este texto que se trata de una “tipificación no obligatoria, que los Estados deben considerar”¹⁸¹, por lo que, en lo que concierne a las dos últimas cuestiones, según nuestra opinión, ha de responderse afirmativamente a ambas, concluyéndose que, de no haber existido otros compromisos supranacionales vinculantes para nuestro legislador, la Convención no habría impuesto la necesidad de tipificar en nuestro ordenamiento la corrupción privada.

Antes de dar el siguiente paso en el análisis, quisiéramos dejar apuntada una idea que se deriva de la puesta en relación de los artículos 12 y 21; cuestión que no es otra que entender que la represión penal en este ámbito solo procederá en caso de que las medidas preventivas enunciadas en el Capítulo II hayan sido incumplidas. Esto pudiera tener, quizás, cierta trascendencia práctica, si bien es cierto que en el contexto de los países de la Unión Europea esta correlación se diluye por la presencia de la Decisión Marco que será posteriormente analizada.

Pasemos a desgranar, ahora, los elementos del tipo perfilados en el artículo 21. A este respecto, ha de señalarse que la ya mencionada *Guía legislativa*, si bien no constituye una interpretación auténtica del texto¹⁸², tiene un indudable valor hermenéutico. Veamos, pues, los aspectos que este texto destaca respecto del modelo de incriminación de la corrupción privada. En efecto, el primer detalle a señalar es que la Convención sugiere a los Estados parte la tipificación tanto de la corrupción activa como pasiva en el sector privado. Comencemos a analizar, entonces, lo que la Convención denomina “soborno activo”, esto es, el modelo de tipificación de la corrupción privada activa:

¹⁸¹ El texto de la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* puede consultarse en la web de la Oficina para el Crimen y la Droga de Naciones Unidas. Esta aclaración está contenida en el numeral 270 de la Guía Legislativa, p. 83. Fuente: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹⁸² Ello se deriva de las indicaciones contenidas en la propia Guía, concretamente en la página iv de su Prólogo de la segunda edición revisada, que marca el “objetivo de la Guía legislativa”.

Tipo objetivo. *Sujeto activo*: Como puede observarse, ni la Convención ni la *Guía legislativa* realizan mención expresa alguna que concrete quién puede ser el sujeto que prometa, ofrezca o conceda el beneficio indebido a la persona que dirija o trabaje en una entidad del sector privado. Ello nos lleva a pensar que el texto de Naciones Unidas configura un delito común en el que, por tanto, puede ser sujeto activo cualquier persona, sea física o jurídica.

Sujeto de la acción típica: Se trata del sujeto sobre el que recae la acción típica, es decir, el sujeto al que se promete, ofrece o concede el beneficio indebido. Dice la redacción del artículo 21 que debe tratarse de una persona que “dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella”. A mayor abundamiento, la *Guía legislativa*, se refiere a una persona “que dirija una entidad del sector privado o trabaje en ella”.¹⁸³

Así, los conceptos relevantes serán los de “dirigir” y “trabajar”. Trate-mos de profundizar un poco más en ellos. Si acudimos al Diccionario de la Lengua Española, encontramos que “dirigir” en su quinta acepción, es definida como “gobernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión”. Así, la noción de “dirección” nos sitúa en el campo de la planificación, la organización, la motivación y el control,¹⁸⁴ en definitiva, nos referimos a la última instancia de decisión en el seno de la organización empresarial. Conviene, en este punto, afirmar que “dirigir” es algo más que la mera gestión y la administración, encaminadas más a “desarrollar todas aquellas actividades productivas en una empresa, con el objetivo de generar rendimientos de los factores que suelen intervenir en el desarrollo de la misma” y a la “la correcta y adecuada disposición de bienes y de recursos de una empresa para poder lograr la optimización del desarrollo correspondiente a la misma en la consecución de la utilidad o la ganancia”, respectivamente; funciones que, a buen seguro, tienen mejor acomodo en la siguiente categoría.¹⁸⁵ Por su parte, “trabajar” es conceptuada en el Diccionario, en su segunda acepción, como “tener una ocupación remunerada en una

¹⁸³ *Guía legislativa*, p. 89.

¹⁸⁴ Información obtenida de la web Pymerang. Fuente: <http://www.pymerang.com/direccion-de-negocios/funciones-del-director-general/liderazgo/274-que-es-dirigir>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹⁸⁵ Información obtenida de la web Gestión y Administración. Fuente: <http://www.gestionyadministracion.com/empresas/administracion-y-gestion.html>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

empresa (...)". Por lo general, se estará haciendo referencia a una ocupación subordinada o dependiente del principal de la empresa, aunque, dado que la Convención no define más allá, nada obstaría a pensar en un profesional que presta servicios a la empresa, sin necesidad de estar inserto y subordinado al organigrama productivo de la misma. No ha de olvidarse que la redacción literal del artículo 21 habla de "cumplir cualquier función" en la entidad del sector privado, si bien ello, desde nuestro punto de vista, debe matizarse, pues debe tratarse de una persona que, cumpliendo una función en la entidad privada, tenga cierta capacidad de decisión.¹⁸⁶

Conducta típica: Prometer, ofrecer o conceder, de forma directa o indirecta, un beneficio indebido al sujeto de la acción típica, que redunde en su propio provecho o el de otra persona. Las acciones son, de este modo, la promesa, el ofrecimiento y la concesión de un beneficio indebido. Como se deduce sin dificultad, la norma de Naciones Unidas pone el acento no en el efectivo intercambio entre actuación corrupta y contraprestación –denominado en la *Guía legislativa*, soborno–, sino en el acuerdo corrupto o *pactum sceleris*. Se trata de verbos rectores que, efectivamente, suponen un adelantamiento de la barrera punitiva, al equiparar a la concesión otras actuaciones previas al eventual intercambio corrupto, como son la promesa y el ofrecimiento. Según la propia *Guía legislativa*, la promesa supone un acuerdo entre el sobornador y el sobornado y el ofrecimiento no implica la aceptación por parte del posible sobornado.

Esto deriva en una consecuencia fundamental: el delito de corrupción privada considerado penalmente relevante para las Naciones Unidas, es un delito de mera actividad y no de resultado material,¹⁸⁷ por lo que,

¹⁸⁶ Como se ha señalado anteriormente, en este trabajo se toma como referencia el postulado que vincula la corrupción con una desviación de poder, siendo así que para que exista corrupción, debe existir una cierta capacidad de decisión por parte del sujeto corrupto.

¹⁸⁷ Dice la *Guía legislativa* que, "la predisposición psicológica, o elemento subjetivo, requeridos para este delito es que la conducta sea intencional. Además, la *Guía legislativa*, al equiparar a la concesión acciones típicas que no suponen la materialización del intercambio corrupto, como son la promesa –que en palabras del propio texto supone únicamente el acuerdo entre el sobornador y el sobornado– y el ofrecimiento –que no implica la efectiva aceptación–, está reconociendo que la norma persigue castigar com-

consecuentemente, no será necesaria, para la consumación delictiva, la efectiva lesión del bien jurídico, bastando la mera puesta en peligro del mismo.

“De forma directa o indirecta”. Expone la *Guía legislativa* que “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”. Está pensando la norma en los casos en los que el beneficio se promete, ofrece o concede a un familiar, o una organización política, por ejemplo –en otras palabras, se promete, ofrece o concede a un “intermediario”–. Lo esencial, entemos, es que esa tercera persona sea capaz de ejercer influencia sobre la capacidad de decisión del sobornado. Lo mismo puede comentarse respecto del provecho para el sobornado o para otra persona; la clave reside en que el sobornado se vea conminado a actuar o abstenerse de actuar incumpliendo sus obligaciones como consecuencia de dicho beneficio.

“Beneficio indebido”. Nos recuerda la *Guía legislativa* que “el beneficio indebido o el soborno deben estar vinculados a las funciones de la persona [que dirija o trabaje en la entidad del sector privado]”. De nuevo, subyace aquí la idea que venimos manejando en los últimos párrafos; el punto clave es la aptitud para alterar la capacidad decisoria del sujeto de la entidad privada. Lo primero a reseñar es que la *Guía legislativa* opta y sugiere una interpretación amplia de la noción de “beneficio”, considerando tal, “algo tangible o intangible, pecuniario o no pecuniario”. Ello supone que se admite que la contraprestación pueda ser o no dineraria o económicamente evaluable. Respecto de la cualidad de “indebido”, sostienen CERINA y BRAVO que queda fuera del alcance de la norma “todo tipo de ventaja considerada debida por alguna fuente normativa”. Relacionan esta cualidad con la idea de adecuación social, por cuanto no tendrán la consideración de “indebido” los beneficios considerados socialmente lícitos o, de alguna forma, asimilables a regalos de cortesía.¹⁸⁸ Consideramos que puede ser más útil, acudiendo

portamientos de *mera actividad*, en los que solo es preciso que el sobornado tenga noticia del ofrecimiento por parte del sobornado. Tampoco se necesita, para la consumación delictiva, que el beneficio indebido llegue a producir la influencia en la conducta de la persona de la entidad privada. *Vid. Guía legislativa*, p. 90.

¹⁸⁸ CERINA, G. y BRAVO, C.: “La Corrupción en el sector privado. Apuntes de derecho comprado e internacional...”, *op. cit.*, p. 408.

de nuevo a la *Guía legislativa*, entender que “indebido” debe relacionarse con las funciones y atribuciones de la persona que dirige o trabaja en la entidad privada, siendo entonces “indebido” todo beneficio que salga o se exceda de las mismas. Algunos autores, además, sostienen que “en el caso del cohecho propio, beneficio dado, prometido, recibido o solicitado para violar deberes, la mención expresa del adjetivo «indebido» parece ser pleonástica”.¹⁸⁹

Otro elemento de interés es el ámbito típico en el que, según la norma de Naciones Unidas, deben manifestarse las conductas de corrupción privada para ser merecedoras de reproche penal: nos estamos refiriendo a la expresión “actividades económicas, financieras o comerciales”. En todo caso, dado que esto fue tomado en consideración ya en el apartado dedicado a los elementos singulares de la corrupción entre particulares, nos remitimos a esas líneas, sin necesidad de formular comentario añadido en este momento.

Tipo subjetivo. De la redacción literal del artículo 21, se desprende que adquirirán relevancia penal estas conductas únicamente cuando se cometan intencionalmente. La Convención configura, por tanto, un delito doloso.

Elemento subjetivo del injusto: “Con el fin de que actúe o se abstenga de actuar”. En este punto, cabe señalar únicamente que se trata de un delito tanto de acción como de omisión. La *Guía legislativa* establece a este respecto que debe establecerse algún tipo de vínculo entre el ofrecimiento o el beneficio y el hecho de inducir a la persona de la entidad privada a que actúe o se abstenga de actuar. Este vínculo se concreta cuando “el acusado tuviera la intención no solo de ofrecer el soborno sino también de influir en la conducta del destinatario”.¹⁹⁰

“Faltando al deber inherente a sus funciones en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales”. Ésta es, quizás, la expresión de más compleja interpretación dentro de la norma de Naciones Unidas, cuya dificultad es también predicable de otras normas e instrumentos

¹⁸⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y CERINA, G.: “¿Un delito de corrupción privada? Obligaciones internacionales...”, *op. cit.*, p. 182.

¹⁹⁰ *Guía legislativa*, p. 90.

que la contienen. Si bien será necesario analizar cada redacción concreta, baste aquí apuntar que las divergencias surgen en torno a si debemos entender que se trata de deberes del sujeto de la entidad privada respecto de su principal o la propia entidad o si, por el contrario, se trata de obligaciones *ad extra*, frente a los competidores, en defensa de la lealtad competitiva en el seno de actividades económicas, financieras o comerciales. Esta cuestión es realmente determinante, por cuanto conceptualizar la expresión de un modo u otro tendrá un reflejo directo sobre el bien jurídico protegido por la norma y, en gran medida, influirá en la interpretación que deba darse del delito contenido en el Código penal español.

Así las cosas, CERINA y BRAVO optan por una interpretación amplia. Siguiendo el aforismo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, defienden que, además de deberes que descienden de leyes o reglamentos, debe incluirse toda violación de obligaciones contractuales, reglas contenidas en códigos éticos o incluso de simples instrucciones.¹⁹¹ Aceptando el punto de vista de los autores mencionados, desde nuestro punto de vista, una interpretación extensiva de este íncipit obstaculiza la seguridad jurídica, valor y principio fundamental del Derecho penal. Es cierto que para determinar jurídicamente qué se entiende por “obligación”, en este contexto, serían precisas mayores concreciones interpretativas que la *Guía legislativa* no contiene, pero optar, como parece que hacen los autores, por entender que las obligaciones a las que hace referencia la norma se refieren, por un lado, a las existentes respecto de los competidores –señaladas como obligaciones que descienden de leyes y reglamentos–, y por otro, a las que tiene la persona de la entidad del sector privado respecto de su principal –según los autores, derivadas de “toda violación de obligaciones contractuales, reglas contenidas en códigos éticos o incluso de simples instrucciones”–, nos llevaría a encontrarnos con dificultades interpretativas de cierta importancia, tanto desde el punto de vista de la individualización de las mismas como a la hora de determinar si el bien jurídico tras el delito es la fidelidad en las relaciones laborales o la competencia leal

¹⁹¹ CERINA, G. y BRAVO, C.: “La Corrupción en el sector privado. Apuntes de derecho comprado e internacional...”, *op. cit.*, p. 408. CERINA también defiende una interpretación extensiva de la expresión en su artículo con BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. En este segundo trabajo, los autores mencionados añaden que se hace referencia siempre a deberes que “guardan algún tipo de relación con la función del corrupto en una «entidad del sector privado»”. En BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y CERINA, G.: “¿Un delito de corrupción privada? Obligaciones internacionales...”, *op. cit.*, p. 182.

en el ámbito económico, financiero o comercial o, quizás, se haya optado por un modelo híbrido. En resumen, esta interpretación extensiva no facilita las cosas al operador jurídico a la hora de servirse de la Convención de Naciones Unidas para interpretar el delito tipificado en el artículo 286 bis del Código penal español.

Es una cuestión compleja, sin duda, que, como se ha mencionado, no encuentra respuesta en la Convención ni en la *Guía legislativa* que, tal vez deliberadamente, mantiene una redacción abierta. Tratando de optar por una interpretación más enfocada de esta expresión, si acudimos al comentario de la misma que la *Guía legislativa* realiza en el contexto del soborno pasivo, se recoge expresamente que se trata de faltar “al deber inherente a las funciones propias, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales”. De esta literalidad, entendemos que se refiere a las funciones que el sujeto desempeña, como parte de la entidad del sector privado en dichas actividades, esto es, que se trata del incumplimiento de los deberes *ad extra* del sujeto para con los intervinientes en actividades económicas, financieras o comerciales y que, por tanto, no se trata de proteger la fidelidad del subordinado respecto al principal *ad intra*, en el seno de la entidad del sector privado. En todo caso, como ha apuntado acertadamente la doctrina, “las Guías no se pronuncian sobre otros aspectos del posible tipo penal”¹⁹², lo cual mantiene vivo el debate doctrinal.

Finalizado este análisis, respecto de las conductas de corrupción privada pasiva –denominadas en la *Guía legislativa* “soborno pasivo”– solo es preciso llevar a cabo algunas pequeñas precisiones:

Tipo objetivo. Sujetos: Como sucede con los delitos clásicos de corrupción, el sujeto activo de la versión pasiva será quien en la modalidad activa era considerado sujeto de la acción típica: en este caso, la persona que dirija la entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella.

Conducta típica: Ahora los verbos que definen la conducta son los de “solicitar” o “aceptar”. Respecto del primero, entendemos que es la persona de la entidad privada la que toma la iniciativa cuando pretende,

¹⁹² *Ibid.*, p. 181.

pide o busca la obtención de un beneficio indebido. “Aceptar”, sin embargo, supone que es el particular corruptor el que toma la iniciativa y el sujeto de la entidad privada únicamente recibe voluntariamente o sin oposición lo concedido. En esta modalidad, según recalca la propia *Guía legislativa*, también debe establecerse el vínculo entre el beneficio solicitado o aceptado y la influencia en la conducta de la persona que dirige o trabaja en la entidad del sector privado.

2.3. Otras normas.

Conforme al artículo 26, la norma de Naciones Unidas conmina a los Estados a adoptar las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, con la finalidad de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos tipificados en la Convención. El segundo apartado del citado precepto establece la posibilidad de que dicha responsabilidad pueda revestir índole civil, penal o administrativa. El punto tercero dispone que la responsabilidad de una persona jurídica por su participación en cualquiera de los delitos tipificados, no excluirá la responsabilidad personal individual que incumba a las “personas naturales que hayan cometido los delitos”.

De igual modo, el artículo 27, establece reglas para tipificar como delito cualquier forma de participación, ya sea como cómplice, colaborador o instigador, así como la tentativa –apartado segundo– y la “participación con miras” a cometer cualquier delito de los tipificados en la Convención de Naciones Unidas.

Llegados a este punto, se concluye el examen a los elementos más relevantes contenidos en la Convención de Naciones Unidas y relacionados con la previsión penal de la corrupción privada. Es momento, pues, de pasar a estudiar la siguiente iniciativa supranacional de las enunciadas anteriormente.

3. El Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa.

El Convenio Penal sobre la Corrupción, número 173 del Consejo de Europa –en adelante en este momento, “Convenio Penal” o, simplemente, “Convenio”– fue elaborado en Estrasburgo, el 27 de enero de 1999. Firmado por España el 10 de mayo de 2005 y ratificado el 28 de abril de

2010, la entrada en vigor para nuestro país se produjo el 1 de agosto del mismo año 2010.¹⁹³

El Convenio aborda aquellas cuestiones de carácter penal relacionadas con las conductas de corrupción. No obstante, en este instrumento, el Consejo de Europa no define qué entiende por la misma; se hace necesario acudir al Convenio Civil sobre la Corrupción, número 174 del Consejo de Europa,¹⁹⁴ cuya definición, si bien se sostiene que será válida a efectos del propio Convenio Civil, puede resultar útil a la hora de comprender a qué clase de comportamientos pretende hacer frente el Consejo de Europa con los dos textos normativos. Siendo esto así, en su artículo 2, el Convenio Civil establece que:

A los efectos del presente Convenio se entenderá por «corrupción» el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida.

Como se observa, el concepto por el que opta el Consejo de Europa es indudablemente amplio. Ello se explica porque ambos Convenios pretenden abordar estas conductas en toda su extensión. Desde la óptica penal, y concretando en el Convenio número 173, el Consejo de Europa reconoce que tradicionalmente –siquiera durante el siglo pasado– la corrupción en el sector privado ha sido abordada con leyes civiles o laborales o previsiones del Derecho penal general y entiende que “criminalizar la corrupción privada fue un esfuerzo pionero, pero necesario para evitar vacíos en una estrategia global contra la corrupción”. En línea con lo anterior, el Consejo de Europa sostiene que las razones para prever sanciones penales por estas conductas son múltiples. En

¹⁹³ El Instrumento de Ratificación fue publicado en el BOE nº 182, 28-07-2010, pp. 65780-65812.

¹⁹⁴ Hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999. Firmado por España el 10 de mayo de 2005 y ratificado el 16 de diciembre de 2009 (Instrumento de Ratificación publicado en el BOE nº 78, 31-03-2010). Entró en vigor para nuestro país el 1 de abril de 2010.

primer lugar –argumenta el organismo supranacional–, la corrupción en el sector privado socava los valores como la confianza y la lealtad, necesarios para el mantenimiento y desarrollo de las relaciones sociales y económicas; en segundo término, porque incluso en ausencia de un daño material específico para la víctima, la corrupción entre particulares causa daño a la sociedad en su conjunto y, en último lugar, la penalización de esta clase de corrupción era necesaria para garantizar el respeto de la competencia justa, y, con ello, proteger al público de los efectos nocivos de la corrupción en los negocios.¹⁹⁵

El Convenio del Consejo de Europa dedica a la corrupción en el sector privado los artículos 7 y 8, cuyo alcance –según pone de manifiesto algún sector de la doctrina– supera a los preceptos de las normas comunitarias –la Acción Común 1998/742/JAI y la posterior Decisión Marco 2003/568/JAI–, ya que en la norma del Consejo de Europa no se prevé la restricción a la conducta que implique una distorsión de la competencia.¹⁹⁶

Obsérvense, pues, las previsiones referidas a la corrupción privada contenidas en el Convenio Penal:

Artículo 7. Corrupción activa en el sector privado.

Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes.

Artículo 8. Corrupción pasiva en el sector privado.

Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito,

¹⁹⁵ *Explanatory Report to the Criminal Law...*, *op. cit.*, punto 52.

¹⁹⁶ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados (art. 286 bis CP)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A.; GÓMEZ PAVÓN, P.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A. (coords.): *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 343.

conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de que una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado solicite o reciba, directamente o por mediación de terceros, una ventaja indebida o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes.

Corrupción activa en el sector privado (artículo 7 del Convenio Penal):

Tipo objetivo. *Sujeto activo*: El Convenio configura el delicto de corrupción activa en el sector privado como un delito común, al no exigir condición especial alguna para cometer el tipo. El sujeto, pues, puede ser cualquier persona y tener cualquier cualidad. Ahora bien, si el sobornador –en palabras del *Explanatory Report*– actúa por cuenta o en nombre de una empresa, también esta podrá ser considerada responsable, siendo que la responsabilidad de dicha empresa no excluye de ninguna manera la responsabilidad individual de la persona física.¹⁹⁷

Conducta típica: Consiste en prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado, para sí misma o para cualquier otra persona. Con “prometer”, el Convenio pretende cubrir situaciones en las que quien soborna se compromete a dar una ventaja indebida en un momento posterior al acto solicitado. Por “ofrecer”, entiende la norma que deben abarcarse aquellas situaciones en las que el sujeto activo muestra su disposición a dar la ventaja indebida en cualquier momento. Finalmente, “otorgar” hace referencia a las situaciones en las que se produce la transferencia efectiva de la ventaja indebida.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Así se reconoce en el *Explanatory Report* ya citado, concretamente en el punto 53 en relación al 35, de cuya lectura conjunta podemos interpretar, respecto del sujeto activo de la corrupción activa, que “el sobornador puede ser cualquier persona, sea cual sea su capacidad (empresario, persona privada, etc.)”.

¹⁹⁸ *Ibid.*, punto 53 en relación al 36.

“Directa o indirectamente... para sí misma o para cualquier otra persona”. La norma del Consejo de Europa prevé que el beneficio pueda ser prometido, ofrecido u otorgado directa o indirectamente –evoca a lo que en algunos ordenamientos se tradujo en la noción de “intermediario”, o de “persona interpuesta”–, al sobornado, pero también puede serlo a un tercero. A este respecto, concreta el *Explanatory Report* que la ventaja indebida no necesariamente debe ser dirigida al sujeto corrupto del sector privado para sí mismo; puede ser dirigida a otro –un familiar, una organización de la que el sujeto sobornado forme parte–, siempre que el sobornado haya sido consciente de ello. Finalmente, el documento explicativo afirma que, con independencia de que el destinatario o beneficiario de la ventaja indebida haya sido el propio sujeto del sector privado o un tercero, la operación se puede haber realizado a través de uno o varios intermediarios.¹⁹⁹

Es interesante, ahora, revisar qué entiende el Convenio por “ventaja indebida”. El Consejo de Europa reconoce que, generalmente, estas son de naturaleza económica, pero que pueden poseer naturaleza inmateral. Lo decisivo es, por tanto, que el sobornado –o la persona beneficiada por el soborno– “se coloque en una posición mejor a la que estaba antes de la comisión del delito” y que no se tenga derecho a esa prestación. A modo ejemplificativo, el *Explanatory Report* cifra dicha ventaja en dinero, días festivos o vacaciones, préstamos, alimentos, mejores perspectivas laborales, etc.²⁰⁰

En referencia al carácter indebido, se dice que este elemento cobra una importancia central en la labor de transposición del Convenio a los ordenamientos internos. Por ello, hemos creído necesario realizar un comentario más extenso. Así las cosas, como “indebida”, a los efectos del Convenio, deberá ser interpretada toda ventaja que el receptor no está legalmente autorizado a recibir o aceptar. Para el Consejo, el adjetivo “indebida” excluye todas aquellas ventajas que están permitidas por la ley o los estatutos, así como todas aquellas de escaso valor –regalos mínimos, según la letra literal del documento explicativo– u obsequios socialmente aceptables.²⁰¹

¹⁹⁹ *Ibid.*, punto 53 en relación al 36.

²⁰⁰ *Ibid.*, punto 53, en relación al 37.

²⁰¹ *Ibid.*, punto 53, en relación al 38.

La conducta debe cometerse “en el curso de una actividad mercantil” – podría traducirse también como “actividad empresarial”–. Específicamente, dicha expresión ha de interpretarse en sentido amplio, pudiendo abarcar cualquier tipo de actividad mercantil, en particular el comercio de bienes y la prestación de servicios, incluyendo servicios al público –transporte, telecomunicaciones, etc.–Excluye el Consejo, deliberadamente, cualquier actividad sin ánimo lucrativo desarrollada por personas u organizaciones –como ejemplo, asociaciones u ONGs–. A juicio del organismo supranacional, ello es así para focalizar los esfuerzos en lo que considera el sector más débil, el de los negocios. No obstante, reconoce que esta limitación podría dar lugar a alguna laguna de punibilidad, por lo que faculta a los Estados parte a no aplicar dicha restricción, obviando esta expresión a la hora de tipificar este delito en sus ordenamientos penales internos.

Sujeto de la acción típica: se trata de la persona a la que se promete, ofrece u otorga la ventaja indebida. Según la redacción normativa, debe tratarse de “una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado”. El *Explanatory Report* insta a interpretar esta expresión en sentido amplio, en la medida en la que incluye la relación empleador-empleado, pero también otro tipo de relaciones, como la existente entre los socios, entre el abogado y su cliente, y otras aun cuando no exista nexo contractual. En suma, comprende también: i) la dirección –en todos los niveles– incluidos los miembros del Consejo de Administración, pero no los accionistas; y ii) personas que no tienen *status* de empleado o que no desarrollan su trabajo de manera continuada para la empresa –por ejemplo, consultores o agentes de ventas–, toda vez que estos puedan comprometer la responsabilidad de la empresa.²⁰²

Así mismo, la expresión “entidad del sector privado” se refiere a aquellas compañías, empresas, fundaciones u otras entidades, tengan o no personalidad jurídica, que de modo total o parcial sean propiedad de personas privadas; siempre que se dediquen a actividades mercantiles

²⁰²*Ibid.*, punto 54. Se toma la interpretación realizada por ENCINAR DEL POZO. En ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 139.

–literalmente “de negocios”–. Debe entenderse incluida la persona física, pero no las entidades públicas.²⁰³

Tipo subjetivo. El Convenio establece que las conductas de corrupción privada merecerán reproche penal cuando se cometan “intencionalmente”, por lo que el delito se ha de configurar como doloso.

Elemento subjetivo del injusto: “Con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto”. Al igual que se analizó previamente para el caso de la norma de Naciones Unidas, también en el texto del Consejo de Europa se prevé que la actuación corrupta pueda llevarse a cabo por una acción o una omisión.

“Incumpliendo sus deberes”. La realización del acto u omisión debe suponer un incumplimiento de las obligaciones de la persona que dirige o trabaja en cualquier calidad para una entidad del sector privado. El propio *Explanatory Report* del Convenio establece que la criminalización de la corrupción en el sector privado busca proteger la confianza y la lealtad que son indispensables para que existan relaciones privadas. En ese sentido, la expresión “incumpliendo sus deberes”, para el Consejo, no apunta solo a garantizar el respeto de las concretas obligaciones contractuales, sino más bien a asegurar que no habrá violación alguna del deber general de lealtad en relación con los asuntos o negocios del principal. Quien acepta un soborno para actuar o abstenerse de actuar de manera contraria a los intereses de su principal traicionará la confianza depositada en él por el empresario.²⁰⁴ Para el Consejo de Europa que la noción de “incumplimiento del deber” está, además, vinculada con la de “secreto” o clandestinidad, que conlleva aceptar la ventaja sin haber solicitado u obtenido la autorización o aprobación del principal, lo que pone en peligro sus intereses.²⁰⁵

Una vez finalizado el comentario acerca de cómo el Convenio configura el delito de corrupción activa entre particulares, se hace preciso ahora resaltar algunos elementos en torno a la previsión de la corrupción pasiva en el sector privado (artículo 8 del Convenio Penal):

Tipo objetivo. *Sujeto activo*: En este supuesto, como puede deducirse, el delito se convierte en especial, dado que solo puede ser cometido por

²⁰³ *Explanatory Report...*, *ibid.*, punto 54.

²⁰⁴ *Ibid.*, punto 55.

²⁰⁵ Se toma la interpretación realizada por ENCINAR DEL POZO. En ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 139.

la persona que dirige o trabaja en cualquier calidad para una entidad del sector privado. Estos conceptos no son definidos por el Convenio, por lo que estas nociones habrán de ser interpretadas de manera general,²⁰⁶ siéndole aplicables los comentarios respecto de los sujetos de la acción típica en la corrupción activa.

Conducta típica: En este caso, lo único reseñable es que los verbos rectores de la conducta, “solicitar” y “recibir” son correlativos a los previstos en la modalidad activa. “Solicitar” es interpretado en el *Explanatory Report* como el “acto unilateral por el cual el sujeto de la entidad privada permite a otra persona saber, implícita o explícitamente, que va a tener que “pagar” por obtener un acto u omisión. Sí debe existir nexo de causalidad entre la petición y el acto u omisión, siendo indiferente si la ventaja indebida se solicita para sí o un tercero. En cuanto a “recibir”, entiende como tal el Convenio Penal la obtención actual de la ventaja indebida, ya sea por la persona que dirige o trabaja en la entidad privada, o por un tercero –a modo de ejemplo, cónyuge, compañero de trabajo, organización de la que el sujeto forme parte, etc.–. Supone, como mínimo, algún tipo de aceptación por parte del sobornado. En línea con lo referido anteriormente, es perfectamente posible la participación de intermediarios; siendo necesario predicar el reproche penal de la conducta del sujeto privado, con independencia de la buena o mala fe del intermediario involucrado.²⁰⁷

3.1. Otras normas.

Además de la descripción típica del delito de corrupción privada, el Consejo de Europa incluye en el Convenio Penal algunas otras previsiones que resulta interesante mencionar.

En el artículo 15 prescribe a los Estados adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias para castigar penalmente todo acto de complicidad con los delitos tipificados en el Convenio, entre ellos, la corrupción privada.

²⁰⁶ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 345.

²⁰⁷ *Explanatory Report...*, *op. cit.*, punto 56, en relación a los puntos 41 y 42.

El artículo 18 recoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto del delito de corrupción privada activa, siempre que sea cometido en beneficio de aquellas por una persona física, actuando individualmente o como miembro de un órgano de la persona jurídica, que ejerza un poder directivo dentro de ésta, sobre la base de: i) un poder de representación de la persona jurídica; o ii) capacidad para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica; o iii) poder para ejercer control en el seno de la persona jurídica.

También se prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica en supuestos de participación de la persona física en calidad de cómplice o instigador en la comisión de cualquier delito tipificado en el Convenio o en aquellos otros en que se verifique una falta de vigilancia o de control por parte de una de las personas físicas referidas. En todo caso, la responsabilidad de la persona jurídica no excluye la acción penal contra las personas físicas autoras, instigadoras o cómplices.

3.2. Aplicación del Convenio Penal.

3.2.1. El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO).

Uno de los puntos clave del instrumento del Consejo de Europa es que cuenta con un mecanismo de evaluación de su cumplimiento. Para ello, se creó en 1999 el Grupo de Estados contra la Corrupción –GRECO por sus iniciales en francés–, en paralelo a la adopción de ambos Convenios –Penal y Civil–. El objetivo del GRECO es mejorar la capacidad de sus miembros para luchar contra la corrupción mediante el control del cumplimiento de las normas del Consejo de Europa, realizado a través de un proceso de evaluación mediante el que se pretende ayudar a los Estados a identificar las deficiencias en las políticas nacionales de lucha contra la corrupción, con el fin de provocar las reformas legislativas, institucionales y prácticas necesarias. En ese sentido, el GRECO también se configura como una plataforma abierta para el intercambio de las mejores prácticas en la prevención y detección de la corrupción. Por ello, la pertenencia al GRECO no se limita a los Estados miembro del Consejo de Europa, sino que está abierta a cualquier Estado que participara en la elaboración del acuerdo parcial ampliado o que llegue a ser parte de cualquiera de los dos Convenios sobre Corrupción. En la ac-

tualidad, el GRECO cuenta con 49 miembros; 48 de ellos, Estados europeos a los que se suma Estados Unidos.²⁰⁸ En este sentido, también la Unión Europea está trabajando en fórmulas para participar, como institución supranacional, en el GRECO.²⁰⁹

Así las cosas, para cumplir su función, el GRECO elabora informes de evaluación, a través de un cuestionario y de visitas a los países. Los informes se redactan previa discusión con el Estado evaluado, procediéndose posteriormente a un debate y, en su caso, a su aprobación en sesión plenaria; reuniones que son celebradas en la ciudad de Estrasburgo. En principio, se trata de documentos confidenciales, pero pueden ser publicados si se cuenta con el consentimiento del Estado evaluado. Dichos informes contienen recomendaciones –como se ha dicho ya, de carácter legislativas, institucionales o prácticas– que el Estado debe poner en marcha en un período de tiempo determinado. El pro-

²⁰⁸ Información obtenida de la web del Consejo de Europa. Sección “What is GRECO?”. Fuente: <http://www.coe.int/en/web/greco/about-greco/what-is-greco>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

²⁰⁹ El *Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*, publicado en el DOUE de 4 de mayo de 2010, recogía ya una invitación del Consejo Europeo a la Comisión para elaborar una política anticorrupción global en estrecha cooperación con el GRECO, así como para que la Comisión presentara al Consejo un informe sobre las modalidades de adhesión de la Unión a GRECO. Ello se tradujo en un documento de 6 de junio de 2011, la *Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre Lucha contra la corrupción en la UE*, donde se establece que “la participación de la UE en el GRECO (...) daría lugar a sinergias entre los dos mecanismos. Concretamente, el GRECO podría contribuir al mecanismo de supervisión de la UE facilitando análisis comparativos de sus informes de evaluación y cumplimiento existentes sobre los Estados miembros de la UE, así como indicando las principales recomendaciones pendientes que requieran un seguimiento adicional. A la luz de lo expuesto más arriba, la Comisión está estableciendo un mecanismo de seguimiento de la lucha contra la corrupción en la UE destinado a evaluar periódicamente los esfuerzos de los Estados miembros en esta materia, y solicitará la autorización del Consejo para negociar la participación de la UE en el GRECO con el Consejo de Europa. La Comisión, partiendo de las conclusiones del Informe Anticorrupción de la UE, considerará a medio y largo plazo la necesidad de iniciativas políticas adicionales, como la aproximación de la legislación penal en materia de corrupción”. Esta Comunicación puede consultarse en la web del Parlamento Europeo. Fuente: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com\(2011\)0308_/com_com\(2011\)0308_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com(2011)0308_/com_com(2011)0308_es.pdf). Consultado el 2 de noviembre de 2017.

ceso concluye con la evaluación de cumplimiento a los Estados respecto de las recomendaciones vertidas, a través de los informes de cumplimiento, que pueden ir acompañados de apéndices.²¹⁰

3.2.2. Los Informes del GRECO relativos a España.

España, como es habitual entre los Estados parte del GRECO, hasta el momento actual, ha sido objeto de cuatro rondas de evaluación²¹¹, referidas a los siguientes períodos:

- a) Primera ronda de evaluación (años 2000 a 2002): La Primera ronda se inició con el Informe de Evaluación, adoptado por el GRECO en su 5ª Reunión Plenaria, el 15 de junio de 2001 y se completó con el Informe de Cumplimiento, adoptado en la 15ª Reunión Plenaria, el 17 de octubre de 2003 y el Apéndice al Informe de Cumplimiento, adoptado en la 24ª Reunión Plenaria, el 1 de julio de 2005.
- b) Segunda ronda de evaluación (años 2003 a 2006): Este período evaluado está conformado por el Informe de Evaluación, adoptado en la 23ª Reunión Plenaria, el 20 de mayo de 2005, el Informe de Cumplimiento, elaborado en la 34ª Reunión Plenaria, el 19 de octubre de 2007 y el Apéndice al Informe de Cumplimiento, fruto de la 44ª Reunión Plenaria, de fecha 8 de octubre de 2009.
- c) Tercera ronda de evaluación (año 2007): En esta Tercera Ronda, el GRECO procede a evaluar a España en dos temas; es decir, realiza una doble evaluación, por un lado, en un primer ítem acerca de las “incriminaciones”, esto es, acerca de cómo se han introducido en el ordenamiento penal los tipos derivados del Convenio Penal, su Protocolo Adicional y el Principio Director 2 y, por otro lado, se procede a la evaluación de un segundo tema, la “transparencia en la financiación de partidos”. Tanto el Informe de Evaluación del primer tema como del segundo son adoptados en la 42ª Reunión Plenaria, el 15 de mayo de 2009.

²¹⁰ ENCINAR DEL POZO. En ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., pp. 142-143.

²¹¹ Todos los Informes pueden ser consultados en la web del Consejo de Europa. Fuente: <http://www.coe.int/en/web/greco/evaluations>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

Este período se completa con un primer Informe de Cumplimiento, adoptado en la 50ª Reunión Plenaria, el 1 de abril de 2011; un segundo Informe de Cumplimiento, aprobado en la 60ª Reunión Plenaria, el 21 de junio de 2013; y dos Apéndices al segundo Informe de Cumplimiento, adoptados respectivamente en la 65ª y la 70ª Reuniones Plenarias, en fechas 10 de octubre de 2014 y 4 de diciembre de 2015.

- d) Cuarta ronda de evaluación (años 2012 a 2013): Contiene el Informe de Evaluación adoptado en la 62ª Reunión Plenaria, el 6 de diciembre de 2013.
- e) Se ha iniciado una quinta ronda, en marzo de 2017, respecto de la cual todavía no existen, al momento de redactar estas líneas, informes de evaluación.

3.2.3. Informes en referencia a la corrupción privada.

3.2.3.1. Informe adoptado en la 42ª Reunión Plenaria.

El primer documento que ha de tenerse en cuenta es el Informe de Evaluación, adoptado en la 42ª Reunión Plenaria –de fecha 15 de mayo de 2009– sobre el “tema 1”, encuadrado dentro de la Tercera ronda de evaluación a España. El Informe, en concreto, pretende evaluar la labor de nuestro país en el cumplimiento de varios preceptos, concretamente los artículos 1a y 1b, del 2 al 12, del 15 al 17 y el párrafo primero del artículo 19 del Convenio Penal sobre la Corrupción y los artículos del 1 al 6 de su Protocolo Adicional, así como el Principio Director 2 (criminalización de la corrupción).²¹²

Dentro del apartado II “Incriminationes”, en concreto en los puntos 52 y 53, el Consejo de Europa procede a valorar el grado de cumplimiento por parte de España de los artículos 7 y 8 del Convenio Penal sobre la Corrupción que, recuérdese, eran los destinados a la tipificación de la corrupción en el ámbito privado.²¹³ A este respecto, se señala lo siguiente:

²¹² *Informe de Evaluación*, adoptado en la 42ª Reunión Plenaria, de 15 de mayo de 2009, punto 2.

²¹³ Texto original en inglés, traducción propia.

52. El Código Penal español no criminaliza la corrupción en el ámbito privado. Puesto que no existe el delito de corrupción privado, la definición de “empleado público” se ha convertido en el factor clave para criminalizar la mayor parte de las situaciones que dan lugar a un delito de corrupción; permitiría, por ejemplo, sancionar supuestos de corrupción dentro de empresas estrictamente privadas pero que continúan estando controladas por el Estado (por ejemplo, Caso No. 2052/2001). La estrategia punitiva más segura en relación con la corrupción en el ámbito privado es, probablemente, la representada por los delitos de malversación/mala administración, en los casos en que el empleado (o el gerente que recibe el soborno) formaliza un contrato que daña financieramente a la empresa. En el ámbito del derecho civil, la corrupción privada está prohibida por la Ley de Competencia Desleal, que prohíbe expresamente “la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores”. Aunque la Ley de Competencia Desleal proporciona exclusivamente instrumentos de naturaleza civil, existe la posibilidad de imponer una sanción administrativa (artículo 7 de la Ley de Protección a la competencia) en los casos en que la práctica desleal consistente en el pago de un soborno tenga la suficiente importancia como “para distorsionar gravemente la competencia en el mercado” y que dicha distorsión afecte “el interés público”.

53. Las modificaciones del Código Penal propuestas introducen el delito de corrupción en el sector privado con el fin de adaptarse a las exigencias de la Unión Europea que emanan de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

Como puede observarse –téngase en cuenta que esta evaluación se lleva a cabo en 2009, antes de la entrada en vigor de la reforma del Código Penal fruto de la Ley Orgánica 5/2010, que introduce el tipo en nuestro ordenamiento–, el Consejo de Europa constata la inexistencia, en ese momento, del delito en nuestro Derecho penal, a pesar de hacerse eco de la futura reforma, hoy ya Derecho vigente, prevista para

dar cumplimiento a las exigencias emanadas de la Decisión Marco 2003/568/JAI –punto 53–. Ante esa falta de tipificación, el Consejo de Europa se hace eco de las estrategias de los Jueces y Tribunales españoles para hacer frente a la mayor parte de los casos de corrupción privada: interpretación laxa del concepto de empleado público o la aplicación de los tipos de malversación o administración desleal. Del mismo modo, reconoce la posibilidad de imponer una sanción administrativa en virtud de la Ley de Competencia Desleal.

El Consejo de Europa menciona, en el punto 52, un supuesto de hecho resuelto por el Tribunal Supremo, en su sentencia 2052/2001, en la que el Alto Tribunal desestima un recurso de casación interpuesto por los acusados, que fueron condenados, entre otros, por un delito de cohecho, motivado por los siguientes hechos, expuestos de manera sucinta: uno de los recurrentes, administrador único de un laboratorio farmacéutico, con objeto de aumentar las ventas de varias especialidades de dicho laboratorio, comenzó a incentivar a facultativos para que recetasen los mismos, a cambio del abono de los gastos de estancias en congresos médicos, así como diversas cantidades de dinero por hacer un seguimiento farmacológico de los productos. Siguiendo tales directrices, otro acusado, quien era el representante en Madrid de los citados laboratorios y ostentaba la Jefatura de área, incentivó, mediante la entrega de diferentes cantidades de dinero a otro de los recurrentes, médico especialista de la Seguridad Social, para que recetara a sus pacientes las citadas especialidades, todo ello con el consentimiento del administrador de la farmacéutica.

Resulta especialmente interesante el Fundamento Jurídico 3º del Tribunal Supremo. Los recurrentes sostuvieron que “los hechos probados no constan los requisitos necesarios para acreditar la corrupción ínsita a todo soborno, pues los pagos efectuados al facultativo lo fueron como remuneración de actividades de farmacovigilancia”, y, del mismo modo, “que «incentivar» a los médicos para que receten los medicamentos de un determinado laboratorio, y no otros, constituye un acto lícito pues la función de cualquier empresario es fomentar las ventas de sus productos”. A esto responde el Tribunal que ello no tiene fundamento, dado que «incentivar» (en realidad sobornar) a los médicos para que receten prioritariamente unos determinados medicamentos (...), no constituye una actividad lícita de promoción comercial, pues se encuentra expresamente prohibida por la Ley del Medicamento. Esta

prohibición es perfectamente conocida por todos los profesionales del gremio y concretamente por los ejecutivos de los laboratorios farmacéuticos” y, en añadidura, “el ofrecimiento directo e indirecto de incentivos (...) constituye una conducta legalmente prohibida. Conducta que cuando se realiza en relación con profesionales privados da lugar a la infracción administrativa expresamente prevista en (...) la Ley del Medicamento. Pero cuando las dádivas o presentes se ofrecen o entregan a quienes en sentido jurídico-penal son funcionarios públicos, es decir a profesionales sanitarios integrados en el Servicio Nacional de Salud, constituyen un delito de cohecho, pues en este caso se vulneran adicionalmente los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir el desempeño de las funciones públicas”. Se observa, pues, que el Tribunal Supremo establece las bases para la diferenciación, desde el punto de vista penal, de los tipos de cohecho y de corrupción privada en las profesiones del ámbito de la salud.

Además, el Informe de Evaluación de la 42ª Reunión Plenaria, en su punto 95 reconoce:

La corrupción en el sector privado no está tipificada como delito en España. Desde el punto de vista del EEG –equipo de evaluación del GRECO– es esencial criminalizar la corrupción en el sector privado de conformidad con los artículos 7 y 8 del Convenio puesto que las funciones públicas y privadas parecen interrelacionarse cada vez más y cada día resulta más difusa la distinción entre estos sectores. Con respecto a esto, el EEG reconoce el hecho, repetidamente subrayado por las autoridades, de que en España la noción de empleados públicos es de una naturaleza tan amplia que incluye a muchas personas que, en la mayoría de los demás países, estarían consideradas como pertenecientes al sector privado. Dicho esto, criminalizar la corrupción en el sector privado sigue siendo crucial, especialmente debido a que esta forma de corrupción puede causar importantes daños a la sociedad en su conjunto dado el valor de las cantidades (y potenciales sobornos) que suelen manejarse en las transacciones comerciales. Además, el EEG advierte que las modificaciones del Código Penal propuestas introducen el delito de corrupción en el sector privado con el propósito de adaptarse a las exigencias de la UE que emanan de la Decisión

marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. El EEG aplaude la intención de las autoridades de regular esta área y, por lo tanto, recomienda criminalizar la corrupción en el sector privado de conformidad con los artículos 7 y 8 del Convenio Penal sobre la Corrupción (ETS 173).

En este numeral, el Consejo de Europa insiste en la necesidad de que España previera el delito de corrupción en el sector privado, de conformidad con los artículos 7 y 8 del Convenio Penal, “puesto que las funciones públicas y privadas parecen interrelacionarse cada vez más y cada día resulta más difusa la distinción entre estos sectores” y “debido a que esta forma de corrupción puede causar importantes daños a la sociedad en su conjunto dado el valor de las cantidades (y potenciales sobornos) que suelen manejarse en las transacciones comerciales”. Es por ello que valora la intención del legislador español de incluirlo en el ordenamiento para dar cumplimiento a la Decisión Marco comunitaria; voluntad que, como es sabido, cristalizó en Derecho positivo en el año 2010.

3.2.3.2. Informe aprobado en la 50ª Reunión Plenaria.

Se trata del Informe de Cumplimiento, enmarcado en la misma Tercera ronda de evaluación, y fue adoptado por el Consejo de Europa en la 50ª Reunión Plenaria. España consideró que había dado cumplimiento a la recomendación del Consejo con la introducción del tipo en el artículo 286 bis del Código penal, a lo que el GRECO dio contestación en los puntos 26 a 30 del citado Informe.²¹⁴ De ello, interesan los siguientes argumentos:

26. El GRECO recomendó criminalizar el soborno en el sector privado de conformidad con los artículos 7 y 8 del Convenio Penal sobre la Corrupción (ETS 173).

²¹⁴ Informe de Cumplimiento, adoptado en la 50ª Reunión Plenaria, de 1 de abril de 2011, puntos 26 al 30. Traducción propia.

27. Las autoridades de España explican que la corrupción en el sector privado ha sido tipificada como delito en el artículo 28 bis del Código penal (...).

29. El GRECO da la bienvenida al importante movimiento realizado por las autoridades para tipificar la corrupción en el sector privado, un área que carecía de disposiciones específicas en el pasado. La penalización antes mencionada, prevista en el artículo 286 bis del Código penal, se encuentra en general en línea con el Convenio, en particular, con respecto al alcance de los autores (cuya previsión cubre prácticamente todo tipo de personas que dirigen o trabajan para las entidades del sector privado) y los elementos materiales del delito (comisión directa/indirecta, terceros beneficiarios, incumplimiento de los deberes). Hay, sin embargo, una cuestión pendiente, a saber, la cobertura de la solicitud, recepción o aceptación de la promesa de una ventaja. El GRECO exige medidas legislativas adicionales para remediar esta deficiencia y por lo tanto adaptar plenamente las disposiciones nacionales a lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio, relativo a la corrupción pasiva en el sector privado, como se recomienda.

Por todo lo anterior, el Consejo de Europa determina que esta recomendación ha sido implementada parcialmente por España. Ante esto, tal y como se hace eco ENCINAR DEL POZO²¹⁵, las autoridades españolas sostuvieron ante el GRECO que el delito de corrupción privada pasiva prevé claramente la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido; por lo que no cabe duda de que, dentro del ámbito típico, se incluye ya la solicitud, recepción o aceptación de la promesa de un beneficio indebido. Además, argumentó España, el delito de administración desleal en el sector privado del artículo 252 del Código penal –entonces en trámite– debía ser suficiente, ya que, como autor del delito, se incluye a cualquier persona que ostente poderes de gestión en la empresa.

3.2.3.3. Informe adoptado en la 60ª Reunión Plenaria.

²¹⁵ ENCINAR DEL POZO. En ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., pp. 147-148.

El GRECO, dentro de la referida Tercera ronda de evaluación, emitió un segundo Informe de Cumplimiento, aprobado en la 60ª Reunión Plenaria, de fecha 21 de junio de 2013. En el mismo, se pronuncia también sobre las alegaciones vertidas por España en torno al grado de cumplimiento del Convenio Penal en materia de corrupción entre particulares.²¹⁶ Como se verá, el Consejo de Europa no está de acuerdo con la afirmación de suficiencia sostenida por nuestro país. Son relevantes, especialmente, las siguientes consideraciones:

16. El GRECO evaluó positivamente en el Informe de Cumplimiento las modificaciones introducidas en la legislación para tipificar el soborno en el sector privado (un área que carecía de disposiciones específicas en el pasado), a través del artículo 286 bis del Código penal. El GRECO, sin embargo, mantiene sus dudas respecto a si el delito de corrupción en el sector privado antes mencionado cubre la solicitud, recepción o aceptación de la promesa de un beneficio indebido. En consecuencia, el GRECO evalúa que la recomendación (...) ha sido implementada en parte.

17. Las autoridades españolas, al referirse al artículo 286 bis, señalan el modo en que el delito de corrupción privada pasiva (artículo 286 bis apartado 2º) ha sido diseñado como espejo de la modalidad activa, el cual tipifica claramente la promesa, ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido (artículo 286 bis apartado 1º). Por lo tanto, a juicio de las autoridades españolas, no hay duda de que el delito de corrupción privada cubre la solicitud, recepción o aceptación de la promesa de un beneficio indebido. Por otra parte, España indica que el proyecto de reforma del Código penal que tipifica el delito de administración desleal en el sector privado (artículo 252) debería ser suficiente ya que, como autor de la infracción, cubriría a cualquier persona que ostente facultades de gestión de la empresa en cuestión.

²¹⁶ Segundo Informe de Cumplimiento, adoptado en la 60ª Reunión Plenaria, de 21 de junio de 2013, puntos 15 a 19. Traducción propia.

18. El GRECO toma nota de las aclaraciones realizadas por las autoridades españolas, al reafirmar que la regulación del soborno pasivo en el sector privado (...) se ha hecho como espejo de la corrupción activa (...) y por lo tanto, están cubiertas la solicitud, recepción o aceptación de la promesa de un beneficio indebido. Sin embargo, como esta conclusión diverge de la letra literal de la ley, que describe de forma autónoma las conductas de corrupción privada activa y pasiva, queda por ver si la jurisprudencia apoya esta interpretación por analogía. En cuanto a la información aportada por España en relación con el delito de administración desleal en el sector privado y su pertinencia para cumplir con la recomendación (...), el GRECO observa que el Convenio Penal es claro en cuanto a la cobertura de los autores del delito de corrupción en el sector privado, esto es, "cualquier persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado", por lo que no se restringe su alcance solo a quienes ostentan puestos de dirección.

La conclusión del Consejo de Europa es reafirmarse en lo dictaminado en el primer Informe de Cumplimiento de esta Tercera ronda: la recomendación permanece implementada parcialmente.²¹⁷

3.2.3.4. Informes adoptados en la 65ª y 70ª Reuniones Plenarias.

El primero de ellos es el conocido como Apéndice al segundo Informe de Cumplimiento, y fue adoptado en la 65ª Reunión Plenaria –Estrasburgo, entre el 6 y el 10 de octubre de 2014–. Trata la recomendación de tipificación de la corrupción privada en los puntos 15 a 19. Este documento, el GRECO se ratifica en la postura seguida en el segundo Informe de Cumplimiento, frente al argumento de las autoridades españolas de que el delito de administración desleal en el sector privado

²¹⁷ Para un sector de la doctrina, los Informes del GRECO, más que valorar la mejor o peor normativa penal existente, lo hacen respecto de la escasa eficacia de la persecución. En palabras de este sector, "lo que se requiere no es nueva normativa, sino mayor eficacia en la persecución de los casos más graves y en la aplicación de la normativa ya existente (...)". *Vid.*, por todos, MENDOZA BUERGO, B.: "Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...", *op. cit.*, p. 427, nota 4.

podría cubrir las eventuales lagunas detectadas por el organismo evaluador del Consejo de Europa.

El segundo de los citados es el segundo Apéndice al segundo Informe de Cumplimiento, fruto de la 70ª Reunión Plenaria, celebrada en Estrasburgo, entre el 30 de noviembre y el 4 de diciembre de 2015. De nuevo, en este documento se reproduce el debate entre el GRECO y España en torno a la inclusión en el tipo de corrupción privada, como parte de la conducta típica, de la solicitud, recepción o aceptación de la promesa de un beneficio indebido. Mientras España insiste en que estas se encuentran ya comprendidas en el ámbito típico del tipo de corrupción privada pasiva –actualmente previsto en el primer apartado del artículo 286 bis del Código penal–, el GRECO continúa mostrando su disconformidad al respecto, llegando a señalar que “el GRECO observa que el Código penal español se refiere explícitamente a la promesa de una ventaja en los delitos de soborno en el sector público, pero no es así en el delito de corrupción en el sector privado”.²¹⁸ El GRECO concluye, por tanto, que esta recomendación todavía se cumple únicamente de modo parcial.

Como se ve, aún en la actualidad, esta es una cuestión que permanece sin zanjarse, manteniendo ambas partes la postura conocida en cuanto al cumplimiento íntegro por parte de España de lo dispuesto en el Convenio Penal del Consejo de Europa; ello a pesar de que las autoridades españolas entendieron que esta cuestión se resolvía con la entrada en vigor de la reforma obrada por Ley Orgánica 1/2015.

4. La Decisión Marco 2003/568/JAI, del Consejo, de 22 de julio de 2003.

Tras el análisis de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y del Convenio Penal del Consejo de Europa, llega el turno de estudiar la iniciativa supranacional más relevante, o cuanto menos, la que ha tenido mayor incidencia en el legislador español a la hora de incluir en el ordenamiento penal el delito de corrupción entre particulares²¹⁹:

²¹⁸ *Segundo Apéndice al segundo Informe de Cumplimiento*, adoptado en la 70ª Reunión Plenaria, punto 21.

²¹⁹ Debe tenerse presente que, para el legislador español, la transposición a nuestro Derecho de la citada Decisión Marco comunitaria fue uno de los argumentos de peso a

la *Decisión Marco 2003/568/JAI, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*.²²⁰ El Consejo europeo adopta esta Decisión Marco de conformidad con el Título VI del Tratado de la Unión Europea.²²¹

Sin embargo, antes de analizar lo dispuesto en este instrumento emanando del Consejo europeo, es preciso mencionar, siquiera someramente, una norma anterior, que supone el precedente inmediato de la Decisión Marco y que, cronológicamente, fue el primer texto supranacional en abordar la corrupción en el sector privado: nos referimos a la *Acción Común de 22 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado*.

Como instrumento jurídico del antiguo Título VI del Tratado de la Unión Europea, la Acción Común se utilizó entre 1993 y 1999.

Concebida en el marco de las «Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior», se trataba de un instrumento que buscaba una acción coordinada de los Estados miembros, en el nombre o en el marco de la Unión, en la búsqueda del cumplimiento de los objetivos de la Unión, cuando dicha actuación conjunta resultaba más eficaz que la actuación aislada de los Estados, debido a las dimensiones o los efectos de la concreta acción prevista. Como apreciación relevante, hay que señalar que este instrumento fue ya considerado vinculante para España por la doctrina²²², por lo que la

la hora de introducir este delito en el Código penal. Recuérdese que el Considerando XIX de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 –referido a la introducción del artículo 286 bis en el Código– comienza con la siguiente afirmación: “otro de los aspectos importantes de la reforma es la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado”. No cabe duda de que el legislador concedió una especial importancia a esta Decisión Marco, o si se quiere, a las obligaciones que de ella emanaban, pues en la introducción del tipo solo hizo referencia a dicho instrumento supranacional y no a ninguno de los revisados anteriormente.

²²⁰ Esta Decisión Marco fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) L 192, de 31 de julio de 2003, pp. 54 y ss. El texto en español puede consultarse en Eur-lex. Fuente: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003F0568&from=ES>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

²²¹ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 346.

²²² Acerca del carácter vinculante de la Acción Común se pronunció FARALDO CABANA. Sostuvo que, a pesar de que el antiguo Título VI no establecía nada al respecto, dicho

obligación de tipificar este delito en nuestro ordenamiento existía desde finales del siglo pasado.

No cabe duda de que la Acción Común fue un primer paso inequívoco por parte de la Unión Europea en su objetivo de proteger la competencia en el marco del mercado común. En este sentido, la propia Exposición de Motivos argumentaba lo siguiente: “la corrupción falsea la competencia leal y compromete los principios de apertura y libertad de los mercados, y, en concreto, el correcto funcionamiento del mercado interior, y es contraria a la transparencia y la apertura del comercio internacional”.²²³ Ello hizo sostener a los autores que, con la criminalización de estas conductas, la Unión Europea buscaba que los Estados protegieran, en primera línea, un bien jurídico individual, a saber, los intereses legítimos de los empresarios competidores y, en un segundo plano, el correcto funcionamiento de la economía de mercado e, incluso, se entendió que “vista la alusión que hace la Acción común a la libertad de los mercados, (...) la corrupción en el sector privado es un delito contra el libre mercado o contra la libertad de competencia”.²²⁴ En consecuencia con esto, la Acción Común requería únicamente la tipificación penal de aquellas conductas de corrupción que: i) supongan una distorsión de la competencia cuanto menos en el marco del mer-

carácter se deducía de lo establecido en el antiguo Título V, que recogía la naturaleza vinculante de las Acciones Comunes referidas a la PESC –Política Exterior y de Seguridad Común–. La Acción Común, además, establecía que dicho delito debía incorporarse al ordenamiento penal antes del 31 de diciembre de 2000, por lo que, para la citada autora, era posible exigir responsabilidad a España por tal incumplimiento. En FARALDO CABANA, P.: “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, en *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 23, Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, 2001, pp. 66-67.

²²³ La Acción Común fue publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 358, de 31 de diciembre de 1998. El texto en castellano puede consultarse en Eur-lex. Fuente: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998F0742&from=ES>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

²²⁴ FARALDO CABANA, P.: “Hacia un delito de corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, p. 71.

cado común o puedan suponerla, o ii) causen o puedan causar perjuicios económicos a terceros por razón de la adjudicación o de la ejecución irregular de un contrato.²²⁵

No obstante, la Acción Común no consiguió los objetivos que la Unión Europea se había marcado y llevó al organismo supranacional europeo a dar un paso más. A ello ayudó el hecho de que el Tratado de Ámsterdam suprimiera la figura de la Acción Común como instrumento normativo del Tercer Pilar (cooperación policial y judicial en materia penal), sustituyéndola por las “Decisiones” y las “Decisiones Marco”, siendo que éstas últimas son utilizadas para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembro, quienes quedan obligados en cuanto a la consecución de un determinado resultado, pudiendo las autoridades nacionales elegir la forma y los medios necesarios para conseguirlo.²²⁶ En este punto, como digo, la Decisión Marco 2003/568/JAI sustituyó y derogó la citada Acción Común de 1998.²²⁷

Como sostiene un sector doctrinal autorizado, con toda probabilidad el incumplimiento generalizado de las obligaciones contenidas en la Acción Común por parte de los Estados miembro²²⁸ y el hecho de que la

²²⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción...”, *op. cit.*, p. 265.

²²⁶ CERINA, G. y BRAVO, C.: “La Corrupción en el sector privado. Apuntes de derecho comprado e internacional...”, *op. cit.*, pp. 395-396.

²²⁷ Concretamente, es el artículo 8 de la Decisión Marco el que positiva dicha derogación.

²²⁸ PALOMO DEL ARCO se hace eco de este incumplimiento generalizado, señalando que, a resultas de un informe elaborado en el seno de la Unión, únicamente diez países habían integrado en sus ordenamientos las conductas de corrupción activa y pasiva en el sector privado, aunque en dos de ellos no se preveían sanciones para las personas jurídicas; y cinco Estados más –entre ellos, España– no lo habían tipificado. No debe olvidarse que nos encontrábamos aún en la Unión Europea de los 15. Este autor señala también, como una de las razones que explican el fracaso de la Acción Común y la posterior adopción de la Decisión Marco, “el limitado carácter que como fuente normativa participaban las acciones comunes, que solo obligaban a la formulación de proposiciones para lograr la adaptación, no a la transposición en sí”. En PALOMO DEL ARCO, A.: “El delito de corrupción en el sector privado como ejemplo de incidencia del Derecho comunitario en el Derecho penal de los Estados miembros”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 1, mayo 2004, pp. 2-3. La propia Comisión Europea reconoce, en una Comunicación dirigida al Consejo, el Parlamento y el Comité Económico y Social, elaborado en 2003, que “la Acción Común solo comprometía a los Gobiernos de los Estados miembros, pero no a los Parlamentos nacionales y efectivamente, hasta la fecha, únicamente ocho Estados miembros han aplicado la Acción Común íntegramente”. En

corrupción iba adquiriendo paulatinamente un mayor protagonismo en la agenda de la Unión Europea, provocaron que en 2002, Dinamarca tomara la iniciativa encaminada a adoptar un nuevo instrumento normativo que, sobre la base de lo dispuesto en la Acción Común, afrontara la finalidad de asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado se convirtiera en infracción penal en todos los Estados miembro.²²⁹

Si bien la cuestión de los efectos de las Decisiones Marco sobre las legislaciones nacionales será objeto de ulterior comentario, baste señalar aquí que, según ha venido reconociendo la doctrina, de dichos instrumentos no pueden predicarse efectos directos –como sí ocurre con las Directivas– pero son innegables sus efectos indirectos.²³⁰

Como ya hemos indicado se trata, además, del instrumento normativo supranacional más relevante –dirigiendo el foco únicamente a aquellos que inciden sobre el ordenamiento penal español– en tratar específica-

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo. Una política global de la UE contra la corrupción, elaborado en Bruselas, el 28 de mayo de 2003, p. 12. Disponible en la web Eur-lex. Fuente: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0317&from=ES>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

²²⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y CERINA, G.: “¿Un delito de corrupción privada? Obligaciones internacionales...”, *op. cit.*, p. 174.

²³⁰ Para refrendar esta afirmación, se ha hecho alusión de manera recurrente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, concretamente a la sentencia de la Gran Sala, de 16 de junio de 2005 (asunto C-105/03) en materia de Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. En concreto, en dicha decisión, el Tribunal sostiene, respecto de las Decisiones Marco, que “el principio de interpretación conforme se impone respecto de las decisiones marco adoptadas en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea. Cuando aplica el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la decisión marco”. De ahí que se haya venido sosteniendo la obligatoriedad de las disposiciones emanadas de este instrumento normativo de la Unión Europea.

mente, desde la óptica penal, el fenómeno de la corrupción entre particulares.²³¹ Como se ha expuesto en la Introducción de este trabajo, la criminalización de la corrupción entre particulares responde a una más general y cada vez más intensa “cruzada global” contra la corrupción, que se añade a una tendencia político-criminal que se ha ido progresivamente consolidando en el curso de los últimos años, singularmente en el marco de la Unión Europea, caracterizada por legitimar la idea de intentar esbozar un esquema unitario de tipificación del delito –o de los delitos– de corrupción, debiendo incluir dicho esquema también a la corrupción entre particulares.²³²

En la Exposición de Motivos de la Decisión Marco, la Unión Europea refiere algunas de las razones por las que cobra importancia y se hace necesaria la represión penal de estas conductas. En primer lugar, reconoce que la mundialización –proceso que ha sido ya estudiado como una de las causas que explican la aparición e intensificación de estos comportamientos– y el aumento del comercio del comercio transfronterizo de bienes y servicios han provocado que esta clase de corrupción haya dejado de ser “un problema meramente interno para convertirse en un problema también transnacional, que se aborda más eficazmente mediante una actuación conjunta de la Unión Europea”.²³³

Además, asevera que “los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una

²³¹ Algún autor llega a sostener que la Decisión Marco constituye, a día de hoy, “el punto y final de una serie de iniciativas europeas dirigidas a impulsar a las distintas legislaciones a penalizar los comportamientos corruptos, en particular los que tienen lugar en el ámbito privado”. En ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 341.

²³² FOFFANI, L.: “La corrupción «privada»: hacia una armonización penal en Europa”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., PÉREZ MACHIO, A.I., UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (dirs.): *Armonización penal en Europa*, Instituto Vasco de Administración Pública, San Sebastián, 2013, pp. 205-207. En el mismo sentido, el legislador español, en el ya citado Considerando XIX de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, reconoce que la intención de la norma es la “represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho”.

²³³ Considerando 1º del Preámbulo de la Decisión Marco.

amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido”.²³⁴

Teniendo en cuenta estas premisas, el siguiente paso es explorar las previsiones contenidas en la Decisión Marco, especialmente las referidas a la tipificación de la corrupción activa y pasiva en el sector privado. Comenzaremos, pues, por la incriminación que, de la corrupción activa en el sector privado, prevé la Decisión Marco en el artículo 2.1. a).

1. Los Estados miembros tomarán 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:

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.

²³⁴ Considerando 9º del Preámbulo de la Decisión Marco. A diferencia de lo que ocurría con la Acción Común, en la que existió un debate en torno a cuál era el interés digno de protección para la Unión Europea, en el caso de la Decisión Marco, ese valor merecedor de tutela penal parece claramente expuesto desde el inicio de la norma cuando el texto recoge, de forma explícita, que la corrupción en el sector privado “distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales”. No es de esta opinión, sin embargo, GILI PASCUAL para quien la norma comunitaria adolece de imprecisión “en la definición del propio modelo de incriminación deseado”, lo cual “constituye un potente factor de inseguridad para la legislación española en esta materia”. Expresado de modo breve –anticipándose alguna cuestión que se verá seguidamente–, indicaba el autor que, cuanto menos hasta el 22 de julio de 2010 –fecha en que expiraba la posibilidad de establecer una declaración al efecto en virtud del artículo 2.3–, la norma comunitaria daba cabida a dos injustos distintos: la fidelidad del empleado respecto al empresario, traducida en el cumplimiento de las obligaciones debidas por el primero al segundo y la competencia en el mercado. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, op. cit., pp. 17-18.

Tipo objetivo. *Sujeto activo*. Como viene siendo habitual en los instrumentos supranacionales, la corrupción activa se configura como un delito común, pudiendo ser cometido por cualquier persona física o jurídica.

Sujeto de la acción. Prevé la Decisión Marco que ha de ser “una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado”. Como puede observarse, su redacción es muy semejante a la prevista en el Convenio Penal del Consejo de Europa.

Conducta típica. Como sucediera en otros instrumentos, la Unión Europea conmina a los Estados a tipificar tanto la promesa, como la oferta y la entrega efectiva de una ventaja indebida de cualquier naturaleza. Resalta de la literalidad de este precepto que, a diferencia de otros instrumentos –como el Convenio Penal en que no sucede así–, se recoge de forma explícita que el carácter de la ventaja indebida puede revestir “cualquier naturaleza”; por tanto, no solo económica o dineraria. También se prevé en el artículo 2.1. a) que la acción típica pueda ser llevada a cabo directamente por quien soborna o a través de un intermediario. La ventaja, como ya se ha analizado en el supuesto de la Convención de Naciones Unidas y del Convenio Penal del Consejo de Europa, puede redundar en provecho del sobornado o en el de un tercero.

La conducta debe ser cometida “en el transcurso de actividades profesionales”. En la primera Parte de esta investigación ya me detuve sobre esta cuestión, por lo que entiendo no es preciso abundar en el particular. No obstante, conviene recordar que, para la doctrina, será “profesional”, aquella actividad retribuida, para la que es necesaria cualificación profesional y, en la mayoría de las ocasiones, la pertenencia a un Colegio Profesional. Debe ser, también, habitual, organizada y orientada al mercado.²³⁵

Tipo subjetivo. La Unión Europea configura el delito de corrupción privada como doloso; así se desprende cuando trata de que los anteriores actos *intencionados* constituyan infracción penal.

Elemento subjetivo del injusto. Tal como sucediera en los instrumentos supranacionales analizados anteriormente, también la Decisión Marco prevé que, para que la conducta de corrupción sea considerada delito, el dolo del corruptor debe buscar que el corrupto “realice o se abstenga

²³⁵ *Vid.*, notas al pie 88 y 89.

de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones”.²³⁶ Con esta redacción, también la norma comunitaria prevé el castigo penal tanto para conductas activas como omisivas, pues lo esencial para que exista corrupción es que la actuación del sobornado se produzca incumpliendo sus obligaciones.

Es en este momento cuando cobra importancia una de las definiciones contenidas en el artículo 1, en concreto la conceptualización que hace la Decisión de la expresión “incumplimiento de las obligaciones”. En este sentido, según dicho artículo:

La expresión incumplimiento de las obligaciones se entenderá conforme al Derecho nacional. El concepto del incumplimiento de las obligaciones en el Derecho nacional deberá incluir como mínimo cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado.

A este respecto, como pone de relieve la doctrina, lo esencial es, por una parte, determinar qué contenido deben tener tales obligaciones y, en segundo lugar, dilucidar a qué ámbito se refieren.²³⁷ En efecto, la respuesta a estas dos cuestiones es consustancial a la conceptualización que hagamos del delito y, en concreto, a la determinación del bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación de estas conductas. Así pues, caben dos posibilidades: la primera, considerar que las obligaciones que se incumplen son las impuestas por el ordenamiento con

²³⁶ CERINA y BRAVO realizan una interesante aportación en cuanto a la caracterización de los delitos de corrupción en general. Entienden por corrupción aquella “compraventa” de un acto realizada en violación de los deberes de su vendedor. Sin embargo, utilizan la noción de compraventa desde un sentido *para-jurídico*, enfatizando que en toda corrupción existe un acuerdo sinalagmático –conocido por otros como *pactum sceleris*– que se caracteriza por un *do ut des*. En CERINA, G. y BRAVO, C.: “La Corrupción en el sector privado. Apuntes de derecho comprado e internacional...”, *op. cit.*, p. 387.

²³⁷ ENCINAR DEL POZO, M.A.: “La transparencia de las relaciones mercantiles...”, *op. cit.*, 183.

el fin de proteger la competencia leal; la segunda, entender que las obligaciones a que se refiere son aquellas inherentes a la posición del subordinado en la empresa, es decir, sus obligaciones profesionales.²³⁸ Sobre este aspecto, volveré a continuación.

El tipo de corrupción pasiva en el sector privado se recoge, así mismo, en el artículo 2.1. b) de la Decisión, cuyo texto es el que sigue:

1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias (...)

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.

Para la modalidad pasiva de corrupción privada son predicables los comentarios realizados anteriormente, si bien únicamente debe llamarse la atención de que, los verbos rectores de la conducta típica, “pedir” y “recibir” suponen el correlato a los previstos en la modalidad activa, teniendo en cuenta siempre que solo puede ser sujeto activo de esta modalidad pasiva el sujeto que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado; se configura, en consecuencia, como un delito especial.

La Decisión Marco recoge, además, dos normas complementarias de suma importancia de cara a la labor interpretativa de la expresión “incumpliendo sus obligaciones”; se encuentran recogidas en los apartados 2 y 3 del artículo 2 de la norma de la Unión Europea.

El segundo apartado indica que, lo dispuesto en el primer párrafo en referencia a las obligaciones profesionales, se aplicará a tales actividades tanto de entidades con fines lucrativos como no lucrativos –esto nos traslada, mayoritariamente, al ámbito de las actividades profesionales de las ONG–.²³⁹

²³⁸ *Ibid.*, pp. 183-184.

²³⁹ El debate en torno a si deben incluirse las actividades profesionales de las entidades no lucrativas en el ámbito típico de la corrupción privada data de antiguo. Según recoge DE LA CUESTA ARZAMENDI y BLANCO CORDERO, ya en la fase de tramitación de

El apartado 3 del mencionado segundo artículo, contiene una limitación del ámbito penalmente relevante. El texto faculta a cada Estado miembro a “declarar que limitará el ámbito de aplicación del apartado 1 a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales”. En efecto, esta restricción supone un elemento novedoso en la Decisión Marco, pues como se ha visto, no se prevé ni en la Convención de Naciones Unidas ni en el Convenio Penal del Consejo de Europa.

El punto clave está en el hecho de que el Estado miembro debe declarar que se acoge a esta restricción.²⁴⁰ Estas declaraciones, según el apartado 4 del artículo 2, debían ser notificadas al Consejo europeo en el momento de adopción por parte del Estado de la Decisión Marco, y tendrían un plazo de validez de cinco años a partir del 22 de julio de 2005 –esto es, hasta el 22 de julio de 2010–, momento en el cual el Consejo europeo revisaría el artículo 2 “a efectos de estudiar si es necesario que se puedan renovar” dichas declaraciones efectuadas en virtud al apartado tercero.

En 2007, fecha del primer *Informe de la Comisión al Consejo basado en el artículo 9 de la Decisión marco del Consejo 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*, solo Alemania, Italia y Polonia habían formulado declaraciones. El 6 de junio de 2011 fue publicado un segundo Informe de ejecución, basado en

la Acción Común de 1998 –instrumento que tipificaba la corrupción privada “en el ejercicio de actividades empresariales”; esto es, actividades que persiguen fines comerciales o económicos–, se debatió si debían quedar englobadas solo las actividades lucrativas, o también las no lucrativas, tal y como admite la Convención del Consejo de Europa. Exponen también que la postura española en este particular fue clara a favor de centrarse exclusivamente en las actividades comerciales, y no comprender las de las asociaciones sin fines lucrativos. En D E LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción...”, *op. cit.*, p. 264.

²⁴⁰ En esos términos se pronuncia la Comisión europea, cuando sostiene que “la Decisión marco establece que un Estado miembro podrá limitar los actos de corrupción pasiva y activa constitutivos de infracción penal a los actos que impliquen una distorsión de la competencia (artículo 2, apartado 3), pero es preciso que hagan una declaración al respecto”. En el *Informe de la Comisión al Consejo basado en el artículo 9 de la Decisión marco del Consejo 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*, elaborado en Bruselas, el 18 de junio de 2007, p. 7.

el artículo 9 de la Decisión Marco, en el que se indica que solo un Estado miembro más había realizado tal declaración: Austria. No obstante, dicho segundo Informe puso de relieve una controversia al respecto de las declaraciones.

Como se dijo anteriormente, estas eran válidas hasta el año 2010 y, como se ha referido también, una vez expirado este plazo, conforme el artículo 2.5, el Consejo debía estudiar si era necesario renovar la validez de las mismas. Así las cosas, habida cuenta de que el Consejo decidió no ampliar la validez, “la Comisión considera que las declaraciones caducaron y que los Estados miembros tienen que adaptar sus legislaciones en consecuencia”.²⁴¹ Ello supone que los Estados tienen el deber de incluir, entre los comportamientos típicos, el ofrecimiento de sobornos a directivos o empleados con el fin de que incumplan sus obligaciones, sin hacer depender la imputación típica de la afectación o peligro para la competencia.²⁴²

4.1. Otras normas.

Además de las citadas normas, recogidas en el artículo 2, que confluyen en el concreto modelo de incriminación de la corrupción entre particulares por el que opta la Unión Europea, la Decisión Marco contiene otras previsiones que consideramos interesante apuntar, cuanto menos brevemente.

²⁴¹ Informe de la Comisión al Consejo basado en el artículo 9 de la Decisión marco del Consejo 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, elaborado en Bruselas, el 6 de junio de 2011, pp. 3 y 6.

²⁴² ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., p. 151. El citado autor se hace eco, a este respecto, de una crítica vertida por algunos autores en la línea de entender que extiende excesivamente la intervención penal, en oposición a los principios de necesidad y de *ultima ratio*. Vid., nota 56. En este sentido, NIETO MARTÍN sostiene que “a partir de 2010 (...) a los Estados se le exige dar un paso más y sancionar la corrupción por el solo hecho de ofrecer un soborno a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales para que infrinja sus obligaciones, en el marco de su actividad profesional (...) Es dudoso que esta concepción amplia resulte compatible con los principios básicos del derecho penal, que en el caso de la UE derivan de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. El que el pacto corrupto tenga por objeto algo tan poco delimitado como el «incumplimiento de las obligaciones de naturaleza laboral» no resulta compatible con el principio de determinación (...). Este amplio tenor literal impide además reconocer cuál es el bien jurídico tutelado por la corrupción de empleados”. En NIETO MARTÍN, A.: “La privatización de la lucha contra la corrupción...”, op. cit., pp. 198-199.

El artículo 3 insta a los Estados a que tomen las medidas que fueren necesarias para asegurar que la complicidad y la incitación a cometer actos de corrupción activa y pasiva en el sector privado constituyan infracciones penales.

Del mismo modo, el artículo 4 conmina a los Estados miembro a asegurar que las infracciones penales de los artículos 2 y 3 sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias. En concreto, las conductas de corrupción activa y pasiva en el sector privado han de prever, como consecuencia, penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos de uno a tres años –apartado 2º-.²⁴³

La Decisión Marco impone también a los Estados que prevean, conforme a sus normas y a sus principios constitucionales, cumulativamente, sanciones para la persona física que haya sido condenada por ilícitos de corrupción privada activa y pasiva en relación con alguna actividad profesional en el sector privado, al menos en los casos en que haya ocupado un puesto destacado en la empresa dentro del ramo de actividad de que se trate, que impliquen la prohibición temporal del ejercicio de esa actividad profesional o de una actividad comparable en un puesto o función similares, cuando los hechos comprobados den motivos para pensar que existe un claro riesgo de que abuse de su posición o cargo mediante actos de corrupción privada –apartado 3º-.

Los artículos 5 y 6 de la Decisión Marco disponen la necesidad de que los Estados prevean un sistema de responsabilidad para las personas jurídicas en caso de que se cometan infracciones de corrupción activa y pasiva en el sector privado, en el supuesto de que éstas sean 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; sistema de atribución de responsabilidad que se configura en una doble vía:

- a) Por un lado, que el sujeto actuante posea i) un poder de representación de dicha persona jurídica; o ii) una autoridad

²⁴³ Como se ve, la Decisión Marco establece un límite mínimo para las penas máximas privativas de libertad. El legislador español excedió dicho límite, al prever, tanto para la corrupción activa como pasiva entre particulares, pena de prisión de seis meses a cuatro años.

para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica; o iii) una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica –artículo 5.1–.

- b) Por otro lado, cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas mencionadas en el artículo 5.1. haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica cometa en provecho de ésta una infracción de corrupción activa o pasiva entre particulares –artículo 5.2–.

Recuerda la Decisión Marco que la responsabilidad penal de la persona jurídica por actos de corrupción privada no excluirá el ejercicio de acciones penales contra las personas físicas implicadas como autoras, instigadoras o cómplices –artículo 5.3–.

Los Estados miembro deben asegurarse de que las personas jurídicas consideradas responsables en virtud de la primera vía, recogida en el artículo 5.1., puedan ser castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y que podrán incluir otras sanciones, tales como: i) exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; ii) inhabilitación temporal o permanente para desempeñar actividades comerciales; iii) vigilancia judicial; o iv) medida judicial de disolución. Del mismo modo, los Estados deben asegurar que las personas jurídicas responsables en virtud de la segunda vía, contenida en el artículo 5.2., puedan ser castigadas con sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Nótese que mientras que para las personas físicas se alude al carácter necesariamente penal de la responsabilidad, la previsión relativa a la responsabilidad de las personas jurídicas es mucho más flexible,²⁴⁴ pudiendo optar los legisladores nacionales por imponer sanciones de naturaleza penal o administrativa.

El artículo 7 de la Decisión Marco contiene una serie de reglas relacionadas con el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción. El artículo faculta la persecución del delito aunque los hechos se hayan cometido en

²⁴⁴ FOFFANI, L.: “La corrupción «privada»: hacia una armonización penal...”, *op. cit.*, p. 214.

el extranjero, aspecto que dota a este delito de un marcado cariz internacional.²⁴⁵ El precepto posibilita la extensión de jurisdicción de los Estados miembro, respecto de los delitos de corrupción activa y pasiva en el sector privado, cuando hayan sido cometidos: i) total o parcialmente en su territorio; ii) por uno de sus nacionales; o iii) en beneficio de una persona jurídica cuya sede se encuentre en el territorio de un Estado miembro. No obstante, el propio artículo ofrece la posibilidad a los Estados de no aplicar o de aplicar únicamente en casos o condiciones específicos las dos últimas reglas de competencia, cuando la infracción se haya cometido fuera de su territorio.

En nuestro ordenamiento, a pesar de que la Decisión Marco contenía este precepto, la reforma de 2010 –que, recuérdese, introdujo el delito en el Código penal– no lo incorporó; esto es, no se reformó el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La adecuación al instrumento comunitario se produjo gracias a la Ley Orgánica 1/2014, que modificó la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial –en adelante, también LOPJ– en materia de jurisdicción universal. Con la nueva redacción, se “establece la posibilidad de que, si se dan determinadas circunstancias, los delitos de corrupción entre particulares y los delitos de corrupción en las transacciones económicas internacionales, puedan ser conocidos y enjuiciados por los juzgados y tribunales españoles, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional”.²⁴⁶

A este respecto, el apartado 4º del artículo 23, quedó redactado, en lo que interesa aquí, de la siguiente manera:

²⁴⁵ Argumenta BACIGALUPO que “se trata (...) de un delito no solo comunitario, sino también de transcendencia internacional, dado que de acuerdo con el art. 7 de la Decisión Marco 2003/568 los EEMM [Estados Miembro] deben fijar su competencia inclusive cuando el hecho haya sido cometido solo parcialmente en su territorio (art.7.1.a), aplicar el principio activo de la personalidad (art.7.1.b) y también cuando el hecho haya sido cometido en beneficio de una persona jurídica con sede en el territorio de otro EM [Estado Miembro]”. En BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 138.

²⁴⁶ CAÍNZOS, J.A.: “Aplicación extraterritorial de la Ley penal española a los delitos de corrupción entre particulares y en las transacciones económicas internacionales”, *Client briefing*, Clifford Chance, marzo 2014, p. 2. Disponible en la web de Clifford Chance. Fuente: https://www.cliffordchance.com/briefings/2014/03/aplicacion_extraterritorialdelaleypena.html. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o,

4.º el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

Como se ve, la redacción vigente del artículo 23 de la Ley Orgánica 5/1986, en su apartado 4 n), extiende la aplicación de la ley penal española en el extranjero, referida a los delitos de corrupción privada y de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, siempre que se cumpla alguna de las reglas contenidas en el precepto que son, básicamente, las recogidas en la Decisión Marco. Llama la atención, eso sí, la incorporación de un supuesto no contenido en el instrumento comunitario: aquel en el que el procedimiento se dirige contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España. Por otra parte, las reglas de competencia contenidas en el artículo 23.4 n) 3º y 4º, vienen a desarrollar la última de las contenidas en el artículo 7.1 c) de la Decisión Marco.²⁴⁷

²⁴⁷ Es reseñable, en lo que a la redacción del numeral 2º del artículo 23.4 n) LOPJ se refiere, que la versión vigente sigue haciendo referencia, a la hora de definir a la persona jurídica del sector privado, a una *empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización*; expresión que era utilizada en el artículo 286 bis del Código

A tenor de la opinión de la más autorizada doctrina, bastará con que se dé una de las circunstancias descritas en el apartado n) del artículo 23 para que Jueces y Tribunales españoles puedan extender su jurisdicción para conocer de la causa de que se trate. Así, por ejemplo, sería posible que un Juzgado o Tribunal español pueda enjuiciar el delito de corrupción privada cometido por un ciudadano español, o por un ciudadano extranjero residente habitual en España, al ofrecerle a un directivo de una empresa de un país extranjero, en su propio país, un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías.

También sería posible que se enjuiciara en España la conducta del directivo, empleado o colaborador de una empresa mercantil que tenga su sede o domicilio social en España que le haya solicitado en un país extranjero a un residente local, por ejemplo, un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecerle frente a terceros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías.²⁴⁸

A esto debe añadirse, para comprender de modo completo la cuestión de la aplicación extraterritorial de la ley penal, lo establecido en los apartados 5 y 6 del artículo 23 de la LOPJ. El artículo 5 enumera las circunstancias que deben concurrir para que estos delitos no sean perseguibles en España; circunstancias relacionadas con la existencia o no de un procedimiento para la investigación o el enjuiciamiento de los hechos por parte de un Tribunal Internacional o de un Tribunal del Estado en el que se hubieran cometido los hechos o del Estado de nacionalidad de la persona a la que se hubiera imputado la comisión de los mismos. Por su parte, el artículo 6 condiciona la persecución de estos

penal –que tipifica el delito de corrupción privada– antes de la reforma de 2015. La Ley Orgánica 1/2015, para definir a la entidad del sector privado, pasó a recoger la expresión “empresa mercantil o sociedad”, pero esa modificación no ha tenido reflejo en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

²⁴⁸ Estos dos supuestos han sido extraídos de CAÍNZOS, J.A.: “Aplicación extraterritorial de la Ley penal española...”, *op. cit.*, p. 3. Obsérvese que esta aportación doctrinal fue realizada antes de la entrada en vigor de la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2015. Por ello, el citado autor utiliza la expresión “incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías”.

delitos en España a la previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal.

4.2. Aplicación de la Decisión Marco.

4.2.1. Grado de cumplimiento por parte de los Estados miembro, particularmente el caso de España.

La Decisión Marco fue elaborada en Bruselas, el 22 de julio de 2003, y, *ex* artículo 11, entró en vigor para los Estados miembro el 31 del mismo mes, día en que fue publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. A partir de ahí, el artículo 9 dio un plazo a los Estados para que cumplieran con las obligaciones que derivaban de los distintos preceptos contenidos en la misma, expirando dicho período el 22 de julio de 2005.

Como sabemos, España no traspuso el contenido de la Decisión Marco hasta las reformas de los años 2010 y 2014 –la primera, a través de la Ley Orgánica 5/2010, introdujo el delito de corrupción privada y la segunda, mediante Ley Orgánica 1/2014, modificó las reglas de la llamada justicia universal–, por lo que, a tenor del mencionado artículo 9 no cabe duda de que nuestro país incurrió en mora en el cumplimiento de las obligaciones que le compelián respecto del instrumento europeo.

A este respecto, el modo y grado de cumplimiento por parte de los Estados miembro de las obligaciones derivadas de la Decisión ha sido valorado por la Comisión europea en dos informes:

- a) *Informe de la Comisión al Consejo, basado en el artículo 9 de la Decisión marco del Consejo 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado* [SEC (2007) 808], elaborado en Bruselas, el 18 de junio de 2007.
- b) *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, basado en el artículo 9 de la Decisión marco del Consejo 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado* [SEC (2011) 663 final], elaborado en Bruselas, el 6 de junio de 2011.

En ellos, la Comisión recuerda que estos instrumentos son vinculantes para los Estados miembro por lo que se refiere al resultado a alcanzar, al tiempo que se deja a las instancias nacionales la competencia por lo

que se refiere a la forma y los medios.²⁴⁹ Con esta premisa, en el Informe de 2007, estimó preocupante que la transposición de esta Decisión se encontrara muy retrasada en los Estados miembro,²⁵⁰ mientras que en el documento de 2011 concluye que la evaluación a los Estados de la transposición del instrumento “sigue sin ser satisfactoria”, aunque constata algunos progresos. Fruto de estas evaluaciones, la Comisión recordó a los Estados la importancia de la lucha contra la corrupción en el sector privado, instándolos a adoptar sin demora todas las medidas que resulten necesarias al respecto.

Sin embargo, mientras que, en 2007, solo dos Estados –Bélgica y Reino Unido– habían incorporado correctamente sus disposiciones en sus ordenamientos internos,²⁵¹ en el Informe de 2011 se reconoce que únicamente nueve habían cumplido correctamente con sus obligaciones –a los anteriormente citados, se añadieron Bulgaria, República Checa, Francia, Irlanda, Chipre, Portugal y Finlandia–.²⁵² Además, el Informe de 2011 recoge una afirmación que me parece interesante. La Comisión reconoce que “debido a la falta de estadísticas y cifras comparables sobre los casos de corrupción en el sector privado, no ha sido posible evaluar la repercusión práctica de la transposición de las disposiciones de esta Decisión marco”, por lo que la evaluación debía constreñirse a la transposición de disposiciones concretas en los ordenamientos nacionales.²⁵³ Ello habla, a mi entender –y es opinión también de la Comisión europea– de la compleja problemática que ha supuesto para los Estados la aplicación y cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Decisión.

²⁴⁹ Informe de la Comisión al Consejo, basado en el artículo 9 de la Decisión marco del Consejo 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, de 18 de junio de 2007, p. 10.

²⁵⁰ Informe de la Comisión al Consejo, 2007, p. 12.

²⁵¹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, basado en el artículo 9 de la Decisión marco del Consejo 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, de 6 de junio de 2011, p. 2.

²⁵² *Ibid.*, pp. 2-3.

²⁵³ *Ibid.*, p. 10.

4.2.2. Controversia en torno a la obligatoriedad de la Decisión Marco.

Retomo aquí una cuestión enunciada anteriormente relativa al carácter vinculante o no de las Decisiones Marco respecto de los Estados miembro y, en concreto, pretendo reflejar un debate que, hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa –que eliminó la Decisión Marco como fuente normativa del Tercer Pilar–, existía en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia; discusión que versaba sobre i) la utilización dada a las Decisiones Marco y su legitimidad para armonizar en materia penal; y ii) cuál era la incidencia de las Decisiones en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados.²⁵⁴

En lo que concierne al primero de los puntos controvertidos, como premisa, recuérdese un aspecto ya referido en esta investigación: según el artículo 34.2 c) del Tratado de la Unión Europea –en su versión tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999–, las Decisiones gozaban de carácter obligatorio, si bien no de efectos directos:

2. El Consejo dispondrá y fomentará, en la forma y según los procedimientos oportunos tal como se establece en el presente título, la cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión. A tal fin, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, el Consejo podrá, por unanimidad:

c) adoptar decisiones con cualquier otro fin coherentes con los objetivos del presente título, con exclusión de toda aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Estas decisiones serán obligatorias y no tendrán efecto directo; el Consejo adoptará por mayoría cualificada medidas que permitan aplicar estas decisiones a escala de la Unión;

De este modo, también la Decisión Marco 2003/568/JAI obligaba a los Estados a realizar su transposición; esto es, a tomar las medidas necesarias para sancionar penalmente, con penas privativas de libertad, la

²⁵⁴ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., p. 157.

corrupción en el sector privado antes del 22 de julio de 2005.²⁵⁵ La Decisión Marco, como herramienta normativa, se concibió, por tanto, con objetivo de armonizar las legislaciones internas en materia de cooperación policial, judicial y sustantiva penal, guardando por esto algunas similitudes con la Directiva. El punto crítico radica en que la Decisión Marco era un instrumento en manos del Consejo europeo; institución de la Unión Europea que reúne a los líderes para establecer la agenda política de la misma. Está formado por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembro, el presidente de la Comisión Europea y el alto representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. Es, por ende, una institución de marcada índole política, cuya función principal es “definir la orientación y las políticas generales de la Unión Europea”.²⁵⁶

Así las cosas, se entendió que el monopolio de la política criminal, debido a la incidencia de las Decisiones, se trasladaba *de facto* desde los parlamentos nacionales –desde el poder legislativo– a un ente formado por los líderes del poder ejecutivo de la Unión, convirtiéndose los parlamentos de los Estados miembro en meros ejecutores de las decisiones de los Jefes de Estado o de Gobierno que conforman el Consejo europeo.²⁵⁷ Ello provoca, a juicio de la doctrina, un déficit de legitimidad en la lucha contra la corrupción o, más bien, en el recurso al Derecho penal para hacer frente a estos comportamientos. En palabras de VALLEJE ÁLVAREZ, “el efecto de globalización del control en nombre de la

²⁵⁵ PALOMO DEL ARCO, A.: “El delito de corrupción en el sector privado como ejemplo de incidencia...”, *op. cit.*, p. 2.

²⁵⁶ Información obtenida de la web oficial de la Unión Europea. Fuente: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-council_es. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

²⁵⁷ Para NIETO MARTÍN, esto supone “un menoscabo importante del principio de legalidad, en cuanto que traslada el monopolio de la política criminal del legislativo al ejecutivo”. En NIETO MARTÍN, A.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, p. 69. GILI PASCUAL se muestra aún más categórico cuando muestra su recelo ante “el déficit democrático en el que se asientan los pronunciamientos de una Comisión europea investida como supraleislador-armonizador, capaz, a fin de cuentas, de imponer la voluntad del Ejecutivo (intergubernamental) a los Parlamentos nacionales, a los que se priva del monopolio de la política criminal”. En GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, p. 10. En el mismo sentido, VENTURA PÜSCHEL, A.: “Sobre la tipificación de la mal llamada “corrupción entre particulares”...”, *op. cit.*, p. 492.

«la lucha contra la corrupción» se combina con la liberalización del campo penal y con la consiguiente traslación del poder de decisión –y también sancionatorio– a instancias supranacionales, sustancialmente privadas de la necesaria legitimación democrática en las formas intervención penal”.²⁵⁸

El segundo punto clave del debate se centra en cuál es, realmente, la incidencia que tienen –o pueden tener– las Decisiones Marco en los ordenamientos internos. Como se ha dicho hace un momento, de estas es predicable su carácter obligatorio, pero no se le atribuyen efectos directos –sí desplegados por las Directivas comunitarias–; en otras palabras, vinculan en cuanto al resultado a alcanzar, al tiempo que deja a las instancias nacionales la competencia por lo que se refiere a la forma y los medios.

Sin embargo, el no reconocimiento de efectos directos se vio importantemente matizado después de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –Gran Sala– de 16 de junio de 2005, relativa al asunto C-105/03, conocida como sentencia *Pupino*.²⁵⁹ La sentencia tiene su razón de ser en la petición de decisión prejudicial del Tribunal cuyo objeto es la interpretación de varios artículos de la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo. En todo caso, son varios los pronunciamientos del órgano jurisdiccional que son aplicables al conjunto de las Decisiones Marco, de ahí su importancia.

En primer lugar, sostiene el Tribunal que el carácter vinculante que se predica de las Decisiones Marco supone para las autoridades nacionales y, en particular, para los órganos jurisdiccionales nacionales, la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional. Así, cuando aplica el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión Marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la misma.²⁶⁰ Esta obligación, sin embargo, encuentra sus límites en el respeto a los principios generales

²⁵⁸ VALEIJE ÁLVAREZ, I.: “Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 7, 2003, p. 778.

²⁵⁹ El texto en castellano de la sentencia está disponible en la web del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Fuente: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-105/03>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

²⁶⁰ Apartados 34 y 43 de la sentencia.

del Derecho y, en particular, en los de seguridad jurídica y no retroactividad –a juicio del órgano jurisdiccional, ello se concreta en la prohibición de que la interpretación conforme pueda determinar o agravar la responsabilidad penal de un sujeto–. En resumen, el principio de interpretación conforme no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional.²⁶¹

Tras la adopción de esta sentencia, señaló la doctrina que, a pesar de que las Decisiones Marco podían ser asimiladas a las Directivas solo en cuanto a estructura y contenidos, pero no en el tipo ni en el grado de imperatividad de la obligación comunitaria –recordando que las Decisiones no son susceptibles de aplicación directa ni son tampoco directamente invocables–, las diferencias entre ambas tipologías normativas se habían reducido, recibiendo las Decisiones Marco “una sensible potenciación (...), en contexto de [una] progresiva «comunitarización del tercer pilar», [señalándose] la inmediata vinculación a nivel hermenéutico” de dicha herramienta comunitaria.²⁶²

Este pronunciamiento intensificó la controversia en torno a la obligatoriedad y efectos de las Decisiones Marco. En este punto hay que traer a colación dos sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La primera de ellas, de la Gran Sala, de 13 de septiembre de 2005 y la segunda, también de la Gran Sala, de 23 de octubre de 2007.²⁶³ En ellas, el Tribunal se pronuncia acerca de una cuestión que enfrentaba a la Comisión europea y al Consejo desde hacía tiempo: la clarificación del reparto de competencias en materia de disposiciones penales entre el Primer y el Tercer Pilar, esto es, respectivamente, entre ambas instituciones supranacionales. Por ser más clarificadora la

²⁶¹ Apartados 44, 45 y 47 de la sentencia.

²⁶² MANES, V.: “La incidencia de las “decisiones marco” en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo. Comentario de la sentencia de 16 de junio 2005 -Causa C-105/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -Gran Sala- (demanda de pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento Pupino)” (trad. TORRES FERNÁNDEZ, M.E.), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 9, artículo 07, 2007, p. 4.

²⁶³ Ambas se encuentran disponibles en castellano en la web del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

primera de ellas, aportaré aquí algunos de los razonamientos que contiene.

La Comisión solicitó el parecer del Tribunal en el contexto de la Decisión Marco 2003/80/JAI, del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal. La disputa se centraba en determinar cuál era la base jurídica adecuada para obligar a los Estados a imponer sanciones penales a los autores de infracciones contra el medio ambiente. El Consejo, autor de la Decisión Marco, había adoptado este instrumento en base a los artículos 29 y siguientes del Tratado de la Unión Europea, mientras que la Comisión entendía esto incorrecto y consideraba que lo adecuado era adoptar un instrumento en base al artículo 175.1 del Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas; razonamiento que fue apoyado por el Tribunal de Justicia, en la medida en que “la protección del medio ambiente constituye uno de los objetivos esenciales de la Comunidad”.²⁶⁴ Añade el Tribunal que, a pesar de que “la Comunidad no es competente en materia de Derecho penal ni en materia de Derecho procesal penal (...), esta constatación no es óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas (...) cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable (...)”.²⁶⁵

En definitiva, a pesar de la opinión del Consejo, tras esta sentencia, la Comunidad puede tener competencia de armonización de la legislación penal de los Estados miembro en aquellas materias en que, existiendo ya una normativa comunitaria, se precise del recurso al Derecho penal como un instrumento indispensable para asegurar el respeto de aquella normativa y la mayor eficacia de aquellas políticas comunitarias que, por afectar objetivos esenciales, han de hacerse presentes e integrarse en todas las políticas sectoriales de la Comunidad.²⁶⁶ Como consecuencia de esta argumentación, el Tribunal de Justicia anuló la Decisión Marco 2003/80/JAI. Y lo mismo ocurrió con la Decisión Marco

²⁶⁴ Apartados 41 a 43 de la sentencia TJCE, Gran Sala, de 13 de septiembre de 2005.

²⁶⁵ Apartados 47 y 48 de la sentencia TJCE de 13 de septiembre de 2005.

²⁶⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Armonización penal en la Unión Europea”, en DA COSTA ANDRADE, M.; ANTUNES, M.J. y AIRES DE SOUSA, S. (dirs.): *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, Coimbra Editora-Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, pp. 669-670.

2005/667/JAI, que fue anulada por el Tribunal tras la ya mencionada sentencia de la Gran Sala de 23 de octubre de 2007.

Esta serie de pronunciamientos llevó a la Comisión a elaborar una Comunicación dirigida al Parlamento y al Consejo donde analizó las consecuencias, particularmente, de la primera sentencia, que anuló la Decisión relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal.²⁶⁷ Cuando dicha institución valora el alcance del pronunciamiento del Tribunal, sostiene que “se trata (...), de una decisiva sentencia que sobrepasa ampliamente la materia en cuestión. El mismo razonamiento puede aplicarse íntegramente a las otras políticas comunes y a las cuatro libertades (libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales)”.

Continúa reconociendo que “se desprende de la sentencia que el Derecho penal como tal no constituye una política comunitaria. La acción de la Comunidad en materia penal solo puede basarse en una competencia implícita vinculada a una base jurídica específica. Por tanto, la aprobación de medidas penales apropiadas sobre una base comunitaria solo es posible de manera sectorial, y siempre que se demuestre la necesidad de luchar contra graves incumplimientos de los objetivos de la Comunidad y de prever medidas penales con el fin de garantizar la plena eficacia de una política comunitaria o el buen funcionamiento de una libertad”, por lo que “desde un punto de vista material, más allá de la cuestión de la protección del medio ambiente, el razonamiento del Tribunal de Justicia se aplica a todas las políticas y libertades comunitarias en las que existan normas vinculantes a las que debieran asociarse sanciones penales para garantizar su eficacia”.

Se arroga la Comisión la capacidad de decidir, en sus propuestas de Directivas, acerca de dicha necesidad, siendo que cuando se verifique, la Comisión puede recurrir a sanciones penales, que incluyan la definición del tipo –es decir, de los elementos constitutivos de la infracción–

²⁶⁷ *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13.9.05 dictada en el asunto C-176/03 (Comisión contra Consejo)*, de 23 de noviembre de 2005. El texto en castellano está disponible en Eur-lex. Fuente: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0583&from=ES>. Consultado el 26 de septiembre de 2016.

y, eventualmente, la naturaleza e intensidad de las sanciones penales aplicables, u otros elementos relacionados con el Derecho penal.²⁶⁸

En este documento, además, la Comisión expone una relación de aquellos instrumentos que, sobre la base de la sentencia, y a su juicio, son incorrectos por haberse adoptado, total o parcialmente, tomando una base jurídica errónea, exigiendo “proceder rápidamente a la regularización de estos textos estableciendo las bases jurídicas correctas”.²⁶⁹ Es en este punto donde la Comisión considera incorrecta la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

4.2.3. Panorama actual.

Indicaba hace un momento que este debate se ha visto mitigado con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y ello por cuanto elimina la estructura de “pilares”, basada en la distinción de un ámbito de actuación comunitario y otro intergubernamental. Con esto, desaparecen los actos del Tercer Pilar –entre ellos, las Decisiones Marco–, disponiendo el Tratado que no será posible utilizarlas a futuro.²⁷⁰ No obstante, aún existen dudas sobre la efectividad de las Decisiones Marco y, particularmente, de las consecuencias para los Estados de aquellas no incorporadas a los ordenamientos internos.

A pesar de todo lo expuesto, y en la medida en que, hasta la fecha, las instituciones comunitarias no se han afanado en la regularización antes citada, el legislador español no se cuestionó si se encontraba realmente compelido por las obligaciones derivadas de la Decisión Marco. De hecho, como se ha expuesto ya en este trabajo, la necesidad de transposición de esta norma fue esgrimida como *ratio essendi* de la introducción del delito en nuestro ordenamiento penal en el Considerando XIX de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010.

Sin embargo, para la gran mayoría de la doctrina, esta razón “formal” vinculada a la “exigencia” de adaptación de nuestro ordenamiento jurí-

²⁶⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13.9.05, apartados 3 a 10.

²⁶⁹ *Ibid.*, apartado 14.

²⁷⁰ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., p. 160.

dico penal a la aprobación de una Decisión Marco resulta, cundo menos, dudosa a la luz de los diversos pronunciamientos²⁷¹ recién mencionados. Así, la doctrina sostiene que la solución de la Comisión llevaría a todas las Decisiones Marco con contenido penal a ser inaplicables por invasión de competencias comunitarias²⁷² y haría decaer toda obligación de transposición.²⁷³

Se ha criticado también que el legislador español se ha excedido de lo dispuesto en la Decisión, en cuanto dadas las genéricas indicaciones de la misma, que no obligan a una anticipación de la intervención penal como la que se ha operado, podría haberse tipificado de modo que se atendiera mejor no solo a los principios de taxatividad y certeza, sino también y especialmente, a los de intervención mínima y lesividad del comportamiento incriminado.²⁷⁴

En todo caso, siendo rigurosos, era preciso analizar en esta investigación la herramienta comunitaria por cuanto sirvió de antecedente normativo y, del mismo modo, motivó la inclusión del delito, por parte del legislador, en nuestro Derecho penal positivo. En este momento, vista la incidencia de las iniciativas supranacionales en la incorporación del tipo a nuestro Código penal, conviene explorar también las soluciones adoptadas en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, con especial atención al modelo de incriminación seguido en cada uno de

²⁷¹ VENTURA PÜSCHEL, A.: "Sobre la tipificación de la *mal llamada "corrupción entre particulares"...*", *op. cit.*, p. 488.

²⁷² *Ibid.*, p. 494.

²⁷³ En el contexto de la reforma obrada por la Ley Orgánica 5/2010, QUERALT JIMÉNEZ sostiene que, la Decisión Marco 2003/568/JAI, "que no se transpone, por no ser procedente a la luz de la STEJC 13-9-2005 (asunto C-176/03) demandaba tal castigo, pero dejó [de] ser forzoso a raíz de la mencionada sentencia del Tribunal de Luxemburgo, por lo que esgrimirla como hace el legislador orgánico de 2010 no parece lo más correcto". En QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: "§ 17 Delitos societarios, resistencia a las agencias de control...", *op. cit.*, p. 623. Se pronuncia en el mismo sentido en QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: "La corrupción privada. Apuntes a la novela LO 5/2010", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A.; GÓMEZ PAVÓN, P.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A. (coords.): *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, *op. cit.*, pp. 803-804.

²⁷⁴ MENDOZA BUERGO, B.: "Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...", *op. cit.*, p. 427.

ellos. El análisis del tipo penal portugués, se hará de un modo más profundo, por cuanto supone un modelo interesante, y cercano a la redacción del artículo 286 bis español, siquiera en su versión original de 2010.

IV. MODELOS DE INCRIMINACIÓN EN DERECHO COMPARADO

La apelación a la comparación goza, ciertamente, de una larga tradición en el mundo jurídico. El estudio del Derecho comparado ofrece soluciones puntuales a problemas o conflictos jurídicos planteados, pero, además, otorga al jurista una sensibilidad y un saber hacer Derecho que hoy día, más que nunca, resulta imprescindible. La comparación sistematiza el Derecho desde una visión más amplia; perspectiva que no puede ofrecer el exclusivo conocimiento propio y el manejo de unas técnicas limitadas al propio entorno de nuestro ordenamiento jurídico. En suma, al recurrir al análisis del Derecho comparado, podremos afrontar con más certeza y fiabilidad los objetivos de nuestro trabajo investigador, viendo con mayor nitidez todas las soluciones posibles y evaluando las más viables y eficaces.²⁷⁵

En el concreto caso estudiado aquí de la corrupción de carácter privado, ha de tenerse en cuenta que estos comportamientos llegan a tener una dimensión internacional –o, de modo más preciso, transnacional–, bien sea porque sus efectos inciden en varios Estados, por la naturaleza internacional del sujeto o sujetos implicados o por la naturaleza misma de la relación económica. Por ello, la gran cuestión es establecer una política criminal adecuada, lo que pasa por aproximar el contenido de las legislaciones y por la colaboración policial y procesal.²⁷⁶ Para ello, con carácter previo, se hace necesario el conocimiento de las distintas soluciones aportadas en los distintos ordenamientos, para, como se ha mencionado, llegar a una solución fiable y eficaz.

Sentadas estas ideas acerca de la utilidad del estudio del Derecho comparado, me propongo en lo que sigue explorar la tipificación penal de

²⁷⁵ MORÁN, G.M.: “El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”, en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 6, 2002, pp. 501 a 506 y 520.

²⁷⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y CERINA, G.: “¿Un delito de corrupción privada? Obligaciones internacionales...”, *op. cit.*, p. 166.

la corrupción entre particulares en algunos de los países de nuestro entorno, particularmente de aquellos que suponen un modelo de tratamiento penal de esta clase de comportamientos.

En efecto, a pesar de que la voz “corrupción privada” resultaba casi desconocida en el glosario de términos jurídico-penales españoles²⁷⁷ hasta la reforma del Código del año 2010 –téngase en cuenta que hasta ese momento había predominado la identificación de la corrupción con comportamientos que tienen lugar en el sector público por parte de empleados públicos, funcionarios o autoridades actuando en el ejercicio de sus cargos–²⁷⁸, la penalización de la corrupción en el sector privado no era en absoluto, ya a principios de este siglo, un fenómeno excepcional en el ámbito del Derecho comparado.²⁷⁹

Ya a principios del siglo XX se observa una profunda preocupación por las grandes dimensiones que adquieren los pagos y regalos hechos a empleados de empresas privadas por parte de otras empresas que compiten entre sí. Por ello, se procede en Gran Bretaña a castigar penalmente la corrupción privada mediante la Ley sobre prevención de la corrupción de 1906²⁸⁰; norma que sirvió de modelo para la legislación alemana, que, en la Ley contra la competencia desleal de 1909, introdujo el § 12 dirigido a sancionar esta clase de conductas.²⁸¹ De este

²⁷⁷ NIETO MARTÍN, A.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, p. 55; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 122. En el mismo sentido, GILI PASCUAL, cuando sostiene que “la irrupción de esta figura, de nula tradición en nuestro derecho punitivo (y en general, hasta hace poco, en todo el ámbito meridional europeo), no es producto de la sensibilidad del [legislador] hacia ninguna suerte de clamor social o doctrinal interno”. En GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, p. 3.

²⁷⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción...”, *op. cit.*, p. 257.

²⁷⁹ FOFFANI, L.: “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana...”, *op. cit.*, p. 63. El autor trae a colación un estudio realizado por el Instituto Max Planck de Friburgo, Alemania, que ya a finales de los años 90 constataba que, en la Europa comunitaria, solo una minoría de países –Bélgica, Grecia, Italia, Polonia, España y Portugal, en aquel entonces– desconocían en su ordenamiento el delito de corrupción en el ámbito privado. En el mismo sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, *op. cit.*, p., 541.

²⁸⁰ En inglés, “Prevention of Corruption Act 1906”.

²⁸¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción...”, *op. cit.*, p. 258.

modo, para continuar esta tendencia, un delito de soborno entre particulares existe en el ordenamiento francés desde 1919 y en el holandés desde 1967. Luego de ello, los demás ordenamientos de nuestro entorno, con mayor puntualidad que el legislador español, fueron introduciendo posteriormente tipos penales, con la finalidad de reprimir semejantes comportamientos, intentando –y no siempre logrando– dar cumplimiento a los requerimientos comunitarios.²⁸²

Además, en la actualidad, la tipificación del soborno en el ámbito privado, no se reduce únicamente al ámbito europeo. Se puede afirmar que la previsión penal de estas conductas se ha extendido en diversos países alrededor del globo²⁸³, por lo que puede decirse que el soborno para obtener beneficios en el tráfico comercial es una práctica prohibida en cualquier parte del mundo.²⁸⁴

En lo que interesa para este trabajo, que se centrará en examinar algunos modelos de incriminación en el contexto europeo, es interesante traer a colación la clasificación elaborada por HEINZE. En el estudio de los delitos de corrupción privada en los negocios, el citado autor señala la importancia de clarificar los distintos enfoques seguidos en cada legislación, de modo especial, el interés protegido por cada norma penal, a fin de comprender los elementos y el alcance de la infracción. Reco-

²⁸² BENITO SÁNCHEZ, C.D. y CERINA, G.: “Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectiva de reforma”, en DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.R., MATELLANES RODRÍGUEZ, N.P. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. (coords.): *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código Penal*, Ratio Legis, Salamanca. 2009, p. 82.

²⁸³ La firma internacional de abogados CMS ha publicado diversas versiones de su “Guía CMS sobre leyes anti-soborno y contra la corrupción”. En su cuarta y más reciente versión, publicada en abril de 2016, analiza la regulación de la normativa anticorrupción de 34 países en todo el mundo –incluyendo países europeos, de Oriente Medio, Asia, Sudamérica y el grupo denominado BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica) –, y en la misma puede observarse que más de la mitad de ellos contienen en sus ordenamientos un tipo para sancionar el soborno comercial o en el ámbito privado. Dicha Guía puede consultarse en la web de CMS. Fuente: <https://cms.law/en/BEL/Publication/CMS-Guide-to-Anti-Bribery-and-Corruption-Laws>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

²⁸⁴ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., p. 168.

noce igualmente que “la variedad de enfoques en los diferentes esquemas legislativos permite subcategorías que implican que ligeras transferencias y coincidencias entre los tres modelos sean inevitables”.²⁸⁵

El autor alemán establece tres categorías o modelos básicos de criminalización de la corrupción en el sector privado. En primer lugar, sostiene que el modelo de protección clásico se centra en la tutela de los activos corporativos o, dicho de otro modo, de los intereses de propiedad de la empresa –considerado como el modelo clásico–. En segundo término, la corrupción privada es criminalizada porque pone en peligro o vulnera las relaciones laborales, en particular “los lazos de deber y lealtad de un empleado hacia su empresa”; esto es, vincula la corrupción entre particulares como el “incumplimiento de las obligaciones”. En tercer y último lugar, la promoción de la competencia se revela como la justificación político-criminal más amplia. Tiene como objetivo la protección de la libre o justa competencia y las condiciones de funcionamiento del mercado. Desde esta perspectiva, por lo tanto, “el soborno comercial es visto como un factor que destruye o impide la competencia leal y el correcto funcionamiento del mercado”.²⁸⁶ En todos los modelos a los que vamos a aludir, se castiga la entrega y/o recepción de sobornos en el ámbito privado, aunque los requisitos específicos reclamados por cada uno de ellos conducen a incluir un abanico de conductas muy distintas. Será interesante ver cómo se concibe el delito, según cada corriente, y qué consecuencias tiene ello sobre la concreta regulación en cada país.²⁸⁷

Como hemos anunciado, a continuación, se esbozarán los puntos clave de cada uno de los modelos, conectándolos con la regulación concreta del aquel país que, a nuestro entender, es más representativo de cada corriente de tipificación. Al final de este apartado, además, haremos alusión a la tipificación en Derecho portugués, por cuanto se configura como el más singular ejemplo de modelo híbrido, ya que contiene elementos tanto del modelo *iuslaboralista* como del protector de la competencia.

²⁸⁵ HEINE, G.: “Comparative Analysis”, en HEINE, G., HUBER, B. y ROSE, T.O. (eds.): *Private Commercial Bribery. A comparison of National...*, *op. cit.*, p. 612.

²⁸⁶ *Ibid.*, pp. 612 y ss.

²⁸⁷ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 122.

Así las cosas, siguiendo el orden de exposición de un sector doctrinal, entre los que puede mencionarse a NIETO MARTÍN²⁸⁸, nos adentraremos, en primer lugar, en la corriente que vincula el delito de corrupción privada con la quiebra de las relaciones laborales.

1. El delito de corrupción privada y la tutela de las relaciones laborales.

Conocido como “modelo iuslaboralista”²⁸⁹, es la óptica que rige en el ordenamiento penal en Holanda y Bélgica y también era el caso de Francia, que hasta el año 2005, regulaba la cuestión en el *Code du Travail*, con la denominación de “corrupción de empleados”.²⁹⁰

1.1. Elementos político-criminales.

En opinión de algunos autores, esta primera línea de interpretación centra su análisis en lo que calificaron como dimensión privada de la corrupción entre particulares, caracterizada por considerar que el Derecho penal ha de asumir la protección del interés del principal a que el agente no le “traicione”.²⁹¹ El punto clave de las regulaciones que siguen este modelo es, por tanto, la relación y, de ella, la “lealtad” del empleado hacia el empleador.²⁹² Si ello es así, la conducta de corrupción privada será penalmente relevante en la medida en que, con el soborno, el corrupto infrinja sus deberes respecto de su empresario. En otras palabras, el castigo penal vendrá circunscrito a aquellas conductas corruptas de un sujeto que actúe en régimen de relación laboral

²⁸⁸ NIETO MARTÍN, A.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, pp. 58 y ss.

²⁸⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 123.

²⁹⁰ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 171.

²⁹¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y CERINA, G.: “¿Un delito de corrupción privada? Obligaciones internacionales...”, *op. cit.*, p. 164.

²⁹² *Ibid.*, p. 183.

subordinada.²⁹³ El punto clave reside, consecuentemente, en la relación jurídica interna entre empleado y empleador.

Dicho de otro modo, el núcleo de lesividad del comportamiento corrupto radica, por ende, en la infracción del deber de fidelidad –lealtad– contractual que se presuponen en la relación laboral entre empleador y empleado.²⁹⁴ Se castigarán, así, la solicitud o aceptación de ventajas sin el consentimiento del empresario;²⁹⁵ consentimiento que, de existir, convierte en impunes dichas conductas.²⁹⁶ En efecto, el conocimiento, aquiescencia o aceptación del empresario o principal respecto del soborno es lógicamente incompatible con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido y, por consiguiente, convierte la conducta en irrelevante para el Derecho penal.²⁹⁷

Sentado lo anterior, realizaré un breve comentario de las regulaciones holandesa y belga.

1.2. Apuntes sobre el delito de corrupción privada en Holanda.

En el Derecho holandés, la razón principal para penalizar el soborno es asegurar la integridad de las personas privadas.²⁹⁸ El tipo se contiene en la sección –artículo– 328 ter del Código penal holandés, habiendo

²⁹³ TAK, al analizar el tipo de corrupción privada en Holanda, reconoce que “no existe el delito cuando los sujetos no tienen tales condiciones [de dependiente o representante de una empresa], dado que en tal caso no existe una relación de trabajo subordinado”. En TAK, P.: “Il reato di corruzione privata in Olanda”, en ACQUAROLI, R. y FOFANI, L. (eds.): *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di Riforma*, Guiffre Editore, Milán, 2003, p. 147.

²⁹⁴ ROSAS OLIVA, J.I.: “Consideraciones para la tipificación de un delito...”, *op. cit.*, p. 102.

²⁹⁵ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 123.

²⁹⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción...”, *op. cit.*, pp. 266-267.

²⁹⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y CERINA, G.: “¿Un delito de corrupción privada? Obligaciones internacionales...”, *op. cit.*, p. 183.

²⁹⁸ Dicha razón de política criminal está detrás también de la tipificación del soborno de los funcionarios públicos en dicho país, según reconoce la doctrina. Así, TAK, P.: “Introduction” en “The Netherlands”, en HEINE, G., HUBER, B. y ROSE, T.O. (eds.): *Private Commercial Bribery. A comparison of National...*, *op. cit.*, p. 279.

sido introducido en el ordenamiento en 1967 a pesar de que, en opinión de algún autor, “los casos penales de soborno privado raramente ocurren y no hay indicadores de que exista un interés relevante en la presentación de informes de casos a la policía”.

En añadidura a lo anterior, la reticencia a criminalizar la corrupción privada, según se argumenta por esta doctrina, estaba motivada porque la legislación penal holandesa tradicionalmente había estado menos orientada a la salvaguarda de las relaciones contractuales y de Derecho privado que a la tutela en la esfera pública. Ello se explicó en la medida en que el Derecho privado holandés toma como punto de partida el principio de «autonomía de las partes», que supone que cada parte contratante es responsable de la elección que hace de la contraparte, por lo que forma parte del riesgo asumido por cada uno cuando la contraparte se comporta de forma deshonesta.²⁹⁹

Todo lo anterior hizo que, con anterioridad a la tipificación de este delito en 1967, VAN BEMMELEN –autor reconocido en dicho país– se opusiera firmemente a la criminalización de la corrupción privada, aduciendo que tanto las sanciones de Derecho privado como las medidas preventivas tomadas por las empresas eran suficientes. Este autor se mostró contrario, particularmente, al uso del concepto de “buena fe” entre las definiciones del Derecho penal. Desde su punto de vista, la protección primaria del delito debió haberse enfocado al efectivo funcionamiento del mercado y la industria y no a la defensa de las relaciones privadas de mercado y la ética de los empleados.³⁰⁰

Así las cosas, y a pesar de ello, “la principal razón para penalizar el soborno privado era que tanto la moral pública como el orden público se veían comprometidos con esta clase de soborno” y, en añadidura a ello, “ni la regulación entonces existente en el Código Penal ni las normas disciplinarias o las medidas tomadas por las empresas privadas o corporaciones protegían suficientemente la integridad de las relaciones laborales” que, de ese modo, se convirtió en el punto clave y bien jurí-

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 280.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 282.

dico protegido por el delito de corrupción privada en Holanda. En concreto, es enunciado como la “integridad de la relación empleador-empleado, en particular atendiendo a la confianza entre ambas partes”.³⁰¹

En ese sentido, existen, según recoge TAK, cinco razones principales que explican la incriminación de la corrupción privada en Holanda: i) la moral pública estaba puesta en juego: se abusaba de las relaciones en las que la confidencialidad era un elemento esencial; dichas relaciones aumentaban debido a la delegación de funciones y la especialización en las empresas privadas y corporaciones; ii) el orden público estaba en juego: las empresas privadas y corporaciones cuidaban crecientemente los intereses públicos y la corrupción privada afectaba, por lo tanto, dichos intereses públicos; iii) la normativa penal existente antes de este delito, destinada a la salvaguarda de la integridad de las relaciones laborales, se mostraba insuficiente; iv) tipificar las conductas de corrupción proporcionaba un incentivo a aquellos empleados con principios éticos débiles, y se insta así también a las empresas, a instituir reglas contra estos comportamientos; y v) la criminalización se vio internacionalmente favorecida: muchos países europeos habían adoptado ya previsiones similares.³⁰²

El ordenamiento penal holandés castiga –como se ha mencionado ya, en el artículo 328 ter de su Código penal– tanto la corrupción activa como pasiva en el ámbito privado, centrando el núcleo del injusto en la actuación por parte del empleado en contra de sus obligaciones; actuación que, además, será entendida como contraria a la buena fe, cuando tienda a ocultar al principal la solicitud o aceptación de un ofrecimiento o promesa de utilidad.

Se castiga al que, sin ser funcionario, y actuando en el ejercicio de un servicio público o en el ejercicio de sus funciones dentro de la empresa, o como agente de la misma, recibe una utilidad o una promesa por un acto que ha realizado u omitido, o que deberá realizar u omitir, en cumplimiento de las obligaciones inherentes a su oficio o mandato, y que, violando las reglas de la buena fe, oculta esa recepción o promesa a su principal o mandante. La norma prevé, para estos supuestos, pena de

³⁰¹ *Ibid.*, pp. 281 y 284.

³⁰² *Ibid.*, pp. 283-284.

prisión no superior a cuatro años o multa de *quinta categoría*. Se castiga también –en la modalidad de corrupción activa– a quien da o promete dicha utilidad.

Así las cosas, el delito holandés busca salvaguardar la buena fe, entendida como lealtad en la relación entre empleador y empleado, enfocando el núcleo de lesividad en la ocultación del empleado al empleador de la recepción de una utilidad. Por tanto, puede asegurarse que el interés directamente protegido por la norma penal es la confianza en la relación del empleado respecto de su principal. Así, pese a que algunos estiman que la competencia pudo desempeñar algún papel en la tipificación penal de la corrupción privada en ese país, este delito no alude a su afectación para la consumación del tipo. De hecho, se entiende que el bien jurídico protegido es la integridad de las relaciones de trabajo entre empleado y empresario, en particular, la buena fe entre las partes en la relación laboral.³⁰³

1.3. El tipo de corrupción privada en Bélgica.

Como se ha referido anteriormente, otro de los casos paradigmáticos de este “modelo privado” de tipificación del soborno entre particulares está constituido por el ordenamiento belga. La introducción del tipo de corrupción privada en el ordenamiento penal de ese país se produjo más tardíamente que en el caso holandés. Concretamente, la Ley de 10 de febrero de 1999, relativa a la represión de la corrupción, introdujo en el Código penal belga este delito, como una clase de defraudación, dentro de los crímenes y delitos contra el patrimonio, en los artículos 504 bis y ter.³⁰⁴

Artículo 504 bis del Código penal belga ³⁰⁵

³⁰³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción...”, *op. cit.*, p. 269.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 268.

³⁰⁵ La versión vigente del Código penal belga se puede consultar en la web Droit Belge. Fuente: <http://www.droitbelge.be/codes.asp>. Consultado el 2 de noviembre de 2017. [Texto original en francés, traducción propia].

1º. Es constitutivo de corrupción privada pasiva el hecho para una persona que posee la condición de administrador o gerente de una persona jurídica, de mandatario o de agente de una persona jurídica o física, [solicitar, aceptar o recibir], directamente o por medio de intermediario, una oferta, una promesa o una ventaja de cualquier naturaleza, para sí o para terceros, para realizar o abstenerse de realizar un acto de su función o facilitado por su función, sin el conocimiento y sin la autorización, según el caso, del Consejo de administración o de la Asamblea general, del mandante o del empleador.

2º. Es constitutivo de corrupción privada activa el hecho de proponer, directamente o por medio de intermediario, a una persona que tiene la condición de administrador o de gerente de una persona jurídica, de mandatario o de agente de una persona jurídica o física, una oferta, una promesa o una ventaja de cualquier naturaleza, para sí o para terceros, para realizar o abstenerse de realizar un acto de su función o facilitado por su función, sin el conocimiento y sin la autorización, según el caso, del Consejo de administración o de la Asamblea general, del mandante o del empleador.

Artículo 504 ter del Código penal belga

1º. En caso de corrupción privada, la pena será de prisión de seis meses a dos años y una multa de 100 (euros) a 10.000 (euros) o una de estas dos penas.

2º. En el caso en que la solicitud contemplada en el artículo 504 bis, 1º, vaya seguida de una propuesta contemplada en el artículo 504 bis, 2º, la pena será de prisión de seis meses a tres años y una multa de 100 (euros) a 50.000 (euros) o una de estas penas.

El artículo 504 bis castiga tanto la corrupción activa como pasiva en el sector privado, entendiendo como tal la proposición, directamente o a través de la interposición de otras personas, a una persona que tiene la condición de administrador o de gerente de una persona jurídica, de mandatario o de agente de una persona jurídica o física, una oferta, una

promesa o una ventaja de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, por hacer o por abstenerse de hacer un acto de su función o facilitado por su función, a espaldas y sin autorización, según el caso, del consejo de administración o de la asamblea general, del mandante o del empresario; así como, desde la óptica pasiva, la solicitud, aceptación o recepción de dicha proposición.

Por su parte, el artículo 504 ter contiene las sanciones previstas para estos comportamientos ilícitos, previendo pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 100 a 10.000 euros, o solo una de estas penas. Sin embargo, cuando la solicitud propia de la corrupción pasiva se vea seguida de una proposición, y también cuando la proposición de la corrupción activa sea aceptada, la pena será de prisión de seis meses a tres años y multa de 100 a 50.000 euros, o solo una de esas penas.

Como se ve, el tipo belga excluye del círculo de eventuales sujetos al principal o empresario, lo que redundaría en la idea, ya apuntada, de que lo esencial para este modelo de incriminación es la relación jurídica de carácter laboral que vincula a principal y subordinado, y particularmente la lealtad debida del segundo al primero; aspecto que se ve reafirmado en la redacción del delito, cuando exige que la actuación del administrador o gerente, del mandatario o agente se lleve a cabo “sin el conocimiento y sin la autorización” del principal.

Según han puesto de relieve algunos autores, en el caso belga, el núcleo del injusto viene determinado por el hecho de que el corrupto actúa de espaldas y sin autorización por parte del empresario principal, y parece, por tanto, que precisamente se tratan de sancionar los comportamientos que suponen una infracción de los empleados o directivos, su deslealtad o el abuso de confianza.³⁰⁶

1.4. Conclusiones.

Siguiendo las aportaciones que acertadamente recoge ENCINAR DEL POZO³⁰⁷, las fundamentales reflexiones que pueden extraerse de este

³⁰⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción...”, *op. cit.*, p. 268.

³⁰⁷ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 171.

modelo de incriminación son las siguientes: i) solo puede ser sujeto activo de la modalidad pasiva de corrupción privada un empleado o subordinado, pero no el empresario. El núcleo del delito es que el empleado incumpla los deberes que tiene en relación con aquel; ii) el consentimiento del empresario o principal, como ya se ha hecho mención, excluye la conducta delictiva, ya que, con la anuencia de este, el subordinado no incumple deber alguno; y iii) este modelo no fundamenta suficientemente el castigo penal de la corrupción privada activa: la persona que toma la iniciativa de sobornar a un empleado o subordinado no incumple deber alguno respecto del empresario o principal. Esto ha llevado a la doctrina a fundamentarlo en la idea de que el corruptor “participa”, en la infracción de obligaciones por parte del corrupto, en la medida en que promueve o motiva su comportamiento, “manteniendo una *relación* con el corrupto similar a la *contractual* («asociación para el injusto»), que se antepone al contrato con el principal”.³⁰⁸

Esta concepción ha recibido diversas críticas, fundamentalmente desde la doctrina alemana. Se sostiene que la concepción del injusto de la corrupción privada en la lesión de los deberes de lealtad del empleado corrupto frente a su empleador se justifica en una visión criminológica que, usualmente, equipara este fenómeno con la corrupción del empleado. Pero, a juicio de esta doctrina germana, la corrupción privada –económica, dicen los autores–, no debe ser vista prioritariamente desde una perspectiva jurídico-laboral por, cuanto menos, dos razones.

De un lado, entienden que, si un empleado infringe sus deberes de lealtad frente al empleador produciendo un perjuicio patrimonial hacia éste, el delito que resultará aplicable, se orientará hacia la infidelidad patrimonial –extrapolable a la administración desleal en el caso español–. Si, por el contrario, el comportamiento desleal no produce perjuicio patrimonial alguno, el injusto se reducirá a una mera infracción del contrato de trabajo, para cuya sanción no puede reclamarse la acción del Derecho penal.

De otro lado, si se mantuviera la visión laboralista de la corrupción privada, no sería entendible por qué se sanciona al otorgante de la ventaja –al corruptor– como autor de un delito de corrupción y no solamente

³⁰⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción...”, *op. cit.*, p. 278.

como partícipe de la ilicitud cometida por el empleado corrupto. Incluso, se argumenta, dado que el otorgante de la ventaja puede llegar a ser punido por delito consumado únicamente con el mero ofrecimiento, sin que se produzca la aceptación por parte del empleado, se está castigando una situación que no provoca infracción alguna de los deberes laborales, lo cual tendría difícil acomodo desde el punto de vista de este modelo de incriminación.³⁰⁹ Esta crítica trae, de nuevo, a colación uno de los comentarios apuntados anteriormente.

Con todo, como se ha mencionado ya anteriormente, es el modelo seguido por los ordenamientos belga y holandés, y cristalizado en el Derecho francés hasta la reforma del año 2005, por lo que se mantiene, cuanto menos desde el punto de vista dogmático, como una de las grandes corrientes de tipificación de la corrupción privada en el contexto europeo.

2. Corrupción privada y protección de la competencia en el mercado.

Es turno ahora de abordar el segundo gran modelo de incriminación de la corrupción privada; quizás, el más relevante en cuanto a su interés, en la medida en que esta concepción es la que adoptan las normas europeas supranacionales, sin perjuicio de que dejen la puerta abierta a que los Estados incorporen elementos de otros modelos. Algún sector de la doctrina lo ha denominado “modelo economicista”³¹⁰, es también la perspectiva desde la que se abordaba la cuestión en el ordenamiento penal alemán de modo puro, al menos hasta la reforma del Código penal germano que entró en vigor en octubre de 2015.³¹¹

Esta comprensión del ilícito penal requiere de la identificación de la norma extrapenal que se ocupa, en primera instancia, de establecer las condiciones de ilicitud competencial. No parece lógico, por tanto, que la intervención penal se lleve a cabo a espaldas de aquellas otras ramas

³⁰⁹ KINDHÄUSER, U.: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía...”, *op. cit.*, pp. 12-13.

³¹⁰ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 123.

³¹¹ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 172.

del ordenamiento jurídico que *prima facie* se ocupan de regular el sector de la competencia en el mercado, actividad en efecto específica y compleja.³¹²

2.1. Elementos político-criminales e *iter* normativo en Alemania.

La doctrina germana ha venido sosteniendo que “la capacidad de competencia económica es el principio fundamental de la constitución económica”. Dicho principio, además, considera que la competencia económica constituye el motor que propicia una mayor capacidad de rendimiento económico, proporcionando el mayor grado de libertad posible a los intervinientes en el mercado.³¹³

Tomando como referencia, entonces, la experiencia alemana, ha de decirse que la consideración de la corrupción privada como protectora de la competencia data de antiguo. Así, el soborno de empleados fue incluido en la Ley de Competencia Desleal, concretamente en el § 12, desde 1909, en la creencia de que los *kick-backs* suponían un peligro para la competencia. La Ley Anticorrupción de 13 de agosto de 1997, trasladó los elementos del ilícito al Código penal, bajo el título de “Aceptación y ofrecimiento de sobornos en las transacciones comerciales”, con el propósito de aumentar el valor simbólico de las previsiones en el fortalecimiento de la lucha contra la corrupción o, dicho de otro modo, concienciar a la sociedad y subrayar así la importancia de la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales.³¹⁴

La cuestión de los intereses jurídicamente protegidos con esta figura cobró importancia ya desde la presencia de ésta en la Ley de Competencia Desleal. Se consideraba que la tutela se producía de un modo extenso, en la medida en que se abarcaba la “libertad de competencia” en su sentido más amplio. Ello generó, en el seno de la doctrina alemana, el debate acerca de cómo concretar el contenido de dicho bien jurídico. Así junto al interés público en proteger la competencia libre y sin restricciones, se abordó también el interés comercial de los competidores,

³¹² RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 123.

³¹³ TIEDEMANN, K.: *Manual de Derecho penal económico...*, *op. cit.*, p. 293.

³¹⁴ ÜBERHOFEN, M.: “Germany”, en HEINE, G., HUBER, B. y ROSE, T.O. (eds.): *Private Commercial Bribery. A comparison of National...*, *op. cit.*, pp. 120-122.

o los intereses de los dueños de los negocios o la protección de los consumidores. Tras la incorporación de la figura delictiva al Código penal germano, la situación se mantuvo bastante similar, en la medida en que la transferencia al Código se hizo sin dar a las previsiones una nueva orientación. A pesar de ello, la incorporación del tipo en una nueva sección, creada para proteger la competencia como primera prioridad, llevó a suponer que el resto de intereses mencionados solo son protegidos de manera indirecta.³¹⁵

El núcleo de lesividad que justifica la incriminación, según esta corriente, radica en la garantía del respeto a la competencia equitativa y leal; valores necesarios para mantener y desarrollar las relaciones sociales y económicas. La corrupción privada, por tanto, incluso no existiendo un perjuicio pecuniario específico para la potencial víctima, perjudica al conjunto de la sociedad, al distorsionarse la disciplina de mercado. Así, esta corrupción trasciende del ámbito de la empresa para convertirse en un comportamiento socialmente dañoso. Algún autor español considera que esta corrupción privada se compone de comportamientos desviados de los administradores y cargos directivos de una empresa que perjudican a un número importante de intereses privados –singularmente, de acreedores, trabajadores, accionistas, inversores, etc.– y generan conflictos de intereses en el propio sector privado.³¹⁶ Pero también estas actividades delictivas resultan dañosas desde el punto de vista del consumidor, por cuanto el favorecimiento indebido fruto del soborno va dirigido a que el producto, mercancía o servicio del corruptor, o de un tercero, sea el contratado, a pesar de no ser el que ofrece las mejores condiciones, en términos de precio y/o calidad respecto de sus competidores, vulnerando así las reglas que sustentan la libre competencia.³¹⁷

³¹⁵ *Ibid.*, p. 125.

³¹⁶ OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado: El nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal”, en *La Ley Penal*, nº 78, noviembre 2011.

³¹⁷ GIL NOBAJAS, M.S.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, en *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 35, Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, 2015, p. 588.

En el contexto de la tutela de la competencia, según sostiene algún autor, en el momento de valorar la inclusión de un delito de corrupción entre privados resulta imprescindible atender a las implicaciones entre corrupción pública y mercado. En este sentido, la corrupción ha dejado de ser un negocio privado y aislado entre funcionario y particular, para convertirse en un modo más de articular relaciones económicas entre agentes públicos y privados, allí donde la Administración actúa como agente económico, ya sea adquiriendo bienes o servicios o tomando decisiones con repercusiones económicas. Esta corrupción sistémica afecta tanto a la competencia como a la imparcialidad de la Administración,³¹⁸ lo que explica la evolución del ordenamiento jurídico-penal que desemboca en la previsión de reproche para estos comportamientos en el sector privado.

2.2. Redacción típica antes de octubre de 2015.

Como se ha dicho, antes de la reforma que entró en vigor en la fecha mencionada, el ordenamiento alemán constituía la regulación paradigmática de la corrupción privada como protectora de la competencia – conocida como el modelo de protección exclusiva o pura de la competencia³¹⁹, en los § 299 a 302 del Código penal –StGB–. En lo que nos interesa, la definición del tipo se realizaba del siguiente modo:

§ 299. Código penal alemán. Cohecho pasivo y activo en el tráfico comercial³²⁰

³¹⁸ NIETO MARTÍN, A.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, p. 61.

³¹⁹ Sobre la consideración del modelo de incriminación alemán anterior a 2015 como protector puro de la competencia, *vid.*, entre otros, OTERO GONZÁLEZ, P.: “Corrupción entre particulares (Delito de)”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 3, septiembre 2012-febrero 2013, p. 178; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 15.

³²⁰ Para ejemplificar mejor lo que se ha dado en llamar “modelo de protección pura o exclusiva de la competencia”, he utilizado la versión de vigencia del StGB de octubre de 2013; literalidad que, en relación al delito de corrupción privada, se mantuvo vigente hasta octubre de 2015. Ésta se puede consultar en la web del Ministerio alemán de Justicia y Protección al Consumidor. Fuente: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html. Consultado el 2 de noviembre de 2017. [Texto original en inglés, traducción propia].

(1) El que, como dependiente o encargado de una empresa comercial, exija, le haga prometer o acepte de otro, un beneficio para sí o para un tercero, como contraprestación para que prefiera a otro, de manera desleal, en la adquisición competitiva de mercancías o servicios comerciales, dentro del tráfico comercial, será castigado con pena privativa de libertad no superior a tres años o con multa.

(2) Con las mismas penas será castigado quien, en el tráfico comercial y con fines de competencia, ofrezca, prometa o conceda, a un dependiente o encargado de una empresa comercial, un beneficio para sí o para un tercero, como contraprestación para que lo prefiera a él o a otro, de manera desleal, en la adquisición competitiva de mercancías o servicios comerciales.

(3) Las subsecciones (1) y (2) serán también aplicables a los actos de competencia en el extranjero.

§ 300. Supuestos agravados de cohecho pasivo y cohecho activo en el tráfico comercial

En los casos especialmente graves, el autor de los hechos previstos en el § 299 será castigado con pena de privativa de libertad de 3 meses a 5 años. Se consideran, como regla general, casos especialmente graves, si:

- 1. el acto referido a un beneficio de gran magnitud, o,*
- 2. el autor actúa profesionalmente, o como miembro de una organización criminal cuyo propósito es la comisión continuada de tales delitos.*

El §299 regulaba el delito de corrupción pasiva y de corrupción activa en el tráfico económico, en concreto, el primer párrafo se destina a la modalidad pasiva y el segundo, a la modalidad activa. El núcleo del injusto era la solicitud o aceptación, o de otro lado, la oferta, promesa o concesión de un beneficio indebido a cambio de un favorecimiento desleal en la adquisición de mercancías o de servicios comerciales.

Por su parte, el §300 regulaba una serie de supuestos agravados, para aquellos casos en que el beneficio sea de mayor cuantía o en que el autor actúe de una forma profesional o en el seno de una organización criminal ideada para la comisión continuada de tales actividades ilícitas. La consecuencia era, como puede verse, un aumento de la horquilla de la pena privativa de libertad.

En palabras de TIEDEMANN, de acuerdo con la tesis mayoritaria en Alemania, el §299 y siguientes aquí citados protegían, en primer término, la “competencia leal” como bien jurídico supraindividual y principio del orden económico. Conjuntamente, se tutelaba también a los competidores, específicamente en su igualdad de oportunidades y en sus intereses patrimoniales. Los clientes, esto es los consumidores, solo resultarían mediatamente protegidos del alza de los precios. Continuaba sosteniendo que “atendiendo al bien jurídico protegido resulta discutida la inclusión de los intereses patrimoniales del *principal o dueño del negocio*. La opinión dominante considera que también [se tutelan, pues este también] se encuentra autorizado para presentar la querrela”.³²¹

2.3. Regulación vigente.

Han sido dos las novedades que se han incorporado al Código penal alemán durante el año 2015 en el contexto del delito de corrupción en el sector privado: de un lado, la incorporación de un nuevo delito de corrupción privada activa y pasiva en el sector sanitario, y, de otro, la propia modificación del § 299, destinado al tipo de corrupción privada en las transacciones comerciales. En lo que es útil a esta investigación, merece algún comentario la segunda de ellas: en la actualidad, el Código penal alemán castiga “toda forma de corrupción privada, aunque no suponga un ataque a la competencia”, de modo que se comete tam-

³²¹ TIEDEMANN, K.: *Manual de Derecho penal económico...*, *op. cit.*, p. 309. Aunque TIEDEMANN parece graduar los intereses protegidos, del más inmediato al más mediato, otros autores parecen apostar porque el delito se configura como un tipo pluriofensivo, caracterizado por tener “un amplio campo de protección”. Dicho lo cual, con igual intensidad, se “protege tanto la competencia como institución, a los competidores, al jefe del sobornado, así como a todos frente a un encarecimiento de los bienes y servicios”. En DIMITRIS ZIOUVAS, L.M.: “Alemania”, en el artículo “Sistemas penales comparados: Corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, p. 151.

bién el delito “cuando el acto de corrupción suponga un incumplimiento de las obligaciones [del dependiente o encargado de la empresa] respecto con el principal”.³²²

Así, la actual literalidad del delito de corrupción privada en las transacciones comerciales, contenida en los § 299 y 300 StGB³²³ dice lo siguiente:

Vigesimal sección. Delitos contra la competencia

§ 299. Corrupción y soborno³²⁴ en las transacciones comerciales

(1) Se impondrá una pena de prisión de hasta tres años o multa a cualquier persona que, como dependiente o encargado de una empresa, en el tráfico comercial,

1. exija a otro, se deje prometer o acepte un beneficio para sí o para un tercero a cambio de favorecer de forma desleal, en una situación de competencia nacional o extranjera, a otro en la adquisición de bienes o servicios, o

2. exija a otro, se deje prometer o acepte un beneficio para sí o para un tercero, sin el consentimiento de la empresa, a cambio de realizar o abstenerse de realizar

³²² ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., pp. 189-190.

³²³ La versión vigente del Código penal alemán puede consultarse en la web del Ministerio germano de Justicia y de Protección al Consumidor. Fuente: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html/>. Consultado el 16 de diciembre de 2016. [Texto original en alemán, traducción propia].

³²⁴ El tipo penal alemán habla de *Bestechung* (soborno) y *Bestechlichkeit* (“sobornabilidad”). En alemán estos términos no tienen restricción léxica, valen tanto para el ámbito público/institucional como para el privado. Para el ámbito público, ambos términos (*Bestechlichkeit und Bestechung*) podrían sustituirse por el término “cohecho”, pero esta traslación no es válida para el ámbito privado, pues en la ley alemana se hace referencia explícita al ámbito de la empresa privada.

un acto en la adquisición de bienes o servicios, incumpliendo sus obligaciones con la empresa.

(2) Con las mismas penas será castigada cualquier persona que, en el tráfico comercial,

1. ofrezca, prometa o conceda un beneficio al dependiente o encargado de una empresa, o a un tercero, a cambio de que este le favorezca, a él o a un tercero, de forma desleal, en la adquisición de bienes o servicios, o

2. ofrezca, prometa o conceda, sin el consentimiento de la empresa, un beneficio al dependiente o encargado de una empresa o a un tercero, a cambio de que éste realice o se abstenga de realizar un acto en la adquisición de bienes o servicios, que suponga una violación de sus obligaciones con la empresa.

§ 300. Supuestos especialmente graves de corrupción y soborno en las transacciones comerciales (y en el ámbito de la sanidad)

En casos especialmente graves, los hechos de los § 299, 299a y 299b serán castigados con pena de prisión de tres meses a cinco años. Se considera supuesto especialmente grave, por regla general, cuando:

- 1. el acto se refiere a un beneficio de gran magnitud, o*
- 2. el autor actúa profesionalmente o como miembro de una organización constituida para la comisión continuada de tales actos.*

Según se observa en la nueva redacción, la novedad más relevante se produce en la literalidad del § 299, concretamente por la previsión de sendos puntos segundo en los apartados 1 y 2, destinados a tipificar aquellos comportamientos de corrupción privada pasiva y activa, respectivamente, que suponen un incumplimiento de las obligaciones del corrupto respecto de la empresa.

El núcleo del injusto de esta nueva forma de corrupción privada tipificada en Alemania no se encuentra ya en la protección de la competencia en el mercado, por más que la sección en la que se incardina el tipo sea la de los “delitos contra la competencia”. Desde nuestro punto de vista, el interés que trata de tutelar es, indudablemente, la relación de

fidelidad entre empresario y subordinado corrupto, acercando esta incriminación al modelo estudiado en la Subsección anterior. Si nuestro argumento es correcto, son dos los elementos clave que deben llevarnos a esta conclusión: de un lado, el soborno debe llevarse a cabo “sin el consentimiento de la empresa”, por lo debemos entender que el conocimiento y consentimiento del empresario conlleva la ausencia de ilicitud de la conducta –aspecto que nos sitúa en la protección de los intereses del propio empresario y de su empresa, como *ratio essendi* de esta modalidad delictiva–. De otro lado, la acción u omisión del sujeto sobornado debe suponer “una violación de sus obligaciones con la empresa”, lo cual nos sitúa en la intervención penal para resolver el conflicto de intereses que surge en el momento que el subordinado corrupto antepone su propio provecho al de su principal.

Coincido con la doctrina al entender que esta reforma guarda estrecha relación con el artículo 2.3 de la Decisión Marco 2003/568/JAI. En él se facultaba a los Estados miembro a realizar una declaración para limitar el ámbito de aplicación del delito de corrupción privada a *aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales*. Alemania formuló dicha declaración. Sin embargo, como ya ha sido comentado en el apartado referido al análisis de la Decisión Marco 2003/568/JAI, dado que la Comisión decidió no ampliar la validez de estas declaraciones, la declaración germana estuvo vigente hasta junio de 2010. Ello provocó que el legislador haya visto obligado a ampliar el ámbito de este delito a conductas que supongan un incumplimiento de obligaciones.³²⁵

Dicho todo esto, hay que hacer notar que la reforma en Alemania no altera el análisis que he llevado a cabo respecto al modelo de incriminación protector de la competencia en el mercado. Y ello porque lo que ha hecho la reforma del StGB ha sido incluir, en el propio § 299, una nueva modalidad de corrupción privada en las transacciones comerciales; tipo que castiga el soborno a cambio de un acto u omisión en vulneración de las obligaciones del sobornado respecto de su empresa, pero no modifica el delito original –que tutela la competencia en el

³²⁵ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., p. 190.

mercado– más allá de alguna alteración en la redacción típica. Expresado en otras palabras, la reforma no ha modificado el modelo de incriminación en el ordenamiento penal alemán, sino que el StGB ha pasado a regular dos modalidades distintas de corrupción privada,³²⁶ pertenecientes a los dos modelos de tipificación que se han visto hasta ahora.

2.4. Conclusiones.

En la medida en que la razón de ser de este Capítulo es examinar los distintos modelos de incriminación de la corrupción privada –por su utilidad a la hora de comprender la concreta regulación contenida en el Derecho penal español–, por su interés científico, las reflexiones que voy a desarrollar a continuación se refieren al modelo de protección pura de la competencia, vigente en Alemania hasta 2015; por más que, como se ha dicho, en la actualidad se prevea reproche penal también para comportamientos vulneradores de las obligaciones con el principal.

Dicho lo cual, son varias las consecuencias, a nivel interpretativo, de este modelo puro de protección de la competencia: i) el conocimiento por parte del dueño del negocio del pago del soborno resulta irrelevante, por cuanto con este se lesiona, por sí misma la leal concurrencia en el mercado. Ello implica que, a pesar de que no se recoja en el tipo alemán, en el círculo de posibles sujetos activos de la corrupción pasiva cabría el propio dueño o titular del negocio; y ii) para la consumación delictiva, no se exige que exista ninguna infracción del deber por parte del empleado respecto del principal, siendo que resulta suficiente la vulneración de las reglas protectoras de la competencia en la adquisición de mercancías o de servicios profesionales;³²⁷ y iii) la conducta típica debería referirse únicamente a suministro de mercancías o de servicios –es decir, en el marco del tráfico económico comercial– y no a conductas relacionadas con el cumplimiento de la relación laboral.³²⁸

³²⁶ De esta opinión, GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, op. cit., p. 31.

³²⁷ TIEDEMANN, K.: *Manual de Derecho penal económico...*, op. cit., pp. 308-311.

³²⁸ OLAIZOLA NOGALES, I.: “Algunas reflexiones sobre la corrupción entre privados (art. 286 bis CP español)”, en *Revista Foro FICP. Tribuna y Boletín de la FICP*, nº 2013-1, Fundación Internacional de Ciencias Penales, Madrid, mayo 2013, p. 67.

Como se ha expresado anteriormente, este modelo de protección de la competencia es el que siguen, mayoritariamente, las iniciativas supranacionales; cuanto menos, es el caso de la Decisión Marco 2003/568/JAI³²⁹, y el que ha servido de base para posteriores regulaciones de ordenamientos jurídicos nacionales como el español.

Sin embargo, expone ENCINAR DEL POZO que esta formulación no está exenta de críticas en su sustrato elemental por cuanto su punto de partida es una concepción un tanto idílica de la competencia mercantil; una competencia “pura” o “perfecta”, caracterizada exclusivamente por el libre juego de la oferta y la demanda, en ausencia de influencias en los precios. No obstante, en los actuales sistemas de mercado de las sociedades modernas, existen posiciones empresariales desde las que se puede influir en la competencia, mediante prácticas monopolísticas o de oligopolios.³³⁰ Ello hace que tampoco la competencia pueda ser vista sin problemas como el fin de protección de los delitos de corrupción en el ámbito económico. En este sentido, la protección de la competencia requiere que en un sector económico exista, en general, competencia

³²⁹ MENDOZA BUERGO, al analizar el tipo penal español, sostiene que, como justificación de la incorporación del delito al Código penal, se indica que “los actos de corrupción entre administradores de empresas y otros sujetos (...) exceden del ámbito de lo privado y afectan a la competencia y a las reglas del mercado”, lo que pretende situar esta infracción “de manera inequívoca en el ámbito de la tutela de la competencia leal en el mercado, en sintonía también con el modelo configurado en la [Decisión Marco], inspirado en la regulación alemana, que incardina el correspondiente delito entre los «delitos contra la competencia»”. En MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 428.

³³⁰ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 172. El autor parte de una afirmación de VENTURA PÜSCHEL. Este autor sostiene, refiriéndose al sistema económico consagrado por los artículos 38, 51 y 128 de la Constitución de 1978, que también en España rige un modelo de “economía social de mercado”, en el que la “competencia económica” no puede ya entenderse en la clásica concepción de “pura” o “perfecta”, sino que se trata de una “competencia imperfecta, practicable u operativa”, que tiene en cuenta la configuración establecida y el dominio ejercido en el mercado por parte de las grandes empresas, y la innata tendencia al abuso de poder por parte del capital, presuponiendo la existencia de un cierto grado de competitividad entre las empresas y en la que la intervención del Estado desempeña una función correctora de los fallos del mercado. En VENTURA PÜSCHEL, A.: “Sobre la tipificación de la *mal llamada “corrupción entre particulares”...*”, *op. cit.*, pp. 498-499.

entre los oferentes, por lo que el otorgamiento de ventajas quedaría impune en un sector planificado o casi monopolístico.³³¹

Considerar que el delito de corrupción en el sector privado protege única y exclusivamente la –libre y leal– competencia supone, para otro sector doctrinal, que “gran parte de las relaciones comerciales que se producen a diario encajarían en el tipo porque afectan de un modo [u] otro a la competencia”. Sostienen, de igual modo, que la “mera alusión a la competencia libre y justa no tiene la virtualidad de servir de guía de interpretación del tipo, ni permite una clara delimitación entre injusto penal e ilícito civil o mercantil”, ni tampoco “la afectación o vulneración de las reglas de la competencia (...) contiene por sí sola un grado de lesividad suficiente para legitimar la intervención penal”.³³²

En el mismo sentido que lo anterior, algunas críticas referidas al delito de corrupción privada se focalizan en la legitimidad misma de la intervención del Derecho penal en este sector. Toda vez que me remito al punto destinado al efecto en la el primer Capítulo, permítaseme cerrar este punto con unos comentarios de los que se hace eco KINDHÄUSER. En efecto, se dice, mientras que la Administración Pública se encuentra orientada a la consecución del bien común y, por tanto, su capacidad de funcionamiento depende, de modo esencial, de que el poder de decisión no resulte influenciado indebidamente mediante ventajas, la maximización de beneficios es el principio económico de la economía privada, por lo que “el ámbito en el que las ventajas pueden considerarse como contrarias a intereses es naturalmente menor en las decisiones económicas” que en el contexto de la Administración, “de manera que resulta necesario un análisis exacto de las condiciones bajo las cuales la vinculación de una decisión con una ventaja lesiona intereses merecedores de protección” en el marco del tráfico comercial.³³³

3. Delito de corrupción entre particulares y tutela del patrimonio de la empresa.

³³¹ KINDHÄUSER, U.: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía...”, *op. cit.*, p. 13.

³³² BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, pp. 11-12.

³³³ KINDHÄUSER, U.: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía...”, *op. cit.*, p. 11.

En tercer lugar, tras revisar los modelos de incriminación de la corrupción privada basados en la protección de la relación de lealtad laboral y en la tutela de la competencia, es turno ahora de examinar la tesis que aboga por la salvaguarda del patrimonio; dicho más concretamente, el modelo que resguarda la fidelidad patrimonial con el empresario.³³⁴ Denominado “modelo patrimonialista”³³⁵, es, quizás, la corriente con menos incidencia en el Derecho comparado a pesar de que, según sostiene algún sector, este es el enfoque que puede considerarse como clásico.

El fundamento se encuentra en la protección de los bienes y activos de la empresa, por lo que el acto de corrupción entre particulares se contempla desde la perspectiva de la administración o gestión fraudulenta de la sociedad,³³⁶ sin tener en cuenta exigencias de protección de terceros ni de la competencia.³³⁷ Esta forma de concebir la corrupción privada, en realidad, deviene una antesala o anticipación de la comisión de un delito societario de administración desleal, en el que no se requiere la realización de un acto de disposición de los bienes de la sociedad, ni la efectiva asunción de obligaciones a cargo de ésta.³³⁸

Es el modelo seguido en la regulación austriaca y también el vigente en la italiana hasta abril de 2017, si bien este último país ha cambiado su modelo de incriminación tras la modificación del Código civil.

3.1. Elementos político-criminales e *iter* normativo en Italia.

³³⁴ ROSAS OLIVA, J.I.: “Consideraciones para la tipificación de un delito...”, *op. cit.*, p. 104.

³³⁵ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 122.

³³⁶ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, pp. 169-170.

³³⁷ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 351.

³³⁸ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 123.

El ordenamiento italiano recoge el tipo de corrupción entre particulares en el artículo 2635 del Código civil.³³⁹ El precepto se introdujo a partir de la reforma de los delitos societarios llevada a cabo por el Decreto Legislativo 61, de 11 de abril de 2002, como forma de corrupción en la gestión de las sociedades mercantiles que el legislador italiano definió como “comportamiento desleal por dádiva o promesa de favor”.³⁴⁰ En efecto, aunque ubicado sistemáticamente en el Código civil italiano, la redacción guarda una fuerte simetría con la corrupción propia antecedente prevista en el Código penal, sobre cuyo modelo es constituido este precepto.³⁴¹ Debe señalarse también que este delito ha sido objeto de dos profundas modificaciones, la primera de ellas a través de la Ley 190, de 6 de noviembre de 2012³⁴², y la segunda, mediante el Decreto Legislativo 38, de 15 de marzo de 2017, que adecúa la regulación italiana a las directrices y recomendaciones realizadas por el GRECO a aquel país.

3.2. Redacción típica hasta abril de 2017.

Según la doctrina italiana, esta figura delictiva se concibió nítidamente orientada a la protección del patrimonio social. Del mismo modo, la consideración y encuadre del delito dentro de los ilícitos societarios, supone la finalidad de adelantar la barrera de punibilidad respecto a la administración desleal, siendo considerada ésta una opción político-criminal “minimalista” pero en apariencia, no carente de racionalidad ni de importantes referencias en el Derecho comparado. Ello no obsta,

³³⁹ Sin perjuicio de lo que expondré en este momento, he de hacer constar que, en la actualidad, existe un mandato del legislador italiano de modificar el delito, con el objeto de dar cumplimiento a la Decisión Marco 2003/568/JAI. Así, el 1 de septiembre de 2016, se publicó en la *Gazzeta Ufficiale* italiana, la *Legge di delegazione europea 2015* - en vigor desde el 16 de septiembre-, que autoriza al Gobierno a modificar este delito en el plazo de tres meses desde la vigencia de la ley. Sin embargo, en el momento de redactar estas líneas no se encuentra publicada dicha modificación, por lo que utilizaré la versión del Código civil italiano actualmente en vigor: la última reforma que afecta al tipo se produce a través del Decreto legislativo de 29.10.2016, en vigor desde el 24 de noviembre de 2016.

³⁴⁰ FOFFANI, L.: “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana...”, *op. cit.*, p. 66.

³⁴¹ SCIUMBATA, G.: *I reati societari*, 2ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2008, p. 128.

³⁴² Ley que contiene las *Disposiciones para la prevención y represión de la corrupción y de la ilegalidad en la administración pública*. Puede consultarse en la web *Normattiva*. Fuente: <http://www.normattiva.it/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

sin embargo, a su consideración como un tipo de aplicación prácticamente simbólica, en la medida en que su configuración como delito de lesión del patrimonio social, hace que parezca estar destinado a ser absorbido casi por completo por el tipo de administración desleal.³⁴³

El núcleo del injusto y, por tanto, la razón de la tipificación versa en la exigencia de reprimir aquellas formas de mala gestión societaria manifestada en una desviación en la estricta consecución de los intereses de la empresa,³⁴⁴ siempre que, recuérdese, de la actuación desviada se derive un perjuicio patrimonial para el ente social. No es difícil concluir, entonces, que nos encontramos ante un ilícito que criminaliza únicamente hechos concernientes exclusivamente a ciertos sujetos que operan en el ámbito de la persona jurídica –administradores, directores generales, liquidadores, entre otros– y caracterizado esencialmente por la producción del referido daño a la empresa.³⁴⁵

Véase, pues, el contenido del artículo 2635 del Código civil italiano³⁴⁶:

Artículo 2635. Corrupción entre privados.

Salvo que el hecho constituya un delito más grave, los administradores, los directores generales, los responsables de la redacción de los documentos de contabilidad corporativa, los auditores y liquidadores, que, como consecuencia del otorgamiento o la promesa de dinero u otra ventaja, por sí o por otros, cometan u omitan actos en violación de las obligaciones inherentes a su cargo o de sus deberes de fidelidad, causando un daño a la sociedad, serán castigados con pena de prisión de uno a tres años.

³⁴³ FOFFANI, L.: “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana...”, *op. cit.*, pp. 67-68.

³⁴⁴ MUSCO, E.: “Art. 2635”, en MUSCO, E.: *I nuovi reati societari*, 3ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2007, p. 238.

³⁴⁵ SEMINARA, S.: “Quale modello di intervento penale per l’ordinamento italiano?”, en ACQUAROLI, R. y FOFFANI, L. (eds.): *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di Riforma*, Giuffrè Editore, Milán, 2003, p. 277.

³⁴⁶ Como se ha expresado anteriormente, esta redacción se corresponde con la versión vigente desde 2012 hasta abril de 2017 [Texto original en italiano, traducción propia].

Se aplicará la pena de prisión de hasta un año y seis meses si el hecho es cometido por quienes estén sujetos a la dirección o supervisión de una de las personas indicadas en el primer párrafo.

Quien dé o prometa dinero u otra ventaja a las personas indicadas en los párrafos anteriores serán castigados con las penas respectivamente previstas.

Las penas establecidas en los párrafos anteriores se duplicarán si se trata de una sociedad con acciones que cotizan en los mercados regulados italianos o de otros países de la Unión Europea, o distribuidas entre el público, en el sentido del artículo 116 del texto consolidado en materia de intermediación financiera, de conformidad con el Decreto legislativo número 58, de 24 de febrero de 1998, en su versión modificada.

Se requiere la querrela del ofendido, salvo que del hecho se derive una distorsión de la competencia en la adquisición de bienes o servicios.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2641 de este Código, la medida de decomiso por valor equivalente no podrá ser inferior al valor de la ventaja dada o prometida.

Si bien la reforma del año 2012, ya mencionada, introdujo algunos elementos novedosos en el tipo, –como ejemplifica la referencia a la distorsión de la competencia del quinto párrafo o la modificación de la rúbrica del precepto, que pasó de ser “Infidelidad como resultado de dádiva o promesa de ventaja” a “Corrupción entre privados”–, ha de decirse que la versión de vigencia hasta el 14 de abril de 2017 mantenía como clave de lesividad la causación de un daño patrimonial a la empresa. En palabras de ENCINAR DEL POZO, el núcleo de la regulación anterior a 2012 “es aplicable a la (...) redacción [posterior] del precepto. En realidad, la reforma no modifica sustancialmente la normativa existente, ya que mantiene sus líneas generales; especialmente sigue exigiendo la efectiva realización del acto u omisión contraria a los deberes y la causación de una lesión a la sociedad. Esto es, mantiene el

delito como una forma de infidelidad «orientada en clave de protección del patrimonio social».³⁴⁷

En esta versión, se castigaba tanto la corrupción privada activa, como pasiva, siendo necesario que “los administradores, los directores generales, los responsables de la redacción de los documentos de contabilidad corporativa, los auditores y liquidadores” incumplan las obligaciones inherentes a su cargo o sus deberes de fidelidad con el principal, causando, con ello, dicho perjuicio patrimonial a la sociedad.

La fundamentación de la tipificación de la corrupción privada, desde esta perspectiva patrimonial, era clara: los fondos y recursos que se extraen de una empresa para sobornar a un empleado privado suponen un menoscabo patrimonial para el ente social desde el punto de vista económico. También desde el otro lado, “en la empresa cuyo representante recibe el soborno, al menos existe un peligro de administración desleal” por parte del sujeto sobornado, “que al encontrarse en una situación de conflicto de intereses, puede posponer la salvaguarda de los intereses patrimoniales de su sociedad”.³⁴⁸

3.3. Regulación vigente.

Como hemos referido hace unas líneas, la regulación del delito de corrupción privada en Italia ha sido objeto de una profusa modificación en 2017, concretamente a través del Decreto Legislativo nº 38, de 15 de marzo, en vigor desde el 14 de abril del mismo año. Como podrá observarse a continuación, la nueva redacción de la figura italiana sigue los postulados del GRECO, cuyos esfuerzos se centran en la armonización de las distintas incriminaciones de la corrupción privada, en la línea de lo dispuesto en los artículos 7 y 8 del Convenio penal contra la corrupción del Consejo de Europa.³⁴⁹

³⁴⁷ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 206.

³⁴⁸ NIETO MARTÍN, A.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, p. 58.

³⁴⁹ A este respecto, en el *Informe de Evaluación relativo a Italia*, adoptado en la 54ª Reunión Plenaria, 23 de marzo de 2012, elaborado en el marco de la 3ª ronda de evaluación, se solicitó a dicho país la adecuación del artículo 2635 de su Código civil a lo previsto en el Convenio penal contra la corrupción.

La nueva tipificación de la corrupción privada se encuentra recogida en los artículos 2635 a 2635 ter del Código civil italiano³⁵⁰:

Artículo 2635. Corrupción entre privados.

Salvo que el hecho constituya delito más grave, los administradores, directores generales, directivos encargados de la redacción de los documentos contables societarios, revisores y liquidadores, de sociedades o entes privados que, por sí o por persona interpuesta, soliciten o reciban, para sí o para otros, dinero u otra utilidad indebida, o acepten la promesa, para realizar u omitir un acto en violación de las obligaciones inherentes a su oficio o de las obligaciones de fidelidad, serán castigados con pena de prisión de uno a tres años. Se aplica la misma pena si el hecho es cometido por quien en el ámbito organizativo de la sociedad o del ente privado ejerce funciones directivas distintas de aquellas propias de los sujetos referidos al periodo precedente.

Se aplica la pena de prisión de hasta un año y seis meses si el hecho es cometido por quien está sujeto a la dirección o vigilancia de uno de los sujetos indicados en el primer párrafo.

Quien, por sí o por persona interpuesta, ofrece, promete o concede dinero u otra utilidad indebida a las personas indicadas en los dos párrafos anteriores, será castigado con las penas respectivamente previstas.

Las penas establecidas en los párrafos anteriores serán duplicadas si se trata de una sociedad con títulos cotizados en mercados regulados italianos o de otros Estados de la Unión Europea o difundidos entre el público en medida pertinente a los efectos del artículo 116 del texto único contemplado en el Decreto legislativo de 24 febrero 1998, n.º 58, y sucesivas modificaciones.

³⁵⁰ La versión vigente del texto del Código civil italiano y del Decreto Legislativo n.º 38, de 15 de marzo de 2017, pueden consultarse en la web *Normattiva*. Fuente: <http://www.normattiva.it/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017. [Texto original en italiano, traducción propia].

Se procede mediante querrela de la persona ofendida, salvo que del hecho derive una distorsión de la competencia en la adquisición de bienes o servicios.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2641, la medida de decomiso por valor equivalente no puede ser inferior al valor de la utilidad dada, ofrecida u ofertada.

Artículo 2635-bis. Incitación a la corrupción entre privados.

Cualquiera que ofrezca o prometa dinero u otra utilidad no debida a los administradores, directores generales, directivos encargados de la redacción de los documentos contables societarios, revisores y liquidadores, de sociedades o entidades privadas, así como a aquellos que desarrollen en ellas una actividad laboral con ejercicio de labores directivas, a fin de que realicen u omitan un acto en violación de las obligaciones inherentes al propio oficio o de las obligaciones de fidelidad subyacentes, si la oferta o promesa no es aceptada, será castigado con la pena prevista en el primer párrafo del artículo 2635, reducida en un tercio.

La pena prevista en el primer párrafo se aplica a los administradores, directores generales, directivos encargados de la redacción de los documentos contables societarios, revisores y liquidadores, de sociedades o entidades privadas, así como a aquellos que desarrollen en ellas una actividad laboral con ejercicio de labores directivas, que soliciten, para sí o para otros, por sí mismos o por persona interpuesta, una promesa o dádiva de dinero u otra utilidad, para realizar u omitir un acto en violación de las obligaciones inherentes a su oficio o de las obligaciones de fidelidad, si la solicitud no es aceptada.

Se procede mediante querrela de la persona ofendida.

Artículo 2635-ter. Penas accesorias.

La condena por el delito previsto en el primer párrafo del artículo 2635, supone en todos los casos la inhabilitación temporal de aquellas personas que ya hayan sido condenadas por el mismo delito por los hechos referidos en el segundo párrafo del artículo 2635-bis, referida a los puestos directivos de las personas jurídicas y empresas mencionadas en el artículo 32-bis del Código penal.

3.4. Conclusiones.

El estudio de la nueva dicción normativa del Código civil italiano revela un cambio diametral en el modelo de tipificación italiano que, tras la reforma de 2017, ha eliminado toda referencia al perjuicio patrimonial para la empresa, como elemento típico de la corrupción entre particulares. En la actualidad, según hemos tratado de mostrar, se sigue el modelo de tutela de las obligaciones fiduciarias en la empresa, de acuerdo con las directrices emanadas del GRECO. En añadidura, en el texto italiano, la única referencia a la distorsión de la competencia sirve para enervar el requisito de perseguibilidad referido a la querrela de la persona ofendida, de suerte que si el hecho de corrupción privada afecta, también, a la competencia, la persecución del mismo podrá realizarse de oficio.

Reiteramos aquí lo expresado en las conclusiones al modelo de tutela de la competencia: en la medida en que este Capítulo posee una razón de ser instrumental –centrada en el estudio de los distintos modelos de incriminación clásicos–, los comentarios que exponemos a continuación, a modo de cierre, toman como referencia la regulación italiana vigente hasta abril de 2017, caracterizada por la tutela del patrimonio empresarial. De este modo, siguiendo a ENCINAR DEL POZO³⁵¹, los puntos clave de esta corriente clásica suponían: i) de un lado, entender que el titular o dueño del negocio, es decir, el empresario, quedaba impune en caso de cometer estas conductas, por cuanto podía quedar amparado en la libertad de decisión o gestión empresarial³⁵², y, además, no incumplía deber de fidelidad alguno; y ii) de otro, concluir que el consentimiento del empresario o principal eliminaba la ilicitud de los

³⁵¹ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 170.

³⁵² NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 12.

hechos cometidos por los subordinados, pudiendo haber incluso el consentimiento tácito del titular del negocio que pudiera tolerar implícitamente la puesta en riesgo o el daño a la propiedad corporativa; o la anuencia ante un clima empresarial que fomentase el soborno.

4. El tipo de corrupción en el sector privado en Portugal: ¿un modelo híbrido?

Como anuncié al inicio de este Capítulo, tras revisar los tres principales modelos de incriminación de la corrupción privada, conectándolos con la regulación originaria de diversos países europeos, me propongo ahora examinar la tipificación vigente en el Derecho penal portugués, por cuanto supone un ejemplo de tipificación mixta desde su génesis, que incorpora elementos del modelo de salvaguarda de las relaciones laborales y de la protección de la competencia en el mercado.

La actual tipificación del delito de corrupción privada en Portugal es fruto del contenido de los artículos 8 y 9 de la Ley 20/2008, modificada por la Ley 30/2015.³⁵³ La primera justificación de estas normas se encuentra en la pretensión del legislador portugués de dar cumplimiento a la Decisión Marco 2003/568/JAI, redefiniendo los delitos de corrupción activa y pasiva en el sector privado y de corrupción activa con perjuicio del comercio internacional,³⁵⁴ con la intención declarada de “perfeccionar, actualizar y prever conforme al Derecho internacional” las incriminaciones de corrupción en el sector privado. Además, la reforma fue aprovechada por el legislador portugués para prever este delito en una ley penal especial propia, “que atiende a las especificidades de esta criminalidad, definiendo conceptos jurídicos necesarios para la aplicación penal, regulando la responsabilidad penal de las personas

³⁵³ Respectivamente, la *Lei nº 20/2008, de 21 de Abril, de Responsabilidade penal por crimes de corrupção no comércio internacional e na actividade privada*; modificada por la *Lei nº 30/2015*, que incluye modificaciones a la legislación penal en el sentido de las recomendaciones en materia de corrupción dirigidas por el GRECO, Naciones Unidas y la OCDE a Portugal. Ambas pueden ser consultadas en la web de la *Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa*. Fuente: <http://www.pgdlisboa.pt/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

³⁵⁴ En este sentido, esta norma deroga los artículos 41-A, 41-B y 41-C del Decreto-Ley 24/1984, de 20 de enero, y la Ley 13/2001, de 20 de enero.

jurídicas o, igualmente, introduciendo excepciones a la aplicación de la ley penal en el espacio, cuando se esté ante delitos de esta naturaleza”.

De igual modo, la reforma de estos delitos, reflejada en la aprobación de esta ley especial, hace percibir dos grandes alteraciones en la tipificación de la corrupción activa y pasiva en el sector privado, con respecto a la situación anterior, cuando se preveían en el ya citado Decreto-Ley 28/84. De un lado, se suprimieron las condiciones objetivas de punibilidad alternativas, a saber, una distorsión de la competencia o un perjuicio patrimonial hacia terceros: la nueva redacción típica, por tanto, configura la corrupción privada como delitos de mera actividad. Estas condiciones objetivas de punibilidad eliminadas se convirtieron, con la reforma, en circunstancias agravantes de la responsabilidad penal, siendo ésta la segunda gran alteración digna de mencionarse.³⁵⁵

Véase, entonces, la literalidad de los artículos 8 y 9 de la *Lei 20/2008*³⁵⁶:

Artículo 8. Corrupción pasiva en el sector privado.

1-El trabajador del sector privado que, por sí o mediante su consentimiento o ratificación, por persona interpuesta, solicite o acepte, para sí o para tercero, sin que le sea debida, ventaja patrimonial o no patrimonial, o su promesa, para [realizar o abstenerse de realizar] cualquier acto u omisión que constituya una violación de sus deberes en relación a su función, es castigado con pena de prisión hasta cinco años o con pena de multa hasta 600 días.

2-Si el acto u omisión previsto en el número anterior fuera idóneo para causar una distorsión de la competencia o un perjuicio patrimonial para terceros, el agente es castigado con pena de prisión de uno a ocho años.

Artículo 9. Corrupción activa en el sector privado.

³⁵⁵ BIDINO, C.: “O problema específico da corrupção no setor privado (no Brasil e em Portugal)”, en CRUZ SANTOS, C., BIDINO, C. y THAÍS DE MELO, D. (coords.): *A corrupção: reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 221-224.

³⁵⁶ Texto original en portugués, traducción propia.

1- Quien por sí o, mediante su consentimiento o ratificación, por persona interpuesta dé o prometa a persona prevista en el artículo anterior, o a tercero con conocimiento de aquella, ventaja patrimonial o no patrimonial, que no le sea debida, para perseguir el fin ahí indicado, es castigado con pena de prisión hasta tres años o con pena de multa.

2- Si la conducta prevista en el número anterior pretendiera obtener o fuera idónea para causar una distorsión de la competencia o un perjuicio patrimonial para terceros, el agente es castigado con pena de prisión hasta cinco años o con pena de multa hasta 600 días.

3- La tentativa es punible.

El artículo 8 de la ley especial se dedica a tipificar la corrupción pasiva en el sector privado, castigando al trabajador del sector privado que directamente o a través de persona interpuesta –mediando consentimiento o ratificación de aquel– solicite o acepte una ventaja indebida de cualquier naturaleza con el fin de actuar o abstenerse de actuar en violación de sus obligaciones funcionales, esto es, las propias del puesto de trabajo desempeñado. El párrafo segundo prevé, además, una agravación de las penas si el acto u omisión distorsiona la competencia o causa un perjuicio económico para terceros.

Ello sitúa los intereses tutelados en los dos últimos modelos de incriminación estudiados –a saber, la lealtad concurrencial en el mercado y la protección del patrimonio de terceros, elemento este último que nos acerca a la regulación italiana– como circunstancias agravantes de un tipo básico que se sitúa en la línea de la primera de las corrientes, caracterizada por la protección de la relación de fidelidad entre empresario y trabajador; seguida en el ordenamiento penal holandés y belga.

De igual modo, el artículo 9 castiga las conductas de corrupción privada, en los mismos términos comentados hasta ahora, pero desde el punto de vista del sujeto que da o promete la ventaja al trabajador del sector privado. En el caso del particular que da o promete el soborno, la legislación penal portuguesa prevé, también, el castigo, en el párrafo tercero, de la tentativa; esto es, de aquellos actos de ejecución respecto

del delito que el sujeto ha decidido cometer, sin que este llegue a consumarse.³⁵⁷

El debate en torno a cuál es el bien jurídico protegido por esta norma adquiere, en Portugal, unos contornos interesantes. Como reconocen los autores portugueses, a este respecto, “las discrepancias entre las diferentes posiciones doctrinales versan especialmente y discurren, antes que nada, en torno a la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos en sede de Derecho penal económico”.³⁵⁸ Esta afirmación introduce las distintas corrientes de opinión en torno al interés tutelado en el delito de corrupción privada en el ordenamiento penal luso.

Para los seguidores de una primera corriente, el delito de corrupción privada solo protege la leal competencia, al modo del ordenamiento alemán. En este sentido, la importancia de la concurrencia es uno de los presupuestos esenciales del progreso socio-económico de los Estados. La tutela de la competencia a través del Derecho penal es una forma de proteger la salud del sistema económico y, mediatamente, a los propios individuos. Esta estrecha ligación entre la competencia y algunos derechos fundamentales es, justamente, la que legitima su consideración como bien jurídico penal. Los defensores de esta corriente ponen el acento en el hecho de que la norma se promulga para dar cumplimiento a la Decisión Marco 2003/568/JAI la cual, como se ha expuesto anteriormente, considera que las conductas de corrupción producen distorsiones de la competencia en relación a la adquisición de bienes o servicios comerciales y perjudican el correcto desarrollo económico.

³⁵⁷ En efecto, el artículo 22 del Código penal portugués define la tentativa en dichos términos: “hay tentativa cuando el agente practique actos de ejecución de un delito que decidió cometer, sin que este llegue a consumarse. Son actos de ejecución: a) aquellos que cumplen un elemento constitutivo de un tipo delictivo; b) los que fueran adecuados para producir el resultado típico; o c) de los que, según la experiencia común y salvo circunstancias imprevisibles, por su naturaleza, se pueda esperar que le sigan actos del tipo de los anteriormente mencionados”. De igual modo, el artículo siguiente se dedica a pautar el castigo de la tentativa. En lo que aquí interesa, la tentativa se castiga con la pena prevista para el delito consumado, especialmente atenuada. El texto del Código penal portugués se puede consultar en la web de la *Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa*. Fuente: <http://www.pgdlisboa.pt/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017. [Texto original en portugués, traducción propia].

³⁵⁸ BIDINO, C.: “O problema específico da corrupção no setor privado...”, *op. cit.*, p. 225.

Defendiendo una postura contraria, otros autores sostienen que la competencia leal, como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, es solo el bien jurídico mediato, erigiéndose como interés inmediatamente tutelado un bien jurídico de carácter individual como son los intereses económicos legítimos de los empresarios competidores.

En tercer término, desde una óptica diametralmente opuesta, y defendida por un sector significativo de la doctrina penal portuguesa, se alega la salvaguarda de la confianza e la lealtad imprescindibles para el desarrollo adecuado de las relaciones privadas. Con la tipificación de estos comportamientos, para los defensores de esta tesis, se persigue “tutelar la integridad de las relaciones laborales entre empleado (...) y empresario, en particular, intentando asegurar la prevalencia de la buena fe entre las partes”.³⁵⁹ Ésta parece la tesis por la que se apuesta con carácter general para explicar el bien jurídico del delito en Portugal: la tutela de la lealtad y la confianza imprescindibles para el correcto desarrollo de las relaciones privadas; protegiéndose la integridad de las relaciones de trabajo y asegurando la buena fe entre trabajador y empleador.³⁶⁰ Este entendimiento doctrinal es, además, refrendado por la jurisprudencia existente. Así, el Tribunal de la Relación de Porto, al pronunciarse en un caso de 2013, se unió a la corriente citada, afirmando que “el bien jurídico protegido (...) es la lealtad y confianza imprescindibles para las relaciones privadas, ya que el núcleo del injusto reside en la violación de los deberes funcionales por parte del trabajador del sector privado”.³⁶¹

El último aspecto que merece comentario, por inusual, es la previsión de las penas, en distintos grados de intensidad, según se prevean para la persona común, sujeto activo de la modalidad activa, o para el traba-

³⁵⁹ *Ibid.*, pp. 224-228.

³⁶⁰ MARTINS DOS SANTOS FIDALGO FONSECA, R.: “Da corrupção no sector privado”, en *Jusjournal*, nº 1657, 26 de marzo de 2013.

³⁶¹ Acórdão del Tribunal de la Relación de Porto, con número de proceso 269/10.2TAMTS.P1, de 6 de marzo de 2013. Ponente: Castela Rio. Disponible en la web del *Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P.* Fuente: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/>. Consultado el 31 de diciembre de 2016.

jador del sector privado, sujeto activo de la modalidad pasiva de corrupción privada. Mientras que para la persona común la pena de prisión es de hasta tres años o multa, para el trabajador del sector privado la pena de prisión prevista es de hasta cinco años o multa de hasta 600 días.

Estas consecuencias se agravan, en el caso de la persona común con pena de prisión de hasta cinco años o con multa de hasta 600 días y en el supuesto del trabajador del sector privado con pena de prisión de uno a ocho años, si el acto u omisión pretendiera obtener fuera idóneo para causar una distorsión de la competencia o un perjuicio para el patrimonio de terceros. La inclusión de lo que, antes de la entrada en vigor de la *Lei* 20/2008 eran condiciones objetivas de punibilidad, como circunstancias agravantes de la responsabilidad penal, puede plantear la duda de si la intención del legislador portugués era crear un tipo híbrido que protegiera, en su escalón básico, las relaciones laborales entre empleado y empleador y, en su estadio agravado, la competencia leal y el patrimonio de terceros. En este punto, si mi análisis es certero, no se ha llegado a una conclusión inequívoca sobre el particular.³⁶²

5. Epílogo.

El análisis de las iniciativas supranacionales y de los modelos de referencia de tipificación de la corrupción privada en el contexto europeo pretende mostrar un panorama general tanto de las obligaciones de incriminación contraídas por España, con todas las particularidades referidas en su momento, como de las distintas opciones político-criminales por las que han optado diversos países de nuestro entorno.

³⁶² En este sentido, la reflexión de MARTINS DOS SANTOS FIDALGO FONSECA va en dicha línea, cuando reconoce que “efectivamente, con el tipo cualificado del número 2 de los artículos 8º y 9º de la referida ley, parece inequívoco que el bien jurídico en causa es complejo, comprendiendo, por un lado, la protección de la competencia leal - a la que debería añadirse el patrimonio de terceros- y, por otro, de los deberes funcionales volcados en la lealtad y confianza en las relaciones privadas”. En MARTINS DOS SANTOS FIDALGO FONSECA, R.: “Da corrupção no sector privado”, *op. cit.* BIDINO coincide también en la naturaleza compleja del delito, pero reformulando el esquema. Para él, “no sería equivocado entender que, con él [el delito] (...), se podría estar ante un crimen complejo que ofendería el bien jurídico, digno de pena, *competencia leal*, por medio de la lesión del bien jurídico *lealtad de las relaciones privadas*”. En BIDINO, C.: “O problema específico da corrupção no setor privado...”, *op. cit.*, p. 229.

SEGUNDA PARTE.

**EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE
PARTICULARES EN EL ORDENAMIENTO PENAL
ESPAÑOL**

Como hemos visto hasta ahora, la Primera Parte de esta investigación contiene, por un lado, aspectos introductorios, destinados a contextualizar el objeto de estudio a través de un acercamiento al fenómeno de la corrupción y, por otro, el examen de las exigencias de tipificación emanadas de las iniciativas supranacionales y de los clásicos modelos de incriminación de este delito en el ámbito europeo. Tras esto, es momento ahora de estudiar, desde el punto de vista dogmático, el tipo de corrupción entre particulares en España, contenido en los artículos 286 bis 1, 2, 3 y 5 del Código penal –que contienen las modalidades básicas de corrupción privada– y 286 quater *ab initio* –que prevé los supuestos “de especial gravedad”–.

Debe aclararse ya desde este momento que, en lo que sigue, se estudiará el delito de corrupción entre particulares en su versión vigente, fruto de la reforma obrada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, toda vez que, si en alguno de los epígrafes posteriores fuera de utilidad referirme a la versión original del tipo –la incorporada al Código penal en 2010–, se haría referencia expresa a tal cuestión. Del mismo modo, debe prevenirse que la interpretación que realizaré de cada uno de los elementos se hará en función de la toma de postura que llevaré a cabo próximamente en cuanto al bien jurídico protegido por este tipo penal. Así las cosas, comencemos refiriendo la redacción actual del delito de corrupción privada, que reza como sigue:

Artículo 286 bis.

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

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

(...)

5. A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297.

Artículo 286 quater.

1. Si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando:

a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado,

b) la acción del autor no sea meramente ocasional,

c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o

d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

(...)

V. ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1. Introducción.

Antes de proceder al análisis dogmático de los elementos del tipo – cuestiones que serán abordadas en posteriores apartados de esta investigación–, es conveniente realizar algunas reflexiones en torno al bien jurídico que protege, o trata de proteger, la norma. El objeto o bien jurídico es aquel interés que está tutelado por el Derecho frente a posibles agresiones; el valor de la vida en comunidad al que presta protección el Derecho penal. Este constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo; la base de la estructura y de la interpretación de los tipos penales.³⁶³

El recurso al Derecho penal debe hacerse siempre bajo la premisa de que este se erige como el arma más poderosa del Estado para hacer frente a la represión de una determinada conducta indeseada. El *ius puniendi* es, en definitiva, la potestad sancionadora más potente del aparato público.³⁶⁴ Es por ello por lo que, ante cualquier introducción, reforma o despenalización de un determinado comportamiento, el legislador debe tener muy presente que el Derecho penal tiene, como tarea, la protección de los bienes vitales y fundamentales del individuo y la comunidad. En otras palabras, toda norma penal debe venir inspirada por la tutela de un interés que se considere esencial para esa sociedad concreta en ese momento histórico determinado.³⁶⁵

³⁶³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Lección 4. La tipicidad”, en DEMETRIO CRESPO, E. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Teoría del delito*, tomo II, 2ª ed. Revisada y actualizada, Iustel, Madrid, 2015, p. 77.

³⁶⁴ El Derecho penal de la Democracia tuvo claro desde el principio que la noción de “bien jurídico” debía ser entendida como un límite material al “derecho a castigar” en la aplicación de las normas. Ya el profesor BUSTOS RAMÍREZ sostenía que: “el juez ha de considerar el delito desde el bien jurídico, desde las necesidades que este implica, de ahí que tenga que tomar en cuenta la realidad social”. En BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal* (aumentada y corregida por HORMAZÁBAL MALARÉE), 4ª ed., PPU, Barcelona, 1994, p. 117.

³⁶⁵ Es por esto que puede y debe decirse que es labor del Estado el determinar cuáles son los intereses que debe proteger el Derecho penal, así como graduar la forma y la

1.1. El bien jurídico y la utilidad de su estudio.

La comprensión total del Derecho requiere no solo el conocimiento de los textos legales o precedentes judiciales, sino también el estudio de los conceptos con los que esas premisas normativas son aplicadas.³⁶⁶ El bien jurídico es un concepto lógicamente necesario, del que la política criminal de una organización jurídica y social no puede prescindir. No solo constituye un criterio insustituible a la hora de realizar la interpretación teleológica de un tipo penal existente, sino que se erige como índice rector ante el legislador penal, limitando su tarea a la previsión de ciertas conductas de extrema gravedad.³⁶⁷ Junto a esta tarea intrasistemática, la doctrina dominante asigna, también, a la teoría del bien jurídico una función crítica, en la medida en que se sigue considerando al bien jurídico como la base irrenunciable de un sistema jurídico-penal racional.³⁶⁸

En lo que a efectos de esta investigación interesa, esa función crítica se refleja, de una parte, en la legislación, en un sentido político-criminal, en la que opera como hilo conductor para la fundamentación y limitación del origen y formulación de los tipos penales, así como para su sistematización en el Código penal. De otro lado, debe servir de ayuda en la aplicación de los preceptos recogidos en la Parte Especial, en tanto funciona como criterio orientativo para su interpretación.³⁶⁹

El bien jurídico se conforma como el núcleo esencial de lo que pretende proteger una norma penal de una comunidad concreta, de un lugar y

intensidad de su tutela. Por tanto, este concepto jurídico se utiliza en un contexto político-criminal, que desvela el objeto que puede reclamar protección jurídico-penal. HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., LexisNexis, Santiago de Chile, 2006, p. 8; MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Reppertor, Barcelona, 2004, p. 128.

³⁶⁶ BACIGALUPO, E.: *Teoría y práctica del Derecho penal*, tomo I, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset-Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 166.

³⁶⁷ NIÑO, L.F.: *El bien jurídico como referencia garantista*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 66.

³⁶⁸ VON HIRSCH, A.: "El concepto de bien jurídico y el «principio del daño»", en HEFENDEHL, R. (ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 37.

³⁶⁹ KAHLO, M.: "Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal", en HEFENDEHL, R. (ed.): *La teoría del bien jurídico...*, op. cit., p. 53.

un momento histórico determinados; siendo capaz de discriminar aquellos comportamientos que merecen efectivamente protección jurídico penal. Así, el esclarecimiento de cuál es el bien jurídico típico encarna la cuestión interpretativa más importante en los comentarios de la Parte Especial, que debe resolverse, con carácter general, antes que cualquier otra.³⁷⁰ En este sentido, reforzando lo expresado anteriormente, puede entenderse por tal, aquella realidad valorada socialmente por su vinculación con la persona y su desarrollo³⁷¹, y que, por ello, merece ser protegida a través del Derecho penal.

En suma, si el Derecho penal protector de bienes jurídicos refleja la necesidad de protección del ciudadano, por su posición antinómica y desigual frente al poder del Estado, en un sistema constitucional el bien jurídico es irrenunciable como baremo de una buena política criminal. Además, expone HASSEMER que “el Derecho penal es un Derecho que pone límites a la lucha contra el delito y la Constitución formula límites a la intervención, también para el Estado que ejerce el poder punitivo”.³⁷² Y estos límites solo pueden llevarse a efecto desde la perspectiva de la efectiva tutela de bienes jurídicos. La búsqueda del elemento material en todo tipo penal es clave, en contra de lo que sucede con algunas corrientes penales modernas; donde el “normativismo estricto amparado por el ya señalado dogma hegeliano de la racionalidad de la ley, es un recurso cómodo y suficiente para legitimar la coerción”.³⁷³

Y este principio de lesividad –esto es, la necesidad de que tras un precepto penal haya lesión o puesta en peligro de un concreto bien jurídico digno de protección para la sociedad– está reconocido por la inmensa

³⁷⁰ SCHÜNEMANN, B.: “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, en HEFENDEHL, R. (ed.): *La teoría del bien jurídico...*, op. cit., p. 198.

³⁷¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, P., ÍÑIGO, E. y RUIZ DE ERENCHUN, E.: “Bien jurídico”, en *Crimina 3.4. Materiales docentes para la asignatura “El sistema español: los delitos”*, Área de Derecho Penal. Universidad de Navarra, enero 2012. Disponible en la web de la Universidad de Navarra. Fuente: <http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/bienjuridico.html>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

³⁷² HASSEMER, W.: “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en HEFENDEHL, R. (ed.): *La teoría del bien jurídico...*, op. cit., pp. 95- 97.

³⁷³ HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Bien jurídico y Estado social...*, op. cit., p. 6.

mayoría de la doctrina como uno de aquellos que distinguen a un Derecho penal constitucional y democrático.³⁷⁴ Este grado de lesión o puesta en peligro de un concreto interés jurídicamente protegido, además, va a modular la aplicación de otros principios igualmente necesarios como el de proporcionalidad y el de *ultima ratio* del Derecho penal.³⁷⁵

En resumen, la utilidad del estudio del bien jurídico, con carácter previo al análisis dogmático del tipo, se explica por la triple función que, con carácter general, le es atribuida por la doctrina mayoritaria. En un primer término, el bien jurídico u objeto de protección cumple una función instrumental, también conocida como función sistemática, que permite clasificar y aunar los diversos delitos en torno a sus respectivos bienes jurídicos en el Código. A esta función aludiré en adelante en alguna ocasión. Cumple, en segundo lugar, una función hermenéutica, ya comentada, en la medida en que permite interpretar los tipos en atención al interés digno de tutela; y, finalmente, le es atribuida una función político-criminal, llamada también función crítica, que sirve para establecer límites a la acción del legislador cuando define conductas como delitos. El bien jurídico ofrece un límite en cuanto no es posible crear legislativamente delitos carentes de bien jurídico.³⁷⁶

En contra de lo dicho anteriormente, para algunos autores, la teoría del bien jurídico, como legitimación material del Derecho penal y límite a la labor del legislador –lo que se conoce como teoría liberal del bien jurídico– se encuentra hoy en día en una profunda crisis. Una primera crítica, sostenida por un sector doctrinal, señala una debilidad de la propia teoría: la determinación, concreción y precisión del concepto de

³⁷⁴ A modo de ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ, expone claramente esta idea: “no hay duda entonces que no se puede estar sino de acuerdo hoy, como elemental a un sistema democrático, que los delitos han de definirse desde su lesividad a los bienes jurídicos, ya que ellos surgen desde los objetivos que justamente definen el sistema y por lo tanto a los delitos y las penas...”, en BUSTOS RAMÍREZ, J.: “Principios fundamentales de un Derecho penal democrático”, en *Revista de Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, nº 8, marzo 2004, p. . Fuente: http://www.cienciaspenalescr.com/Revista_No_8.pdf. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

³⁷⁵ Dice CARUSO FONTÁN, siguiendo a MIR PUIG que el carácter fragmentario del Derecho penal implica que este solo puede intervenir para proteger los bienes jurídicos más importantes y frente a los ataques más graves. En CARUSO FONTÁN, M.V.: “El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito...”, *op. cit.*, p. 156.

³⁷⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ, P., ÍÑIGO, E. y RUIZ DE ERENCHUN, E.: “Bien jurídico”, en *Crimina 3.4...*, *op. cit.*

bien jurídico es objeto de una amplia diversidad de opiniones. Ello supone, en la práctica, una renuncia completa al significado de bien jurídico, que deriva en que este mantiene la función de interpretación teleológica y de estructuración sistemática de la Parte especial, pero ha perdido toda la importancia en el plano político-criminal.³⁷⁷

Una segunda crítica niega al bien jurídico la función de estabilización, es decir, la capacidad de suponer un límite a la acción creadora de tipos del legislador. Y ello por la discusión acerca de la naturaleza misma de los bienes jurídicos. Por un lado, la corriente dogmática alemana liderada por VON LISZT, de finales del siglo XIX e inicios del XX, entendía que estos eran “intereses vitales, intereses de los individuos o de la comunidad [que] no los crea el orden jurídico, sino la vida; pero la protección por parte del orden jurídico eleva los intereses vitales a bienes jurídicos”. Así, el legislador solo podría elegir entre intereses previamente dados por la sociedad –es decir, preexistentes– y decidir protegerlos mediante el Derecho penal u otro sistema normativo. De otro lado, sin embargo, a partir de los años 20 del siglo pasado se sustituye el punto de vista de VON LISZT por una visión normativa del bien jurídico según la cual, el bien jurídico “dejó de ser un elemento conceptualmente distinto de la norma, para convertirse en un elemento de la norma misma, en la finalidad de la norma”. Siguiendo esta concepción, “el legislador es el que crea la norma y, por tanto, el que establece el fin perseguido por la misma. (...) El bien jurídico es una creación del legislador y por tanto no puede operar como un límite para este respecto de la creación del Derecho penal”.³⁷⁸

Sea como fuere, y a pesar de la controversia expuesta en torno a la función limitadora de la acción legislativa, parece innegable que el bien jurídico mantiene su fortaleza en cuanto a las funciones de interpretación teleológica y sistemática, por lo que el estudio del interés tutelado en el delito del artículo 286 bis del Código penal español –en adelante, CP–, será de especial relevancia a fin de abordar, posteriormente, un estudio dogmático de la propia norma.

³⁷⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 259-260.

³⁷⁸ BACIGALUPO, E.: *Teoría y práctica del Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 167-169.

1.2. La delimitación del bien jurídico protegido en el delito de corrupción entre particulares.

Como se acaba de reseñar, el fin de la norma penal es la protección de bienes jurídicos. Este concepto es un criterio de delimitación del tipo y tiene una función de interpretación teleológica.³⁷⁹ En el concreto caso del delito de corrupción entre particulares, la búsqueda del bien jurídico protegido por la norma constituye, desde un punto de vista político-criminal, una tarea ineludible, de especial relevancia y necesidad a la hora de abordar la comprensión de los distintos elementos que integran el tipo penal. Ello justifica la pertinencia de este Capítulo y la necesidad de tratar esta cuestión de manera separada al resto de elementos típicos. Todo esto reforzado, además, porque la problemática relativa a la delimitación del objeto jurídicamente tutelado sigue siendo la más compleja de cuantas se presentan en la interpretación de este tipo delictivo.³⁸⁰

No son pocas las dificultades que surgen al tratar de delimitar el bien jurídico detrás de la tipificación de las conductas de corrupción en el ámbito privado de los negocios³⁸¹ debido, por un lado, a la existencia de distintos modelos de incriminación en Derecho comparado –cuestión ya tratada en esta tesis doctoral– así como a la escasa reflexión con la que parece haber actuado el legislador español a la hora de transponer los compromisos internacionales existentes. Esto último condujo a la aparición, en el año 2010, de un tipo en el artículo 286 bis CP de confusa configuración, controvertido dogmática y político-criminalmente.

³⁷⁹ NAVARRO MASSIP, J.: “Capítulo 4. El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 109. De igual opinión, ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares*, Fe d’erratas, Madrid, 2013, p. 21.

³⁸⁰ PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, pp. 10-11. En el mismo sentido, GIL NOBAJAS, M.S.: “Capítulo XI. Corrupción en los negocios privados: ¿es posible responsabilizar penalmente al administrador de hecho, al titular de la empresa y a la persona jurídica?”, en QUERALT JIMÉNEZ, J.J. y SANTANA VEGA, D.M. (dirs.): *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 240.

³⁸¹ VEGA GUTIÉRREZ, J.Z.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis CP español)”, en *Revista Foro FICP. Tribuna y Boletín de la FICP*, nº 2017-1, Fundación Internacional de Ciencias Penales, Madrid, mayo 2017, p. 416.

Además, a pesar de la reforma acometida en 2015, se ha desaprovechado la oportunidad de acotar el ámbito de lo punible,³⁸² lo que determina que sigan plenamente vigentes algunas consideraciones formuladas por la doctrina a este respecto. En concreto, puede afirmarse todavía que la regulación concreta y la forma de definir estos delitos, fundamentalmente en su redacción original y, en particular, las dudas que se han generado a la hora de interpretar algunos de sus elementos esenciales, constituyen un obstáculo para la delimitación y determinación de un contenido de injusto relevante,³⁸³ llegando a sostenerse que esta tarea resulta del todo imposible.³⁸⁴

Precisamente la existencia de determinados elementos típicos en la redacción original del delito, fruto de la Ley Orgánica 5/2010, como el que imponía que el favorecimiento en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales se llevara a cabo “incumpliendo sus obligaciones”, así como la ubicación sistemática elegida, poco afortunada para un sector doctrinal,³⁸⁵ provocó una amplia amalgama de opiniones y corrientes doctrinales en torno al interés protegido por la norma.³⁸⁶

En las próximas líneas, pondremos de relieve los aspectos más interesantes del mencionado debate doctrinal a colación del bien jurídico

³⁸² GIL NOBAJAS, M.S.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis)...”, *op. cit.*, pp. 571-572 y 579; GIL NOBAJAS, M.S.: “Capítulo XI. Corrupción en los negocios privados...”, *op. cit.*, pp. 241 y 244.

³⁸³ BERNAL DEL CASTILLO, J.: “Los delitos de soborno en el Derecho Penal español y británico”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 116, Época II, Dykinson, Madrid, septiembre 2015, p. 111; SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, en *Revista Xurídica Galega*, nº 3, 2009, p. 17.

³⁸⁴ ANARTE BORRALLLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 65.

³⁸⁵ BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 140.

³⁸⁶ ANARTE BORRALLLO va más allá cuando sostiene que “en realidad, la defectuosa regulación muestra un producto desestructurado y plagado de interrogantes, que ha desatendido, entre otras exigencias, la de que cuando se trabaja con bienes jurídicos tan abiertos y difusos es obligado extremar las precauciones en la construcción de los correspondientes tipos, para garantizar una descripción clara, propia del Estado de Derecho”. En ANARTE BORRALLLO, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 553.

protegido por el delito del artículo 286 bis 1, 2 y 3 CP, antes de la reforma de 2015, para posteriormente servirnos de él para acotar el interés digno de tutela en la versión actualmente vigente del Código Penal.

2. El bien jurídico en la redacción original de 2010.

De entrada, pareciera que el legislador español, en la redacción que dio al delito en la Ley Orgánica 5/2010, se alineaba con el modelo alemán clásico en el que primaba la protección de la competencia, pero también se invoca la presencia de rasgos propios de otros modelos.³⁸⁷ Se hacía eco de esta circunstancia ya el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, que destacaba que “la amplitud de los términos utilizados en el art. 286 bis para la tipificación de las conductas de corrupción privada, permiten considerar incluidas conductas que no afectan propiamente a las reglas de competencia y que no son propiamente actos de competencia desleal”.³⁸⁸

2.1. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal.

En todo caso, si se quiere ordenar el conjunto de aportaciones y pareceres doctrinales existentes, el primer paso debe ser, necesariamente, acudir a la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 que, como ya se sabe, introdujo esta modalidad delictiva en nuestro ordenamiento jurídico. En concreto, al Considerando XIX, por ser el destinado a justificar dicha incorporación. Así, el texto legal recoge lo siguiente:

Otro de los aspectos importantes de la reforma es la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, elaborado el 19 de noviembre de 2008, pp. 163-164. Disponible en la web de la Universidad de Valencia. Fuente: <https://www.uv.es/limprot/boletin10/cf.pdf>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado.

Estas palabras denotan que el bien jurídico declarado por el legislador penal español que está detrás de la incriminación de estas conductas es la “competencia justa y honesta”³⁸⁹, concretada en la preservación de las “reglas de buen funcionamiento del mercado”. De esta manifestación en la Exposición de Motivos, en conexión con el contenido material de la Decisión Marco comunitaria de la que esta reforma trae causa, como sostiene un cierto sector doctrinal, parece desprenderse que el interés jurídico tutelado resulta la defensa de la libre competencia³⁹⁰, aunque es común que esta declaración del legislador se traduzca en la tutela de la competencia leal.³⁹¹

³⁸⁹ GONZÁLEZ BLESAS, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares: Comentarios y críticas al artículo 286 Bis CP”, en la web de Noticias Jurídicas, Madrid, 26 mayo 2012. Fuente: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4761-delito-de-corrupcion-entre-particulares-comentarios-y-criticas-al-articulo-286-bis-cp/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017; MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 428.

³⁹⁰ BAÑERES SANTOS, F.: “La corrupción entre privados (art. 286 bis, 287 y 288)”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2010, p. 248.

³⁹¹ BOLEA BARDON indica que “siguiendo lo establecido en el Preámbulo de la LO 5/2010 (Ap. XIX), la doctrina mayoritaria en España sostiene que el bien jurídico protegido en el art. 286 bis CP es la leal competencia en la contratación de bienes y servicios como medio para asegurar el normal funcionamiento del mercado. De este modo, se entiende justificada su ubicación sistemática entre los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores” Así, “la corrupción privada tiende a explicarse como aquella forma de corrupción que viene a alterar el normal funcionamiento de las relaciones comerciales”. En BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 10. En el mismo sentido, GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 19.

Ahora bien, si dicho entendimiento es doctrinalmente mayoritario, no puede decirse que este sea unánime.³⁹² Otros autores desplazan el interés tutelado declarado en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 a la observación de un modelo mixto o híbrido. De este modo, el tipo velaría, por una parte, por la leal competencia –entendida como la aplicación al ámbito privado de la transparencia exigible al sector público–, basada en criterios de precio y calidad del producto y, por otra, por la protección del mercado frente a posibles interferencias en la oferta y demanda de bienes y servicios. Según esta concepción, serían dos los intereses fundamentalmente implicados: en un lado, el interés de la empresa que recibe de los bienes y servicios, consistente en no adquirir los de peor calidad o precio superior; interés que quedaría vulnerado con la “infracción del deber interno de lealtad” por parte del autor del delito, y en otro punto, el interés de terceros competidores relativo al derecho a ofrecer bienes y servicios sin necesidad de ofrecer incentivos; afectado como consecuencia de la “infracción del deber externo de competencia leal”. En este punto, aunque el segundo de los intereses pueda reflejarse como el predominante, ambas deslealtades se encontrarían íntimamente interrelacionadas, de tal modo que “cada una de ellas acabaría produciendo un efecto reflejo o indirecto en el otro interés implicado”.³⁹³

Las interpretaciones aquí expuestas del contenido del Considerando XIX de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, son reflejo del debate doctrinal de que ha sido objeto la determinación del bien jurídico protegido en el delito de corrupción entre particulares, cuanto menos durante la vigencia de la redacción original del tipo. A esta cuestión dedicaremos las próximas páginas.

2.2. Autores críticos con el bien jurídico protegido o declarado por el legislador.

Existe una primera tesis, defendida por autores relevantes, que critica tanto la propia incriminación de la corrupción privada como, concretamente, el bien jurídico que se trata de proteger o que está detrás de la

³⁹² Recuérdese que, para algún autor, ni siquiera la Decisión Marco es precisa a la hora de delimitar el interés susceptible de tutela penal. *Vid.*, nota al pie 234.

³⁹³ GÓMEZ MARTÍN, V.: “¿Delitos de posición con infracción de deber? Reflexiones sobre el ejemplo de la corrupción médica privada”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 118, Época II, Dykinson, Madrid, mayo 2016, pp. 107-108.

norma, según declara el legislador español. Sin ánimo de reiterar los comentarios acerca de la legitimación de la intervención penal en conductas de corrupción privada –aspecto ya tratado en este trabajo–, véanse ahora cuáles son las objeciones que este sector marca en relación al interés jurídico tutelado por el delito.

Una de las primeras expertas en pronunciarse en estos términos fue CARUSO FONTÁN quien, en el marco de la obligatoriedad de transponer la Decisión Marco, argumenta que “esta situación no puede dejar de causar preocupación cuando implica la incorporación al Código Penal de conductas en las que no se sabe muy bien qué es lo que se está protegiendo”;³⁹⁴ crítica que se debe, de un lado, a la amplitud de los términos utilizados en la concreta regulación del artículo 286 bis³⁹⁵ y, de otro, a las deficiencias de técnica legislativa.³⁹⁶

Por su parte, VENTURA PÜSCHEL, en el contexto de crítica general a este delito va más allá, al criticar que este no es sino un ejemplo de la “cada vez más profusa tendencia hacia un Derecho penal «simbólico» apartado de los principios de lesividad y excesiva protección de bienes

³⁹⁴ CARUSO FONTÁN, M.V.: “El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito...”, *op. cit.*, p. 165.

³⁹⁵ Ya se pronunció en estos términos el Consejo Fiscal, en su *Informe sobre el Anteproyecto* del año 2008. En el *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica...*, *op. cit.*, p. 163. En el mismo sentido, NIETO MARTÍN, A.: “La privatización de la lucha contra la corrupción...”, *op. cit.*, pp. 198-199.

³⁹⁶ ANARTE BORRALLA subraya que “la regulación legal apunta carencias claras desde el punto de vista del principio de proporcionalidad (...); además, presenta desajustes penológicos” y, con la redacción incorporada al Código, “se produce cierto solapamiento con instrumentos de protección extrapenal de la competencia”. En ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 548. RODRÍGUEZ PUERTA y MORÓN LERMA añaden que “la regulación propuesta en el art. 286 bis CP anterior a la reforma de 2015 se compadecía mal” con el propósito de considerar la competencia como el bien jurídico protegido por la norma. En RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E. “Artículo 286 bis...”, *op. cit.*, p. 402. Para BERNAL DEL CASTILLO, “la concreta forma de definir estos delitos, fundamentalmente en la redacción original de los mismos y, en particular, las dudas que se han planteado a la hora de interpretar algunos de sus elementos esenciales constituyen un obstáculo para la determinación de un contenido de injusto relevante”. En BERNAL DEL CASTILLO, J.: “Los delitos de soborno en el Derecho Penal español...”, *op. cit.*, p. 111.

jurídicos,³⁹⁷ llegando a preguntarse si “son parámetros ajenos al concepto de bien jurídico y próximos a la ética (a la falta de ética de los trabajadores) los que han terminado por primar en la decisión de extender el transversal fenómeno de la corrupción a la incriminación del soborno «entre particulares»”.³⁹⁸

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, por su parte, defiende que la referencia a la “competencia justa y honesta” contenida en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 no permite describir con precisión un bien jurídico penal ni la conducta típica parece alcanzar el grado de lesividad necesario. En añadidura, argumenta que el artículo 286 bis CP no contiene elemento alguno que permita deducir cuál es el aspecto de la libre competencia que se ve vulnerado ni cuál es el elemento típico que comporta una agresión singularmente relevante a tal bien jurídico.³⁹⁹

2.3. La tutela exclusiva de la competencia.

2.3.1. La “competencia” como bien jurídico penal.

La consideración del delito de corrupción privada como protector de la competencia y del mercado fue, sin duda, la mayoritaria en España ya con la redacción original del delito. Se entendía, en efecto, que el legislador, con la incorporación en el Código de esta figura, había seguido una política criminal de protección de la competencia o del mercado.⁴⁰⁰ Así expresado, el concepto de competencia es ambiguo, como se pone de manifiesto con solo contraponer la doble vertiente de la competencia: la libertad –libre competencia– y la lealtad –competencia leal–.⁴⁰¹ Para caminar sobre seguro, con carácter previo a abordar cualesquiera

³⁹⁷ En este sentido, indica que “manifestándose que el interés objeto de protección es la competencia en el mercado (...), en realidad se incriminan conductas escasamente lesivas de tal interés (...). Se incrimina el comportamiento venal (...) por la mera concurrencia de la venalidad, no por la lesividad de esas conductas venales respecto de la libre competencia”. En VENTURA PÜSCHEL, A.: “Capítulo 37. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 323. Sobre el particular, también ANARTE BORRALLLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 64.

³⁹⁸ VENTURA PÜSCHEL, A.: “Sobre la tipificación de la *mal llamada “corrupción entre particulares”...*”, *op. cit.*, p. 509.

³⁹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, pp. 306-307.

⁴⁰⁰ BERNAL DEL CASTILLO, J.: “Los delitos de soborno en el Derecho Penal español...”, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁰¹ ANARTE BORRALLLO, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 555.

otras consideraciones, es preciso, en primer lugar, dotar de contenido jurídico al concepto de “competencia” y, en segundo lugar, determinar cuál de las vertientes de la competencia viene a ser protegida por el delito de corrupción privada.

En relación a la primera de las tareas planteadas, a fin de comprender el contenido y límites del bien jurídico protegido para quienes apuestan por este entendimiento, es preciso delimitar, desde el punto de vista jurídico, la noción de “competencia”. Ello no va a resultar sencillo o, cuanto menos, uniforme. Téngase en cuenta que la competencia ha sido inicialmente un concepto económico, para convertirse posteriormente en un concepto jurídico.⁴⁰² El primer paso obligado, entonces, debe llevarnos al Diccionario del Español Jurídico que, en sus acepciones segunda y tercera, en lo que nos interesa aquí, la define como “situación en la que las empresas rivalizan en el mercado promocionando sus productos o servicios y disputándose la clientela”; y, desde otro ángulo, “lucha o rivalidad de las empresas en el mercado ofreciendo o demandando bienes o servicios”.⁴⁰³

El segundo paso nos debe llevar a valorar la noción de “competencia” tanto desde una perspectiva jurídica como desde un punto de vista económico. Antes de ello debemos tener claro que la realidad empírica ha puesto de manifiesto que la competencia perfecta, como situación ideal del mercado –basada en el principio de soberanía del consumidor–, no se da más que excepcionalmente, por lo que el Derecho no debe pretenderla.⁴⁰⁴ La protección del mercado, entonces, debe ser llevada a cabo bajo un sistema de *competencia efectiva o funcional*; esto es, la competencia real posible en un concreto mercado, habida cuenta del contexto económico y jurídico.

Desde el prisma jurídico, la competencia sería vista como el conjunto de condiciones que aseguran que la pluralidad de agentes económicos

⁴⁰² ORÚE CRUZ, J.R.: *Derecho de Competencia. Una introducción*, Lea Grupo Editorial, Managua, 2008, p. 35.

⁴⁰³ Definición consultada en la web del Diccionario del Español Jurídico. Voz “competencia¹”. Fuente: <https://dej.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁴⁰⁴ GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 69.

que concurren en un mercado lo hagan en igualdad de condiciones; conocido ello como el principio de *igualdad de oportunidades* de participación de los agentes económicos, procurando, con ello, el crecimiento económico de las empresas y demás operadores.⁴⁰⁵ Además, desde un entendimiento jurídico, la protección de la competencia no interesará únicamente a las empresas competidoras, sino también a los consumidores, de tal modo que ello ya no es solo una cuestión privada –problema entre competidores–, sino que adquiere una innegable relevancia pública, pues con ella se quiere preservar un mercado competitivo –“modelo social”– en beneficio de todos.⁴⁰⁶ Desde la óptica económica, desechada la idea de competencia perfecta, se opta, entonces, por un modelo concreto, apegado a la realidad, cambiante e integrado por elementos competitivos y monopolísticos y en el que se defiende, dentro de ciertos límites, una reducción de la competencia en aras de determinados procesos de concentración económica, destinados a asegurar el progreso tecnológico y el nivel de eficiencia que deriva de la dimensión óptima de la empresa. La competencia, desde el lado de la economía, no vendría exclusivamente concebida como una lucha salvaje de todos los operadores económicos entre sí, sino como fomento del surgimiento de nuevas unidades de producción con suficiente dimensión para financiar innovaciones tecnológicas y con suficiente entidad económica para competir con las de otros mercados, sin que ello disminuya el estímulo de la productividad y el progreso técnico y económico.⁴⁰⁷ En consecuencia, la legitimidad de la protección de la competencia es deducida de las funciones económicas y político-sociales de la misma, concebida como “medio para garantizar la libertad, el bienestar y la justicia en una economía de mercado”.⁴⁰⁸

Abordada la conceptualización jurídica y económica de la competencia, es preciso ahora descender al ámbito del Derecho penal y esbozar algunas notas sobre la competencia como bien jurídico, haciendo refe-

⁴⁰⁵ CALVO CARAVACA, A.L.: *Derecho Antitrust Europeo. Parte General: la competencia*, tomo I, Colex, Madrid, 2009, p. 58.

⁴⁰⁶ ABANTO VÁSQUEZ, M.A.: “Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras...”, *op. cit.*, p. 162.

⁴⁰⁷ CALVO CARAVACA, A.L.: *Derecho Antitrust Europeo...*, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁰⁸ BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 138-139; BACIGALUPO, E.: «Compliance» y derecho penal. *Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 193.

rencia tanto a su contenido –o, dicho de otro modo, los intereses jurídicos involucrados en el bien jurídico “competencia”– como a la propia legitimidad de la misma como objeto de protección penal. Y ello porque, aceptando de principio –con GILI PASCUAL–, la legitimación del bien jurídico penal “competencia económica”⁴⁰⁹, como conjunto de los principios concurrenciales del sistema económico establecido en la Constitución, es preciso delimitar el alcance de dicho interés, a fin de determinar las conductas que deben quedar incluidas en el ámbito típico, en necesaria aplicación de los principios limitadores del *ius puniendi* derivados de un sistema penal constitucional.⁴¹⁰

Antes de continuar, llega el momento de enfrentar la segunda de las tareas que enunciaba hace unas líneas: precisar cuál de las dos vertientes de la competencia se protege con el delito de corrupción entre particulares. Como anuncié entonces, una de las debilidades de la idoneidad de la competencia como bien jurídico-penal es precisamente su ambigüedad.⁴¹¹ Estas dificultades se concretan cuando se trata de afirmar cuál de las vertientes de la competencia viene a ser protegida con el delito de corrupción privada: la libertad –libre competencia– o la lealtad –competencia leal–; y, además, al tratar de dar sentido a los calificativos que la acompañan: leal u honesta, que manejan unos, e igualitaria y transparente, que prefieren otros.⁴¹²

En este sentido, en el Derecho extrapenal se reconoce que la “competencia” tiene dos aspectos: el de la “libertad”, entendido como “derecho y deber de competir” y el de la “lealtad”, es decir, un deber relacionado

⁴⁰⁹ En sentido contrario, considerando la competencia como “una quimera, o, en el mejor de los casos, una pretendida finalidad a la que debería tender la actividad económica”, QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Notas sobre la corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 17.

⁴¹⁰ GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, pp. 9-11; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 71.

⁴¹¹ GILI PASCUAL hace referencia a la imprecisión que encierra la referencia genérica a la competencia que, para él, debe entenderse como la “suma de los intereses individuales de los intervinientes en el mercado”, de tal manera que los preceptos competenciales “antes que a la tutela de la competencia en general, acostumbran a orientarse a la de personas o grupos concretos”. En *Ibid.*, p. 14.

⁴¹² ANARTE BORRALLO, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 555.

con la “forma como debe realizarse la competencia”.⁴¹³ En este punto, existen opiniones doctrinales muy diversas, cuya relación pormenorizada excedería del propósito de esta investigación. A modo ejemplificativo y con voluntad sintetizadora, pueden distinguirse tres grupos de opiniones, que se analizarán brevemente por separado a continuación.

2.3.2. Bien jurídico protegido: libre competencia.

De un lado, aquellas que consideran, como interés jurídicamente tutelado, la libre competencia. Hemos cifrado anteriormente la libertad de competencia como el “derecho y deber de competir”, pero dicha expresión puede resultar demasiado vaga. En términos económicos, puede acotarse ésta como aquel principio económico basado en la ley de la oferta y la demanda como factores que han de regular, por sí solos, el mercado. En sentido puro, la libertad de competencia se daría cuando la iniciativa privada, en conjunción con esos dos factores, determinan la situación de equilibrio en el mercado⁴¹⁴ o, en el mismo sentido, se trataría de aquel “sistema en el que el precio de los bienes y servicios es acordado mediante el libre consentimiento de quienes intervienen en el tráfico económico, con arreglo a las leyes de la oferta y la demanda”.⁴¹⁵ En el contexto jurídico-penal que nos ocupa, el núcleo de lesividad, para los autores que suscriben esta opción, está en que la posición en el mercado de un determinado agente mercantil o profesional, o en sentido amplio, de cualquier operador económico, no dependa de la cantidad de regalos o promesas que ofrezca, sino en la calidad y

⁴¹³ ABANTO VÁSQUEZ, M.A.: “Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras...”, *op. cit.*, p. 162.

⁴¹⁴ IRIARTE IBARGÜEN, A. y MARTÍNEZ DÍAZ, C.: “Libertad de competencia”, en la web del *Diccionario Económico* del Diario *Expansión*. Fuente: <http://www.expansion.com/diccionario-economico/libertad-de-competencia.html>. Consultado el 9 de abril de 2017.

⁴¹⁵ Definición consultada en la web del Diccionario del Español Jurídico. Voz “libre competencia”. Fuente: <https://dej.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017. En el mismo sentido, MUÑOZ CUESTA sostiene que “en la corrupción privada se pretende preservar la no alteración de la ley de la oferta y la demanda, la libre concurrencia de las entidades privadas en la contratación de bienes y servicios”. En MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8, Aranzadi, Navarra, diciembre 2011, p. 12.

el precio de sus bienes y servicios.⁴¹⁶ Se trataría, por tanto, para quienes refieren esta corriente, de un bien jurídico, de naturaleza colectiva, cifrada en la igualdad de condiciones, en aras de un buen funcionamiento del mercado.⁴¹⁷

2.3.3. Bien jurídico protegido: leal competencia.

Por otra parte, de entre los autores que entienden la competencia como bien jurídico tutelado, es mayoritaria la concepción de que la vertiente de la “lealtad” es la concretamente protegida por el delito de corrupción entre particulares. Esta debe ser definida, en un primer acercamiento, como aquella competencia practicada siguiendo las exigencias de la buena fe;⁴¹⁸ tratándose, por esto, de un principio rector de la economía de mercado, cuyo menoscabo perturba gravemente el funcionamiento concurrencial del mercado.⁴¹⁹ Ello se relaciona con el elemento mencionado anteriormente: la “lealtad” se circunscribe a la forma como debe realizarse la competencia. Para algún autor, la interpretación sistemática del delito de corrupción privada, permite una primera aproximación que determina como objeto general de protección el funcionamiento del mercado y los principios que deben regir las relaciones socioeconómicas,⁴²⁰ o dicho de otro modo, el tipo “se preocupa de la salud y asepsia en el mercado, de una competencia leal a través de la

⁴¹⁶ BAÑERES SANTOS, F.: La corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 248. También en BAÑERES SANTOS, F.: “El delito de corrupción entre particulares”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 110, nº 4, Barcelona, 2011, p. 1038. Añadiendo a este bien jurídico, criterios de transparencia, ENCINAR DEL POZO, M.A.: “La transparencia de las relaciones mercantiles...”, *op. cit.*, p. 186.

⁴¹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Lección 2ª. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (Capítulo XI del Título XIII: arts. 270-288)”, en PUENTE ABA, L.M. (coord.): *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 175.

⁴¹⁸ Definida, *a sensu contrario*, por el Diccionario del Español Jurídico [competencia desleal]. Definición consultada en la web del Diccionario del Español Jurídico. Voz “competencia desleal” Fuente: <https://dej.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁴¹⁹ OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*

⁴²⁰ BERNAL DEL CASTILLO, J.: “Los delitos de soborno en el Derecho Penal español...”, *op. cit.*, p. 112.

observancia, libre de corruptelas, de los preceptos legales reguladores del tráfico jurídico”.⁴²¹ En concreto, focalizan la protección en la dimensión supraindividual del bien jurídico “competencia leal” o, como se verá en breve, apuestan por la tutela de la *competencia en general*; del interés del Estado en mantener el sistema de economía de mercado constitucionalmente reconocido.⁴²²

Así, este modelo político-criminal de defensa del mercado y, en particular, de las reglas de la competencia leal plantea si se trata de un bien jurídico de naturaleza estrictamente patrimonial⁴²³ –cifrado en la evitación de la distorsión en los precios de los productos y de los servicios– o si, por contra, el concepto de competencia leal debe entenderse en un sentido no patrimonialista, sino más bien como las condiciones de confianza y estabilidad de los mercados o las expectativas legítimas de los participantes en las actividades y transacciones.⁴²⁴

⁴²¹ BENAVIDES SCHILLER, A.: “Acerca de la corrupción pública y privada...”, *op. cit.*, p. 136.

⁴²² Se volverá sobre esto más adelante. Baste señalar ahora que esta dimensión supraindividual de la competencia confiere a la misma un carácter de interés público que, para ciertos autores, justifica la intervención penal en este ámbito. *Vid.* en este momento, por todos, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción...”, *op. cit.*, pp. 286-287. Sobre la relación entre la corrupción, tanto pública como privada, y el interés general, el propio BENAVIDES SCHILLER, en BENAVIDES SCHILLER, A.: “Acerca de la corrupción pública y privada...”, *op. cit.*, pp. 137-138.

⁴²³ Caracteriza DE VICENTE MARTÍNEZ la lealtad competitiva como “el intercambio de servicios en el tráfico comercial, en el que hay más de un oferente de bienes o servicios comerciales”. Es decir, se trata de evitar que esta transacción de bienes y servicios se vea alterada debido a la percepción de sobornos. En DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, *op. cit.*, p. 555.

⁴²⁴ BERNAL DEL CASTILLO, J.: “Los delitos de soborno en el Derecho Penal español...”, *op. cit.*, pp. 111-112. A este respecto, debe profundizarse brevemente en esta cuestión: entender la competencia desde un punto de vista patrimonial nos llevaría a analizarla desde criterios de calidad y precio de los productos o servicios ofertados en el mercado, de tal manera que afectar la competencia leal supondría verificar un “perjuicio que sufren los competidores derivado de las ganancias no obtenidas”, de tal manera que “su patrimonio puede verse puesto en peligro por unas conductas corruptas regidas por la finalidad subjetivo-objetiva típica cifrada (...) en perjudicar a los competidores”; mientras que considerarla desde una óptica no patrimonial, implica tener presente “además que al mediar un soborno se frustran injusta y anticipadamente las legítimas expectativas de los competidores, quienes confiaban en que se respetarían las reglas preestablecidas”. En ROSAS OLIVA, J.I.: “Consideraciones para la tipificación de

El siguiente elemento que debe ser tratado, llegados a este punto, trata de determinar qué intereses jurídicos se encuentran abarcados dentro del bien jurídico-penal “leal competencia” o, dicho de otro modo, cuál es el núcleo de tutela en el bien jurídico protegido. En este sentido, son varias las teorías elaboradas por la doctrina. Véanse, a continuación, los aspectos más relevantes de cada una de ellas.

a) La competencia en general.

Los autores que defienden esta postura consideran que lo esencial a la hora de justificar la intervención penal en la protección de la lealtad competitiva es garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de los intereses públicos, lo cual se traduce en el interés del propio Estado en el mantenimiento de un orden concurrencial saneado⁴²⁵ o, de otro modo, la salvaguarda de las normas que regulan la adquisición o ventas de mercancías o la contratación de servicios profesionales.⁴²⁶ El núcleo de tutela se centra en la llamada dimensión supraindividual de la competencia, a la que me he referido con anterioridad.⁴²⁷ De este modo, la razón de

un delito...”, *op. cit.*, p. 109 y ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 556.

⁴²⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción...”, *op. cit.*, pp. 286-287.

⁴²⁶ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Código Penal comentado. (Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 503.

⁴²⁷ Ésta es la concepción que, según BACIGALUPO, defienden mayoritariamente la doctrina y jurisprudencia alemanas, que sitúan el objeto de protección del delito de corrupción privada en el interés general en la (libre) competencia. En BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 139. Se muestra radicalmente contrario a este punto de vista, sin embargo, GILI PASCUAL, quien sostiene que “más difícil es extraer de los términos típicos la tutela supraindividual de la «competencia como institución». (...) No creo que pueda encontrarse un auténtico apoyo en el hecho de que (...) los delitos de corrupción privada [sean] perseguibles de oficio. Es este un elemento de carácter más bien circunstancial, externo a la tipicidad y desde luego no definitivo (...), la perseguibilidad de oficio no reduce en un ápice el carácter individual de los bienes atacados”. En GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, pp. 17-18.

ser de este delito se explica en la medida en que en aquellas transacciones en las que media un soborno se produce un conflicto que excede de la esfera de lo privado –esto es, más allá de los meros intereses de los operadores económicos–, en la medida en la que rompe las reglas del buen funcionamiento del mercado y, así, daña el modelo social de mercado establecido en beneficio de todos.⁴²⁸ La competencia, así, se relaciona directamente con el sistema económico constitucional, constituyendo un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad⁴²⁹ y como condición del buen funcionamiento del mercado.⁴³⁰ La justificación de la intervención penal en este ámbito se encuentra en prevenir actividades desleales que distorsionan la competencia en el intercambio de mercancías y servicios profesionales, favoreciendo de modo unilateral e injustificado a alguno de los concurrentes.⁴³¹

Desde el punto de vista jurídico-penal, se trataría de un bien jurídico de carácter colectivo,⁴³² entendido como interés que sirve a los intereses de la generalidad de personas que forman parte de una concreta comunidad; así, caracterizado por las notas de “no exclusión en el uso” y de “no rivalidad en el consumo”.⁴³³ Así, se concreta en salvaguardar la paridad jurídica de los competidores, que afecta, a su vez, a la elección de los consumidores. Se protegería, para este sector doctrinal, el sistema institucional de competencia, en el que los operadores deben

⁴²⁸ ABANTO VÁSQUEZ, M.A.: “Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras...”, *op. cit.*, pp. 162 y 171.

⁴²⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción...”, *op. cit.*, p. 286. En el mismo sentido, GIL NOBAJAS, M.S.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis)...”, *op. cit.*, p. 574 y OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*

⁴³⁰ En palabras de PORRES ORTIZ DE URBINA, “dentro de las distintas acepciones que cabe atribuir al concepto de competencia y en la medida en que la ley no establece precisión alguna, lo que el tipo penal protege es la competencia como institución, entendida como el recto funcionamiento del mercado en régimen de libre concurrencia”. En DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “El delito de corrupción privada”, *op. cit.*

⁴³¹ ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 554.

⁴³² ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 276.

⁴³³ HEFENDEHL, R.: “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto” (trad. SALAZAR ORTUÑO, E.), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 4, artículo 14, 2002, pp. 3-4.

tener la confianza y seguridad de que funciona sobre bases legítimas y de concurrencia lícita y leal.⁴³⁴

b) Intereses de los competidores y de otros operadores económicos.

Otro grupo de autores, sin embargo, recuerdan que la competencia no se advierte como un interés suficientemente autónomo, sino que se encuentra estrechamente ligada a otros intereses, más o menos genéricos. Tal bien jurídico no tendría, para este sector doctrinal, una conexión significativa con su dimensión supraindividual. En su lugar, priorizan los intereses patrimoniales de los competidores amparados en el peso que tiene el tipo subjetivo en la configuración del injusto; en concreto, del elemento típico del favorecimiento indebido.⁴³⁵ En un sentido no patrimonialista se situaría ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, para quien lo que busca el delito de corrupción privada sería proteger a la empresa competidora que, por no participar en la actividad corrupta, se queda apartada en el marco de contratación.⁴³⁶ Como se ve, este enfoque teórico focaliza el núcleo de tutela en las expectativas de las empresas, que se ponen en peligro al primar la voluntad viciada en la persona encargada de decidir acerca de las diferentes ofertas.⁴³⁷ También parece ser la opinión de GIL NOBAJAS cuando propone que el bien jurídico protegido es la competencia leal o correcto funcionamiento del mercado en términos de igualdad de oportunidades de los competidores a la hora de ofrecer, adquirir o contratar productos o servicios en

⁴³⁴ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 276. Ya el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Reforma de 2008 pareció situarse en esta línea supraindividual, al considerar que el bien jurídico estriba en el respeto a las reglas de la competencia, como medio para conseguir un desarrollo económico sólido. En *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica...*, *op. cit.*, pp. 163. Recoge este parecer del Consejo Fiscal CASTRO MORENO, A.: "Capítulo 22. Corrupción entre particulares", en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.): *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa. 2011-2012*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, p. 619.

⁴³⁵ ANARTE BORRALLA, E.: "Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...", *op. cit.*, pp. 556-557.

⁴³⁶ ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares...*, *op. cit.*, p. 22.

⁴³⁷ BAÑERES SANTOS, F.: "El delito de corrupción...", *op. cit.*, pp. 148-149.

el ámbito de las relaciones mercantiles”.⁴³⁸ En el mismo sentido, NAVARRO MASSIP opina que la sanción penal debe tratar de evitar el perjuicio que se produce en la empresa competidora, que queda fuera por no participar en la actividad corrupta. No cabe duda que este planteamiento dota de un innegable carácter patrimonial a esta figura delictiva.⁴³⁹

c) Dimensión supraindividual e intereses de los operadores económicos.

Esta tercera corriente supone, en cierta medida, una visión ecléctica con las dos anteriores. Según estos postulados, el núcleo del injusto se situaría, desde un punto de vista de protección inmediata, en la salvaguarda de los intereses legítimos de los empresarios competidores –considerándose estos como un bien jurídico individual de contenido económico–, pero con la particularidad de que esta tutela se orienta a la protección de un objeto jurídico-penal mediato supraindividual –la competencia leal, en el sentido general esgrimido con anterioridad–, que es lesionado ya al ponerse en peligro abstracto el bien jurídico individual.⁴⁴⁰ En otras palabras, según esta corriente, el bien jurídico protegido, en sentido dual, se focalizaría en la competencia justa y honesta en el ámbito de los negocios privados –entendiendo dentro de ella englobados, fundamentalmente, los intereses económicos de los competidores– como medio para preservar las reglas del buen funcionamiento del mercado.⁴⁴¹

Particularmente ilustrativa es la concepción de ANDRÉS DOMÍNGUEZ, para quien el bien jurídico “competencia leal” debe concretarse en una suma de intereses que confluyen en ella: el interés privado de los empresarios, el interés de los consumidores y el propio interés del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial saneado. Para esta autora,

⁴³⁸ GIL NOBAJAS, M.S.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis)...”, *op. cit.*, p. 574; GIL NOBAJAS, M.S.: “Capítulo XI. Corrupción en los negocios privados...”, *op. cit.*, pp. 242-243.

⁴³⁹ NAVARRO MASSIP, J.: “Capítulo 4. El delito de corrupción...”, *op. cit.*, pp. 110-111.

⁴⁴⁰ FARALDO CABANA, P.: “Hacia un delito de corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁴¹ SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 635. En el mismo sentido CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 619.

se trata, por tanto, de un bien jurídico de naturaleza colectiva, supraindividual, que se protege –la competencia leal– de manera mediata, tutelándose de forma inmediata los intereses de los competidores y los consumidores.⁴⁴²

2.3.4. Bien jurídico protegido: libre y leal competencia.

Esta concepción es minoritaria, si bien algún autor se ha pronunciado en este sentido. La característica de este entendimiento, como puede observarse, es que supone que la introducción del tipo de corrupción entre particulares en el ordenamiento penal español responde a la voluntad de proteger las dos vertientes de la competencia a la que vengo aludiendo en lo anterior: la libertad, por un lado, y la lealtad, por el otro.⁴⁴³ BACIGALUPO, máximo exponente de esta afirmación, se interroga acerca de si, al hilo de esta configuración, “no habría otras acciones contra la competencia que merecerían ser consideradas hechos punibles del Derecho penal”.⁴⁴⁴ Según nuestro entender, seguir estos postulados no resulta lo más adecuado en atención de la claridad y precisión que debe exigirse a la hora de definir un bien jurídico de estas características, máxime cuando, como se ha mencionado anteriormente, precisamente la noción jurídica de “competencia” adolece de exceso de vaguedad, por lo que su protección, así definida, podría resultar, en la práctica, imposible.

2.3.5. Dificultades para considerar la leal competencia como bien jurídico protegido.

A salvo de algunos comentarios y toma de postura que realizaremos más adelante, se avanza ya que la protección de la competencia leal es, desde nuestro punto de vista, la concreta razón de ser de la tipificación de la corrupción privada en el ordenamiento jurídico-penal español. Sin embargo, este entendimiento, en la redacción original de 2010,

⁴⁴² ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 352-353.

⁴⁴³ BACIGALUPO, E.: «Compliance» y derecho penal..., *op. cit.*, p. 196.

⁴⁴⁴ BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 141.

cuenta con algunos inconvenientes que acercaban el objeto de protección a los intereses del empresario.⁴⁴⁵ Dichas críticas han sido puestas de relieve por la doctrina⁴⁴⁶ y, en esencia, son las siguientes:

a) La exclusión del empresario.

Esta es una de las grandes críticas que la doctrina ha venido realizando al delito de corrupción privada, cuanto menos si ha de aceptarse que el bien jurídico tutelado por el mismo es la leal competencia en el mercado. Para los autores que así se manifiestan, en efecto, no se alcanza a entender que se haya excluido al propietario de la empresa o titular de la sociedad como eventual sujeto activo de la corrupción privada pasiva⁴⁴⁷ –y, correlativamente, como sujeto de la acción típica de la corrupción activa entre particulares– y como destinatario del beneficio o ventaja no justificados. No puede justificarse en qué sentido pueden ser menos lesivas de la competencia conductas en las que el propio titular de la empresa que ha de decidir la contratación, es quien solicita o acepta ventajas o beneficios a cambio de favorecer al que los da frente a sus competidores.⁴⁴⁸ Por consiguiente, para este sector doctrinal, el hecho de que solo se consideren punibles los hechos de corrupción en las que el sobornado es un empleado de la empresa, “no puede basarse más que en la idea de que la conducta de alguien que actúa en nombre o representación de la entidad lesiona o pone en peligro otros intereses diferentes a la competencia”.⁴⁴⁹

⁴⁴⁵ GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁴⁶ En palabras de ANARTE BORRALLÓ, “el vigor de la caracterización mayoritaria del bien jurídico protegido [leal competencia] se ve resentido por diversas razones”. En ANARTE BORRALLÓ, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 555.

⁴⁴⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 307.

⁴⁴⁸ GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 36. RODRÍGUEZ y MORÓN, de hecho, sostienen que el empresario, socio o titular de la empresa es el principal operador económico que se ve afectado y obligado por los deberes legales dirigidos a preservar la libre y leal competencia. En RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E. “Artículo 286 bis...”, *op. cit.*, p. 402.

⁴⁴⁹ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 429-430. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ critica esta exclusión del titular de la empresa, o de los socios, en el círculo de sujetos en tanto que, a su modo de ver, “supone el abandono de un modelo puro de corrupción entre particulares, asentado exclusivamente en el bien jurídico de la competencia, y el tránsito hacia un modelo patrimonialista (orientado a la protección del patrimonio del titular de la empresa) o incluso hacia un modelo de “infracción de deberes” (...) en el que el núcleo del injusto

Para quienes profieren esta crítica, no resulta comprensible por qué el titular mismo del negocio no puede ser sancionado por la aceptación de una ventaja si las reglas de una competencia leal pueden ser infringidas de igual forma por el titular del negocio como por su empleado, por lo que desde el prisma de la competencia no parece haber ninguna diferencia⁴⁵⁰ de lesividad. En este sentido, NAVARRO FRÍAS y MELERO BOSCH, tras reconocer que, efectivamente, la exclusión del empresario “no casa bien con la declaración del legislador de que con esta regulación se trata de proteger la competencia justa y honesta”, tratan de buscar una explicación alternativa a dicha ausencia. En concreto se interrogan si no es que, quizás, el comportamiento empresarial dirigido por el titular tendente a aceptar una relación comercial en que media un soborno se encuentra justificado por la necesaria libertad de decisión y de gestión empresarial de que goza el dueño del negocio. En efecto, dicha libertad encuentra su reconocimiento en la Constitución, concretamente si la libertad de empresa cristalizada en el artículo 38 de la norma fundamental. En otras palabras, la cuestión a dilucidar es si tal libertad “abarca todos los aspectos de la actividad empresarial”; todos los comportamientos que estén en relación con el ejercicio de una actividad empresarial.

Es cierto, según reconocen las autoras citadas, que “no se le debería imponer al empresario, además por la vía del Derecho penal, y concretamente del tipo de corrupción entre particulares, una especie de deber genérico de decidir en el ámbito de la gestión de su actividad de manera objetiva, neutral o eficiente en términos de mercado”, pero sí le son dirigidos determinados mandatos y prohibiciones específicos de actuar, con respeto a la Ley de Defensa de la Competencia y de la Ley de Competencia Desleal. Por lo tanto, en cuanto al ordenamiento penal se refiere, el empresario sí se encuentra en la misma posición de obligado que requiere el tipo del artículo 286 bis CP, en el sentido de que puede verse inducido a través de ventaja injustificada a incumplir estas. Así pues, la exclusión del empresario del círculo de sujetos antes

estriba en la clandestinidad del soborno -a espaldas del titular de la empresa-. En MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 309.

⁴⁵⁰ KINDHÄUSER, U.: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía...”, *op. cit.*, p. 13.

mencionado hace plantearse si quizás habría de deducirse que la competencia no es realmente el bien jurídico protegido por el tipo penal, sino una de las razones –*ratio legis*– de esta previsión, pero no la única y ni siquiera la fundamental.⁴⁵¹

Sin embargo, y aunque sobre esta cuestión se volverá en el apartado correspondiente a los sujetos del delito, para otros autores esta exclusión es en realidad un olvido; una incongruencia de nuestro legislador penal, quien no ha querido llevar la protección de la competencia hasta sus últimas consecuencias, ya sea por un simple descuido o por una decisión político-criminal.⁴⁵²

b) El elemento típico del “incumplimiento de obligaciones”.

Estamos ante otro de los grandes inconvenientes o, dicho de otro modo, de los grandes obstáculos que esgrimió parte de la doctrina especializada para considerar el delito de corrupción privada como protector de la concurrencia en el mercado.⁴⁵³ En concreto, la redacción original del tipo surgida en 2010 imponía que el favorecimiento indebido dispensado por el corrupto debía hacerse “incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”; esto es, en la esfera del mercado. La controversia, en esencia, radicaba en cómo interpretar esta cláusula –que dotaba al tipo de un innegable carácter de norma penal en blanco–⁴⁵⁴ pues, como se ponía de manifiesto, pueden existir tres ejes obligacionales; el sobornado puede tener obligaciones en tres planos: i) el derivado del propio acuerdo ilícito entre sobornador y sobornado; ii) obligaciones internas del empleado respecto de su principal; y iii) aquellas

⁴⁵¹ NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, pp. 12-15.

⁴⁵² ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 277.

⁴⁵³ En palabras de GILI PASCUAL, “este era, sin lugar a dudas, el componente de la descripción legal que más podía inquietar la afirmación de que la tipificación española respondía nítidamente al modelo de tutela competencial”. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁵⁴ NAVARRO MASSIP, J.: “El delito de corrupción entre particulares”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11/2011, Aranzadi, Navarra, marzo 2011, p. 48; CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 232.

obligaciones externas que vinculan al empleado sobornado con los demás sujetos que participan en el mercado y, en general, a la competencia.⁴⁵⁵

En síntesis, los debates doctrinales en cuanto a la interpretación de esta expresión se daban respecto del segundo y tercer plano, quedando excluido el primero precisamente por no referirse a la esfera comercial o de mercado. Las obligaciones frente al empresario serían aquellas fijadas contractualmente o previstas en la ley, así como aquellas otras derivadas de los principios de lealtad y de buena fe: el incumplimiento de las mismas supondría un quebrantamiento de la relación de confianza y fidelidad entre principal y subordinado.⁴⁵⁶ En otras palabras, pero sustrato idéntico, serían aquellas “obligaciones de rectitud y probidad” del empleado para con su empresa –las que son inherentes a su puesto de trabajo o cargo en ella–.⁴⁵⁷ El tercer eje, por su parte, se refiere a las obligaciones del empleado con respecto al mercado y, en él, a la competencia. Se traducen en el respeto a la Ley de Competencia Desleal y otras disposiciones legales en materia de competencia.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, pp. 22-23.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 23-25.

⁴⁵⁷ DE BUERBA PANDO, A.: “El delito de corrupción entre particulares”, en *Pérez-Llorca Newsletter*, enero-marzo 2011, p. 19. Disponible en la web de Pérez-Llorca Abogados. Fuente: <http://www.perezllorca.com/es/actualidadPublicaciones/Newsletters/Documents/08062011DEFNewsletter%20PLL%20Ene-Mar%202011impresa.PDF>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 20. FERNÁNDEZ CASTEJÓN profundiza en la cuestión y reconoce que, para los seguidores de esta postura doctrinal, “las obligaciones cuyo incumplimiento generarían responsabilidad penal (...) serían obligaciones *ad extra* relacionadas con la leal competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales. Éstas (...) remite[n] directamente a la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal.” En FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B.: “Corrupción en los negocios: el «favorecimiento indebido» como elemento nuclear del nuevo artículo 286 bis tras la reforma de 2015”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 117, Época II, Dykinson, Madrid, diciembre 2015, p. 167. Por su parte, BERGÉS TARILONTE realiza una aportación al debate en cuanto a la interpretación de la expresión “incumplimiento de sus obligaciones. Desde su punto de vista, si recurrimos a la interpretación de las “obligaciones” con respecto al mercado -respeto de la competencia-, éstas se traducirían, en el caso de la corrupción activa, en las obligaciones de los prestadores de servicios de actuar conforme la competencia leal y en el supuesto

Más en extenso, FERNÁNDEZ CASTEJÓN realiza una enumeración de qué concretos deberes se encontrarían protegidos por esta cláusula, en función del eje escogido como criterio interpretativo del tipo. Si se opta por entender que el “incumplimiento de obligaciones” se refiere a las debidas por el agente con el principal, derivadas de los deberes fiduciarios, podríamos encontrar un primer subgrupo de autores que situaban estas obligaciones en el terreno laboral, básicamente por referirse a los deberes derivados de la propia relación contractual entre empleador y empleado, y del Estatuto de los Trabajadores. Otra posibilidad consistiría en situar estas obligaciones en lo que la disciplina mercantil ha venido en llamar “deberes fiduciarios”, concretamente en obligaciones de lealtad, de cuidado o diligencia y de información –poniendo como ejemplo la Ley de Sociedad de Capital española: deber general de diligencia, deber de lealtad o deber de evitación de situaciones de conflicto de interés–. Por último, sería posible situar las referidas obligaciones en el ámbito estrictamente civilista, basadas en el deber de diligencia y lealtad consagrados en los artículos 1718 y siguientes de nuestro Código Civil.⁴⁵⁹

Decía hace unas líneas que la determinación de las obligaciones a que se refería la redacción original era una cuestión particularmente problemática.⁴⁶⁰ Para llegar a una conclusión, podría acudir en primer lugar a la definición auténtica que, de este requisito, da la propia Decisión Marco comunitaria. Traemos, con este fin, de nuevo a colación el artículo 1 del citado instrumento, el cual indica que:

de la corrupción pasiva, habría que cifrarlas en las que poseen quienes intermedian en la contratación de servicios. Sin embargo, desde otro punto de vista, no serán las mismas en el caso de la corrupción privada activa y pasiva. Las primeras aludirían al deber de no competir deslealmente mediante el ofrecimiento de comisiones que dejen en situación de desigualdad a los proveedores que opten por no ofrecerlas. Las segundas, por su parte, consistirían en las internas del administrador o subordinado en relación con el principal. En esta línea, se protegería la lealtad que vincula al administrador o subordinado con la entidad a la que representa o para la que trabaja. En BERGÉS TARILONTE, M.: “El delito de corrupción privada”, *op. cit.*

⁴⁵⁹ FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B.: “Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, pp. 168-171. En palabras de ANDRÉS DOMÍNGUEZ, el elemento “incumplimiento de las obligaciones” haría referencia al vínculo de fidelidad con el empresario, hacia los intereses de este, viniéndose a completar la tutela que el tipo penal dispensa a la competencia. En ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 356.

⁴⁶⁰ ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, pp. 566-567.

La expresión incumplimiento de las obligaciones se entenderá conforme al Derecho nacional. El concepto del incumplimiento de las obligaciones en el Derecho nacional deberá incluir como mínimo cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado.

Como se ve, es una definición de mínimos que relaciona el incumplimiento de obligaciones con un comportamiento desleal.⁴⁶¹ Además, cifra dicha conducta en el incumplimiento de alguna obligación legal o reglamentaria –destinada a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado– respecto de las normas o reglamentos profesionales que se apliquen, en el caso español, en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. Para DE BUERBA PANDO, esta referencia a las normas o reglamentos profesionales “no impide llegar a esta conclusión [de que las obligaciones a que se refiere la Decisión Marco son las externas del empleado frente al mercado], ya que las normas sobre contratación, precios u honorarios de bienes y servicios de [los] códigos deontológicos tienen como finalidad principal, precisamente, evitar conductas de competencia desleal entre los profesionales del sector de que se trate”.⁴⁶²

⁴⁶¹ Comparte esta opinión GARCÍA ALBERO, para quien la propia Decisión Marco es el punto de partida a la hora de interpretar que el incumplimiento de las obligaciones que exige el tipo penal ha de ser de una naturaleza distinta a los deberes de lealtad del dependiente. Además, entiende que esta interpretación es “acaso más respetuosa con las exigencias del principio de intervención mínima.” En GARCÍA ALBERO, R.: “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2015, p. 560.

⁴⁶² DE BUERBA PANDO, A.: “El delito de corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 20. En el mismo sentido, GARCÍA ALBERO, R.: “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, *op. cit.*, pp. 560-561.

A pesar de que ello pareciera situar la interpretación en la esfera del tercer eje obligacional –recuérdese, el referido a las obligaciones externas del empleado para con el mercado y respecto de la competencia–, este no parecía ser el criterio probablemente dominante en la doctrina,⁴⁶³ que abogaba mayoritariamente por entender que la cláusula debía ponerse en relación con la lealtad del subordinado respecto de su principal. No obstante, existían opiniones discordantes a esta corriente mayoritaria que, precisamente, focalizaban las obligaciones en las vinculadas con la competencia en el mercado. En este punto OTERO GONZÁLEZ opinaba que “no es descabellado interpretar, de acuerdo con el espíritu de la D.M. [Decisión Marco], que el incumplimiento de las obligaciones es la infracción del deber extrapenal, que la D.M. sugiere como pauta para delimitar el ámbito de la conducta típica, pero sin olvidar el interés tutelado, esto es, la competencia, tratándose así de un modo de especificar el medio a través del cual se consuma la agresión a la competencia”. La expresión “incumplimiento de obligaciones”, por tanto, supondrá que solo adquirirán relevancia penal los ataques *ad extra* a la competencia leal realizados con incumplimiento de las obligaciones que derivan de la Ley de Defensa de la Competencia y de la Ley de Competencia Desleal.

Además, argumenta que la idéntica penalidad prevista para corruptor y corrompido, vinculada a idéntica exigencia para ambos grupos de incumplir las obligaciones, hacía pensar que, efectivamente, el tipo original hacía referencia a las obligaciones *ad extra* –cifradas, ya se sabe, en el respeto a las reglas de competencia– en ambos casos, pues si se optara por un modelo de deslealtad hacia la propia empresa, no tendría sentido imponer la exigencia del incumplimiento de las obligaciones al corruptor y, en consecuencia, no sería proporcional la idéntica penalidad.⁴⁶⁴

Conviene profundizar brevemente en esta cuestión. KINDHÄUSER trata de buscar una explicación, en clave de protección de la competencia, tanto a la exclusión del empresario del círculo de eventuales sujetos como a la interpretación de la cláusula “incumplimiento de sus obligaciones”. Para el autor alemán, si bien tanto el comportamiento del principal como del empleado se pueden dirigir contra el bien jurídico

⁴⁶³ Sobre el carácter minoritario de esta posición doctrinal, ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 567; FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B.: “Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 167.

⁴⁶⁴ OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*

“competencia leal”, solo la forma de ataque al mismo del subordinado puede tildarse de “corrupción”. Y ello, precisamente, porque esta forma de ataque *corrupta* supone que el encargado se coloca en una situación de incompatibilidad de intereses al ponerse al servicio tanto de su principal como del otorgante del soborno. Sin embargo, en ningún caso el principal podría ponerse en esta situación de incompatibilidad de intereses,⁴⁶⁵ por lo que, reforzando la idea esgrimida anteriormente, el requisito del “incumplimiento de sus obligaciones” se configuraría como el medio de ataque a la competencia leal requerido en el tipo para que dicha afectación sea penalmente relevante. Ello supondría que, de querer sancionar penalmente también al principal por la aceptación anticompetitiva de una ventaja, debería crearse para ello un tipo penal genuino de distorsión de la competencia.⁴⁶⁶

En añadidura a todo lo anterior, esta expresión arrojaba otro problema añadido. La cuestión ya no es solo delimitar el contenido de las obligaciones a que se refería la expresión, sino determinar de cuál de los sujetos intervinientes en un hecho delictivo de corrupción privada se predica tal incumplimiento.⁴⁶⁷ En efecto, la atenta lectura de la redacción original del artículo 286 bis CP no permite despejar la incógnita de quién es el sujeto que debe incumplir sus obligaciones; esto es, si la

⁴⁶⁵ KINDHÄUSER, U.: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía...”, *op. cit.*, pp. 13-14.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 14. Así justifica KINDHÄUSER la exclusión del titular o dueño del negocio del círculo de sujetos en el delito de corrupción privada. Como se ve, para este autor, estas dos primeras dificultades esgrimidas para considerar el tipo como protector de la competencia son, en realidad, argumentos sustentadores de dicha concepción. En contra de esta interpretación, GILI PASCUAL entiende que “no puede entenderse el componente de infracción de deberes extrapenales incluido en la descripción legal (...) constituya solo la especificación del medio a través del que se consuma la agresión competencial. No se trata (...) de un elemento destinado a seleccionar modalidades especialmente peligrosas de ataque al bien jurídico Competencia, sino que él mismo tiene repercusiones en la configuración del propio bien jurídico, que viene a extender, concretamente, al empresario del corrupto.” En GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, p. 34; GILI PASCUAL, A.: “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios...”, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁶⁷ DE BUERBA PANDO, A.: “El delito de corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 19; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, pp. 620-621.

persona que promete, ofrece o concede la dádiva o quien la recibe para favorecerle.⁴⁶⁸

La lógica dicta pensar que quien incumple esos deberes es el receptor de la dádiva –el directivo, administrador, empleado o colaborador de la entidad del sector privado–, por cuanto la contraparte –quien ofrece, promete o concede el beneficio o ventaja– puede ser cualquier persona. Sin embargo, el grupo doctrinal que tomaba el “incumplimiento de obligaciones” como inconveniente a la tutela pura de la competencia, criticaba que, de ser así, resultaba complicado entender por qué la modalidad de corrupción privada activa –cuyo sujeto activo no incumple deber alguno– tiene atribuida la misma pena que la corrupción pasiva, donde el autor sí debe infringir tales obligaciones.⁴⁶⁹ Defendían, por ello, que la imposición de la misma pena solo resulta admisible si ambas partes infringen un deber especial⁴⁷⁰ y, consecuentemente, tanto la modalidad activa como la pasiva de corrupción privada habrían de ser catalogadas como delito especial de infracción de deber. Opinamos nosotros, en cambio, que la igual penalidad prevista para ambas partes del acuerdo corrupto debe ser entendida como una decisión político-criminal del legislador, más o menos criticable, pero que no debe ser entendida en clave de considerar el tipo de corrupción privada activa como un delito especial.

⁴⁶⁸ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción privada”, texto de la conferencia impartida en las *XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado. “El nuevo Código Penal”*, Ministerio de Justicia-Abogacía General del Estado, Madrid, 18 de noviembre de 2010, p. 4. Texto disponible en la web del Ministerio de Justicia. Fuente: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292342419000?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_Abraham_Castro_Moreno.PDF. Consultado el 2 de noviembre de 2017. En el mismo sentido, BACIGALUPO afirma que la inclusión en el texto original de 2010 del confuso elemento típico del “incumplimiento de obligaciones” parecía sugerir inicialmente que ambas modalidades de corrupción privada, activa y pasiva, son delitos especiales, es decir que solo pueden ser cometidos por quienes están afectados por determinados deberes. Sin embargo, posteriormente desecha esta posibilidad para la modalidad activa, considerándola un delito común. En BACIGALUPO, E.: «*Compliance*» y *derecho penal...*, *op. cit.*, p. 197.

⁴⁶⁹ DE BUERBA PANDO, A.: “El delito de corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁷⁰ Desarrollando este entendimiento, CASTRO MORENO deriva en comprender que el delito de corrupción privada activa, al menos en su redacción original de 2010, es también un delito de infracción de deber, y por tanto especial, cuyos sujetos activos han de ser el directivo, administrador, empleado o colaborador de la entidad mercantil. En CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción privada”, *op. cit.*, pp. 4-5.

c) Redacción del tipo atenuado del artículo 286 bis. 3 CP.

En contra de la tesis de protección de la competencia leal enfrentamos un último argumento, concerniente a la redacción del párrafo tercero del artículo 286 bis. En él se prevé una atenuación potestativa de la pena para el juzgador –pena de prisión inferior en grado y fijación de la multa según su prudente arbitrio– en casos considerados de menor gravedad. Como circunstancias atenuantes recoge, por un lado, la cuantía del beneficio o valor de la ventaja –obtenidos por el corrupto como contraprestación– y, por otro, la trascendencia de las funciones del culpable –se refiere, entiéndase, al sobornado–, pero en ningún momento se hace referencia a la entidad de la distorsión o del peligro para la competencia como criterio a tener en cuenta para proceder a una rebaja de la pena.⁴⁷¹

Para un sector doctrinal, los dos supuestos de hecho considerados de menos gravedad alejan el tipo delictivo de la protección de la lealtad concurrencial o, cuanto menos, de que sea esta el único objeto tutelado por el precepto.⁴⁷² Merece comentario primeramente la segunda de las circunstancias aludidas: la trascendencia de las funciones del culpable. Para quienes apoyan estas tesis, este elemento apunta hacia la tutela de la fidelidad en las relaciones del dependiente con el principal, cuya afectación resultará ser tanto más grave cuanto más trascendentes sean las facultades del subordinado dentro de la empresa. Además, ponen en relación esto con la interpretación de la expresión “incumplimiento de sus obligaciones” en clave *iuslaboral* para afianzar sus pronunciamientos.

En cuanto al primero de los supuestos de hecho, la cuantía del beneficio o valor de la ventaja, sostienen que la redacción prevista acerca el delito a un modelo de incriminación patrimonialista.⁴⁷³ Aducen que, dado

⁴⁷¹ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 355; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ Dice MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ que este criterio, usual en delitos patrimoniales y socioeconómicos, se vincula más bien a la vertiente patrimonial del delito y, en concreto, cabe entender que puede incidir en la empresa del sobornado en la medida en que el beneficio obtenido por este pueda suponer un menor beneficio para su empresa. En MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 312.

que no puede otorgarse a esta circunstancia un componente de inmoralidad, la mayor o menor entidad del soborno solo puede interesar, en realidad, en la empresa del sobornado, en la medida en que lo obtenido por él deja de repercutir en beneficio de dicha sociedad.⁴⁷⁴ No deja de llamar la atención de este sector doctrinal que, siendo la competencia justa y honesta el bien jurídico declarado por el legislador, no pueda aplicarse el tipo atenuado en atención a la menor distorsión de la competencia.⁴⁷⁵

No ha faltado, sin embargo, alguna interpretación del tercer párrafo del artículo 286 bis en clave de tutela de la competencia. Así, ANARTE BORRALLO ha sostenido que la atenuación de la pena por las funciones del culpable, en la medida en que se alude a su trascendencia, habla más bien hacia el exterior del ámbito en el que se desarrollan dichas funciones –y, por tanto, no aluden a la relación interna de fidelidad entre empresario y subordinado–, por lo que puede referirse tanto a la competencia como a los propios intereses de los competidores en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o relaciones comerciales.⁴⁷⁶

2.3.6. Síntesis.

Como se ha visto, la discusión científica en torno a si el delito de corrupción privada en España tutela la competencia, en cualquiera de sus vertientes, es rica en argumentos y matices. Con todo, debe tenerse en cuenta que esta corriente es claramente mayoritaria de entre los estudiosos en la materia y que, de entre las distintas líneas de tutela dentro de la misma, son también los más los que interpretan el bien jurídico “competencia justa y honesta” declarado por el legislador penal espa-

⁴⁷⁴ GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁷⁵ *Ibid.* En el mismo sentido, DE BUERBA PANDO, A.: “El delito de corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 18. Sin embargo, el propio GILI PASCUAL –a pesar de reconocer que la falta de alusión al bien jurídico, entre los criterios de privilegio punitivo, resulta significativo–, aminora la relevancia de esta ausencia, como objeción al modelo de incriminación centrado en el mercado, arguyendo que, ciertamente, “las razones en las que se hace descansar una atenuación no tienen por qué obedecer necesariamente a una disminución del injusto, pudiendo responder, en cambio, a distintas consideraciones de orden político-criminal”. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 34 y 52.

⁴⁷⁶ ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 68.

ñol de 2010, como sinónimo de protección de la competencia leal. Incluso se ha argumentado en esta línea tratando de salvar –o de dar una interpretación conforme– las innegables dificultades que presentaba la concreta redacción original del delito fruto de la vigencia de la Ley Orgánica 5/2010. Dicho esto, es momento ahora de estudiar algunas otras propuestas doctrinales que, al albor de la literalidad de 2010, surgieron para delimitar el bien jurídico protegido por esta norma penal.

2.4. Salvaguarda del deber de fidelidad con el empresario o titular.

Esta tesis doctrinal tenía su punto fuerte, precisamente, en un elemento que ha sido ya analizado: la cláusula típica del incumplimiento de obligaciones por parte del corrupto en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales⁴⁷⁷ y, concretamente, en su interpretación como deberes de carácter laboral. La fórmula legal comentada, por tanto, solo permitía inferir o identificar –según sostienen algunos autores– como interés protegido los “deberes de fidelidad del empleado”.⁴⁷⁸ Entendían que la corrupción privada se configuraba como un delito de deslealtad de los agentes de la empresa privada para con el principal –identificado como la propia empresa privada–.⁴⁷⁹

Esta forma de ver las cosas –esto es, considerar que el delito de corrupción privada protegía exclusivamente el deber de fidelidad hacia el principal–, no obstante, era profundamente minoritaria. La extensa mayoría de autores coincidían en negarle legitimidad jurídico-penal a la tutela única de este interés.⁴⁸⁰ Aunque con formas de expresarlo distintas, el núcleo de todas las críticas que recibió esta concepción tenían

⁴⁷⁷ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 268.

⁴⁷⁸ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E. “Artículo 286 bis...”, *op. cit.*, p. 403.

⁴⁷⁹ FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B.: “Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 164.

⁴⁸⁰ Esta cuestionable legitimidad en términos penales de este bien jurídico obligó a vincular el delito a otros intereses esenciales de la empresa, para dotarlo de un mínimo contenido material; la leal competencia. En RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E. “Artículo 286 bis...”, *op. cit.*, p. 403. De la misma opinión, DE BUERBA PANDO, A.: “El delito de corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 19. MORALES PRATS y MORÓN LERMA se posicionaron entre los autores que consideraron “los deberes de

su núcleo en una doble circunstancia: por un lado, la duda de que, desde el punto de vista del respeto al principio de intervención mínima, la lealtad y fidelidad con el empresario puedan ser objeto de protección penal y, por otro, la consideración de que los intereses del titular de la sociedad o de la propia empresa ya encuentran tutela suficiente en tipos delictivos ya existentes, como el de apropiación indebida o el de administración desleal.⁴⁸¹

La interpretación teleológica del tipo debe indicarnos, además, que se comete el delito incluso cuando la empresa donde desarrolla su función o su trabajo el corrupto se beneficia del acto de corrupción llevado a cabo, lo cual no tendría sentido en el caso en que la norma penal se dirigiera a proteger a la empresa frente a los actos desleales de sus empleados o directivos. Por último, se hace referencia, para reforzar estos planteamientos críticos, al espíritu de la propia Decisión Marco 2003/568/JAI, cuya orientación político-criminal “se dirige con claridad a la protección de la competencia leal *ad extra*”.⁴⁸²

En suma, ya desde los primeros apuntes de GILI PASCUAL se consideró el vínculo de fidelidad con el empresario como un bien que no es digno de tutela penal. Y ello porque, como bien defiende el citado autor, el elemento del “incumplimiento de obligaciones” –que, como mencionamos al inicio de este epígrafe, era el pilar fundamental para dar sentido a este entendimiento doctrinal– no posee virtualidad suficiente para protagonizar la mutación del delito hacia el modelo de “infracción de deberes”.⁴⁸³

Por todo lo expuesto, los autores que se situaban cerca de esta línea argumental en torno al interés jurídicamente tutelado por la figura, en

fidelidad del empresario” como el bien jurídico a tutelar. Sin embargo, como consecuencia de reconocer la ilegitimidad de tales intereses como bien jurídico, se vieron obligados a vincular el bien jurídico a otros intereses esenciales de la empresa; llegando, por esta vía, a situar el núcleo de protección en una hipótesis bifronte: de un lado, las reglas de la leal competencia -aunque la afectación a esta, a su juicio, no siempre podrá constatarse- y, de otro lado, los intereses patrimoniales del empresario. En MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 122.

⁴⁸¹ ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares...*, *op. cit.*, pp. 23-24.

⁴⁸² BERNAL DEL CASTILLO, J.: “Los delitos de soborno en el Derecho Penal español...”, *op. cit.*, p. 113.

⁴⁸³ GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, p. 27.

realidad lo que postulaban era la construcción de un modelo de incriminación híbrido o mixto, en el que se concediera relevancia penal tanto a la protección de la competencia como a la tutela de las relaciones de fidelidad o lealtad entre principal y subordinado. Al examen de estas tesis dedicaré el siguiente apartado.

2.4.1. El modelo híbrido de incriminación de la corrupción privada.

En efecto, la afectación a la competencia leal de la corrupción privada era algo admitido incluso por los partidarios de configurar el delito sobre la base de la infracción de deberes.⁴⁸⁴ Sin embargo, los seguidores de esta idea manifestaban que, por más que la pretendida intención del legislador fuera la de proteger la competencia leal, no resultaba evidente que la regulación positiva respondiera a ese modelo en exclusiva, por lo que era difícil catalogarlo como un delito dirigido a sancionar en todo caso y fundamentalmente actos de exclusivo menoscabo de la competencia.⁴⁸⁵ MENDOZA BUERGO llegó a sostener, en este punto, que “habría que aceptar que se concibe este delito no solo ni fundamentalmente en términos de distorsión de la competencia, sino de modo significativo en términos de infidelidad y/o enriquecimiento indebido del empleado (...) de la sociedad, incumpliendo sus deberes con la misma”.⁴⁸⁶ Como se ve, introduce en este modelo híbrido el componente patrimonial que será objeto de comentario más adelante.

⁴⁸⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción...”, *op. cit.*, p. 285; GIL NOBAJAS, M.S.: “Capítulo XI. Corrupción en los negocios privados...”, *op. cit.*, pp. 241-242.

⁴⁸⁵ GILI PASCUAL, A.: “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios...”, *op. cit.*, p. 50; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 32-33.

⁴⁸⁶ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 429-433. Otra de las cuestiones interesantes que se suscitan en este punto, para los autores que siguen esta línea interpretativa, es la de la preeminencia o no de la protección de un interés frente al otro. Autores como la citada parecen hacer prevalecer la preservación de la lealtad al empresario frente a la competencia, mientras que otros parecen referirse únicamente a la tutela cumulativa de ambos. Así, como ejemplo, BLANCO CORDERO, I.: “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, en *Diario La Ley*, nº 7534, Sección Tribuna, LaLey, Madrid, 23 de diciembre de 2010; BLANCO CORDERO,

Una formulación interesante dentro de esta corriente es la elaborada por BOLEA BARDON. Esta autora parte de considerar que la mera alusión a la competencia, como bien jurídico protegido del delito de corrupción privada –aun reconociendo que se trata de la postura mayoritaria en España–, carece de virtualidad para servir de criterio interpretador del tipo y legitimador de la intervención penal, en la medida en que “gran parte de las relaciones comerciales que se producen a diario encajarían en el tipo porque afectan de un modo [u] otro a la competencia”.⁴⁸⁷ Para entender su postura, hemos de acudir a la aportación de SILVA SÁNCHEZ, al que la propia autora se remite. El citado autor sostiene que son “de dos clases los intereses que parecen estar en la mente del legislador cuando procede a tipificar las conductas de corrupción entre particulares”. Habla, por un lado, de conductas “internamente desleales”, como aquellas que perjudican a la empresa a la que los sujetos corruptos se hallan vinculados por lazos de lealtad institucional –conductas que perjudican los intereses de la empresa receptora de los bienes y servicios que, siendo de inferior calidad o de superior precio, son preferidos a otros en virtud del soborno recibido por miembros particulares de la empresa con capacidad propositiva o decisoria–. Se refiere, por otro lado, a comportamientos “externamente desleales”, como aquellos otros que vician la competencia en el mercado entre unas empresas y otras –y lesionan los intereses de empresas o particulares que, ofreciendo sus bienes y servicios sin acompañarlos de incentivos individuales injustificados, son preteridos a favor de aquellos que sí sobornan a sujetos de la empresa receptora–. Es particularmente genuino de este autor, además, considerar que la perspectiva de la deslealtad interna –esto es, de la tutela de los intereses del empresario– prepondera en las conductas de corrupción privada pasiva, desde el punto de vista del sujeto que recibe el incentivo y acepta una oferta peor, mientras que la perspectiva de la deslealtad externa es preferente en las conductas de corrupción privada activa, desde la óptica de quien ofrece o entrega el incentivo y, en consecuencia, logra que su oferta sea aceptada en detrimento de otras.⁴⁸⁸

I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares. Artículo 286 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1110-1111.

⁴⁸⁷ BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, pp. 11-12.

⁴⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 420. En opinión de algún sector, esta tesis apunta hacia un bien jurídico distinto en función del apartado del artículo 286 bis CP que se esté tomando en consideración. En

En base a ello, como decía, BOLEA BARDON argumenta que lo que se trata de proteger con este delito es la “afectación de la competencia *ad extra* y *ad intra*”; por un lado, el interés de los terceros competidores en no quedar desplazados por ofertas peores que son preferidas por venir acompañadas de un soborno, y, por otro, el interés de la propia empresa en que el encargado adquiriera bienes o servicios que constituyan la mejor oferta en el mercado. Esta tesis desprende un elemento novedoso: la orientación al mercado del bien jurídico mixto protegido en la corrupción entre particulares. En este sentido, para esta autora, “la infracción de las obligaciones que se derivan de las relaciones de confianza dentro de la misma empresa acaba afectando al buen funcionamiento del mercado en una doble dimensión: lesionando la capacidad competitiva de terceras empresas que se esfuerzan por ofrecer el mejor producto y lesionando la capacidad competitiva de la propia empresa que se queda con la peor oferta”.

Así, la afectación de la competencia es un bien jurídico mediato, que se debe lesionar necesariamente a través de la vulneración de las relaciones internas entre empresa y subordinado, de modo que no es la competencia en sí misma lo que se protege en el delito de corrupción privada. La protección penal –concluye esta autora– solo opera, o debiera operar, cuando se altera el buen funcionamiento de las relaciones comerciales –afectación de la competencia– a través de la vulneración del deber negativo de no perjudicar el patrimonio de la propia empresa por parte del administrador, directivo, empleado o colaborador.⁴⁸⁹ Esta

BOLEA BARDON, C.: “Deberes del administrador y prácticas de *kick-back*”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17, artículo 17, 2015, p. 6.

⁴⁸⁹ BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, pp. 13-14; BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada: bien jurídico...”, *op. cit.*, p. 110. Difiere la autora citada, respecto de SILVA SÁNCHEZ, sin embargo, en entender que el bien jurídico protegido depende de la modalidad de corrupción privada ante la que nos encontremos. Para ella, la afectación de la competencia *ad intra* y *ad extra* en la empresa será el bien jurídico protegido “con independencia de la modalidad de corrupción (activa y pasiva) de que se trate, pues en todo caso estaríamos ante un único hecho contemplado desde distintas perspectivas”. En BOLEA BARDON, C.: “Deberes del administrador y prácticas...”, *op. cit.*, p. 7. Se suma a esta corriente de pensamiento FERNÁNDEZ BAUTISTA. Afirma esta autora que, a pesar de que esta construcción no se acomoda a la voluntad declarada del legislador, ofrece soluciones a la hora de discriminar las conductas merecedoras de reproche penal respecto de los ilícitos civiles o mercantiles. Concluye además que la atribución cumulativa de la pena de prisión, de multa y de

última afirmación sitúa este punto de vista en la línea del sostenido por MENDOZA BUERGO, en la medida que introduce un componente de protección del patrimonio de la empresa donde realiza sus funciones el corrupto.

Dentro de esta corriente, pero en sentido opuesto, podría situarse GARCÍA ALBERO. Este autor defiende que el delito de corrupción entre particulares tutela en primera línea las reglas de la leal competencia – como bien jurídico inmediato–, pero solo en la medida en que adicionalmente, se traiciona la lealtad respecto del principal –elemento que se configuraría como un criterio de selección fragmentaria–. De esta forma, al desvalor de resultado vinculado a la competencia se exigiría un desvalor de acción vinculado a la infracción de deberes de lealtad para con el principal.⁴⁹⁰ Comparte, pues, la concepción bifronte del objeto de protección de este delito, pero situando en primer lugar, desde el punto de vista inmediato, la protección de las reglas de competencia y solo indirectamente a la propia empresa, en la medida en que condiciona la protección penal de la competencia a este requisito adicional – cifrado en la infracción de deberes respecto del principal o empresario–.⁴⁹¹

En una postura entre el modelo híbrido aquí comentado y el modelo pluriofensivo, cuyo máximo exponente es GILI PASCUAL, se encuentra OLAIZOLA NOGALES. Dicha autora concluye que el delito de corrupción entre particulares “se presenta como una figura híbrida con un doble objeto de protección. Por un lado, a los competidores del operador económico desde el que el corrupto interviene en el mercado (y de forma mediata la competencia) –este aporte es el que acerca esta opinión al modelo pluriofensivo de GILI PASCUAL– así como, por otro al propio empresario, al protegerse los deberes de lealtad de los empleados hacia el titular de la empresa”. Descarta, además, que se trate de un delito patrimonial –otra de las subcorrientes que analizaré a continuación– al sostener que no se exige un perjuicio efectivo, siendo que los

inhabilitación a comportamientos que solo ponen en peligro la competencia leal sobrepasa en extremo el principio de proporcionalidad. En FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “Capítulo X. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 216.

⁴⁹⁰ GARCÍA ALBERO, R.: “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, *op. cit.*, p. 563.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 564.

verbos rectores de la conducta típica configuran el tipo como de mera actividad.⁴⁹²

En resumen, lo particular de esta forma de entender el objetivo de tutela del delito que se está comentando es la consideración cumulativa de las dos opciones político-criminales revisadas en los epígrafes anteriores: protección de la competencia y tutela de la fidelidad entre empleador y empleado. Según sostenemos, una determinación del bien jurídico en esta línea resultaría en exceso extensa e imprecisa, además de poder serle atribuidas las críticas vertidas anteriormente en cuanto a la ilegitimidad penal del bien jurídico “deber de fidelidad”.

2.5. Carácter patrimonial del delito de corrupción privada.

El objeto penal de protección, para los seguidores de este postulado, debe situarse en la tutela de un patrimonio, ya sea el de la empresa en el que desarrolla sus funciones el corrupto o el de las empresas competidoras de esta.⁴⁹³ Por tanto, el núcleo del injusto, para esta doctrina, no estará situado en las expectativas de los competidores a participar en un mercado competitivo, ni tampoco en la protección de los deberes fiduciarios debidos por el subordinado a su principal.

2.5.1. Perjuicio patrimonial a las empresas competidoras.

De entre las dos opciones señaladas, quizás sea esta la minoritaria.⁴⁹⁴ El núcleo de lesividad que justifica la intervención penal para castigar conductas de corrupción privada es la producción de un perjuicio en el patrimonio de una empresa. De este modo, a pesar de la falta de claridad en la delimitación del tipo, se entendería este como delito de carácter patrimonial. En concreto, para quien aboga por este entendimiento, el perjuicio se produce en el patrimonio de las empresas competidoras, que quedan apartadas por no participar en la actividad co-

⁴⁹² OLAIZOLA NOGALES, I.: “Algunas reflexiones sobre la corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁹³ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 265.

⁴⁹⁴ *Ibid.*

rrupta. Se justifica esta afirmación en la medida en que lo que se pretende es proteger la competencia en el mercado, por lo que el patrimonio de las empresas competidoras se entiende preferentemente tutelado al de la propia empresa del corrupto.⁴⁹⁵

Sin embargo, este planteamiento no está exento de críticas. En efecto, si de lo que se tratara fuera de proteger los intereses patrimoniales de los competidores carecería de toda lógica la exclusión del empresario del corrupto como eventual sujeto activo de la corrupción privada pasiva y como sujeto de la acción típica de la modalidad activa, por cuanto es innegable su capacidad potencial para lesionar los intereses de los competidores, pero incluyo incluyéndose este, “sería difícilmente explicable que pueda llegar a cometer un ilícito penal cuando actúa al amparo del principio de libertad de empresa y en defensa de sus propios intereses patrimoniales (...), sin que esté obligado a otorgar un trato igualitario a los competidores”. Además, los críticos señalan, acertadamente, que el tipo del artículo 286 bis no exige *per se* la producción de dicho perjuicio patrimonial y que este tampoco se toma en consideración, siquiera, en el apartado 3º al señalarse los criterios de menor gravedad de la conducta.⁴⁹⁶

2.5.2. Perjuicio patrimonial para la empresa en la que desarrolla su labor el destinatario del soborno.

Es esta la segunda modalidad, defendida mayoritariamente, de entre aquellos que consideran que el delito de corrupción privada tiene carácter patrimonial.⁴⁹⁷ Según este parecer, en efecto, lo fundamental

⁴⁹⁵ NAVARRO MASSIP, J.: “El delito de corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 46; NAVARRO MASSIP, J.: “Capítulo 4. El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 110.

⁴⁹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)”, en VIVES ANTÓN, T.S.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed. actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 505-506. En el mismo sentido, ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 265.

⁴⁹⁷ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 265.

para explicar la existencia del delito de corrupción privada es la constatación de una realidad empírica: los costes de la corrupción de representantes acaban siendo trasladados al representado.⁴⁹⁸

El núcleo del injusto sería, por tanto, la causación de un perjuicio patrimonial a la empresa en la que desarrolla una labor o cumple una función el receptor del soborno, siendo así que este delito, consistente en el pago de sobornos por parte de los administradores de una sociedad implica siempre un delito de apropiación indebida, por lo que, en atención a la racionalidad del ordenamiento habría sido deseable, más que la creación de un nuevo delito de corrupción privada, la incorporación de una modalidad de administración desleal mediante pago de sobornos, y paralelamente, un tipo de administración desleal mediante pago de sobornos.⁴⁹⁹

En esta línea, y con marcado carácter patrimonialista de este delito, se llegó a concebir como un tipo específico y *sui generis* de administración desleal, cuyos rasgos distintivos habrían de ser la aplicación exclusiva a contextos en los que, al menos formalmente, se reconozca la competencia y la concreción del medio comisivo en la solicitud o aceptación de un soborno, con el consiguiente adelantamiento de la barrera de punibilidad al no exigirse, para su consumación, la causación de un perjuicio efectivo.⁵⁰⁰

En contra de esta elaboración, precisamente, podría enarbolarse este último comentario. La consideración del delito de corrupción entre particulares como un delito de mera actividad, junto con la inexigencia en el tipo penal de la causación de un perjuicio efectivo⁵⁰¹ hace difícil defender el carácter patrimonial de esta figura. En esta línea se pro-

⁴⁹⁸ NIETO MARTÍN, A.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, p. 68.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, pp. 67-68. Sobre la consideración como bien jurídico del patrimonio, *ibid.*, p. 69.

⁵⁰⁰ ROSAS OLIVA, J.I.: “Consideraciones para la tipificación de un delito...”, *op. cit.*, p. 119; BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada: bien jurídico...”, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁰¹ A modo meramente indicativo en este momento, *vid.*, CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 227; NAVARRO MASSIP, J.: “El delito de corrupción entre particulares”, *op. cit.*, pp. 45-46.

nunciaba ya GÓMEZ-JARA DÍEZ cuando valoraba si estas conductas podían ser incluidas dentro de los tipos penales de apropiación indebida o administración desleal. Entendía que ambos delitos presentaban una idoneidad muy limitada a la hora de aprehender los supuestos de sobornos en el ámbito privado, por cuanto cuestiones como la inexistencia de una infracción del deber de lealtad, la imposibilidad de constatar un perjuicio patrimonial o la relevancia del consentimiento del empresario hacen que la aplicación de la administración desleal resultara sumamente discutible, sobre todo en aras de la prohibición de interpretaciones extensivas de los tipos penales.⁵⁰²

Además de lo dicho, existen otros argumentos, desde el punto de vista dogmático, que se formulan en contra de la consideración patrimonial de este delito: i) no se correspondería con la ubicación sistemática del precepto; ii) el consentimiento del empresario no supondría un menor merecimiento de pena, en relación con la conducta realizada; y iii) la perseguibilidad de oficio supone un indicador de que el legislador no está pensando en proteger los intereses del empresario.⁵⁰³

En efecto, la ubicación sistemática del tipo, en el Capítulo XI del Título XIII, denominado “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores” refuerza el carácter competencial del objeto jurídicamente protegido⁵⁰⁴ por este delito, por lo que una visión patrimonialista del mismo no debiera ser la lente crítica principal a utilizar para identificar y catalogar los comportamientos sancionados por dicho tipo penal.⁵⁰⁵

⁵⁰² GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, p. 233.

⁵⁰³ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 268.

⁵⁰⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Lección 2ª. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial...”, *op. cit.*, p. 175; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares...*, *op. cit.*, p. 22. En el mismo sentido, añade además OTERO GONZÁLEZ que, “si con esta tipificación lo que se pretende es proteger el patrimonio de los empresarios respecto de las conductas lesivas realizadas por parte de los empleados en connivencia con otras empresas, debería haberse optado por incorporar las conductas de soborno como modalidad específica de administración desleal en el ámbito de los delitos societarios”. En OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*

⁵⁰⁵ BENAVIDES SCHILLER, A.: “Acerca de la corrupción pública y privada...”, *op. cit.*, pp. 135-136.

En segundo término, cierto sector doctrinal recuerda que el hecho de que el consentimiento del empresario para el que desarrolla su labor o cumple su función el corrupto no excluya la tipicidad de las conductas de corrupción privada es un indicador claro de la lesividad a la competencia de este tipo penal,⁵⁰⁶ alejándolo de cualquier atisbo de lesividad a la “infracción de deberes” y, por ende, de todo carácter de delito societario.

El último de los argumentos críticos en contra de la visión patrimonialista del delito viene dado, como he avanzado, por la falta de exigencia de una condición objetiva de procedibilidad específica a la hora de iniciar la acción penal por este delito. Dicho de otro modo, el artículo 287 CP –ubicado en la Sección 5ª del Capítulo XI, dedicado a las “Disposiciones comunes a las secciones anteriores”–, prevé la perseguibilidad de oficio de conductas de corrupción privada, lo cual refuerza igualmente la idea de que “la corrupción trasciende del ámbito de la empresa para convertirse en un comportamiento socialmente dañoso”,⁵⁰⁷ lo cual nos lleva a entender que el núcleo de protección es la competencia en el mercado.⁵⁰⁸

En opinión de BACIGALUPO, la posibilidad de defender la tutela de los intereses patrimoniales del titular de la empresa tendría especial interés si este delito dependiera de la denuncia de la persona agraviada, pues en tal caso el agraviado solo habría de ser el titular del bien jurídico protegido. Pero en la medida en que el artículo 287 no somete la persecución de este delito a tal denuncia del agraviado, ha de entenderse que el titular del patrimonio administrado no necesita ser perju-

⁵⁰⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, p. 233.

⁵⁰⁷ OTERO GONZÁLEZ, P.: “Corrupción entre particulares (Delito de)”, *op. cit.*, pp. 175-176.

⁵⁰⁸ En opinión de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “la persecución de oficio del delito de corrupción privada puede entenderse a partir de la idea de que en él se tipifica un bien jurídico supraindividual institucionalizado”, aunque el propio autor reconoce inmediatamente después que “de *lege data* el injusto ofrece una orientación patrimonial individual, por lo que lo coherente habría sido someterlo a la condición” objetiva de procedibilidad del artículo 287 CP. En MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 312.

dicado en forma individual para poder perseguir al directivo, administrador, empleado o colaborador que haya cometido el delito de corrupción.⁵⁰⁹

En esta misma línea se ha interpretado el párrafo 2º del propio artículo 287 que, prevé precisamente que “no será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas”. Parece dar a entender nuestro legislador que tras la incriminación de las conductas de corrupción privada se encuentra la tutela de los intereses generales en el mercado, plasmados en la preservación de la competencia y que se traducen en la tutela de las expectativas económicas de una pluralidad de personas.

2.5.3. Perjuicio patrimonial para los consumidores.

Esta concepción, planteada en términos hipotéticos, plantea que el delito de corrupción entre particulares debiera integrar una forma de atentado al mercado y a los consumidores, en virtud de su ubicación sistemática, si bien reconoce que la heterogeneidad de los tipos recogidos en el Capítulo haría que no se pudiera concretar el perfil de un único bien jurídico protegido. En este punto, propone una interpretación judicial sistemática, auténtica y restrictiva del precepto, supeditada a la constatación de una lesión o, al menos, “un serio compromiso para las reglas de la competencia, que se entiende implícita a la vista de la génesis del delito”. Además, se sostiene la necesidad –y es ello lo característico– de demostrar la repercusión que se produce en los derechos de los consumidores o de un particular.

Sin embargo, llega a reconocerse que “la viabilidad de esta alternativa” es impedida por el propio tenor literal de la figura, “que carece de la taxatividad necesaria para distinguir la infracción penal de las civiles configurándose como un delito de mera actividad y de riesgo abstracto”, por lo que, en línea con este planteamiento se llega a proponer una corrección jurisprudencial de la redacción legal para considerarlo un delito de resultado.⁵¹⁰

⁵⁰⁹ BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 139. De igual modo, ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 268.

⁵¹⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, pp. 228-229.

En efecto, la mayor crítica que puede hacerse a este planteamiento es precisamente la literalidad del tipo, que consagra a categoría delictiva, por voluntad del legislador, actos que podrían considerarse preparatorios, como la promesa o el ofrecimiento. Del mismo modo, tampoco la redacción original del tipo –ni su versión vigente– hacen referencia alguna a los consumidores quienes solo pueden considerarse protegidos por el delito, por tanto, de modo indirecto.⁵¹¹

2.5.4. Carácter patrimonial pluriofensivo.

Esta alternativa es resultado, según concuerda la doctrina, del intento de otorgar una dimensión lesiva al artículo 286 bis CP, debido a la imposibilidad de describir con precisión un bien jurídico penal conjugando tanto la justificación del legislador de 2010 en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 como la propia literalidad del precepto resultante.⁵¹²

El máximo exponente de esta postura es GILI PASCUAL, quien sostuvo ya en 2007 esta amalgama de intereses como objeto de protección del futuro delito de corrupción entre particulares. Parte de la idea de que, al tutelar la competencia leal, puede estarse ante la legítima protección inmediata de bienes individuales, afectando a la correspondiente parcela del orden económico –entendido como conjunto de principios concurrenciales del sistema económico establecido en la Constitución– solo de forma mediata.⁵¹³ Esta línea de partida coincide, como puede verse, con otras argumentaciones ya analizadas en este Capítulo de la investigación.

⁵¹¹ En este punto, concuerdo con la opinión de ENCINAR DEL POZO, quien aboga por limitar penalmente el concepto de “competencia leal” a los “comportamientos contrarios a la paridad jurídica de los competidores que afecta, a su vez, a la elección de los consumidores”. Dicho en otros términos, la protección jurídico-penal dispensada a los competidores por medio del delito de corrupción privada conllevaría, indirectamente también, la protección a las decisiones de mercado tomadas por los consumidores. En ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., p. 276.

⁵¹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, op. cit., p. 506; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, op. cit., p. 307.

⁵¹³ GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, op. cit., p. 9.

Partiendo de una necesaria concepción restrictiva del tipo –algo en lo que, como está siendo constatado, coincide la generalidad de la doctrina– defiende que esos intereses que deben ser puestos inmediatamente en peligro –si no lesionarse– son de muy diversa índole. Dicha interpretación restrictiva, por tanto, exigiría, para la aplicación del tipo, la exigencia de un peligro concreto para los intereses de algún competidor del corruptor, así como para los intereses patrimoniales del titular de la empresa al servicio de la cual trabaja el corrupto. Veamos ello con calma. En este sentido defiende que “habida cuenta de la imprecisión que encierra una referencia genérica a la Competencia que, en realidad, no es sino la suma de los intereses individuales de los intervinientes en el mercado, pudiendo observarse, de hecho, cómo los preceptos competenciales, antes que a la tutela de la competencia en general, acostumbrarán a orientarse a la de personas o grupos concretos”.⁵¹⁴

En efecto, reconoce que tanto la limitación del alcance del delito a la “adquisición o venta de mercancías y a la contratación de servicios profesionales”, junto con el elemento subjetivo del injusto del “favorecimiento frente a otros” dota de un innegable carácter concurrencial a esta figura delictiva, debiendo concretarse este en la protección de los intereses patrimoniales de los competidores.⁵¹⁵ No extiende la protección, sin embargo, a los consumidores –contrariamente a lo sostenido por algún autor anterior–, quienes entiende que no se encuentran directa ni indirectamente tutelados por el precepto penal, “por más que atajándose las conductas de corrupción éstos puedan acabar percibiendo efectos beneficiosos, en tanto que parte del mercado”.⁵¹⁶

En último término, en lo que se refiere a la tutela de los intereses del empresario o titular de la entidad mercantil, parte de la ilegitimidad del “vínculo de fidelidad” con el empresario como bien jurídico penal, además de rechazar también las tesis de JAQUES que postulaban la salvaguarda de las estructuras de organización de la empresa, si bien deduce de la exclusión del principal del círculo de eventuales sujetos y de la expresión “incumplimiento de obligaciones” –vigente hasta 2015– que sí puede hablarse de protección de los intereses patrimoniales del

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 14.

⁵¹⁵ *Ibid.*, pp. 16-17.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 20; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, op. cit., p. 87.

empresario.⁵¹⁷ Concluye en suma que el “delito de corrupción entre particulares se perfila como una figura con un objeto de protección bifronte, tutelándose por un lado a los competidores del operador económico desde el que el corrupto interviene en el mercado (y de forma mediata la Competencia) así como, por otro, al propio empresario de aquel. Ello, pasado por el tamiz de la interpretación decididamente restrictiva que (...) puede traducirse en la exigencia de un peligro concreto para al menos algún competidor de la empresa del corrupto así como para los intereses del empresario de este”.⁵¹⁸

Es, como se ve, una postura difícil de catalogar en alguno de los apartados anteriores, por cuanto posee un claro matiz patrimonialista, además de considerar tutelados tanto la competencia en su dimensión supraindividual como los intereses de distintos operadores en el mercado. Por ello he entendido que merecía ser analizada de manera independiente.

Parecieron situarse en la misma línea DE LA CUESTA ARZAMENDI y BLANCO CORDERO, allá por el año 2002⁵¹⁹, cuando indican que este delito es un “tipo penal que configura a la lealtad concurrencial como un bien jurídico supraindividual pero con referente individual, que

⁵¹⁷ *Ibid.*, pp. 27-30.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 35. En un trabajo posterior, GILI PASCUAL llega a simplificar ligeramente su propuesta, en la que aboga por que el modelo de incriminación del delito de corrupción privada sigue una solución mixta, exigiéndose un peligro para el patrimonio del propio empresario y una afectación -aunque remota y entumecida- de la competencia. Reitera, sin embargo, su postura al carácter bifronte del bien jurídico traducido en la protección, de un lado, de los intereses patrimoniales de los competidores del operador económico -y de forma mediata la competencia- y, de otro, del propio empresario de aquel. En GILI PASCUAL, A.: “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios...”, *op. cit.*, pp. 51-52.

⁵¹⁹ Como se observó anteriormente, el profesor BLANCO CORDERO parece haber evolucionado en su pensamiento a este respecto hacia el modelo de tipificación híbrido o mixto, tesis que defiende más recientemente, dejando a un lado las concepciones patrimonialistas y pluriofensivas en relación al bien jurídico tutelado por este delito.

toma como referencia un bien jurídico individual, en concreto, el patrimonio de terceros” y, en concreto, el de “los competidores, los consumidores y el empresario principal”, entre otros.⁵²⁰

La crítica fundamental que han recibido estos postulados argumenta que se trata de un modelo de tipificación que resulta político-criminalmente insostenible, puesto que mezcla indebidamente dos bienes jurídicos diferentes: la competencia –sea como bien jurídico institucional colectivo, sea como un bien individual representado por los intereses de los competidores, sea como la suma de los dos– y el patrimonio del titular de la empresa.⁵²¹

2.6. Recapitulación y síntesis: bien jurídico en la redacción original de 2010.

Como he tratado de mostrar en páginas anteriores, las discusiones doctrinales en torno a la delimitación del bien jurídico protegido por el delito de corrupción privada, en su primera literalidad en 2010, fue profuso y variado. Los diversos autores fueron dando relevancia a unos u otros aspectos y, con ellos, elaborando construcciones dogmáticas dispares en torno al interés jurídicamente tutelado por el tipo penal de nuevo cuño. La falta de pronunciamientos jurisprudenciales que pudieran orientar esta cuestión fue otro elemento facilitador de esta situación; elemento este último que, como veremos, continúa presente en la actualidad, si bien la reforma del tipo penal obrada en 2015 parece haber clarificado en parte este tema. Precisamente al análisis de las aportaciones doctrinales en torno al bien jurídico, tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, dedicaremos el siguiente apartado.

3. El bien jurídico en la literalidad vigente a partir de julio de 2015.

Como acabamos de indicar, parece que la reforma del delito fruto de la Ley Orgánica 1/2015 ha venido a traer algo de luz –o de cohesión– a las distintas tesis doctrinales a este respecto. En síntesis de lo argumentado en páginas anteriores, puede decirse que el tipo penal que

⁵²⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción...”, *op. cit.*, p. 289.

⁵²¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 506; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 308.

aparece en el Código penal español en 2010 posee una confusa redacción, siendo controvertido dogmática y político-criminalmente. Los intensos debates en torno al modelo de incriminación que siguió el legislador español de la Ley Orgánica 5/2010 encontraron el punto de discordia, por un lado, en la presencia del elemento típico del “incumplimiento de obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales” y, por otro, en el hecho de que no se incluyera entre los sujetos activos de la modalidad pasiva –y correlativamente como sujetos a los que va dirigida la conducta típica de la modalidad activa– al titular de la empresa.⁵²²

Pareciendo el legislador consciente de estas controversias, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha reformado el artículo 286 bis CP. El hecho mismo de la reforma y las modificaciones introducidas, más allá de consideraciones dogmáticas que se verán en próximos epígrafes, inciden en el ámbito del bien jurídico protegido. En este sentido, suscribo el entendimiento de ENCINAR DEL POZO cuando afirma que “el legislador ha avanzado en la consideración de que tal bien jurídico es la competencia leal”.⁵²³ Esta afirmación viene refrendada, a nuestro entender, por una serie de argumentos que se expondrán a continuación.

3.1. La ubicación sistemática del tipo: la nueva Sección de los “Delitos de corrupción en los negocios”.

Es la primera modificación sustancial de relevancia, acertada además según la doctrina,⁵²⁴ más allá de la nueva dicción literal del tipo penal. En efecto, mientras que el delito original de 2010 se incardinó en una

⁵²² GIL NOBAJAS, M.S.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis)...”, *op. cit.*, pp. 571-574.

⁵²³ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 272.

⁵²⁴ BERNAL DEL CASTILLO, J.: “Los delitos de soborno en el Derecho Penal español...”, *op. cit.*, p. 108. ANARTE BORRALLÓ sostiene que “el nuevo encabezamiento -que la Exposición de Motivos (...) identifica con aquellos «delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas»-, resulta más acorde con el hecho de que respecto de algunas de las figuras incluidas ahora en la Sección (...) la contraparte o sea un particular, sino que ha de tratarse de autoridades o funcionarios públicos internacionales”. En ANARTE BORRALLÓ, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 59.

nueva Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII, llamada “De la corrupción entre particulares”, en la que solo se contenía la regulación de los ilícitos de corrupción privada y de fraude en el deporte, la reforma de 2015 cambió la intitulación de dicha Sección, pasando a denominarla, como indicamos, “Delitos de corrupción en los negocios” y previendo en el seno de la misma, junto a la corrupción privada y en el deporte, el delito de corrupción transnacional –conocido en el Código como “delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”–, anteriormente recogido en el artículo 445 CP, entre los delitos contra la Administración pública. Estas alteraciones sistemáticas suponen, según algún autor, una regulación más amplia y completa de la materia, a través de las previsiones contenidas en los artículos 286 bis, ter y quater CP.⁵²⁵ Este cambio legal, con la creación de la nueva Sección, obliga, además, a redefinir la naturaleza del bien jurídico que concurre en la tipificación de la corrupción privada.⁵²⁶

Así, también nosotros sostenemos que la nueva rúbrica de esta Sección 4ª refuerza la idea de que este delito afecta a las relaciones económicas y mercantiles, las cuales se ven afectadas por actos de corrupción. Dicho de otro modo, la LO 1/2015 hizo más patente aún la importancia de la lucha contra la corrupción en el mundo económico.⁵²⁷ Se trata de una clara manifestación de la percepción de estos ilícitos como parte del llamado Derecho penal económico, en los que la afectación de la competencia tiene un papel notable.⁵²⁸ De este modo, se puede afirmar

⁵²⁵ PÉREZ GÓMEZ, R.: “La regulación en el nuevo código penal del delito de corrupción en los negocios. Definición y elementos que lo integran”, en *Revista de Derecho vLex*, nº 136, septiembre 2015.

⁵²⁶ RUIZ RODRÍGUEZ, L.R.: “Lección 4ª. Delitos relativos al mercado y a los consumidores, y la corrupción en los negocios”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio...*, op. cit., p. 134.

⁵²⁷ NIETO MARTÍN, A.: “Lección X. Protección penal de la competencia...”, op. cit., p. 230.

⁵²⁸ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., p. 272. Parecen compartir esta opinión, RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E. “Artículo 286 bis...”, op. cit., p. 398. Reforzando la idea de que la nueva sección aglutina delitos relacionados con los negocios, JAÉN VALLEJO, M.: “Delitos de corrupción en los negocios”, en la web de Lefebvre - ElDerecho, 24 de junio de 2015. Fuente: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Delitos-corrupcion-negocios_11_830305001.html. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

que esta novedosa denominación identifica mejor el ámbito de aplicación del delito,⁵²⁹ pues pretende limitar a la esfera del mercado las conductas punibles.⁵³⁰

Ya en este primer cambio analizado se observa la respuesta a una orientación político-criminal que refleja un modelo punitivo de tolerancia cero frente a cualquier forma de corrupción y que presupone también una tendencia a la unificación de estas infracciones penales.⁵³¹ Esta nueva sección agrupa –concordamos en ello con RODRÍGUEZ PUERTA y MORÓN LERMA– dos conductas delictivas cuyo denominador común se encuentra en la infracción de las reglas de la competencia leal, por lo que la razón de ser común se encuentra en la sanción penal a aquellos operadores económicos que no han respetado las reglas del juego, la competencia, desplazando a otros competidores. En conclusión, suscribimos la opinión de aquellos que entienden que con la creación de esta nueva Sección “parece que se ha querido confirmar la bondad de aquellas interpretaciones del delito de corrupción privada que lo vinculaban a la tutela de la competencia”.⁵³²

Esta circunstancia se une a la ya mayoritaria doctrina –antes de la reforma de 2015– que consideraba que la ubicación sistemática del tipo, entre los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, situaba el núcleo de lesividad en la tutela de la leal competencia en la contratación de bienes y servicios como medio para asegurar el normal funcionamiento del mercado.⁵³³

⁵²⁹ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 1. Contratación de mercancías y servicios”, en OLIVA-AYALA Abogados: *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa. 2016-2017*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 655.

⁵³⁰ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socio-económico. Sección 18. Corrupción en los negocios”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016, núm. marg. 12086.

⁵³¹ ANARTE BORRALLA, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 59.

⁵³² RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E.: “Artículo 286 bis...”, *op. cit.*, p. 398.

⁵³³ BOLEA BARDON, C.: “Deberes del administrador y prácticas...”, *op. cit.*, p. 5. Respecto de la posición mayoritaria aludida, antes de la reforma de 2015, *vid.*, por todos, ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares...*, *op. cit.*, p. 22; y tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, *vid.* CASTRO MORENO, A.: “Capítulo

Nos mostramos de acuerdo con esta postura, en la medida en que la modificación del título de la Sección –incluyendo la expresión “corrupción en los negocios” e incorporando, junto a los ilícitos de corrupción privada y deportiva, el de corrupción en las transacciones comerciales internacionales– responde a un esfuerzo del legislador penal español de 2015 por acentuar el carácter socio-económico de estas figuras, precisamente situadas en el Título XIII del Libro II, dedicado a tipificar los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Este matiz económico o comercial se ve reforzado en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, siendo este el siguiente aspecto a examinar.

3.2. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal.

Como venimos sosteniendo, el legislador penal de 2015 parece decidido a reforzar la idea de que el delito de corrupción privada protege la competencia ya en el Preámbulo de la Ley Orgánica de reforma. Concretamente, el Considerando XVIII de la Exposición de Motivos, tras enunciar el cambio de denominación de la Sección 4^a, indica que en ella “se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero)”. Antes de seguir el hilo argumental, quisiéramos referir aquí una cuestión que resulta interesante precisar. Algún autor ha sostenido que la reforma ha modificado el nominativo del ilícito contenido en el artículo 286 bis CP que, de este modo, ha pasado a denominarse “delito de corrupción en los negocios”,

23. Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 655. Sin embargo, *a sensu contrario* de lo aquí expuesto, no puede dejar de apuntarse lo informado por el Consejo General de la Abogacía Española respecto de la ubicación sistemática de este delito y su relación con el bien jurídico protegido, en el marco del Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2008. Este parecer fue recogido en el *Dictamen nº 1.404/2009 del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, aprobado el 29 de octubre de 2009. Para el Consejo General de la Abogacía, la inclusión del tipo del artículo 286 bis CP entre los delitos contra el mercado y los consumidores, “no permite delimitar con claridad el bien jurídico protegido. La ausencia de referencias expresas al consumidor, a las condiciones de competencia en el mercado e incluso a las prácticas comerciales desleales impediría (...) una aplicación [de este delito] acorde con la finalidad pretendida”. El Dictamen del Consejo de Estado puede consultarse en la web del BOE. Fuente: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2009-1404>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

en sustitución del que poseía en la versión de la Ley Orgánica 5/2010; esto es, “delito de corrupción entre particulares”.⁵³⁴

De acuerdo a nuestra forma de verlo, lo que hace la Ley Orgánica 1/2015 es aglutinar bajo el paraguas de la Sección 4ª –denominada “Delitos de corrupción en los negocios”– dos tipologías delictivas diferenciadas: la corrupción entre particulares –artículo 286 bis CP– y la corrupción en las transacciones comerciales internacionales –artículo 286 ter–. Dicho de otro modo, la denominación de “corrupción en los negocios” debe predicarse del conjunto de la Sección 4ª y no solo de las tipologías delictivas contenidas en el artículo 286 bis CP.

Retomando el examen de este segundo elemento, y volviendo al texto de la Exposición de Motivos, entendemos que la clave de la consideración competencial del delito de corrupción privada por parte del legislador de la reforma está, definitivamente, en la expresión utilizada para caracterizar los ilícitos: pago de sobornos para obtener *ventajas competitivas* o, también denominadas, “posiciones de ventaja en las relaciones económicas”.⁵³⁵ Así lo ratifica el propio legislador en su justificación de la reforma, al considerar que:

Esta modificación se aprovecha también para introducir algunas mejoras técnicas en la regulación de estos delitos que tienen por objeto garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas.

Como exponemos, cuando el legislador pretende sancionar penalmente la consecución de cualquier *ventaja competitiva* a través del pago de sobornos, está dejando entrever una clara concepción concu-

⁵³⁴ Artículo “El delito de corrupción en los negocios.”, publicado en la web de DSQ Abogados, 22 de mayo de 2015. Fuente: <http://dsqabogados.com/el-delito-de-corrupcion-en-los-negocios/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017. Parece compartir este punto de vista GIL NOBAJAS, a tenor del título de su trabajo. En GIL NOBAJAS, M.S.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis)...”, *op. cit.*, p. 567.

⁵³⁵ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 272; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 54.

rrencial del delito, pues no se olvide que ya la propia noción de “ventaja” supone la “superioridad o mejoría de alguien respecto de otra persona”⁵³⁶, dada ésta en el ámbito de la competencia “en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales”; expresión ésta última que supone el nuevo ámbito de aplicación típico del ilícito penal.

3.3. Mejoras técnicas en la redacción del delito.

Si bien las distintas modificaciones introducidas en el artículo 286 bis CP van a ir siendo comentadas en los distintos epígrafes a continuación, en lo que se refiere a la corrupción entre particulares conviene poner de relieve aquí que algunos de estos cambios poseen relevancia directa, según vemos nosotros, en la propia configuración del bien jurídico tutelado por la norma. A esa influencia, precisamente, dedicaremos los siguientes comentarios. De entre las “mejoras técnicas” anunciadas en la Ley Orgánica de reforma de 2015, inciden especialmente en la naturalización del bien jurídico, i) la supresión del elemento típico del “incumplimiento de obligaciones” y su sustitución por el del “favorecimiento indebido” y ii) la ampliación del ámbito típico de aplicación del delito a la “adquisición o venta de mercancías”, “la contratación de servicios”, o “las relaciones comerciales”.

a) Supresión del elemento típico del “incumplimiento de obligaciones”.

En efecto, con la entrada en vigor de la modificación de 2015, el legislador sustituye en la literalidad típica la exigencia de que el sujeto de la entidad privada actuase “incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales” por el concepto de “favorecimiento indebido”. Con ello, a juicio de un sector doctrinal, se elimina así el factor principal que permitía sostener que este delito era algo más que un delito contra la competencia, siendo este cambio, quizás, la mejor muestra de cuál es, para el legislador, el bien jurídico que la norma trata de proteger.⁵³⁷ En efecto, como hemos tratado de exponer en páginas anteriores, la delimitación

⁵³⁶ Definición consultada en la web del Diccionario de la Lengua Española. Fuente: <http://dle.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁵³⁷ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., p. 273.

de las obligaciones que debían ser incumplidas, y su relación con el bien jurídico, ha supuesto uno de los puntos más controvertidos en la interpretación del delito para la doctrina que se ha ocupado de este tema. Podría decirse, en definitiva, que la supresión de tal elemento en ambas formas de corrupción privada, está orientado a plasmar legislativamente, de forma decisiva, un modelo puro de defensa de la competencia.⁵³⁸

Suscribo en este punto la opinión de FERNÁNDEZ CASTEJÓN para quien “en un primer vistazo, la eliminación de este requisito parece un acierto del legislador, no solo por la discusión que había generado la doctrina (...), sino sobre todo por la distorsión e incoherencia que planteaba en relación con el verdadero bien jurídico protegido”. Ya no puede haber lugar al debate; solo adquirirán relevancia penal aquellos ataques *ad extra* a la competencia leal realizados con incumplimiento de las obligaciones que derivan de la legislación en materia de competencia, lo cual explica, además, la idéntica penalidad prevista tanto para la corrupción privada activa como para la modalidad pasiva.⁵³⁹

No obstante, aunque claramente mayoritario, este entendimiento no es sostenido de forma unánime por los estudiosos en la materia. BOLEA BARDON afirma que “la locución «favorecer indebidamente», que viene a sustituir en el actual Código penal a la anterior referida al «incumplimiento de sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales», constituye un elemento del tipo que ha de ser entendido en idéntico sentido que aquella”, vinculando esta nueva expresión a una interpretación del delito de corrupción privada vinculada a las relaciones de confianza y fidelidad

⁵³⁸ GIL NOBAJAS, M.S.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis)...”, *op. cit.*, p. 576; GIL NOBAJAS, M.S.: “Capítulo XI. Corrupción en los negocios privados...”, *op. cit.*, p. 243. En el mismo sentido, BERNAL DEL CASTILLO, J.: “Los delitos de soborno en el Derecho Penal español...”, *op. cit.*, p. 113; ANARTE BORRALLÓ, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, pp. 75-76; GÓMEZ MARTÍN, V.: “¿Delitos de posición con infracción de deber? ...”, *op. cit.*, p. 108; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E.: “Artículo 286 bis...”, *op. cit.*, p. 403; RASTRILLO LÓPEZ, P.: “Los delitos de corrupción tras la reforma...”, *op. cit.*; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 53-54 y 75.

⁵³⁹ FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B.: “Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, pp. 164 y 174.

dentro de la empresa,⁵⁴⁰ y solo protector de la competencia en sentido mediato. De la misma opinión es MENDOZA BUERGO, quien entiende que la sustitución de una expresión por otra “no puede ser considerada una modificación verdaderamente relevante, por lo que no se entiende muy bien la finalidad o motivo de un cambio poco sustancial que no viene a resolver los problemas”⁵⁴¹ interpretativos relativos al “incumplimiento de obligaciones”.⁵⁴²

Desde otro lado, pero reafirmando la lesividad a la empresa como objeto de tutela, VEGA GUTIÉRREZ mantiene su visión del bien jurídico protegido en la tutela de los intereses patrimoniales de la empresa del sobornado aún después de la reforma del tipo de 2015, y ello a pesar de la supresión del elemento típico del “incumplimiento de obligaciones”. Entiende que la exclusión del empresario como eventual sujeto de la corrupción pasiva sigue aportando mucho peso en la consideración de que se protege un bien jurídico individual –recuérdese, los intereses patrimoniales de la empresa del corrupto– y no un bien jurídico supraindividual o colectivo.⁵⁴³

Para nosotros, la reforma ha tratado de clarificar el bien jurídico en sentido concurrencial, por lo que nos encontramos cerca de las tesis mayoritarias en este sentido. Cuestión distinta es si el legislador ha estado acertado en su propósito. En este sentido, la noción de “favorecimiento... frente a otros” que exige ahora tanto la modalidad activa como pasiva de corrupción privada sí parece situar el núcleo del injusto en un contexto concurrencial y alejarlo de los deberes fiduciarios

⁵⁴⁰ BOLEA BARDON, C.: “Deberes del administrador y prácticas...”, *op. cit.*, pp. 13-16, en especial, 16.

⁵⁴¹ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socio-económico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12088.

⁵⁴² GILI PASCUAL entiende que el componente de “infracción de deber” es, en realidad, “insuprimible” como forma de ataque a la competencia o cualesquiera otros valores jurídicos relevantes, por más que se haya eliminado formalmente el elemento típico del “incumplimiento de obligaciones”. Si profundizamos en su argumentación, lo que este autor viene a decir es que la “infracción de deber” es consustancial a la corrupción como fenómeno delictivo, de tal modo que todo ilícito de corrupción “entraña subversión de las reglas de un sistema desde dentro de una institución que opera en él”. Así que, concluye, que elegir la corrupción como forma de ataque a la competencia incorpora, necesariamente, una exigencia de deslealtad interna inherente a ese modo de agresión. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 30 y 54-57.

⁵⁴³ VEGA GUTIÉRREZ, J.Z.: “El delito de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 422.

frente al principal o titular de la empresa. Sin embargo, el calificativo “indebido” parece seguir situando la conducta típica en una esfera obligacional. En esta última consideración, quizás, suscribimos las dudas de MENDOZA BUERGO en cuanto que la nueva expresión no resuelve acertadamente los problemas teleológicos que ya surgieron con la redacción de 2010. *De lege ferenda*, sería preferible, tal vez, sustituir el adjetivo “indebido” por el de “desleal”, para reforzar el carácter competencial del tipo y clarificar la remisión a la legislación civil y mercantil en la materia para la definición de este elemento típico.

b) Ampliación del ámbito típico.

En efecto, mientras que la redacción original de 2010 preveía que las conductas de corrupción adquirirían relevancia penal si acontecían “en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”, la actual literalidad lo ha ampliado a “la adquisición o venta de mercancías”, “la contratación de servicios” o “las relaciones comerciales”. Como se ve, ha eliminado el adjetivo “profesionales” que calificaba los servicios –para incluir aquellos operadores económicos que desarrollen una actividad mercantil sin necesidad de que sean profesionales– y ha añadido el espacio de las “relaciones comerciales”.

Esto supone una notable ampliación del ámbito punible –coincidimos en ello con ANARTE BORRALLO–, en línea con lo que pretendía el artículo 2.3 de la Decisión Marco 2003/568/JAI, aunque debe remarcar que esta modificación no es suficiente para desactivar la exigencia de que las relaciones típicas sean de aquellas en las que quepa una distorsión de la competencia.⁵⁴⁴ Dicho de otro modo, todas las relaciones mercantiles en las que el legislador ha pretendido situar la esfera de lo punible son aquellas marcadas por un contexto competencial, por lo que la referida ampliación parece reforzar el bien jurídico en el sentido que vengo manteniendo.⁵⁴⁵

Estamos de acuerdo con ENCINAR DEL POZO al afirmar que todas estas consideraciones han de entenderse en el sentido de que el legislador

⁵⁴⁴ ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 74.

⁵⁴⁵ GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 75.

de 2015 remarca la idea, ya expresada en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de que la competencia leal –denominada por aquella norma “competencia justa y honesta”– es el bien jurídico protegido por este delito.⁵⁴⁶

4. Toma de postura.

Una vez expuestos los distintos posicionamientos doctrinales en torno al interés jurídicamente relevante, consideramos que, tanto en la redacción original como tras la reforma de 2015, el bien jurídico protegido en el delito de corrupción entre particulares es la competencia leal,⁵⁴⁷ denominada por el legislador de la Ley Orgánica 5/2010 como “competencia justa y honesta” –con los argumentos que refuerzan dicha consideración tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015–. Esta afirmación requiere de algunas precisiones complementarias. En efecto, entendemos necesaria la regulación penal de estas conductas en la medida en que la protección de los mercados y la tutela de la competencia leal cumple una innegable función económico-social y llega a afectar a los intereses generales. Las prácticas venales deterioran el buen funcionamiento del mercado al influir negativamente en los precios de los bienes y servicios, por lo que la competencia leal debe constituir un bien jurídico merecedor de tutela por parte del Derecho penal.⁵⁴⁸

⁵⁴⁶ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 274.

⁵⁴⁷ Concordamos con COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA al concretar el bien jurídico en la “lealtad en la competencia dentro del sector del mercado de que se trate”. En COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M.: “Sección Cuarta. De la corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1050.

⁵⁴⁸ CALVO PELLICER, S.: “Corrupción entre particulares. De pícaro a delincuente”, en la web de LegalToday, 2 de mayo de 2017. Fuente: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/corrupcion-entre-particulares-de-picaro-a-delincuente>. Consultado el 2 de noviembre de 2017. En este camino transita GILI PASCUAL, quien identifica estas reglas de buen funcionamiento del mercado como el “principio de eficiencia” y lo conceptualiza como el objeto de ataque al bien jurídico; ese aspecto que, sin identificarse con el valor jurídicamente tutelado, “corporiza o materializa el flanco en el que se produce su afectación”. Y ello porque es precisamente “la desatención del criterio de eficiencia en la selección de bienes y servicios lo que activa, a modo de reacción en cadena, una serie de efectos perversos que van desde la desincentivación de la innovación tecnológica (...) hasta el (...) encarecimiento de los productos y su pérdida de calidad”. A fin de todo, “con esta forma de corrupción en los negocios, en suma, lo que se

El siguiente paso ha de ser, pues, concretar qué consideramos como competencia leal. En este sentido, abogamos por que detrás de la incriminación de la corrupción privada en nuestro ordenamiento penal se encuentra la tutela de las relaciones mercantiles en un doble sentido; uno, entendido desde una perspectiva técnica o específica y otro, desde un plano más alejado o general.⁵⁴⁹ Desde el punto de vista inmediato, el tipo penal se orienta a la protección de los intereses de los competidores, entendidos como el conjunto de expectativas económicas de estos, concretadas en la protección de quienes, por no participar en la actividad corrupta, se quedan apartados del marco de contratación.⁵⁵⁰ Y ello con la particularidad de que la tutela inmediata de este bien jurídico individual, de contenido económico, se orienta a la protección de un bien jurídico mediato supraindividual –la competencia leal concebida como el orden concurrencial establecido en nuestra Constitución– que es lesionado ya al ponerse en peligro concreto el bien jurídico individual.⁵⁵¹ Así, esta forma de entender el bien jurídico protegido en el delito de corrupción privada es el más acorde con la voluntad del legis-

hace es sustituir este criterio de eficiencia por el de la ventaja”. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, op. cit., p. 79.

⁵⁴⁹ En este punto, quizás sea interesante realizar alguna consideración añadida. La distinción entre bien jurídico mediato e inmediato adquiere aquí una especial significación. En opinión de la doctrina, mientras que el bien jurídico inmediato –denominado también técnico o específico– es aquel que se incorpora al tipo del injusto de la infracción penal –de manera que su lesión o puesta en peligro se configura como un elemento indispensable de la parte objetiva de cualquier tipo–, el bien jurídico mediato es identificado con la *ratio legis* o finalidad objetiva de la norma; elemento este que no tiene por qué derivarse de la literalidad de la norma penal concreta, pero puede servir de guía político-criminal y cumplir otras funciones encomendadas al bien jurídico, como la función limitadora del *ius puniendi*, la sistemática o la de determinación de la pena. En BALDAN, E.L.: *Fundamentos do Direito Penal Económico*, Juruá Editora, Curitiba, 2010, pp. 66-68.

⁵⁵⁰ ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares...*, op. cit., p. 22. En palabras de GILI PASCUAL, el objeto de tutela inmediato se sitúa en “la capacidad competitiva de otros competidores del operador en el mercado desde el que opera el corrupto”. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, op. cit., p. 78.

⁵⁵¹ Seguimos, en este punto, aunque con matices evidentes, la idea formulada por FARALDO CABANA. En FARALDO CABANA, P.: “Hacia un delito de corrupción en el sector privado...”, op. cit., p. 72.

lador que, recuérdese, ya en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 establecía que “la idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta” –bien jurídico inmediato–, en la medida en que con los comportamientos de corrupción “se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado” –bien jurídico mediato–.

Analizaremos primero los intereses inmediatamente protegidos. Así, el tipo se sitúa en el concreto contexto competencial de la adquisición o venta de mercancías, la contratación de servicios o las relaciones comerciales, por lo que el ámbito típico se refiere específicamente a la esfera del mercado.⁵⁵² Estas expectativas económicas a las que aludimos deben traducirse en el mantenimiento de las condiciones de confianza y estabilidad de los mercados que posibiliten la concurrencia igualitaria de todos los participantes en las actividades y transacciones; en el respeto a las reglas y obligaciones legales que se exigen en esos concretos ámbitos profesionales y comerciales para regular la participación en régimen de competencia.⁵⁵³ Dicho en otras palabras, aunque con idéntico sustrato, debe exigirse *ex ante* un cierto peligro de reducir el ámbito de mercado de otros competidores –determinados o, cuanto menos, determinables– también actos para concretar la operación que es objeto del pacto corrupto, poniendo así en peligro la capacidad competitiva de estos.⁵⁵⁴

Es importante puntualizar aquí que no debe exigirse, en virtud del espíritu de la norma, un perjuicio patrimonial⁵⁵⁵ para los competidores o para la propia empresa del corrupto; téngase en cuenta que este delito se configura como un tipo de mera actividad.⁵⁵⁶ Descartamos, por tanto, que la lealtad concurrencial, como objeto de tutela penal de este

⁵⁵² NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁵³ BERNAL DEL CASTILLO, J.: “Los delitos de soborno en el Derecho Penal español...”, *op. cit.*, p. 112.

⁵⁵⁴ GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 82-83.

⁵⁵⁵ OLAIZOLA NOGALES, I.: “Algunas reflexiones sobre la corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁵⁶ La consideración del delito de corrupción entre particulares como tipo de mera actividad es casi unánime. En este momento, *vid.*, por todos, BAÑERES SANTOS, F.: “El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 148; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 636; BLANCO CORDERO, I.: “La reforma de los delitos de corrupción...”, *op. cit.*

delito, deba entenderse desde una óptica patrimonial, pues ello supondría forzar la literalidad del precepto. En otras palabras, desde el punto de vista inmediato, lo que requiere el tipo penal no es un resultado lesivo concreto para el patrimonio de los competidores –elemento que sería de difícil acreditación–, sino más bien un concreto peligro para sus intereses o expectativas económicas.⁵⁵⁷ Coincidimos, además, con GILI PASCUAL⁵⁵⁸ en algo ya manifestado en este trabajo: este delito no extiende una protección directa a los consumidores, más allá de que la existencia de un mercado en situación de competencia leal pueda tener efectos beneficiosos sobre las decisiones finales de estos.

Como indicábamos anteriormente, la protección inmediata de las expectativas económicas de los competidores orienta la protección mediata del modelo de mercado consagrado en nuestra Constitución. Nuestra norma fundamental se pronuncia al respecto en varios preceptos, siendo el fundamental de ellos el artículo 38, que proclama la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, matizada eso sí en el propio artículo con algunos componentes monopolistas. Del mismo modo, este sistema de economía de mercado se completa con las previsiones de los artículos 35 –derecho a la libre elección de profesión y oficio–, 128 –subordinación de toda la riqueza del país al interés general y reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica– y 131 –posibilidad del Estado de planificar la actividad económica general–. Una primera aproximación al contenido del sistema económico constitucional permite excluir de raíz la tutela de la “competencia perfecta”, al situarnos realmente en una competencia imperfecta legalmente recogida;⁵⁵⁹ una competencia relativa o imperfecta –noción que ya ha sido apuntada en un momento anterior, denominada también “competencia funcional”– que, dentro de los márgenes de nuestro texto constitucional, busca la defensa, cumulativamente, de intereses económicos de carácter individual y de índole colectiva. Pre-

⁵⁵⁷ GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁵⁸ *Vid.* nota al pie 516.

⁵⁵⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “La tutela de la competencia en la propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal”, en BARBERO SANTOS, M. (*coord.*): *Los delitos socio-económicos*, Universidad Complutense, Madrid, 1985, p. 396.

cisamente el intervencionismo estatal en la salvaguarda de esos intereses colectivos es lo que nos sitúa en el ámbito de la mencionada competencia relativa o imperfecta.

En concreto, en opinión de la doctrina, nuestra Constitución se ha pronunciado por un modelo concreto de competencia funcional caracterizada por la libertad de acceso al mercado y la multiplicidad de empresarios, la falta de homogeneidad de los productos y servicios y el carácter sustituible de los mismos, la presencia en cada sector del mercado de determinados poderes económicos que controlan directa o indirectamente la oferta y la demanda, y los precios, la tendencia a la concentración de empresas y la intervención del Estado y las Administraciones públicas en la economía.

Es este sistema de competencia relativa aludido, considerado como el orden concurrencial constitucional, el que se erige como el bien jurídico mediato en el delito de corrupción entre particulares. Se trata, en definitiva, de la observancia de todos aquellos principios destinados a conseguir un mínimo de libertad que implica, como se ha mencionado antes, la igualdad jurídica de los competidores y, en consecuencia, “asegurar el triunfo del más digno económicamente a través de una competición que se considera el criterio más idóneo para elegir al más adecuado”.⁵⁶⁰

En síntesis, nuestro sistema constitucional proclama la economía de mercado sobre la base de la libertad de empresa, a lo que une la previsión de una serie de mecanismos concurrenciales aplicables al mercado, el cual debe ser regulado para que funcione efectivamente y para lograr, también, determinados fines sociales que este desatiende de modo natural.⁵⁶¹ El bien jurídico “competencia leal” se traduce, por tanto, en la tutela –como estamos tratando de mostrar–, de doble objeto de protección. En su arista supraindividual, la salvaguarda de los principios concurrenciales derivados del sistema económico establecido en la Constitución –esto es, la libertad, la igualdad y los propios mecanismos del mercado–; Ello justifica el interés del propio Estado en

⁵⁶⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico*, 2ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, pp. 476-477. Sobre la tutela mediata de la competencia, como institución, también en GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, op. cit., p. 78.

⁵⁶¹ VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, op. cit., p. 70.

el mantenimiento del sistema elegido por la Constitución, en la búsqueda de esta competencia efectiva y eficiente, en términos jurídicos y económicos. Desde el punto de vista inmediato, se protegen también los intereses y expectativas económicas de todos los participantes en el mercado, en especial, de los competidores,⁵⁶² precisamente en la medida en que la crisis del pensamiento económico de la competencia perfecta y de la capacidad del mercado para conseguir los fines del desarrollo, hace surgir la necesidad de tutelar los intereses generales junto con los del competidor.⁵⁶³

En este sentido, la trascendencia del objeto de tutela supraindividual este bien jurídico penal proviene, de un lado, de su inclusión en la Constitución y de la gran importancia que tiene la constitución económica para el desarrollo de un país, lo cual justifica que tal interés sea merecedor de tutela penal.⁵⁶⁴ Siendo esto reconocido, el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal ha de llevarnos a asegurar que la mera protección de intereses generales, por más que se hallen cristalizados en la Constitución, no es suficiente argumento para considerar legítimo el bien jurídico “competencia leal”, entendido únicamente desde la óptica supraindividual. Ello hace necesaria la consideración del objeto de protección individual, que además habrá de ser puesto en peligro de forma inmediata, centrado en las expectativas económicas de los competidores, por cuanto la “competencia leal” se convierte en un criterio ordenador del mercado que cumple una relevante función de control del abuso del derecho al desenvolvimiento de la libre actividad económica por parte de todos los intervinientes en una actividad comercial.⁵⁶⁵

⁵⁶² MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Montecorvo, Madrid, 1993, p. 358. Recoge esta formulación también ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., p. 276.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 24.

⁵⁶⁴ En efecto, la competencia está inmersa en el orden socioeconómico y este último es un interés protegido por el Estado a través del *ius puniendi*; en esta medida, podemos entender que la Constitución legitima la aplicación del Derecho penal en el ámbito de la competencia. En GARCÍA GUTIÉRREZ, G.: “Protección de la competencia a través del derecho penal”, en *Con-texto. Revista de Derecho y Economía*, n.º 37, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 38.

⁵⁶⁵ MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Protección jurídica de la lealtad...*, op. cit., pp. 358-360.

En conclusión, la competencia leal así configurada es un bien jurídico colectivo, que busca la tutela del mercado, tanto del conjunto de principios concurrenciales y normas del sistema económico constitucional –protegido de forma mediata– como de las expectativas de los competidores a participar en un sector de actividad regido por los principios de igualdad y libertad⁵⁶⁶, a salvo de prácticas de soborno que desplacen a aquellos que no participen en las prácticas corruptas –intereses que han de ser inmediatamente lesionados o puestos en peligro–. Afirmamos que la competencia leal, así definida, puede constituir la base suficiente para la construcción del delito de corrupción privada y reunir, igualmente, los requisitos propios de un bien jurídico susceptible y necesitado de tutela penal.⁵⁶⁷ En conclusión, el bien jurídico “competencia leal”, tal y como ha sido aquí definido, podría enunciarse como *la protección de los intereses y expectativas económicas de los competidores a participar en un sector de actividad regido por los principios propios de la concurrencia leal, como medio para salvaguardar las reglas del funcionamiento del mercado derivadas del sistema económico constitucional*.

Esta caracterización, como hemos tratado de argumentar, ha salido reforzada de la reforma del tipo penal del año 2015, en la que el legislador ha eliminado el elemento típico del “incumplimiento de obligaciones” que, como había puesto de manifiesto la doctrina, se percibía como uno de los de más difícil interpretación. Sin embargo, aún persisten dos argumentos que pueden contraponerse a la consideración competencial de este delito: de un lado, que la reforma mencionada mantiene la exclusión del empresario como eventual sujeto activo de la corrupción pasiva y, de otro, que la redacción del tipo atenuado del artículo 286 bis. 3 CP siga sin recoger la menor afectación de la competencia como un criterio de aminoración de la respuesta penal.

En opinión de ENCINAR DEL POZO esto puede explicarse, no obstante, en clave de tutela de la competencia leal. En cuanto a la exclusión del empresario, ello puede deberse a una incongruencia legislativa o, simplemente, al hecho de que la norma no haya querido llevar hasta sus últimas consecuencias la salvaguarda penal de este bien jurídico –ya

⁵⁶⁶ En el sentido interpretado por BAÑERES SANTOS. En BAÑERES SANTOS, F.: “El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 149.

⁵⁶⁷ PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 13.

sea por un mero olvido del legislador o por una decisión político-criminal-. En lo referido a la competencia como criterio atenuante de las penas, puede entenderse que precisamente la distorsión de la misma será menor si la cuantía del soborno es reducida o si las funciones del autor son de escasa trascendencia, en la medida en que su capacidad de decisión será también menos relevante.⁵⁶⁸

⁵⁶⁸ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 277. ANARTE BORRALLO coincide también en afirmar que la exclusión del empresario como posible sujeto activo de la modalidad pasiva responde a la intención del legislador de ser selectivo en cuanto a la intervención penal por estos ilícitos, de la que quiere dejar al margen los hechos que este titular del negocio protagonice, "sin que ello suponga que sus intereses pasan a ser uno de los bienes protegidos". En ANARTE BORRALLO, E.: "Los delitos de corrupción en los negocios...", *op. cit.*, p. 68.

VI. LOS SUJETOS DEL DELITO

1. El tipo de corrupción entre particulares como delito plurisubjetivo: el paralelismo con el cohecho.

Previamente a acometer el estudio de los sujetos del delito de corrupción privada, debe recordarse que este, como ocurre con los delitos de corrupción pública –refiriéndonos singularmente al cohecho–, se construye inicialmente sobre la estructura de los delitos plurisubjetivos, de encuentro, –también denominados tipos de participación necesaria–⁵⁶⁹ en los que se requiere la intervención de dos sujetos, sin necesidad de que se materialice el acuerdo de voluntades para que se considere consumada la infracción penal⁵⁷⁰ y sin que ninguno de ellos sea víctima de la infracción penal.⁵⁷¹ Esto supone adelantar algunas cuestiones que se analizarán más adelante, pero importa ahora centrarnos en el carácter plurisubjetivo de estos ilícitos. Para tratar de comprender mejor la cuestión, puede ser interesante trazar una comparación con el clásico delito de cohecho.

En el contexto tradicional de la corrupción pública, esto es, del delito de cohecho, existe un consenso general de la doctrina a la hora de distinguir entre las modalidades de cohecho activo y pasivo según se entienda desde el punto de vista del funcionario que acepta o solicita una dádiva o del particular que corrompe al funcionario con sus ofrecimientos o dádivas. Existe consenso también en considerar que ambos son delitos autónomos orientados a la protección de un mismo bien jurídico.⁵⁷² Así, es generalmente entendido como cohecho pasivo aquel

⁵⁶⁹ MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 122.

⁵⁷⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”. Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286bis.4 del Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 199.

⁵⁷¹ MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 122.

⁵⁷² MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 17ª ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 935.

en el que la iniciativa de pacto corrupto surge de la autoridad o funcionario y como cohecho activo cuando es el particular del que parte la decisión corruptora.⁵⁷³

Debe tenerse en cuenta que, en la medida en que cada modalidad de cohecho es considerada un delito autónomo, en ambos casos se prevén tanto conductas activas, de corromper, como pasivas, de dejarse corromper; de tal modo que, si el corruptor es el funcionario que solicita el soborno, el particular que atiende tal solicitud se dejaría corromper –cohecho pasivo–; en cambio, si es el particular el que ofrece el soborno sería el sujeto corruptor y el funcionario que acepta el mismo sería el sujeto corrompido –cohecho activo–.⁵⁷⁴ Sin embargo, a fin de favorecer la claridad expositiva, y siguiendo el acuerdo general, hablaremos de cohecho pasivo cuando valoremos el acto de corrupción desde la óptica de la autoridad o funcionario público y de cohecho activo cuando observemos estas conductas desde el punto de vista del particular.

Lo dicho hasta aquí es perfectamente trasladable a los supuestos de corrupción entre particulares⁵⁷⁵ y puede servir de punto de partida a la hora de estudiar los sujetos intervinientes en estas conductas, si bien se hace necesario hacer alguna precisión. Como se ha visto, en los delitos de cohecho público, una de las partes ostenta la condición de autoridad o funcionario público, mientras que la otra puede ser catalogada como sujeto privado o particular. No ocurre así en la corrupción privada donde ambas partes del acuerdo corrupto tienen la condición de particulares. La pregunta podría ser, entonces, cuál es el criterio para diferenciar las modalidades activa y pasiva de esta corrupción. De modo análogo a lo expuesto anteriormente, convenimos con la doctrina en sostener que el criterio relevante para esta distinción será el de desarrollar o no –y ostentar o no la consiguiente capacidad de decisión– una labor en una entidad del sector privado, singularmente una sociedad o empresa mercantil. Así, si la acción corrupta se comete por

⁵⁷³ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MÁLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 13ª ed., Dykinson, Madrid, 2008, pp. 826 y ss.

⁵⁷⁴ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, pp. 279-280. En profundidad, *vid.*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Capítulo V. Del cohecho”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.): *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia*, 3ª ed., Tomo II, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 1504 y ss.

⁵⁷⁵ Sobre el carácter autónomo de cada modalidad de corrupción privada, MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 122.

la persona que desarrolla una función en un ente empresarial estaremos ante la modalidad pasiva de corrupción privada, mientras que, si la conducta es llevada a cabo por una persona ajena o extraña al ente empresarial, nos encontraremos ante la modalidad de corrupción privada activa.⁵⁷⁶

1.1. Orden sistemático del artículo 286 bis CP.

La redacción original del tipo, vigente desde diciembre de 2010, definía en el primer apartado del artículo 286 bis CP la modalidad activa de corrupción privada, que castigaba a quien, por sí o por persona interpuesta ofreciera o concediera a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. La modalidad pasiva estaba prevista en el apartado segundo de dicho artículo, sancionando al directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, recibiera, solicitara o aceptara un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. Por último, el párrafo tercero contenía los supuestos de atenuación de la responsabilidad penal, aspecto este último que continúa inalterado tras la reforma de 2015.

Sin embargo, la reforma que se acometió en este delito tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 alteró este orden mencionado, pasando a recogerse la modalidad pasiva en el primero de los párrafos, la

⁵⁷⁶ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 280. La relevancia típica de ambas modalidades de corrupción privada -así como la existencia de otras similitudes en la estructura típica- ha llevado a algún autor, incluso, a denominar este delito como “cohecho privado” o “cohecho entre particulares”. *Vid.*, por todos, GONZÁLEZ BLESAS, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*; GIL NOBAJAS, M.S.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis)...”, *op. cit.*, pp. 577 y ss.; RASTRILLO LÓPEZ, P.: “Los delitos de corrupción tras la reforma...”, *op. cit.*

modalidad activa en el párrafo segundo y, como resaltamos, manteniendo inalterado el párrafo tercero, que recoge los supuestos de atenuación de la pena. Esta inversión del orden sistemático entre los dos primeros párrafos encuentra varias posibles explicaciones. De un lado, algún autor entiende que se trata de un esfuerzo del legislador por acentuar el bien jurídico protegido –como se ha dicho, la “competencia leal”–.⁵⁷⁷ Por otro, se llega a entender que esta inversión pretende acercar aún más la estructura típica de los delitos de corrupción privada a la de los tipos de cohecho,⁵⁷⁸ aunque bien es cierto que, para otros, esta alteración no tiene mayores consecuencias.⁵⁷⁹

Antes de estudiar, por separado, los sujetos activos de cada una de las dos modalidades de corrupción privada, debe traerse a colación la opinión doctrinal que considera que este ilícito penal se configura como un delito unilateral –aunque posee formas de manifestación bilaterales–,⁵⁸⁰ de participación necesaria, en el que se requiere la intervención

⁵⁷⁷ ANARTE BORRALLA, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 73.

⁵⁷⁸ PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.); MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (coords.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 917; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 125.

⁵⁷⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E.: “Artículo 286 bis...”, *op. cit.*, p. 404.

⁵⁸⁰ PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, pp. 14-15; ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 391. En sentido contrario, algún autor ha defendido que se trata de un delito bilateral de estructura sinalagmática. En MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 438; ANARTE BORRALLA, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 70. Nuestra opinión coincide con la de aquellos que defienden que, por lo general, las modalidades activa y pasiva se conciben como dos delitos distintos, autónomamente castigados, que pueden ser cometidos de forma unilateral, sin el concurso de una contraparte. En MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 935. Así sucede con la previsión, respectivamente, de los verbos nucleares “prometer” y “ofrecer”, por un lado, y de “solicitar”, por otro. Ello no quiere decir que no existan fases del acuerdo corrupto que también son típicas y que requieren, ellas sí, la presencia de dos partes confrontadas. Acontece con los verbos típicos “conceder”, por un lado, y “recibir” o “aceptar”, por otro. La consecuencia de este posicionamiento nos parece clara: estamos ante delitos de mera actividad, que se consuman con la mera realización de las acciones típicas, por lo tanto, para la consumación del delito no (siempre) se requiere el acuerdo de voluntades entre corruptor y corrupto. Algún autor, desde otro punto de vista a lo aquí expresado, ha considerado que los delitos de corrupción privada y deportiva son figuras bilaterales, en la medida en que “exige la cooperación de dos personas: la que realiza el ofrecimiento y la que recibe el beneficio o ventaja”. En MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, en *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*,

de dos sujetos, sin que ninguno pueda ser considerado víctima del mismo. Lo esencial en este tipo de estructuras de participación necesaria es, pues, que la conducta de uno y de otro no tienen singularidad y el delito que cometen ambos, si se alcanza el acuerdo, es único. Ello no obsta, precisamente porque ambas modalidades de corrupción privada son tipos autónomos –como sucedía con el cohecho–, a que sea posible la consumación individual del delito cuando se ofrece o solicita sin obtener la “aceptación” de la otra parte. Forman parte, en suma, de los denominados delitos de emprendimiento.⁵⁸¹

Así pues, en la corrupción privada activa será sujeto activo aquel que promete, ofrece o concede, por sí o por persona interpuesta, el beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza –regulado, recuérdese, en el apartado 2º del artículo 286 bis CP– y en la modalidad pasiva será sujeto activo el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte dicho beneficio o ventaja –previsto en el primer apartado del referido artículo 286 bis–. Siguiendo el orden sistemático previsto en la literalidad actual, se anali-

nº 9, diciembre 2010, p. 49. Por su parte, consideramos necesario precisar también el alcance del calificativo “sinalagmático”, aludido por algún sector. En nuestra opinión, no puede predicarse la naturaleza recíproca del delito de corrupción privada en sí, sino más bien de las concretas prestaciones que pueden ser objeto de intercambio entre ambas partes en caso de que se perfeccione el acuerdo corrupto.

⁵⁸¹ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E. “Artículo 286 bis...”, *op. cit.*, p. 404. Ésta es una opinión sostenida de forma generalizada por la doctrina. *Vid.*, entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La corrupción privada. Apuntes a la novela...”, *op. cit.*, p. 810; DE ROS RAVENTÓS, I.: “El delito de corrupción entre particulares”, en la web de Cinco Días, 6 de octubre de 2010. Fuente: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2010/10/06/economia/1286501029_850215.html. Consultado el 2 de noviembre de 2017. ANARTE BORRALLÓ, además, añade, a las dos posiciones indicadas, la del competidor o competidores que eventualmente podrían verse perjudicados por la contraprestación, llegando a sostener que “sin tales competidores, cuando, por ejemplo, hay un único proveedor, el delito tampoco existiría”. En efecto, puede convenirse con este autor que la presencia de un contexto de competencia es necesaria para que se cumpla el ámbito típico requerido por la norma penal, pero, en mi opinión, no puede defenderse que los competidores puedan incluirse en la categoría de sujetos del delito. En ANARTE BORRALLÓ, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 70.

zarán primero los sujetos activos de la modalidad pasiva y, posteriormente, se abordará el estudio de la modalidad de corrupción privada activa.

2. Los sujetos activos en el delito de corrupción entre particulares.

2.1. Los sujetos en la modalidad pasiva.

Como hemos indicado, el tipo penal los define bajo la fórmula “directivo, administrador, empleado o colaborador” de una empresa mercantil o de una sociedad que pueden actuar “por sí o por persona interpuesta”. La primera nota que debe ser resaltada es la excesiva amplitud de esta redacción, lo que hará especialmente difícil su interpretación y puede motivar la necesidad de acudir a otras ramas del ordenamiento jurídico para su delimitación.⁵⁸² Parece unánimemente entendido, no obstante, que estos sujetos deben estar vinculados al ámbito empresarial; encuadrados en la estructura de una persona jurídica con forma societaria.⁵⁸³ Se tratará por tanto de un delito especial⁵⁸⁴, también denominado, de propia mano, por cuanto tan solo pueden ser sujetos ac-

⁵⁸² GONZÁLEZ BLESA, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*

⁵⁸³ Aunque la figura del “colaborador” merecerá comentarios específicos, lo esencial, según establece la doctrina es que se trate de personas que desarrollen labores de gestión o administración, con independencia del título jurídico que ostenten. También puede referirse a sujetos que ostenten la representación voluntaria de la persona empresa o sociedad, a favor de las cuales se han conferido determinadas facultades de decisión o disposición, o a aquellos que actúen a nombre de la sociedad o empresa y dentro de su marco de competencia -esta última referencia, a colación especialmente de los “directivos”-. En NEILA NEILA, J.M.: *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 28-29 y, en especial, 394.

⁵⁸⁴ El consenso de la doctrina sobre este extremo es prácticamente unánime. Así, *vid.*, por todos, MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, en *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal 2011*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, p. 1099; BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 143; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 423; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 630; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 129. Se trata, en definitiva, de una modalidad de delito especial, en la que la condición de sujeto activo queda circunscrita legalmente. En ANARTE BORRALLÓ, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 559.

tivos determinadas personas que cumplen unas condiciones específicas.⁵⁸⁵ Más allá de este común acuerdo, existen divergencias entre si estamos en presencia de un delito especial propio,⁵⁸⁶ impropio⁵⁸⁷ o mixto,⁵⁸⁸ debiendo optarse por la opción del “delito especial impropio” según la configuración típica vigente. Y en esto coincidimos con quienes afirman que estamos, en definitiva, ante un delito de posición y no de deber, puesto que la responsabilidad penal se vincula más a la posición que ocupa el sujeto activo en la empresa –en relación a la idoneidad para lesionar el bien jurídico– que a la existencia de deberes especiales cuya infracción constituya la conducta típica.⁵⁸⁹

En concreto, el círculo de eventuales sujetos activos de la corrupción privada pasiva estaba trazado, en la redacción original del tipo, en torno a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de “una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización”, mientras que la literalidad actual ha sustituido este ámbito por el de “una empresa mercantil o de una sociedad” –remitiéndose el apartado 5º del artículo, para definir éstas, a lo dispuesto en el artículo 297 CP–. Sobre esto volveremos más adelante.

⁵⁸⁵ NEILA NEILA, J.M.: *La responsabilidad penal ante delitos...*, *op. cit.*, p. 394. Como se expondrá a continuación, esa específica condición es la vinculación de estas personas con determinadas agrupaciones, en concreto, sociedades o empresas mercantiles. En SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 423.

⁵⁸⁶ Así lo entienden BACIGUPO o SILVA SÁNCHEZ. En BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 143; BACIGALUPO, E.: «*Compliance*» y *derecho penal...*, *op. cit.*, p. 198; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 424.

⁵⁸⁷ Por la existencia de una modalidad común: la corrupción privada activa. En OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*

⁵⁸⁸ Por tratarse de un delito de posición con infracción de deber. Es delito de posición porque no existe homogeneidad entre los sujetos descritos en el tipo, pero todos ellos se encuentran en algún tipo de posición de control o dominio de un determinado haz de competencias. En cuanto a la calificación como delito de infracción de deber, ello resultaba más claro antes de la reforma de 2015, cuando el tipo requería el elemento del “incumplimiento de obligaciones”. En GÓMEZ MARTÍN, V.: “¿Delitos de posición con infracción de deber? ...”, *op. cit.*, pp. 111-113.

⁵⁸⁹ BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 21.

La primera consecuencia de esta formulación es entender que, en efecto, el carácter especial de este delito impide que cualquier particular pueda ser sujeto activo de esta modalidad y, del mismo modo, tampoco podría alcanzar tal consideración cualquier interviniente en el mercado. Tampoco puede ser sujeto activo de la modalidad pasiva de corrupción privada el titular de la empresa en la que se incardina el corrupto,⁵⁹⁰ por indicativo legal. Es controvertida, también, la situación de la persona jurídica, esto es de la empresa o sociedad mercantil misma: de un lado, se ha sostenido que la empresa, como agente económico, no puede ser sujeto activo de la corrupción privada, pues no está prevista en la redacción del tipo. Sin embargo, el artículo 288 CP – en relación al artículo 31 bis– prevé responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos de corrupción privada respecto de aquellos hechos “cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que (...) están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma” y, de igual modo, por los hechos cometidos “por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad”.⁵⁹¹ En este sentido, según se ha puesto de manifiesto por la doctrina, resulta llamativo que pueda responder penalmente la persona jurídica en nombre de la cual actúan los corruptos y queden fuera de los eventuales sujetos de la corrupción privada los socios o titulares de la misma.⁵⁹² Sobre estas dos últimas cuestiones, baste esta afirmación aquí, en estas primeras pinceladas, pero ambas

⁵⁹⁰ En efecto, la propia configuración del tipo hace inevitable pensar que los particulares, personas físicas, cuando son ellos directamente quienes contratan, no pueden ser sujetos activos del delito de corrupción privada pasiva; los ciudadanos, en su simple condición de consumidores, no pueden alcanzar, por tanto, tal categoría. De igual forma, se entiende que las empresas mismas como agentes económicos han sido deliberadamente excluidas del ámbito típico del delito de corrupción pasiva. En GARCÍA ALBERO, R.: “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, *op. cit.*, p. 557.

⁵⁹¹ Entiende que sí pueden ser sujetos las personas jurídicas, BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. Cit.*, p. 1113.

⁵⁹² VENTURA PÜSCHEL, A.: “Capítulo 37. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 324; BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1113.

presentan diversos elementos que merecerán alguna consideración posteriormente.

Retomando el tema, se sostiene con carácter general por la doctrina que solo podrán ostentar la cualidad de sujeto activo de la modalidad pasiva aquellas personas vinculadas a la empresa⁵⁹³ con capacidad para contratar el producto o servicio,⁵⁹⁴ o para obligar a la misma en las relaciones comerciales. En definitiva, es preciso, por un lado, que la persona esté ligada una relación de dependencia jerárquica⁵⁹⁵ –por cuanto ha de tratarse de sujetos que mantengan una relación estable

⁵⁹³ Es contrario a este parecer, sin embargo, CORTÉS BECHIARELLI para quien la modalidad pasiva se nos presenta como “ficticiamente especial”, por cuanto la figura del “colaborador” permite incluir como sujetos a personas no vinculadas con la empresa o sociedad. En CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 230.

⁵⁹⁴ BAÑERES SANTOS, F.: “La corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 250; MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 12 y 17; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 636; CUGAT MAURI, M.: “Corrupción privada”, en BOIX REIG, J. (dir.): *Diccionario de Derecho Penal Económico*, Iustel, Madrid, 2008, p. 277. Así lo afirma también ABANTO VÁSQUEZ, quien categoriza a estos potenciales sujetos activos como aquellas personas que participan en el marco de cualquier actividad empresarial y en los que “se ha depositado confianza para decidir sobre algo”. En ABANTO VÁSQUEZ, M.A.: “Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras...”, *op. cit.*, p. 168. PÉREZ FERRER, por un lado, y SANTANA y GÓMEZ MARTÍN, por otro, formulan esta atribución de funciones en la “capacidad de decisión individual o colectiva en la actividad de adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios” a la que, tras la reforma, habría de añadirse el establecimiento de relaciones comerciales. En PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 16; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 636. Más en profundidad, GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 206-210. Baste aquí decir que este último autor desgrana un interesante posicionamiento, dilucidando si dicha “capacidad para contratar” debe ser entendida, de modo amplio, como “capacidad para favorecer a otro” o, más restrictivamente, como “capacidad de favorecimiento directo”, derivada del ejercicio de funciones específicas relativas a la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o realización de cualesquiera otras actividades comerciales. Se decanta, tras la supresión del elemento típico del “incumplimiento de obligaciones” en 2015, por la tesis restringida.

⁵⁹⁵ Así lo entiende ENCINAR DEL POZO cuando circunscribe los sujetos activos de la corrupción pasiva a “un encargado o un subordinado del «empresario», concebido este como persona jurídica”. En ENCINAR DEL POZO, M.A.: “La transparencia de las relaciones mercantiles...”, *op. cit.*, p. 180.

con una empresa mercantil o sociedad de cualquier forma de organización jurídica, en alguno de sus niveles jerárquicos, sometidos a los estatutos o dependiente de los órganos sociales⁵⁹⁶ y, de otro lado, que tenga conferida una cierta capacidad de decisión –que ha de traducirse en que, de la sola voluntad de este sujeto se haga depender por entero, o de forma singularmente relevante, la adquisición o venta de mercancías, la contratación de servicios⁵⁹⁷ o el establecimiento de relaciones comerciales– o, cuanto menos, que ostente, aunque fuere de hecho, una facultad suficiente como para aceptar una solicitud de un trato de favor.⁵⁹⁸ Esta apreciación, no obstante, hace aflorar importantes dudas dogmáticas e interpretativas en torno a la figura del “colaborador”; cuestiones que serán abordadas más adelante.

2.1.1. Sujetos activos: descripción típica.

Como ya se ha mencionado, el primer apartado del artículo 286 bis CP recoge, como sujetos activos de la modalidad pasiva al “directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta”, realice las acciones típicas. Son varias las críticas que se han vertido respecto de esta literalidad: i) la excesiva amplitud y ambigüedad de esta redacción; ii) la controversia en torno a la figura del “administrador”; y iii) incoherencia del orden lógico en el que los sujetos aparecen recogidos. Cada una merece un breve comentario al respecto.

⁵⁹⁶ BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 143.

⁵⁹⁷ BAÑERES SANTOS, F.: “El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 149.

⁵⁹⁸ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Código Penal comentado...*, *op. cit.*, p. 504. MENDOZA BUERGO sostiene que, en estos sujetos, deben darse dos cualidades: en primer término, ha de tratarse de una persona que dentro de la empresa o sociedad tenga atribuida la competencia para tomar decisiones del tipo de aquella en la que se quiere influir con el otorgamiento del soborno y, en segundo lugar, posea una especial posición que resulta incompatible con la aceptación de un beneficio o ventaja indebidos. En MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 438-439.

En primer lugar, asentimos con la generalidad de la doctrina en sostener que el primer apartado del artículo 286 bis CP prevé una descripción de sujetos muy amplia⁵⁹⁹, abarcando figuras con muy distinta posición dentro de la empresa,⁶⁰⁰ lo que puede hacer adolecer al tipo de falta de determinación⁶⁰¹ y provocar una inevitable incoherencia jurídica. Esto, además de provocar una indeseable confusión en torno a la propia determinación de los sujetos activos,⁶⁰² puede suponer la afectación de algunos de los principios esenciales en Derecho penal, como son el de determinación y el de seguridad jurídica. Dicha enumeración supone, además, alejarse de la tendencia en la mayoría de los delitos societarios –en los que es habitual hacer referencia a los directivos y administradores–, haciendo que se sancione penalmente también a los meros empleados y colaboradores.⁶⁰³

La extensión y vaguedad con la que el legislador enumeró estos sujetos activos, además de lo dicho hasta ahora, plantea un problema añadido que ha llamado la atención de la doctrina. Se trata de la equiparación de la respuesta punitiva de personas que ocupan distintos puestos y en situaciones de poder diferentes dentro de la empresa, lo que quebraría con los clásicos principios de igualdad y proporcionalidad.⁶⁰⁴ En efecto,

⁵⁹⁹ BAÑERES SANTOS, F.: “El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 148; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 508; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 125. A pesar de este común acuerdo, ANARTE BORRALLÓ llama la atención de que la regulación española es algo menos indefinida que la literalidad recogida en la Decisión Marco, que abría el eventual círculo de sujetos a toda persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo. En ANARTE BORRALLÓ, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 559.

⁶⁰⁰ GIL NOBAJAS, M.S.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis)...”, *op. cit.*, p. 589. Tras realizar esta aseveración, esta autora insiste en un elemento ya referido: todos los potenciales sujetos activos de la modalidad pasiva de corrupción privada comparten una condición; ser sujetos dependientes del titular de la empresa.

⁶⁰¹ PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁰² CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 621.

⁶⁰³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 508.

⁶⁰⁴ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 288.

la intensidad de la respuesta penal ante comportamientos corruptos de cualquiera de estas personas es la misma. Los hechos de cualquiera de los sujetos se sancionan con las mismas penas, pese a que la relevancia de sus funciones no es evidentemente la misma.⁶⁰⁵

En cuanto al segundo de los aspectos mencionados, ha puesto de manifiesto la doctrina que el legislador de 2010 atendió parcialmente las críticas recogidas en el informe del Consejo General del Poder Judicial –en adelante, también, CGPJ– al Anteproyecto de Ley Orgánica de 2008, al ampliar el círculo de sujetos activos –junto a directivos, empleados y colaboradores– también a los administradores, figura que había sido inexplicablemente excluida de textos anteriores.⁶⁰⁶ Continuando en este punto, y tomando de nuevo como referencia la crítica elaborada por dicho Consejo General, no se explica por qué el legislador no ha mencionado expresamente, en la descripción típica, la dualidad de administradores de hecho y de derecho, algo habitual, por otro lado, en nuestro sistema jurídico.⁶⁰⁷ Incluir el binomio, además, habría mante-

⁶⁰⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 309; PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁰⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 508. En concreto, el Consejo General del Poder Judicial elabora el siguiente argumento: “la propia Decisión Marco define a los directivos como aquellas personas que ejercen el poder de representación de la empresa, o bien que tienen la autoridad para adoptar decisiones sobre ella o para ejercer su control. En nuestro sistema jurídico mercantil y laboral, sin embargo, el concepto de directivo no incluye a los administradores, por lo que la trasposición de la directiva requiere la del propio concepto de directivo, o bien la inclusión expresa en el tipo de los administradores –por cierto, de hecho o de derecho–, ya que, éstos no son directivos, empleados, ni colaboradores en nuestro derecho.” En *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, elaborado en Madrid, el 26 de febrero de 2009, p. 117. El informe puede consultarse en la web del Poder Judicial. Fuente: <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/DOCUMENTOSCGPJ/Informe%20anteproyecto%20modificacion%20Codigo%20Penal.pdf>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁶⁰⁷ CASTRO MORENO reconoce que esta circunstancia había sido criticada, también, por el Consejo de Estado y el Consejo General de la Abogacía Española. Indica, además, que no incluir la figura del administrador de hecho resulta criticable, pues “goza de una enorme tradición en la legislación penal española, apareciendo en numerosos delitos y reglas como los contenidos en los delitos societarios”. En CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 622. ANDRÉS DOMÍNGUEZ infiere,

nido la coherencia con la redacción del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica introducido –también en 2010– en el artículo 31 bis CP.⁶⁰⁸ En busca de una explicación, CASTRO MORENO indica que la razón puede encontrarse en que “uno de los supuestos clásicos de administrador de hecho en el ámbito societario” es, precisamente, el de la figura del “directivo”, entendido como aquella persona que ostenta el poder de representación de la empresa o que está capacitada para adoptar decisiones sobre ella o ejercer su control. Así, esta omisión podría entenderse por haber preferido el legislador incluir al administrador de hecho dentro de las figuras contempladas del “directivo” y el “colaborador” para, de esta forma, “ plasmar de forma más directa la Decisión Marco 2003/568/JAI, recogiendo los mismos supuestos en ella contemplados en aras de una mayor armonización” de la norma comunitaria.⁶⁰⁹

En último término, se ha dicho que el orden lógico de relacionar las cuatro categorías de sujetos activos que recoge el precepto debería haber sido “administradores, directivos, empleados y colaboradores”, en atención a la prelación de mayor a menor vinculación institucional con la sociedad mercantil o empresa, a cuya idea respondía la enumeración originaria, recogida en los Proyectos de Ley Orgánica de reforma de 2006 y 2008. La introducción de los administradores en segundo lugar –quizás influida por haber sido incluidos estos en un momento posterior, fruto de las aportaciones del Consejo General del Poder Judicial– altera la prelación de sujetos que inspiraban los textos prelegislativos citados.⁶¹⁰

Esta descripción típica, además del estudio separado de cada una de las figuras mencionadas –“directivo”, “administrador”, “empleado” y “colaborador” –, nos obligará a abordar, a renglón seguido, dos cuestiones

de la literalidad vigente, que solo se recoge al administrador de derecho, por lo que “debe incluirse también al administrador de hecho”. En ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 361. De la misma opinión, QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La corrupción privada. Apuntes a la novela...”, *op. cit.*, p. 811.

⁶⁰⁸ PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁰⁹ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 622.

⁶¹⁰ *Ibid.*

más: i) la problemática de la exclusión del empresario o titular de la empresa o sociedad; y ii) el estudio del elenco de instancias en a las que deben encontrarse vinculados estos sujetos. Aunque, en este punto, también sería adecuado tratar la responsabilidad penal de la “persona interpuesta”, a efectos de mayor coherencia expositiva se tratará en un apartado posterior, concretamente al hablar de la consumación y las formas imperfectas de ejecución. En lo que sigue, por tanto, estudiaremos cada una de las categorías subjetivas recogidas en primer apartado del artículo 286 bis CP para, posteriormente, tratar los dos aspectos señalados en este párrafo.

2.1.2. Sujetos activos: examen de cada figura.

En el apartado anterior he tratado de desarrollar algunas ideas generales que comparten cada uno de los sujetos que aparecen enumerados en el primer párrafo del artículo 286 bis CP como eventuales autores en la modalidad pasiva de corrupción privada. Es momento ahora de analizar cada uno de ellos por separado. Para ello, se seguirá la secuencia prevista en el propio precepto, comenzando por el “directivo”, pasando por el “administrador” y el “empleado” y finalizando este apartado con la controvertida figura del “colaborador”.

a) Directivo.

Para determinar el contenido de la figura del “directivo” el primer paso debe llevarnos, como no puede ser de otra manera, al texto de la Decisión Marco 2003/568/JAI. Ello porque la mención a los directivos y empleados de nuestro Código penal ha sido tomada de este instrumento supranacional, cuando se refiere a personas que “desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo”.⁶¹¹ La primera referencia básica que debe traerse a colación es, por tanto, el artículo 2.1 que, efectivamente, al definir la corrupción activa y pasiva en el sector privado, menciona al sujeto que recibe la dádiva como aquella persona “que desempeñe funciones directivas o laborales”. Nos interesa aquí, evidentemente, centrar la atención en las “funciones directivas”. En segundo lugar, el artículo 5.1, al establecer el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica por estos hechos ilícitos, vuelve a referirse

⁶¹¹ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 658; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 622.

a la persona física que ostente un cargo directivo. Estas funciones, a tenor del propio precepto, deben basarse en: i) un poder de representación de dicha persona jurídica; o ii) una autoridad para tomar decisiones en nombre de la misma; o iii) una autoridad para ejercer el control en el seno de la persona jurídica.⁶¹²

En este último punto coincidimos, no obstante, con la opinión de ENCINAR DEL POZO quien advierte que esta referencia a la Decisión Marco y, en concreto, el contenido del mencionado artículo 5.1, debe tomarse con cautela. Extrapolar este concepto de la norma comunitaria, sin más, a nuestro ordenamiento llevaría a incluir en la categoría de “directivo” a otro de los sujetos activos de esta modalidad pasiva, como es el administrador; figura que, con carácter general, puede tener atribuidas las funciones enumeradas en este precepto. En suma, el concepto de “directivo” del tipo penal no puede ser el de la Decisión Marco, pues en nuestra regulación legislativa la categoría de administrador es diferente a la del directivo.⁶¹³

Debemos estudiar la cuestión, entonces, desde otra óptica. Incidiendo en lo sustancial, se dice que el “directivo” es aquel que, dentro de la organización social o empresarial, desempeña labores de dirección, aunque ello no se traduzca en la representación orgánica del ente. Puede englobar, desde esta perspectiva, a quienes ostenten facultades delegadas de los administradores, aquellos otros que son apoderados voluntarios de la empresa y cualquiera otro que ejerza labores de dirección, no solamente a nivel general –porque no lo especifica así el precepto–, sino en cualquier área de funcionamiento de la persona jurídica social.⁶¹⁴ Abarcará, por tanto, a los integrantes de la cúpula organizativa, de acuerdo con las reglas de distribución de competencias que

⁶¹² Estos elementos se han tomado de la literalidad del artículo 5.1 de la Decisión Marco. Es de esta opinión CASTRO MORENO. En CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 622.

⁶¹³ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, pp. 290-291.

⁶¹⁴ NEILA NEILA, J.M.: *La responsabilidad penal ante delitos...*, *op. cit.*, p. 396.

la clase de entidad tenga o que, en su caso, ella misma se haya otorgado.⁶¹⁵

Trasladando estas consideraciones al concreto contexto jurídico español, el punto relevante se encuentra en dilucidar si por “directivo” debe entenderse a los administradores sociales o, por contra, a los directores o apoderados generales.⁶¹⁶ Expresado de otro modo, habrá de plantearse si se refiere a aquellos sujetos a una relación laboral especial conforme el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, referido al personal de alta dirección,⁶¹⁷ o si se trata de incluir a cualquier empleado con poder de dirección o gestión empresarial.⁶¹⁸ Todo esto es traslación del debate en torno a si, dentro de la categoría de “directivo”, cabe entender no solo al sujeto que efectivamente maneja la empresa o sociedad, sino también al propio empresario, propietario o socio de la misma, aunque no la dirijan⁶¹⁹ o, incluso, si la definición de “directivo” se considera suficiente para dar cobertura a los supuestos de administración de hecho,⁶²⁰ no recogidos expresamente en el artículo 286 bis CP. En este sentido, recuerda MENDOZA BUERGO que la respuesta a esta cuestión influirá también de modo decisivo en otras cuestiones relevantes, como la interpretación del interés jurídico tutelado y la naturaleza de las obligaciones que vinculan a los referidos sujetos⁶²¹, aunque la importancia de este último aspecto haya quedado minimizada

⁶¹⁵ ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 559.

⁶¹⁶ GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, p. 26.

⁶¹⁷ El artículo 1.2 del RD 1382/1985 define al personal de alta dirección como “aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”. Este Real Decreto se publicó en el BOE nº 192, 12-08-1985, pp. 25502-25504. La versión actualizada puede consultarse en la web del BOE. Fuente: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-17006>. Consultado el 2 de junio de 2017.

⁶¹⁸ NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 10.

⁶¹⁹ MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1100.

⁶²⁰ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 622.

⁶²¹ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12091.

tras la reforma de 2015. Llevaremos a cabo algún comentario más adelante, al reflexionar sobre la exclusión del empresario de este círculo de sujetos.

Adelantamos ya, no obstante que, según nuestra postura, será preferible, en aras de una mayor precisión, interpretar de forma restrictiva el concepto de “directivo”, en el sentido del Real Decreto citado, habiéndose de incluir solamente a aquellas personas que se encuentren en la cúspide de la empresa o sociedad, con plena responsabilidad respecto de los objetivos generales del ente jurídico⁶²², y no a todo apoderado general y, en añadidura, diferenciando estos sujetos de aquellos otros que desarrollen las funciones superiores de gobierno y administración de la entidad; estos últimos deberán ser incardinados en la categoría de “administrador”.

Ello podría llevarnos a decir que nada obstaría a entender que el titular de la empresa, o el socio, pudiera ser incluido dentro de la categoría de “directivo”⁶²³ –insistimos, diferenciando absolutamente el “directivo” del “administrador”– aunque, a renglón seguido, debemos reconocer que una interpretación literal del precepto nos aleja, irremediablemente, de esta posibilidad. Y además debe asumirse que llevar a cabo una interpretación extensiva puede tener consecuencias *contra reo*, inasumibles en nuestro sistema penal constitucional.

A todo esto debe recordarse, al hilo de la diferente relevancia de las funciones de cada uno de los sujetos enumerados en el precepto –algo ya comentado con anterioridad–, que existe general consenso en entender que, si efectivamente la clave para poder ser sujeto de este delito es ostentar una cierta capacidad de decisión dentro de la empresa, ello debe traducirse en que el potencial autor debe tener la capacidad de tomar en consideración el ofrecimiento corrupto que hace la contraparte; es decir, debe tener una posición en la empresa que pueda dar lugar a acceder a lo que se demanda fraudulentamente.⁶²⁴ Por tanto,

⁶²² SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 23.

⁶²³ Coincidimos aquí con BAÑERES SANTOS. En BAÑERES SANTOS, F.: “El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 149.

⁶²⁴ En opinión de MUÑOZ CUESTA, esto es predicable de directivos y administradores, pero difícilmente de empleados o meros colaboradores. En MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 14.

para finalizar, según nuestra forma de ver las cosas, respecto del “directivo” debe predicarse posición y capacidad de contratación:⁶²⁵ habrá de ser aquel que, efectivamente, dirija los objetivos generales de la empresa, ostentando los poderes inherentes a su posición en lo alto del organigrama social, siempre que posea una capacidad de decisión real en cuanto a la adquisición o venta de mercancías, la contratación de servicios o el establecimiento de relaciones comerciales.

b) Administrador.

Es la segunda de las categorías enunciadas en el tipo, aunque, como se ha mencionado anteriormente, debió ser la primera en virtud del orden lógico de mayor a menor vinculación institucional con la sociedad mercantil o empresa.⁶²⁶ Esta divergencia puede deberse, como se ha referido también, a que la figura del “administrador” no se encontraba prevista en los trabajos prelegislativos de 2006 y 2008, previos a la aprobación y entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, por lo que su posterior incorporación pudo alterar la idea inicial del legislador. No debe olvidarse que tal categoría fue añadida en virtud del informe del CGPJ al Anteproyecto de 2008,⁶²⁷ que señaló, acertadamente que, en nuestro Derecho, hablar de “directivo” y de “administrador” no es la misma cosa.

La tarea debe ser, entonces, determinar qué clase de personas deben entenderse incluidas en esta categoría subjetiva. Ello nos llevará a plantear si debemos constreñir el término a supuestos de administración social –de hecho o de derecho– o si, también, podemos incluir a

⁶²⁵ Estas dos características deben ser predicables, en realidad, de todos los sujetos activos mencionados en el tipo penal. En palabras de FERNÁNDEZ BAUTISTA, el “directivo” debe ostentar “capacidad de decisión y ejecución en el ámbito de la adquisición o venta de mercancías, en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales” situándose, de este modo, “en una posición idónea con respecto a la lesión del bien jurídico”. En FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “Capítulo X. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 232.

⁶²⁶ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 658.

⁶²⁷ Como se indicó en una nota al pie anterior, el Consejo General del Poder Judicial puso de manifiesto en su Informe que, en nuestro ordenamiento jurídico “mercantil y laboral, sin embargo, el concepto de directivo no incluye a los administradores, por lo que la trasposición de la directiva requiere la del propio concepto de directivo, o bien la inclusión expresa en el tipo de los administradores (...) ya que, éstos no son directivos, empleados, ni colaboradores en nuestro derecho”. En *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto...*, *op. cit.*, p. 117.

posibles apoderados, generales o singulares.⁶²⁸ Consideramos que debe optarse por la primera de las interpretaciones, entendiéndose englobados en esta categoría aquellos quienes representan y gestionan a la sociedad mercantil o empresa;⁶²⁹ aquellos que cumplen labores de gobierno y administración general de la misma y que, además, se encuentren vinculados institucionalmente a la misma. Debe hacerse aquí una distinción conceptual: mientras que hablamos de administrador de derecho en aquellos casos en que un sujeto es designado formalmente para ostentar las facultades de administración de una empresa o sociedad conforme a los estatutos o normativa de la misma, en virtud de un nombramiento que reúne todos los requisitos y formalidades exigidos por la legislación mercantil⁶³⁰ –de acuerdo al artículo 212 de la Ley de Sociedades de Capital–,⁶³¹ aludir al administrador de hecho supone centrarnos en supuestos en que una persona asume fácticamente las funciones legalmente asignadas al administrador; facultades que implican un poder de actuación, de toma de decisiones o de control.⁶³²

⁶²⁸ NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 10.

⁶²⁹ NEILA NEILA, J.M.: *La responsabilidad penal ante delitos...*, *op. cit.*, pp. 395-396.

⁶³⁰ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 294. En palabras de QUERALT JIMÉNEZ, administrador de derecho será aquel que “ocupa, conforme a la legislación de sociedades, una posición en el Consejo de administración o Dirección de la empresa”. En QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “§ 17 Delitos societarios, resistencia a las agencias de control...”, *op. cit.*, p. 585.

⁶³¹ El artículo 124 del Real Decreto 1784/1999, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, al regular los supuestos de administración y representación de una sociedad, recoge las siguientes posibilidades: a) Varios administradores que actúen solidariamente; b) Dos administradores que actúen conjuntamente; o c) Un Consejo de Administración, integrado por un mínimo de tres miembros. El Reglamento del Registro Mercantil fue publicado en el BOE nº 184, 31-07-1996. La versión consolidada puede consultarse en la web del BOE. Fuente: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-17533>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁶³² GIL NOBAJAS, M.S.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis) ...”, *op. cit.*, p. 581. El artículo 236.3 del RDL 1/2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, define al administrador de hecho como “la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”. En este sentido la STS 816/2006, de 26 julio, afirma que “por administradores «de derecho» se entiende en

Ello nos lleva a considerar incluidos el administrador notorio así como también el oculto; aquel que permanece en la sombra o actúa bajo otra apariencia.⁶³³

En este punto, entender incluido al administrador de derecho no presenta controversia alguna. Existe consenso en considerar que bajo el término típico “administrador” debe interpretarse incluido el administrador de derecho. Pero lo cierto es que la categoría de administrador de hecho no aparece mencionada en el tipo penal –ni en su redacción original de 2010 ni tras la reforma de 2015– y esta exclusión del círculo de sujetos activos, especialmente de esta modalidad pasiva de corrupción privada, no parece aceptable en función del modelo de bien jurídico protegido que defiende en esta investigación.⁶³⁴ El siguiente paso es, entonces, explorar las posibles interpretaciones que permiten explicar o salvar esta ausencia.

La primera consiste en comprender incluidos en la norma penal sin más –a pesar de que no exista referencia expresa– tanto al administrador de hecho como al de derecho.⁶³⁵ Podría sostenerse algo similar a que –en aplicación del aforismo *ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*– si el tipo no ha mencionado expresamente ninguna de las dos categorías de administración social es porque considera comprendidas

cada sociedad los que administran en virtud de un título jurídicamente válido y en la sociedad anónima los nombrados por la Junta General (art. 123 LSA) o, en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la Sociedad inscrita en el Registro Mercantil. Los «de hecho» serán todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de conceptos extra-penales, se entenderá por administrador de hecho a toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente los expresados en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra”.

⁶³³ GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 134.

⁶³⁴ GIL NOBAJAS, M.S.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis)...”, *op. cit.*, p. 580.

⁶³⁵ MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1099; BAÑERES SANTOS, F. y NIETO MARTÍN, A.: “Corrupción entre privados”, en *La Armonización del Derecho Penal español: Una evolución legislativa*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LX, suplemento al nº 2015, junio 2006, p. 221; NIETO MARTÍN, A.: “Lección X. Protección penal de la competencia...”, *op. cit.*, p. 233; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: “Corrupción privada y corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 359; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “Capítulo X. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 228.

ambas. De esta opinión se muestra ANDRÉS DOMÍNGUEZ, quien afirma que, dentro del concepto de “administrador”, debe entenderse englobado al de hecho; de un lado, por coherencia interna de nuestro Derecho penal y, de otro, por concordancia con la previsión de responsabilidad penal de la persona jurídica por este delito, prevista en el artículo 288 en relación al 31 bis CP.⁶³⁶

En este sentido, podría tomarse como guía de interpretación penal el concepto material de administración desarrollado por GIL NOBAJAS – precisado en un trabajo posterior como “concepto de administración fáctica–. Según su argumentación, dentro de la categoría típica de “administrador” del artículo 286 bis CP debemos comprender a todo aquel que ostente el dominio social típico a través del desempeño real y efectivo de las funciones de administración, directamente o por medio del administrador formal; prerrogativas que se traduzcan, como se ha dicho, en un poder de actuación, organización o control. Ello permite a esta autora explicar algunas cuestiones controvertidas más. Por ejemplo, la elusión del propietario, titular de la empresa o socio de la mercantil de entre el círculo de eventuales sujetos. Así, toda aquella persona que asuma materialmente las funciones de administración citadas –tenga la consideración legal de administrador o no, y con independencia de que, además, pueda tener la condición de socio o titular de la empresa o sociedad–, podrá ser penalmente responsable del delito del artículo 286 bis CP.⁶³⁷ Pues bien, a nuestro entender, este planteamiento, a pesar de no seguir la tradición de nuestros delitos societarios

⁶³⁶ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados...”, *op. cit.*, pp. 360-361. En contra de estas opiniones, sin embargo, se muestra MENDOZA BUERGO. Para esta autora, incluir al administrador de hecho dentro del ámbito de sujetos, cuando el tipo penal no lo ha hecho, supondría realizar una inadmisibles interpretación extensiva *contra reo*. En MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 439.

⁶³⁷ GIL NOBAJAS, M.S.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis)...”, *op. cit.*, pp. 584-586; GIL NOBAJAS, M.S.: “Capítulo XI. Corrupción en los negocios privados...”, *op. cit.*, pp. 246 y 249-250. GILI PASCUAL entiende que, dado que el tenor literal se refiere únicamente al “administrador”, hemos de entender comprendidos tanto al de derecho como al de hecho, pues este último también desarrolla, como se ha visto, funciones de administración. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 135.

ni la redacción del artículo 31 bis CP,⁶³⁸ es acertado y en esta línea debe interpretarse la categoría de “administrador” prevista en el tipo de corrupción entre particulares.

En esta línea, algunos autores pretenden salvar la omisión del administrador de hecho de la literalidad del delito acudiendo a una justificación similar. Así, por ejemplo, CASTRO MORENO llega a sostener algo que ya trajimos a colación al hablar de la excesiva vaguedad de la descripción típica: la no referencia al administrador de hecho puede ser explicada por la intención del legislador de transponer la norma comunitaria de modo más directo, considerando además que, con la alusión al “directivo”, la norma penal daba cobertura suficiente a supuesto de administración de hecho.⁶³⁹

Ya se ha mencionado en otro lugar, sin embargo, que esta opinión no es unánimemente compartida. La segunda de las posibles interpretaciones, defendida por otro sector doctrinal, recuerda que el tipo penal se refiere únicamente al administrador de derecho, por lo que los administradores de hecho han de considerarse excluidos de la formulación legal⁶⁴⁰; tesis sin duda criticable⁶⁴¹ dado que “la figura del administrador de hecho goza de una enorme tradición en la legislación penal española”.⁶⁴²

Coincidiendo en esto con ENCINAR DEL POZO, el concepto de “administrador” contenido en el artículo 286 bis CP debe incluir tanto al de hecho como al de Derecho, en la línea de lo sostenido por ANDRÉS DOMÍNGUEZ, porque así viene sucediendo en la tradición jurídica espa-

⁶³⁸ GIL NOBAJAS, M.S.: *ibid.*, p. 584.

⁶³⁹ *Vid.* nota al pie 609.

⁶⁴⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La corrupción privada. Apuntes a la novela...”, *op. cit.*, p. 811.

⁶⁴¹ Para ANARTE BORRALLÓ esta elusión no concuerda con otros preceptos penales y, además, supone una “incongruencia con respecto al artículo 288 en relación con el 31 bis”. En ANARTE BORRALLÓ, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 559.

⁶⁴² CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 622. En el mismo sentido, VENTURA PÜSCHEL, A.: “Capítulo 37. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 324.

ñola y porque, de ese modo también, se salvan las posibles incongruencias entre el artículo 286 bis y el 288 –en relación al 31 bis– CP.⁶⁴³ En este sentido, resulta especialmente adecuada la conceptualización material de “administrador” que lleva a cabo GIL NOBAJAS –expuesta con anterioridad–, con cuya interpretación concordamos.

c) Empleado.

Tercera de las figuras enumeradas en el precepto como sujeto activo de la modalidad pasiva. De nuevo se hace necesario acudir a la Decisión Marco 2003/568/JAI para encontrar la razón de su incorporación al tipo penal. Recuérdese que el artículo 2 hacía referencia a personas que “desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo”. Interesa, en este momento, el segundo de los calificativos previstos. En efecto, habremos de considerar “empleado” a todo aquel que se encuentre vinculado a la empresa o sociedad por una relación de carácter laboral;⁶⁴⁴ todo aquel, por tanto, que desarrolla un trabajo por cuenta ajena remunerado por la entidad,⁶⁴⁵ con independencia del tipo de prestación laboral que desarrolle.⁶⁴⁶

Como ya se expuso en un momento anterior, una de las mayores críticas que se hace a la incorporación de esta clase de sujetos en el tipo penal –compartida con la categoría del “colaborador”– es que difícilmente un mero empleado podrá disponer de lo solicitado en el soborno; esto es, difícilmente ostentará la capacidad de decisión necesaria-

⁶⁴³ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 294.

⁶⁴⁴ NEILA NEILA, J.M.: *La responsabilidad penal ante delitos...*, *op. cit.*, p. 396; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 131.

⁶⁴⁵ PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁴⁶ El artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores considera empleados a aquellos que “voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Debe incluirse tanto a aquellos trabajadores vinculados a una empresa o sociedad en régimen laboral general como a todos aquellos vinculados por una relación laboral de carácter especial, de las definidas en el artículo 2 del citado Estatuto.

ria –en el sentido definido anteriormente– con respecto a la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o relaciones comerciales. Se sostiene la absoluta inidoneidad típica, con carácter general, de la conducta de un mero empleado y, por ende, algún sector ha defendido la irrelevancia penal de la misma.⁶⁴⁷ Para otros autores, solo empleados de nivel medio o alto podrán realizar el tipo⁶⁴⁸ y, consecuentemente, solo los actos de soborno dirigidos a estos podrán ser susceptibles de ser castigados conforme al artículo 286 bis CP.

d) Colaborador.

Veremos a continuación que esta clase de sujetos ha sido amplísimamente criticada por su indeterminación.⁶⁴⁹ Sin embargo, algún autor ha sostenido su pertinencia, argumentando que “la competencia como bien jurídico protegido justifica que no se distinga entre quienes prestan sus servicios a la empresa como profesionales independientes o trabajadores por cuenta propia y los trabajadores por cuenta ajena”.⁶⁵⁰ Se trata de una cláusula abierta⁶⁵¹ y difusa;⁶⁵² un “cajón de sastre”⁶⁵³

⁶⁴⁷ MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁴⁸ BAÑERES SANTOS, F. y NIETO MARTÍN, A.: “Corrupción entre privados”, *op. cit.*, p. 224. Dice FERNÁNDEZ BAUTISTA que solo será sujeto idóneo el empleado que, “por encargo genérico o concreto, tiene el poder de decisión y ejecución” en el ámbito típico de la compraventa de mercancías, contratación de servicios o relaciones comerciales. En FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “Capítulo X. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 234.

⁶⁴⁹ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 622; ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 296; VENTURA PÜSCHEL, A.: “Capítulo 37. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 324; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “Capítulo X. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 236.

⁶⁵⁰ BAÑERES SANTOS, F. y NIETO MARTÍN, A.: “Corrupción entre privados”, *op. cit.*, p. 221.

⁶⁵¹ El término puede referirse a cualquier persona que no tenga relación laboral, de apoderamiento o de representación con la sociedad mercantil o empresa; en suma, cualquiera que, bien continuadamente o bien en cualquier momento cronológico haya prestado servicio a la empresa, siempre que el delito se haya cometido, precisamente, en dicho período de prestación. En NEILA NEILA, J.M.: *La responsabilidad penal ante delitos...*, *op. cit.*, p. 396.

⁶⁵² SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁵³ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 231.

previsto por el legislador para evitar posibles lagunas de punibilidad.⁶⁵⁴ Ahora bien, la ambigüedad del término “colaborador” plantea diversos interrogantes, siendo el mayor de ellos determinar quiénes pueden atribuirse dicha condición a los efectos de este delito.⁶⁵⁵ Parece claro que el colaborador dependiente del empresario se encuentra ya comprendido en la categoría de “empleado”, por lo que, al hablar de “colaborador”, habremos de estar haciendo referencia al independiente; esto es, a quien no ostenta la condición de trabajador vinculado al empresario por una relación laboral.⁶⁵⁶ Ello permite abarcar no solo a personas físicas –a diferencia, *a priori*, de lo que sucedía con el resto de categorías– sino a sujetos y entes de muy diversa índole que, incluso, pueden tener la consideración, en sí mismos, de “empresario” u operador en el mercado en términos de competencia.⁶⁵⁷

Colaborador de una empresa o sociedad puede serlo cualquiera, sin necesidad de que exista ningún tipo de vinculación jurídica con la entidad, bastando la mera realización de labores o servicios puntuales o no, incluso gratuitos, por encargo de aquella.⁶⁵⁸ Además, el Código penal no aporta ningún criterio o pauta para interpretar el contenido del con-

⁶⁵⁴ ORBEGOZO, X.: “El nuevo delito de corrupción entre particulares: un paso significativo contra el soborno de directivos de empresas”, en la web de Lefebvre - ElDerecho, 1 de mayo de 2011. Fuente: http://www.elderecho.com/contable/corrupcion-particulares-significativo-directivos-empresas_11_271930001.html. Consultado el 2 de noviembre de 2017; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 143-144.

⁶⁵⁵ DE BUERBA PANDO, A.: “El delito de corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁵⁶ NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 11; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “Capítulo X. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 237.

⁶⁵⁷ GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁵⁸ MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1100; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 622. De modo semejante, GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 145-146.

cepto, por lo que se critica su contrariedad a los principios de determinación de los tipos penales y de legalidad.⁶⁵⁹ El informe del CGPJ al Anteproyecto de 2008, además, nos recuerda que esta categoría no se encuentra prevista en la Decisión Marco –por lo que el criterio de la transposición no sirve como justificación para el legislador– y, por todo ello, pide su eliminación.⁶⁶⁰ Ya exponíamos, al hablar del “empleado” que, para cierta doctrina, lo relevante para poder ser atribuida responsabilidad penal por ilícitos de corrupción privada es contar con capacidad de contratación en la empresa o sociedad, cuestión difícilmente imaginable en casos de que el soborno vaya dirigido a una persona con un mero vínculo laboral con el ente empresarial –empleado– o con una mera relación puntual de prestación de servicios –colaborador–.⁶⁶¹

De lo dicho anteriormente se deduce que, en lo que se refiere a la categoría del “colaborador” se impone una interpretación restrictiva del concepto,⁶⁶² que pasará por exigir un cierto nexo causal entre este sujeto y la empresa o sociedad mercantil para la que presta el servicio o con la que colabora. Nexos que debe, a su vez, contener unas determinadas características.

En primer término, tal y como se ha mencionado ya, debe tratarse de una persona que, aun debiendo estar conectado con la empresa o sociedad⁶⁶³ por una relación de prestación de servicios o colaboración –sea de carácter puntual o más o menos duradero–, desarrolle su labor

⁶⁵⁹ BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 1112-1113; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*

⁶⁶⁰ *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto...*, *op. cit.*, p. 117.

⁶⁶¹ *Vid.* notas al pie 594 y 647. Se afirma que, en esos casos, a lo sumo, estaríamos en presencia de un delito de estafa, consumado o intentado, en función de que el medio engañoso fuese bastante y concurriesen los demás elementos de este delito. En MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 17. En el mismo sentido, BAÑERES SANTOS, F.: “La corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 250.

⁶⁶² BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 22; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares...*, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁶³ En este sentido, aunque referido a la redacción original que incluía el elemento típico del “incumplimiento de obligaciones”, CORTÉS BECHIARELLI recuerda que también el colaborador debía incumplir los deberes contraídos con la empresa, por lo que, si estos existen, debe inferirse que el colaborador debe estar ligado, de un modo u otro, al ente social. En CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 230.

de modo independiente a la estructura organizativa de la misma; es decir, debe ser “personal externo”⁶⁶⁴ a la plantilla de la entidad mercantil.⁶⁶⁵ El nexo de unión entre colaborador y empresa debe ser entendido en sentido amplio⁶⁶⁶, pudiendo estar ligado por un contrato de prestación de servicios de naturaleza no laboral –y no necesariamente habitual⁶⁶⁷ ni remunerada⁶⁶⁸– o, simplemente, realizando labores puntuales o no por encargo de la sociedad mercantil o empresa.⁶⁶⁹ Y, en segundo lugar, fruto de esta relación entre colaborador y empresa, el sujeto debe tener una cierta capacidad de influencia en el seno de la entidad; facultad que habrá de conectarse con la capacidad de contratación en dicha entidad mercantil,⁶⁷⁰ ostentando ésta por sí mismo o compartido con otra u otras personas.⁶⁷¹

Tomando estas notas, la doctrina ha ido ejemplificando qué clase de sujetos podrían considerarse abrigados por el término “colaborador” a efectos de este delito. Con el simple ánimo de mostrar algunos, en la

⁶⁶⁴ QUERALT JIMÉNEZ alerta de que, precisamente por el hecho de que se trate de personal externo a la organización empresarial, es difícil que el sujeto calificado de “colaborador” tenga capacidad real de decidir en la contratación. A su juicio, la incorporación de esta figura puede deberse a la elusión del administrador de hecho. En QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “§ 17 Delitos societarios, resistencia a las agencias de control...”, *op. cit.*, p. 626.

⁶⁶⁵ En efecto, *strictu sensu*, se trata de personas que no pertenecen propiamente a la empresa u organización. En GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: “La responsabilidad penal del empresario en el Derecho español: aspectos generales y de aplicación práctica”, en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, nº 2, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, 2012, p. 100.

⁶⁶⁶ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 297.

⁶⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 423-424.

⁶⁶⁸ GÓMEZ MARTÍN, V.: “¿Delitos de posición con infracción de deber? ...”, *op. cit.*, p. 112.

⁶⁶⁹ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 440.

⁶⁷⁰ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁷¹ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 438.

literatura se han mencionado a los agentes comerciales y a los asesores legales o fiscales,⁶⁷² consultores y, en general, a todos aquellos profesionales que, no perteneciendo al organigrama de la empresa, actúan a favor de la misma o en su representación;⁶⁷³ a todos aquellos que, continua o puntualmente, prestan labores de asesoramiento o representación comercial;⁶⁷⁴ a abogados, auditores y otros asesores;⁶⁷⁵ o a autónomos que, a pesar de no tener relación estrictamente laboral con la empresa, presten servicios para ella,⁶⁷⁶ entre otros.

2.1.3. Sujetos activos: estudio de otras cuestiones relevantes.

Antes de abordar la revisión de cada una de las categorías subjetivas enumeradas en el tipo, es preciso abordar ahora algunos aspectos que dejamos anotados antes, a fin de ofrecer una panorámica completa sobre el particular que nos ocupa. Dichos elementos son: i) la problemática de la exclusión del empresario o titular de la empresa o sociedad; y ii) el estudio del elenco de instancias a las que deben encontrarse vinculados estos sujetos. Veamos separadamente cada uno de ellos.

- a) Problemática en torno a la exclusión del empresario o titular de la empresa o sociedad.

Desde la aparición del delito de corrupción privada en 2010, este ha sido uno de los caballos de batalla más utilizados por la doctrina para criticar la literalidad del tipo y la propia conveniencia de la tipificación de estas conductas. De hecho, ya hemos tratado este tema en sede de bien jurídico, como muestra de las críticas vertidas a un modelo puro de protección de la competencia leal.⁶⁷⁷ En este punto, de lo que se trata

⁶⁷² OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*

⁶⁷³ ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares...*, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁷⁴ BAÑERES SANTOS, F. y NIETO MARTÍN, A.: “Corrupción entre privados”, *op. cit.*, p. 221.

⁶⁷⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “§ 17 Delitos societarios, resistencia a las agencias de control...”, *op. cit.*, p. 626.

⁶⁷⁶ ORBEGOZO, X.: “El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.* En contra de considerar como “colaborador” al profesional individual, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 426.

⁶⁷⁷ *Vid. supra* V. 2.3.5. a).

es de averiguar las razones que llevaron al legislador a no considerar al titular de la empresa o sociedad –identificado también como el empresario o, incluso, como el socio⁶⁷⁸– dentro del elenco de sujetos activos de la modalidad pasiva de corrupción entre particulares.

No obstante, es fundamental aclarar que la exclusión del empresario del círculo de sujetos activos de la modalidad pasiva se da únicamente cuando se trata de un empresario persona física –lo que más adelante, tomando alguna denominación de la doctrina, relacionaremos también como “empresario individual”– pero no así en el caso de que el empresario tenga forma de persona jurídica societaria⁶⁷⁹ pues, como se verá en su momento, el artículo 288 CP sí prevé responsabilidad penal para la persona jurídica en este supuesto.

Debemos identificar, como premisa, al empresario como aquella persona que, por sí misma o mediante representantes, ejercitan en nombre propio una actividad económica de producción o distribución de bienes o de servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de tal actividad.⁶⁸⁰

Tras estas aclaraciones previas, el punto de partida de este epígrafe es considerar, como lo hace la amplia mayoría de la doctrina, que es dudoso que, ya sea el empresario o titular o ya sea el socio, puedan quedar comprendidos en las categorías típicas de “directivo, administrador, empleado o colaborador”.⁶⁸¹ Y si ello lo conectamos con el bien jurídico protegido que se defiende en este trabajo, efectivamente, habremos de concordar con quienes sostienen que no existe ninguna razón dogmática o de política-criminal que dé cobertura a esta omisión.⁶⁸² Es más,

⁶⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 426.

⁶⁷⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, B.: “Imputación objetiva en el Derecho penal económico...”, *op. cit.*, p. 171.

⁶⁸⁰ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 299.

⁶⁸¹ ROSAS OLIVA, J.I.: “Consideraciones para la tipificación de un delito...”, *op. cit.*, p. 118.

⁶⁸² OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*; CARUSO FONTÁN, M.V.: “El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito...”, *op. cit.*, p.

el hecho de que la reforma de 2015 siga dejando fuera al socio o al propio empresario no contribuye a mejorar la definición y consiguiente tutela del bien jurídico.⁶⁸³

a.1.) El socio o titular de la empresa no se encuentra excluido del elenco de sujetos.

No obstante, el punto de vista marcado en el párrafo anterior no es unánime: no ha faltado quien ha tratado de justificar que el principal de una entidad mercantil sí puede entenderse alcanzado por la enumeración de sujetos del artículo 286 bis CP. Véanse, brevemente, algunos de estos argumentos.

a.1.1.) Concepto material de administración.

En párrafos anteriores, concretamente al tratar la aparente omisión del administrador de hecho del círculo de sujetos, expusimos la construcción teórica que apostaba por un concepto material de administración, según el cual nada obsta a considerar incluido al socio o empresario si estos ejercen, de hecho o de derecho, labores de administración del ente social,⁶⁸⁴ es decir, si *de facto*, toman decisiones de gobierno o de gestión dentro de la actividad ordinaria de la sociedad mercantil.

a.1.2.) El titular o socio está abarcado por las figuras subjetivas enunciadas.

167; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: "Corrupción entre particulares y tutela...", *op. cit.*, p. 12; VENTURA PÜSCHEL, A.: "Capítulo 37. Corrupción entre particulares...", *op. cit.*, p. 324; BLANCO CORDERO, I.: "Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...", *op. cit.*, p. 1112; ENCINAR DEL POZO, M.A.: "La transparencia de las relaciones mercantiles...", *op. cit.*, pp. 180-181; PÉREZ FERRER, F.: "El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...", *op. cit.*, p. 17. GILI PASCUAL recuerda que "el titular del negocio que acepta ventajas adicionales (...) para preferir las ofertas de un determinado interviniente en el [mercado], en detrimento de los competidores de este, realiza un comportamiento tan lesivo como el que, con ese mismo contenido, puedan llevar a cabo sus directivos, empleados o colaboradores". En GILI PASCUAL, A.: "Bases para la delimitación del ámbito típico...", *op. cit.*, p. 22.

⁶⁸³ PUENTE ABA, L.M.: "Corrupción en los negocios...", *op. cit.*, p. 920; MENDOZA BUERGO, B.: "Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...", *op. cit.*, núm. marg. 12091.

⁶⁸⁴ *Vid.* nota al pie 637.

Este posicionamiento ha sido defendido por algún estudioso en la materia. Así, BAÑERES SANTOS no tiene reparos en abogar por que el empresario individual se encuentra previsto al abrigo del término “directivo”. Defender lo contrario, según insiste, no puede deducirse ni del sentido gramatical de dicha categoría ni del concepto funcional que de ella se deriva. Desde su perspectiva, la inclusión del empresario es, por coherencia sistémica, la consecuencia más lógica, en la medida en que “no tendría fácil explicación que pudiera ser inculcado el administrador (...) y a la vez socio único de una sociedad unipersonal y, por el contrario, no pudiera serlo el empresario individual”.⁶⁸⁵

a.1.3.) Inclusión derivada de la definición de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Motivación diferente buscando el mismo fin ofrece OTERO GONZÁLEZ. La citada autora defiende que no existen motivos para considerar que el socio o empresario no esté incluido dentro de las categorías enunciadas en el tipo penal. A su juicio, la amplitud con la que la Decisión Marco –de la que trae causa el delito en España– define la responsabilidad penal de la persona jurídica lleva a concluir que, “si se puede derivar la responsabilidad del soborno del directivo o del administrador (...) hacia la persona jurídica en cuyo provecho actúa, es decir, hacia la empresa / empresario, por esta vía se está incluyendo a estos dentro del círculo de sujetos activos”.⁶⁸⁶

a.1.4.) Formas de participación delictiva.

En cuarto y último lugar, existen autores que, aun reconociendo el hecho de que el socio o el titular no puedan ser autores directos de la modalidad pasiva, sostienen que la responsabilidad penal podría serle predicable a estos acudiendo a las reglas de autoría y participación.⁶⁸⁷ Piénsese, por ejemplo, en el titular que ha influido en el directivo, administrador, empleado o colaborador, para el que sería posible atribuir

⁶⁸⁵ BAÑERES SANTOS, F.: “El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 149.

⁶⁸⁶ OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*

⁶⁸⁷ BENAVIDES SCHILLER, A.: “Acerca de la corrupción pública y privada...”, *op. cit.*, p.135.

responsabilidad penal en calidad de inductor.⁶⁸⁸ O, incluso, responder como cooperador necesario, en comisión por omisión, si toleró la percepción de sobornos⁶⁸⁹ por parte de sus dependientes o subordinados o diera instrucciones en el sentido de admitir dichas ventajas.⁶⁹⁰ Sin embargo, este pronunciamiento no es pacífico. Para algún autor, no es admisible mostrar al socio o empresario como un mero “partícipe en el hecho principal”, pues, puede ser él el “auténtico protagonista que atenta contra la competencia a través de la corrupción”.⁶⁹¹

a.2.) Exclusión del socio o empresario.

A pesar de estas opiniones, realmente minoritarias, ha de reconocerse –como ya hicimos en un momento anterior– que una interpretación literal del tipo penal ha de llevarnos a admitir que, en efecto, el socio o titular de la empresa o sociedad difícilmente puede comprenderse legalmente previsto en el elenco de sujetos activos de la corrupción pasiva entre particulares. Aceptando esto, las distintas justificaciones ofrecidas a esta omisión pueden clasificarse de cuatro grandes grupos:

a.2.1) Exclusión por razones de política-criminal.

El denominador común al gran grupo de autores que apuestan por esta teoría es, dicho en términos amplios, que la no previsión del socio o empresario como eventual sujeto activo de la corrupción pasiva se debe a una decisión consciente del legislador, bien como consecuencia de la aplicación de los principios limitadores del *ius puniendi*, o bien en atención, simplemente, del establecimiento de un determinado modelo de tipificación de la corrupción privada en nuestro país. Dentro de este gran grupo encontraremos distintas corrientes, que serán revisadas por separado. Debemos hacer notar, sin embargo, que, en la mayoría de las ocasiones, las opiniones doctrinales mezclan elementos de varias

⁶⁸⁸ BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 144.

⁶⁸⁹ GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁹⁰ NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 19 y nota al pie 50.

⁶⁹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B.: “Imputación objetiva en el Derecho penal económico...”, *op. cit.*, p. 171.

de estas corrientes y que, por tanto, la disgregación que aquí se propone se realiza, únicamente, en aras de una mayor claridad expositiva.

a.2.1.1.) Aplicación de los principios de proporcionalidad e intervención mínima.

Uno de los autores que se pueden clasificar en este grupo es GILI PASCUAL para quien la omisión del titular o empresario pudo deberse a la intención del legislador de dejar fuera del tipo especialmente a empresas familiares y pequeños negocios en los que el principal es claramente diferenciable. Para el autor, sostener que la exclusión se debe a razones de proporcionalidad e intervención mínima implica, en la práctica, aceptar que el bien jurídico no es, en exclusiva, la competencia leal.⁶⁹²

O, quizás, es que simplemente el legislador comprendió que, en aras de la mejor observancia del principio de intervención mínima, debía castigar solo los sobornos en que se vieran involucrados quienes puedan tomar decisiones que obliguen a la empresa en el ámbito de la contratación, dejando fuera a quienes, a pesar de tener mando en el proceso productivo o en otra de las facetas empresariales, no lo tengan con funciones estrictamente relacionadas con la contratación en la sociedad o empresa.⁶⁹³ Esto podría suceder con el socio o empresario que, sin embargo, no tuviera conferidas funciones de administración dentro de la entidad mercantil. Desde este punto de vista, no se negaría ya la concreción del bien jurídico “competencia leal”, sino que se apostaría por

⁶⁹² GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, pp. 22-23. Esta es, también, una de las dos posibles alternativas que plantea CORTÉS BECHIARELLI para explicar este extremo, aduciendo que “el redactor de la norma haya querido proyectar el tipo sobre organizaciones empresariales de calado que demanden la presencia de administradores y directivos”, a pesar de que esta intencionalidad se compadezca mal con la mención, en el propio tipo, de los empleados o con el bien jurídico que se declara protegido. En CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 231.

⁶⁹³ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 23.

defender que el legislador no ha querido llevar la protección de dicha leal competencia hasta sus últimas consecuencias.⁶⁹⁴

a.2.1.2.) Defensa de un modelo de incriminación híbrido.

Este conjunto de pareceres fue mencionado en su momento, cuando se exponían los argumentos que un sector arguye en contra de considerar la competencia leal como el bien jurídico protegido, en exclusiva, por el delito. Según esta corriente, la incriminación de cualquier tipo de contraprestación de un agente económico a otro con el fin de que sea preferido en las relaciones comerciales resultaría desproporcionado y, vinculado a ello, chocaría con el principio de fragmentariedad del Derecho penal.⁶⁹⁵

Esencialmente con la presencia del elemento típico del “incumplimiento de obligaciones” en la redacción original de 2010, se entendía que el precepto de corrupción entre privados protege también al titular del negocio –adquiriendo el delito español tintes del modelo de protección competencial y del de infracción de deberes–, por lo que su exclusión del elenco de sujetos resulta político-criminalmente adecuada en aras a definir el carácter de *ultima ratio* del ordenamiento penal.⁶⁹⁶ En esa línea parece situarse ROSAS OLIVA, autor que vincula la exclusión del empresario con la existencia del elemento típico del “incumplimiento de obligaciones”, de tal manera que el tipo penal estaría orientado a salvaguardar las “obligaciones que tiene un empleado respecto del empresario u órgano resolutorio de la empresa a la que pertenece”.⁶⁹⁷

⁶⁹⁴ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 303. Ello estaría vinculado al amplio margen de libertad de que goza el empresario, en virtud de la garantía constitucional del artículo 38 CE, lo que le permite disponer libremente en sus decisiones sobre adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios y relaciones comerciales. Teoría mencionada en ANARTE BORRALLA, E.: “Leción XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 561. La generalidad de la doctrina, sin embargo, se muestra contraria a aceptar esta argumentación. *Vid.*, entre otros, OLAIZOLA NOGALES, I.: “Algunas reflexiones sobre la corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 69.

⁶⁹⁵ BAÑERES SANTOS, F. y NIETO MARTÍN, A.: “Corrupción entre privados”, *op. cit.*, p. 220.

⁶⁹⁶ *Ibid.*

⁶⁹⁷ ROSAS OLIVA, J.I.: “Consideraciones para la tipificación de un delito...”, *op. cit.*, p. 118.

La elusión del empresario y el elemento típico del “incumplimiento de obligaciones” no se han vinculado únicamente a la defensa de un modelo híbrido de protección de la competencia leal y los deberes fiduciarios, sino que la doctrina se ha servido de ella para defender un modelo de tutela cumulativo de la competencia y de los intereses patrimoniales del empresario –modelo patrimonialista– que, en todo caso, convierte las conductas de soborno en irrelevantes si media en ellas el consentimiento del titular o empresario, en la medida en que, entonces, el sujeto activo no incumple obligación alguna.⁶⁹⁸

La competencia leal no se erigiría, entonces, como bien jurídico, sino como una de las razones de esta previsión, pero no siendo siquiera la única ni la fundamental.⁶⁹⁹ Dicho de otro modo, para que se dé el elemento específico de la corrupción, resultaría necesario –sostiene este grupo de autores– que el sujeto corrompido tenga la condición de “encargado” frente a un “principal” que le atribuye una especial posición de deber que resulta incompatible con la aceptación de ventajas indebidas.⁷⁰⁰

a.2.2.) Exclusión basada en motivaciones de Derecho supranacional y comparado.

Este es el segundo gran grupo de razonamientos que podemos encontrar en la literatura científica para explicar el porqué de la omisión del socio o titular de la empresa de entre el círculo de sujetos. La exclusión no se debe, para quienes integran este grupo, a una decisión consciente de nuestro legislador penal, sino que se motiva en argumentos más allá

⁶⁹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 508; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 309. Respecto del valor del consentimiento del empresario, también BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1114.

⁶⁹⁹ NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 15.

⁷⁰⁰ Esta concepción, volviendo a una categorización anterior, pasa por entender que el delito de corrupción entre particulares es un “delito especial propio”. En MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 438-439.

de nuestro ordenamiento jurídico, sea por seguir la línea de las previsiones de otros países o por dar un mejor cumplimiento a la normativa supranacional.

En el primero de los casos podría encuadrarse la opinión de VENTURA PÜSCHEL. Para el autor, no prever al empresario entre los sujetos activos de la corrupción privada pasiva es acorde con la doctrina alemana mayoritaria, que se acoge al principio de libertad de empresa para sostener que el titular de la empresa es esencialmente libre en sus decisiones de mercado, por lo que no es un autor idóneo de un delito de corrupción entre particulares.⁷⁰¹

Los que se alinean con la segunda de las posibilidades entienden que la no incorporación del socio o empresario se debe, exclusivamente, a la intención del legislador español de trasponer la Decisión Marco de modo literal y, así, en la medida en que la norma comunitaria no hace mención expresa al principal⁷⁰² del ente social como eventual sujeto, tampoco se incluye este en el tipo penal español. No se trata, pues, de un olvido legislativo, sino de una “idea preconcebida que debe desentrañarse y explicarse para dotar de sentido” al tipo penal español,⁷⁰³ afán que mueve los comentarios de este epígrafe.

⁷⁰¹ VENTURA PÜSCHEL, A.: “Capítulo 37. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 324. Acerca de la inidoneidad del socio o titular para ser sujeto activo de la modalidad pasiva, también BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1112.

⁷⁰² NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 19; ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 303.

⁷⁰³ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E. “Artículo 286 bis...”, *op. cit.*, p. 406. En el mismo sentido, MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12091. GILI PASCUAL sostiene que la exclusión del empresario se debe a que el modelo de tipificación español, derivado automáticamente de la norma comunitaria, refleja la sanción de lo que podría denominarse “corrupción de empleados”, siendo que los actos anticompetitivos del titular del ente mercantil o empresario encuentran respuesta en la normativa sectorial, fundamentalmente Ley de Defensa de la Competencia y Ley de Competencia Desleal. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 174-175. Contrariamente a este parecer, BAÑERES SANTOS no está de acuerdo en que la Decisión Marco excluya al socio o al principal. Simplemente menciona a las personas que “desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo” sin realizar ninguna exclusión. En BAÑERES SANTOS, F.: “El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 149.

a.2.3.) Exclusión como consecuencia de deficiencias de técnica legislativa.

Esta corriente quizás sea minoritaria, pero encontramos un sector que atribuye la ausencia del socio, empresario o titular del negocio del elenco de sujetos, únicamente, a un descuido o un olvido del legislador de 2010.⁷⁰⁴ Esta tesis, desde nuestro parecer, resulta difícilmente defendible por cuanto, de haberse tratado de un mero error legislativo, el redactor de la reforma de 2015 podría haberse hecho eco de las críticas y haber aprovechado la oportunidad para incluir al principal en la nueva literalidad del artículo 286 bis CP, cosa que, como ya he dado cuenta anteriormente, no sucedió.⁷⁰⁵

a.3.) Toma de postura.

Ya hemos ido desgranando nuestro parecer conforme hemos ido abordando distintos aspectos dentro de este epígrafe. No obstante, puede ser útil expresar nuestra opinión de modo completo. Debemos decir que, en líneas generales, suscribimos el pronunciamiento de ENCINAR DEL POZO a este respecto.⁷⁰⁶ En efecto, más allá de disquisiciones doctrinales, no es posible saber si la elusión del socio o del empresario persona física, del elenco de sujetos activos de la corrupción privada pasiva, se ha debido a un mero descuido legislativo –aunque, en la medida

⁷⁰⁴ Esta es la primera de las alternativas que expone CORTÉS BECHIARELLI, indicando que es posible que esta omisión “se trate de un error legislativo”. En CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 231. También mencionan esta posibilidad RODRÍGUEZ PUERTA y GILI PASCUAL. En RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 126; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 37. NAVARRO FRÍAS y MELERO BOSCH sostienen, firmemente, que la exclusión del empresario como sujeto activo de la modalidad pasiva es un “olvido injustificable” del legislador español, aunque seguidamente reconocen que tal descuido es también imputable al redactor comunitario. En NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 19.

⁷⁰⁵ *Vid. supra* VI. 2.1.3. a).

⁷⁰⁶ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 303.

en que esta omisión se mantuvo tras la reforma de 2015 es difícil sostener esta justificación– o a una decisión consciente de política-criminal.

En todo caso, como ya mencionamos, una correcta interpretación del tipo no nos permite, *de lege data*, considerar incluido al titular entre los sujetos enumerados en el artículo 286 bis CP –por más que esto fuera saludable; coincidimos en que una conducta corrupta por su parte es tan lesiva o más para la competencia que la que puedan desarrollar sus dependientes o subordinados–,⁷⁰⁷ pues solo si tal socio o titular, además, ostenta la categoría de directivo, administrador o colaborador, podríamos atribuirle responsabilidad penal sin miedo de contravenir los más básicos principios limitadores del *ius puniendi* estatal.

Así, por tanto, en lo que al socio o al empresario persona física se refiere, sólo cabrá, en su caso, atribuirle responsabilidad penal por corrupción privada acudiendo a las reglas de la participación delictiva. Queda a salvo de estos comentarios el caso del empresario persona jurídica pues, como se ha mencionado y se verá más adelante, el artículo 288 CP sí prevé sanciones para estos supuestos.

- b) Entidades del sector privado con las que el sujeto activo debe guardar relación.

He mencionado en momentos anteriores que una de las notas que deben caracterizar a los sujetos activos de este delito, precisamente para ostentar la idoneidad para serlo, es encontrarse vinculado, o más genéricamente, relacionado a una entidad empresarial del sector privado. El estudio de este elemento pasará por revisar brevemente la primera regulación, vigente desde 2010 para, después, centrarme en la previsión actual, fruto de la reforma del Código de 2015.

b.1.) La redacción original de 2010.

El artículo 286 bis CP, en su primera versión de vigencia, consideraba que los “directivos, administradores, empleados o colaboradores” habían de serlo “de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización”. La intención del legislador pareciera ir en la línea de que el tipo penal alcanzara a todo tipo de persona jurídica empresarial que perteneciera al sector privado, en la línea con el *nomen*

⁷⁰⁷ GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, op. cit., p. 182.

iuris del propio delito.⁷⁰⁸ Por contra, la crítica principal que se hacía a esta dicción es que resultaba redundante⁷⁰⁹ y superflua, por cuanto todas las formas jurídicas enunciadas están conceptualmente incluidas en la noción de “empresa mercantil”.⁷¹⁰ Además, la evidente amplitud de los términos utilizados se prestaba a interpretaciones no siempre coincidentes, lo cual suponía una dificultad más a la hora de poder aplicar el tipo penal.

Debe tratarse de instituciones que tienen por objeto central participar con cierta estabilidad en el mercado o, cuanto menos, intervienen en él de forma efectiva, adquiriendo o vendiendo bienes o contratando servicios profesionales.⁷¹¹ En todo caso, la utilización de esta enumeración omnicompreensiva, junto con la previsión expresa de la Decisión Marco⁷¹², hacía suponer que habían de incluirse, también, las entidades que no tengan fines lucrativos –ONGs, fundaciones benéficas, etc.–⁷¹³ El punto común es que nos encontremos ante estructuras que, por su actividad o fin puedan intervenir activa o pasivamente en el mercado, alterando las reglas de la competencia o, al menos, comprometiéndolas; esto es, con posibilidad de afectar al bien jurídico protegido.⁷¹⁴

La definición de “empresa mercantil” se refiere no sólo a un ente jurídico social, sino también a cualquier empresa de signo individual con

⁷⁰⁸ ROSAS OLIVA, J.I.: “Consideraciones para la tipificación de un delito...”, *op. cit.*, p. 117.

⁷⁰⁹ SÁNCHEZ MELGAR hace notar que la enumeración de “sociedad, asociación, fundación u organización” comprende ya personas jurídicas que podrían encuadrarse en la categoría de “empresa mercantil”. En SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 24.

⁷¹⁰ BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 143.

⁷¹¹ ANARTE BORRALLO, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 560.

⁷¹² Concretamente, el artículo 2.2 de la norma comunitaria establece que los comportamientos definidos como corrupción privada se entenderán aplicables “a las actividades profesionales de entidades con fines lucrativos y no lucrativos”.

⁷¹³ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 434.

⁷¹⁴ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 234.

tal de que intervenga en el mercado⁷¹⁵ y se llega a incluir, también, a las sociedades irregulares y transitorias, incluso las constituidas para una sola operación comercial. El mínimo exigible se situaba, por tanto, en que se tratara de una asociación de personas que intervenga en la vida económica intercambiando prestaciones y contraprestaciones de contenido económico.⁷¹⁶

El concepto de “sociedad” es, en sí, muy amplio y podría hacer referencia tanto a sociedades de carácter civil como mercantil y dentro de esta última, evidentemente, puede abarcar cualquier clase de sociedad de capital, sociedades especiales o cooperativas.⁷¹⁷ Entre ellas, cabe incluir a las sociedades laborales, profesionales y deportivas, todas ellas regidas por sus leyes especiales.⁷¹⁸

Entiende la doctrina por “asociación” toda unión voluntaria, duradera y organizada, carente de naturaleza jurídico-mercantil,⁷¹⁹ constituida para conseguir un fin⁷²⁰, siendo que, en el contexto de este delito, dicha finalidad debe estar orientada, como en el resto de figuras, a la participación más o menos habitual en el mercado.

La noción de “fundación” viene recogida en el artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones, entendiéndose por tal a “las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”.⁷²¹ Debe tratarse de entes con personalidad jurídica propia⁷²² que se regirán por la voluntad de su fundador, sus propios Estatutos y, en su caso, por la referida norma. De

⁷¹⁵ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, pp. 23-24.

⁷¹⁶ BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 143; BACIGALUPO, E.: «Compliance» y derecho penal..., *op. cit.*, p. 199.

⁷¹⁷ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, pp. 24-28.

⁷¹⁸ NEILA NEILA, J.M.: *La responsabilidad penal ante delitos...*, *op. cit.*, pp. 394-395.

⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 395.

⁷²⁰ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 28.

⁷²¹ Dicha Ley fue publicada en el BOE nº 310, 27-12-2002. Su versión vigente puede consultarse en la web del BOE. Fuente: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-25180>. Consultado el 10 de junio de 2017.

⁷²² NEILA NEILA, J.M.: *La responsabilidad penal ante delitos...*, *op. cit.*, p. 395.

nuevo aquí lo esencial es que, para la consecución de los fines de la fundación, el ente fundacional participe en el mercado como operador económico.

Por último, el tipo penal original hacía referencia a la figura de la “organización”, cuya concreción resultaba difícil por ser un término amplio⁷²³ y confuso, pareciendo estar pensada como cláusula de cierre para abrigar a cualquier agrupación de personas físicas o jurídicas, sin mayor precisión ni tecnicismo.⁷²⁴ Dentro de esta categoría jurídica tan extensa, podría acogerse cualquier concepto jurídico normado de alguna manera, incluidas las comunidades de bienes, las asociaciones empresariales, sindicatos –a salvo de cuando estos últimos desarrollan labores de servicio público–, etc.⁷²⁵

b.1.1.) Exclusión de empresas públicas y privadas que presten servicios públicos.

Este es otro de los aspectos relevantes que deben ser tratados en esta investigación. En efecto, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 dejaba clara la postura del legislador al respecto: “Obviamente, las empresas públicas o las empresas privadas que presten servicios públicos serán sometidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes”. Esta intención, sin embargo, por muy inequívoca que pueda parecer en la justificación no se traslada posteriormente al texto normativo,⁷²⁶ lo cual plantea evidentes problemas de legalidad.⁷²⁷ Además, en opinión de la doctrina, esta pretensión de

⁷²³ *Ibid.*, p. 395.

⁷²⁴ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, pp. 28-29.

⁷²⁵ NEILA NEILA, J.M.: *La responsabilidad penal ante delitos...*, *op. cit.*, p. 395.

⁷²⁶ Así es resaltado en el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 2009, que reconoce que “nada de eso [de esta limitación] dice el artículo 286 bis, que ninguna exclusión contiene al respecto. Tampoco en la regulación del cohecho se hace mención a esta cuestión. En *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto...*, *op. cit.*, p. 115.

⁷²⁷ En efecto, la aparente voluntad del legislador de excluir la aplicación del precepto de corrupción privada a las empresas públicas y privadas que presten servicios públicos, sometiendo a estas a la disciplina del cohecho, no encuentra acogida expresa en el

exclusión llega a ser inadmisibile por cuanto el hecho de que una empresa privada preste servicios públicos no atribuye condición funcional alguna y, además, no se aprecia ninguna justificación expresa y suficiente para trasladar estos supuestos a la disciplina de los delitos contra la Administración pública.⁷²⁸

Nos referiremos, siguiendo con el hilo argumental anterior, al caso de las empresas privadas que prestan servicios públicos. Parece claro, como se ha dicho, que el hecho de que una empresa preste servicios públicos no puede suponer atribuir la condición funcional a los sujetos implicados; consiguientemente, tampoco existirá una infracción del deber específico extrapenal que corresponde a aquellos, lo que justifica que a estas empresas privadas se les dé tratamiento de particulares.⁷²⁹ En suma, “aunque la empresa a la que pertenezca el sujeto destinatario del soborno preste servicios públicos, no se verá en modo alguno afectada la [probidad] y el funcionamiento de la administración pública” y, en consecuencia, las conductas de soborno en su seno deberían subsumirse al delito de corrupción entre particulares.⁷³⁰ Por tanto, a pesar de lo aparentemente deseado por el legislador, parece evidente convenir que también las empresas privadas que presten servicios públicos estarán sometidas al delito de corrupción entre particulares y no a la disciplina del cohecho.⁷³¹

En segundo término, debe considerarse también el caso de aquellas empresas públicas que revisten forma mercantil de Derecho privado. El informe del CGPJ expone la posibilidad de que, para estos casos, fuera aplicable el delito de negociaciones fraudulentas, si bien llega a la conclusión de que esta opción resultaría político-criminalmente inaceptable, en la medida en que el tipo del artículo 436 CP debe exigir un “plus de gravedad con respecto a la misma conducta realizada por

tenor legal del artículo 286 bis CP. En MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 434.

⁷²⁸ ROSAS OLIVA, J.I.: “Consideraciones para la tipificación de un delito...”, *op. cit.*, p. 117.

⁷²⁹ *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto...*, *op. cit.*, p. 115.

⁷³⁰ ROSAS OLIVA, J.I.: “Consideraciones para la tipificación de un delito...”, *op. cit.*, p. 117.

⁷³¹ *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto...*, *op. cit.*, p. 115; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 362.

los particulares, pues [estos] no lesionan bienes jurídicos relativos al funcionamiento de las Administraciones Públicas”.⁷³² En suma, ningún problema plantea aquella empresa pública cuyos integrantes tienen la condición de funcionarios, pues efectivamente será aplicable la figura del cohecho,⁷³³ pero más controvertido resultarán, como he tratado de exponer, los supuestos de empresas privadas que prestan servicios públicos o empresas públicas con forma jurídica de Derecho privado.⁷³⁴

b.2.) *Ámbito de aplicación del delito con la reforma de 2015.*

Una primera lectura del artículo, tras la modificación obrada en la Ley Orgánica 1/2015 podría llevarnos a pensar que la nueva redacción ha restringido la aplicación del tipo, en la medida en que reduce las posibles estructuras jurídicas en cuyo seno puede cometerse este delito.⁷³⁵ Así, mientras que la enumeración original, como hemos analizado antes, hacía alusión a la empresa mercantil, sociedad, asociación, fundación u organización, en la actualidad, se prevé la posibilidad de cometer el delito dentro de “una empresa mercantil o una sociedad”. Además, el tipo vigente añade un párrafo 5º que contiene una definición auténtica de lo que, a efectos del delito, debe entenderse por “sociedad”.

El referido número 5 del artículo 286 bis CP prevé lo siguiente:

⁷³² Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto, *ibid.*, p. 116.

⁷³³ GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado y los consumidores y en los delitos societarios por el Proyecto de Ley LO 121/000119, de modificación del Código Penal”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (coord.): *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 151.

⁷³⁴ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 309. Esta controversia no ha quedado resuelta tras la reforma de 2015. En ese sentido, ANARTE BORRALLÓ sostiene que, efectivamente, antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, debía primar “como mejor criterio el de que los particulares integrados en empresas privadas que prestan servicios públicos serían sujetos activos de la corrupción privada pasiva”. Sin embargo, desde julio de 2015, entiende que “a la vista del art. 427, da la impresión de que debe anteponerse el criterio de que, en tales casos, se procede a aplicar el cohecho o, en su caso, la corrupción [transnacional]”. En ANARTE BORRALLÓ, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 76.

⁷³⁵ *Ibid.*, p. 305.

5. A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297.

Por su parte, el artículo 297 CP, ubicado entre los delitos societarios, define una “sociedad” como:

Artículo 297.

A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado.

Respecto de la expresión “empresa mercantil” nada se precisa añadir respecto de lo señalado anteriormente, si bien únicamente puede ser conveniente hacernos eco de aquella opinión doctrinal que considera que tal categoría no añade nada nuevo a la posteriormente recogida – “sociedad” –, salvo siquiera reforzar la dicción legal o, a lo máximo, servir para recoger algún supuesto que no cupiera con claridad en el concepto alternativo.⁷³⁶

El artículo 297 CP, por su parte, ofrece un concepto amplio de “sociedad” en el que se enumeran distintas agrupaciones jurídicas *ad exemplum*, junto a la incorporación de una cláusula final abierta. La exigencia común a todas estas estructuras es que “para el cumplimiento de sus fines [participen] de modo permanente en el mercado” o, expresado de otro modo, en el intercambio de bienes y servicios a través de la correspondiente contraprestación.⁷³⁷ En un siguiente paso, de la interpretación conjunta de los artículos 286 bis y 297 CP, podemos elaborar una enumeración de entidades que rezaría del siguiente modo: “empresa mercantil, cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”.

En primer lugar, debemos decir que los comentarios que realizamos anteriormente en torno a la noción de “empresa mercantil” son válidos,

⁷³⁶ GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 154.

⁷³⁷ NÚÑEZ CASTAÑO, E.: “Lección XII. Delitos societarios”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (dir.): *Nociones fundamentales...*, *op. cit.*, p. 277.

también, para definirla en la actualidad, tras la reforma obrada en el delito en el año 2015. Lo interesante, entonces, es acotar la definición auténtica de las demás entidades abarcadas en la categoría de “sociedad” ahora prevista en el tipo –a través de la remisión al artículo 297 CP– y determinar cuál es, por tanto, el ámbito de aplicación del delito de corrupción entre particulares vigente. Debe precisarse, en este punto, que los comentarios realizados a continuación tienen el único afán de servir a la interpretación del tipo penal por lo que no se realizará un estudio exhaustivo de las figuras, a sabiendas de que el análisis de las mismas obligaría a aventurarnos en una excursión extrapenal, al poseer el precepto la estructura formal de una norma penal en blanco y, con ello, remitirse a una serie de instituciones cuyo ámbito operativo se desarrolla fundamentalmente en el Derecho privado.⁷³⁸

Seguidamente, deben hacerse notar las dudas que plantea la remisión al artículo 297 CP a la hora de interpretar el 286 bis CP.⁷³⁹ En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto, en el contexto de los delitos societarios, que la enumeración de entidades relacionadas en el artículo 297 ha sido unánimemente criticada por superponerse y confundirse especies y géneros de sociedades; por ello, el precepto ha sido tildado de casuístico y falta de rigor.⁷⁴⁰ En lo que pueda ayudar a clarificar la interpretación del delito de corrupción entre particulares, nos proponemos ahora delimitar conceptualmente cada una de las instituciones numeradas en el artículo 297 CP.

Por “cooperativa” debe entenderse, de acuerdo a la definición contenida en el artículo 1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, toda “sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático,

⁷³⁸ SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M.J.: *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, 3ª ed., La-Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2013, p. 699.

⁷³⁹ GIL NOBAJAS, M.S.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis)...”, *op. cit.*, p. 606.

⁷⁴⁰ SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M.J.: *Delitos societarios y conductas afines...*, *op. cit.*, pp. 703-704.

conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional”.⁷⁴¹ Según los estudiosos en la materia, se trata de un ente organizativo caracterizado por varias notas: i) la idea mutualista y la supresión de los intermediarios; ii) el principio de «puerta abierta» o libre acceso; iii) su carácter democrático; iv) la distribución de los beneficios mediante el sistema de «retorno cooperativo»; v) la colaboración intercooperativa; vi) el principio educativo-promocional; y vii) el principio de servicio a la comunidad.⁷⁴²

El término “Caja de Ahorros” quizás se encuentre, en la actualidad, fuera de lugar. Creadas a inicios del siglo pasado, estas entidades financieras buscaban captar el ahorro popular estando encuadradas fuera del ámbito de ordenación bancario.⁷⁴³ En tiempos actuales, se distinguían por ser entidades financieras que facilitaban el crédito a pequeñas y medianas empresas y, en su mayoría, por su labor social, canalizada a través de fundaciones. Sin embargo, la reordenación y fusión bancaria impulsada desde el Gobierno a partir del año 2010 ha conllevado la desaparición prácticamente total de las Cajas de Ahorros y las cooperativas de crédito, hasta el punto que, a fecha 2017, de las casi 50 existentes en 2005 sólo se mantienen vivas dos, ambas fuera de la gestión gubernamental ejercida por el FROB.⁷⁴⁴ Por todo esto, puede sostenerse que esta categoría resulta, hoy en día, inaplicable y, por ende, carente de relevancia penal, por lo que no merece profundizar en su estudio.

El tercer término que aparece en el artículo estudiado es el de “mutua”. Para acercarnos a la delimitación del mismo, debemos acudir a la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las

⁷⁴¹ Esta Ley fue publicada en el BOE nº 170, 17-07-1999. La versión consolidada puede consultarse en la web del BOE. Fuente: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-15681>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁷⁴² SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M.J.: *Delitos societarios y conductas afines...*, *op. cit.*, pp. 710-711.

⁷⁴³ *Ibid.*, p. 715.

⁷⁴⁴ Un análisis revelador del devenir cronológico de la desaparición de las Cajas de Ahorros puede leerse en el artículo titulado “¿Por qué en España han desaparecido las cajas de ahorro y en Alemania sobreviven más de 400?”, publicado en la web de Intereconomía.com, 19 de enero de 2017. Fuente: <https://intereconomia.com/empresas/banca/por-que-en-espana-han-desaparecido-las-cajas-de-ahorro-y-en-alemania-sobreviven-mas-de-400-20170119-2149/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

entidades aseguradoras y reaseguradoras.⁷⁴⁵ La interpretación penal de esta categoría debe incluir, necesariamente, tanto a las mutuas de seguros, como a las cooperativas de seguros y a las mutualidades de previsión social, definidas en los artículos 41 a 43 del referido texto legal. Las mutuas de seguros, previstas en el artículo 41, son consideradas “sociedades mercantiles sin ánimo de lucro, que tienen por objeto la cobertura a los socios, sean personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante una prima fija pagadera al comienzo del período del riesgo”. Por su parte, las cooperativas de seguros –recogidas en el artículo 42– “tienen por objeto la cobertura a los socios de los riesgos asegurados mediante una prima fija pagadera al comienzo del período del riesgo” y se rigen por disposiciones contenidas a continuación.

Por último, las mutualidades de previsión social –ubicadas en el artículo 43– “son entidades aseguradoras que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria, mediante aportaciones de los mutualistas, personas físicas o jurídicas, o de otras entidades o personas protectoras. Aquellas mutualidades de previsión social que se encuentran reconocidas como alternativas a la Seguridad Social en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ejercen además una modalidad aseguradora alternativa al alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos”. Estas últimas tienen, además, singular importancia dentro del llamado sistema de la Seguridad Social complementaria abarcando tanto a los trabajadores dependientes de un empresario, como autónomos o profesionales.⁷⁴⁶

Seguidamente, el artículo referencia a la “entidad financiera o de crédito”. El Banco de España define “entidad financiera” como aquellas “que se dedican a realizar operaciones de crédito en un ámbito muy específico: *'leasing'* (arrendamiento financiero con opción de compra),

⁷⁴⁵ Publicada en el BOE nº 168, 15-07-2015. La versión consolidada puede consultarse en la web del BOE. Fuente: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-7897#dd>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁷⁴⁶ SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M.J.: *Delitos societarios y conductas afines...*, op. cit., p. 720.

'*factoring*' (cesión de una cartera de créditos), crédito al consumo, crédito hipotecario, tarjetas, avales", etc.⁷⁴⁷ Para definir "entidad de crédito" podemos acudir al Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, que, si bien se encuentra actualmente derogado, contenía una definición auténtica, entendiendo por tal "toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público, en forma de depósitos u otras análogas, que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia en la concesión de créditos".

Respecto de la categoría de "fundación", valgan los comentarios realizados en el epígrafe anterior, dedicado a la redacción original, fruto de la LO 5/2010. Indicaba, en ese momento, que lo esencial para entender la inclusión de esta figura aquí es que la fundación, para la consecución de sus fines, participe en el mercado como operador económico. El elenco de fines de interés general que una fundación puede perseguir debe estar relacionado, como menciona el artículo 3 de la Ley 50/2002, con la "defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico". A la consecución de este fin la fundación tendrá afectado un patrimonio y, en la medida en que para la consecución de dicho fin participe en el mercado, entrará eventualmente dentro del ámbito de aplicación del delito de corrupción entre particulares.

Figura en siguiente lugar la institución de la "sociedad mercantil", de la que será perfectamente predicable el análisis realizado en el subepígrafe b.1.) de este apartado, a tenor de la categoría de "sociedad". Coincidimos con ENCINAR DEL POZO en afirmar que, a pesar de que el precepto hable únicamente de "sociedad mercantil", habremos de entender abarcadas tanto las sociedades mercantiles como las de carácter civil, pues estas intervienen con relevancia apreciable en el mercado,

⁷⁴⁷ Información obtenida de la web del Banco de España. Fuente: https://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Entidades/Entidades_que_no/Establecimiento_f7b34c7f9edc941.html. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

al hallarse en disposición de participar en la adquisición o venta de mercancías, la contratación de servicios o la iniciación de relaciones comerciales.⁷⁴⁸

En último lugar, el artículo 297 CP recoge la expresión “cualquier otra entidad de análoga naturaleza” que, como sucedía con el término “organización” en la redacción original de 2010, hace las veces de cláusula de cierre, que trata de evitar posibles lagunas de punibilidad.⁷⁴⁹ Sin embargo, siguiendo a la doctrina, la interpretación que debe darse de esta fórmula ha de ser funcional, exigiendo que las estructuras jurídicas que puedan quedar englobadas, cumplan una serie de condicionamientos, y siendo consideradas “con independencia de la forma que adopte cualquier actividad, agrupación de personas o asociación, que forme una entidad económica, con o sin naturaleza jurídica corporativa, constituida formalmente o por constituir, que haya nacido con el fin de incorporarse al tráfico económico y que de hecho participe en el mismo de forma activa, generando núcleos de relaciones y de intereses similares a los de las estructuras societarias formalizadas”.⁷⁵⁰

En todo caso, como explicita el artículo 297 CP, el núcleo común a todas estas estructuras es que “para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”. Desentrañar el contenido de esta expresión merece algunas puntualizaciones, en tanto que ello parece entrar en conflicto con algunos de los pronunciamientos doctrinales existentes en el inicio de vigencia de este delito, que abogaban por incluir en la relación de entidades del artículo 286 bis CP a cualquier institución con vocación de intervención efectiva en el mercado –sin la exigencia de su participación “permanente” que expresa el artículo 297 CP–, sumando, incluso, a entidades sin ánimo de lucro.⁷⁵¹

⁷⁴⁸ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 305.

⁷⁴⁹ PUENTE ABA menciona que existe un acuerdo generalizado en la doctrina en entender que debe tratarse de estructuras con personalidad jurídica propia, si bien la expresión plantea particulares problemas interpretativos. En PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 919.

⁷⁵⁰ SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M.J.: *Delitos societarios y conductas afines...*, *op. cit.*, p. 780.

⁷⁵¹ *Vid.* notas al pie 712 a 714.

Ello debe traerse a colación, precisamente, porque, en lo que al contenido de esta última expresión se refiere, existen dos interpretaciones posibles. De un lado, podría sostenerse, en sentido amplio, que, dentro del ámbito de aplicación del artículo 286 bis CP –vía remisión al artículo 297 CP– cabe cualquier entidad, sea cual sea su fin y ya sea este lucrativo o no, que participe en el mercado adquiriendo bienes o contratando servicios. Más restrictivamente, se entenderían aludidas únicamente las entidades cuyo fin sea lucrativo ya que –según esta línea interpretativa– este ánimo de lucro es el fin que da sentido a la participación permanente en el mercado. En este sentido, la doctrina que se ha pronunciado hasta el momento sobre este particular, se ha decantado por acogerse a la interpretación más estricta.⁷⁵²

b.2.1.) Supuestos discutidos.

Considero que nada debemos añadir a lo ya referido en el apartado anterior en relación a las empresas públicas y las empresas privadas que prestan servicios públicos. El debate generado en el contexto de la LO 5/2010 se ha mantenido con la vigencia de la LO 1/2015, que nada dice al respecto. Y, por ello, la conclusión a la que debe llegarse es la misma: a pesar de la voluntad declarada del legislador de sancionar posibles conductas de corrupción en el seno de estas a partir de la figura del cohecho público, la concreta regulación contenida en el artículo 286 bis CP nada obsta a que, en ambos casos, sea aplicable la disciplina del tipo de corrupción entre particulares. Veamos otros casos respecto de los cuales la doctrina ha planteado alguna duda.

b.2.1.1.) Las comunidades de propietarios.

El debate en torno a estas fue uno de los sostenidos antes de la reforma del tipo penal en 2015. En concreto, se discutía si las comunidades de propietarios podrían tener cabida dentro de la categoría de “organización”.⁷⁵³ La clave de la cuestión se encontraba en el hecho reconocido de que una comunidad de propietarios, a pesar de no tener atribuida

⁷⁵² ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., pp. 306-307; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, op. cit., p. 152.

⁷⁵³ De esta opinión era SÁNCHEZ MELGAR, quien se expresaba en estos términos: “por esta vía [la del término “organización”] entrarán (...) tal vez, todas las uniones personales carentes de personalidad jurídica, como las comunidades de propietarios regidas por la Ley de Propiedad Horizontal”. En SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, op. cit., p. 29.

personalidad jurídica propia, sí poseía capacidad de contratación y de gestión.⁷⁵⁴ Parece obvio, para la doctrina, que a raíz de las modificaciones introducidas en el tipo en 2015 esta posibilidad ha quedado restringida, en la medida en que el artículo 286 bis.5, por remisión al 297 CP, exige la participación permanente en el mercado.

Se sostiene, por este sector, que, tomando como referencia la regulación vigente, una comunidad de propietarios regida por la Ley de Propiedad Horizontal, por un lado, no puede ser entendida como una entidad de análoga naturaleza a las mencionadas en el artículo 297 CP y, de otro lado, la comunidad de propietarios no participa en el mercado de modo permanente para el cumplimiento de sus fines.⁷⁵⁵ Siendo así, se ha afirmado que la reforma de la LO 1/2015 ha expulsado del ámbito del precepto aquellos casos en que las organizaciones no tienen la condición de empresarios; supuestos entre los que se encuentran las comunidades de propietarios.⁷⁵⁶

b.2.1.2.) Las entidades sin ánimo de lucro.

Ya hemos mencionado anteriormente que, interpretando la redacción original de 2010 de acuerdo a lo previsto en el artículo 2.2 de la Decisión Marco, la práctica unanimidad de la doctrina entendía que debían entenderse incluidas dentro del ámbito típico del delito tanto las entidades con ánimo de lucro como aquellas carentes del mismo –ONGs, fundaciones benéficas, etc.–⁷⁵⁷ En ese sentido, GARCÍA ALBERO sostuvo que la sustitución del ámbito de aplicación con la reforma de 2015

⁷⁵⁴ NAVARRO MASSIP, J.: “Capítulo 4. El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 108; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares...*, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁵⁵ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 307. Para GILI PASCUAL no es necesario, ni siquiera, comprobar la participación permanente de estas en el mercado pues, a tenor de la dicción del artículo 297 CP, todas las entidades “de análoga naturaleza” han de ostentar, necesariamente, personalidad jurídica; aspecto que no cumplen las comunidades de propietarios. GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 162.

⁷⁵⁶ GARCÍA ALBERO, R.: “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, *op. cit.*, p. 571.

⁷⁵⁷ Parecía mostrarse en contra, no obstante, ORBEGOZO, que parecía incluir en el concepto de “organización” únicamente a entidades con fines lucrativos, tuvieran estas o

resultó sorprendente, precisamente por la literalidad del artículo 2.2 de la Decisión Marco y porque, a su juicio, con la nueva redacción, se desatiende la realidad de muchas entidades sin ánimo de lucro –singularmente, asociaciones y fundaciones– que realizan y desarrollan actividades económicas y, por ello, se convierten en operadores económicos en el mercado, “actuando en muchos casos con estructuras empresariales sin distinción de personalidad jurídica”.⁷⁵⁸ Ello, además, resulta coherente con la falta de consideración de la perspectiva patrimonial de la empresa, entre los criterios ordenadores del bien jurídico, y la orientación a la protección de la competencia.⁷⁵⁹ Así, pues, en conclusión a este aspecto, parece ser que, con la remisión al artículo 297 CP, solo pueden entenderse incluidas en el ámbito de aplicación del delito, actualmente, las estructuras jurídicas que actúen en el mercado con ánimo de lucro, en la línea de la interpretación restrictiva apuntada al estudiar el concepto de “cualquier otra entidad de análoga naturaleza”.

2.1.4. Sujeto pasivo de la modalidad pasiva.

La respuesta a esta cuestión pasa, necesariamente, por traer de nuevo a colación cuál es el bien jurídico protegido por la norma⁷⁶⁰ que se defiende en este trabajo. Nótese, en este momento, que se considera como sujeto pasivo del delito al titular del bien jurídico protegido. Es importante recordar que aludir a sujeto pasivo no equivale, en todas las figuras delictivas, a hablar de la persona perjudicada o aquella sobre la que recae la acción del delito.⁷⁶¹

El supuesto de la corrupción entre particulares es uno de ellos. En contra de lo que se sostuvo por algún autor, no podemos entender como sujeto pasivo al corruptor; esto es, al que se considerará sujeto activo

no personalidad jurídica. En ORBEGOZO, X.: “El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*

⁷⁵⁸ GARCÍA ALBERO, R.: “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, *op. cit.*, p. 570.

⁷⁵⁹ GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado...”, *op. cit.*, p. 151.

⁷⁶⁰ ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 562.

⁷⁶¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Lección 4. La tipicidad”, *op. cit.*, p. 76.

de la modalidad activa.⁷⁶² En este punto, si entendemos que el bien jurídico tutelado es la competencia leal –postura que se mantiene en esta tesis doctoral–, habremos de concluir que, la condición de sujeto pasivo de esta figura deberá ser atribuida a los competidores de la empresa en la que desarrolla su labor el corrupto.⁷⁶³ Desde otra perspectiva, pero asumiendo que la competencia se resalta como el bien jurídico de la norma, QUERALT JIMÉNEZ opina que “a tenor del bien jurídico que dibuja el legislador, [el sujeto pasivo] sería la comunidad, puesto que la competencia es un bien (...) colectivo”.⁷⁶⁴

a) Otras categorías subjetivas de la modalidad pasiva.

⁷⁶² El resumen de esta postura es el siguiente: sujeto activo de la corrupción activa (y sujeto pasivo en la modalidad pasiva) puede serlo cualquiera, no es necesario que se trate de un empresario o profesional. Por su parte, el sujeto pasivo de la corrupción activa (y sujeto activo en la modalidad pasiva) debe ser un directivo, administrador, empleado o colaborador de una entidad del sector privado. Es decir, se trata de una concepción que no considera al “competidor” como titular del bien jurídico “competencia” –por cierto, de ambas modalidades de corrupción privada, pues se tutela el mismo interés en ambas–, sino que identifica, como tal, al sujeto corrompido (esto es, a la persona de la entidad de quien se solicita realizar el acto de favorecimiento indebido a cambio de la prestación corrupta) en la modalidad de corrupción activa y al corruptor (es decir, quien ofrece el soborno a cambio de la contraprestación de favorecimiento) en la modalidad pasiva. Como ejemplo, *vid.*, por todos, BAÑERES SANTOS, F.: “El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 148; SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, pp. 22-23; PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 22. En sentido contrario, QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La corrupción privada. Apuntes a la novela...”, *op. cit.*, p. 811; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 635.

⁷⁶³ SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 635; PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 17; ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 562; GOROSTIZA JIMENEZ, I.: “Delitos de corrupción entre particulares – en los negocios”, en *Boletín Jurídico Vaciero Abogados*, enero 2016, p. 7. Disponible en la web de Vaciero Abogados. Fuente: http://www.vaciero.es/derecho-laboral/enero-2016/delitos-de-corrupcion-entre-particulares---en-los-negocios_1580_263_1832_0_1_in.html. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁷⁶⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La corrupción privada. Apuntes a la novela...”, *op. cit.*, p. 810.

En este contexto, es igualmente interesante analizar la categoría de “perjudicado”. Este concepto es más amplio que, propiamente, el de sujeto pasivo pues puede abarcar no solamente al titular del bien jurídico protegido, sino a todos los que soportan consecuencias perjudiciales más o menos directas de la comisión del delito.⁷⁶⁵ Si circunscribimos esta explicación a las conductas de corrupción privada, podemos aseverar que, mientras que el conjunto de competidores de la empresa en la que está incardinado el corrupto se configura como el sujeto pasivo del delito, la condición de perjudicado puede ir más allá y alcanzar, además de a los propios competidores⁷⁶⁶, por un lado, a los consumidores⁷⁶⁷ –en cuanto, como se ha dicho en un momento anterior, sus decisiones en el mercado pueden verse afectadas por la presencia de sobornos–⁷⁶⁸ y, por otro, a la propia compañía a la que pertenece el corrupto –y, más concretamente, a los socios que quedan al margen del soborno–.⁷⁶⁹

Por último, sí puede sostenerse que el sujeto sobre el que recae la acción típica en esta modalidad de corrupción privada pasiva –identificado, a veces, como “sujeto pasivo de las conductas típicas”; denominación que rechazo por motivos de coherencia–, en principio, puede ser cualquiera, sin perjuicio de la naturaleza sinalagmática de las prestaciones objeto del delito y de la configuración del tipo subjetivo.⁷⁷⁰ Y, en ese sentido, en el que no es descabellado trazar una identidad entre

⁷⁶⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Lección 4. La tipicidad”, *op. cit.*, p. 76.

⁷⁶⁶ ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 70. Recuérdese, no obstante, que la consumación delictiva no exige el perjuicio efectivo para estas empresas competidoras ni tampoco el perjuicio para la empresa del corrupto, adquirente del bien o servicio de peor calidad o mayor precio. En SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 425.

⁷⁶⁷ MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 121.

⁷⁶⁸ GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, pp. 20-21. En sentido contrario a mi afirmación, y considerando a los consumidores como verdaderos sujetos pasivos del delito, CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 231.

⁷⁶⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La corrupción privada. Apuntes a la novela...”, *op. cit.*, p. 810; VENTURA PÜSCHEL, A.: “Sobre la tipificación de la *mal llamada “corrupción entre particulares”*...”, *op. cit.*, p. 505.

⁷⁷⁰ ANARTE BORRALLO, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 562.

“sujeto sobre el que recae la acción típica” de la modalidad pasiva y sujeto activo de la modalidad activa, y viceversa.⁷⁷¹

2.2. Los sujetos en la modalidad activa.

Una vez analizadas aquellas cuestiones relevantes referidas a los sujetos de la modalidad de corrupción privada pasiva, prevista en el primer apartado del artículo 286 bis CP, es momento ahora de abordar el estudio de este elemento típico en la modalidad activa. Permítasenos un primer apunte en este momento. Como indicamos al comienzo de esta sección de este trabajo, dedicada a los sujetos del delito de corrupción entre particulares, tomamos siempre como referencia la versión actualmente vigente del tipo. Sin embargo, en el concreto caso de los sujetos de la modalidad activa todo lo que se dirá a continuación sería perfectamente aplicable a la versión original de 2010, toda vez que este elemento no sufrió variación con la reforma. En todo caso, insistimos, el análisis que se va a desarrollar toma como referencia la versión en vigor desde julio de 2015.

2.2.1. Consideración de la modalidad activa como delito común.

Dicho esto, procede comenzar con el contenido. En este momento, vislumbramos la corrupción privada desde el prisma de quien pretende ser favorecido o que se favorezca a un tercero frente a otros eventuales competidores, a cambio de lo cual, directamente o a través de un intermediario, realiza alguna de las conductas típicas.⁷⁷² El sujeto activo de la modalidad activa es definido en el segundo párrafo del artículo 286 bis CP a través de la expresión legal “quien, por sí o por persona”. Esta literalidad lleva a la práctica totalidad de la doctrina a apostar porque

⁷⁷¹ NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁷² MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 435; MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1099.

esta modalidad es configurada como un delito común⁷⁷³, que puede cometer cualquier persona,⁷⁷⁴ sin exigir, sobre esta, características especiales determinadas⁷⁷⁵ y, del mismo modo, sin necesidad de que se encuentre relacionada o vinculada a una entidad mercantil del sector privado.⁷⁷⁶ Es lo que la tradición jurídica ha denominado como “particular”.⁷⁷⁷ Dentro de quienes siguen estos postulados, no obstante, existen algunas interpretaciones divergentes, como aquella que indica que esta expresión, en realidad, apunta a que no tiene un destinatario fijo;⁷⁷⁸ es por tanto una referencia indeterminada.

La amplitud de la expresión típica, evidentemente, supone que nada impide que también pueda ser corruptor un directivo, administrador, empleado o colaborador de una entidad mercantil que ofrece un soborno a un directivo, administrador, empleado o colaborador de otra entidad mercantil; ni que lo sea un empresario o profesional individual, como también puede tener tal cualidad cualquier otra persona física o jurídica.⁷⁷⁹

Es aceptado por la doctrina, además, que este posicionamiento de la modalidad activa como delito común se refuerza con la reforma de

⁷⁷³ NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 9; MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 435; BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 21; CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 230; BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1111; BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 142; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 358; ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 282; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “Capítulo X. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 217 y 224.

⁷⁷⁴ RUIZ RODRÍGUEZ, L.R.: “Lección 4ª. Delitos relativos al mercado...”, *op. cit.*, p. 135.

⁷⁷⁵ OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 214.

⁷⁷⁶ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 21; DE BUERBA PANDO, A.: “El delito de corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 16.

⁷⁷⁷ SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 635; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Lección 2ª. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial...”, *op. cit.*, p. 175.

⁷⁷⁸ SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES, J.: “La represión penal de la corrupción privada”, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁷⁹ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 282.

2015, toda vez que, por un lado, se elimina el elemento típico del “incumplimiento de obligaciones” y, con ello, “no existen ahora más restricciones de tipicidad que las que se derivan del hecho de que el acto de soborno debe realizarse en un contexto competitivo relativo a la «adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en relaciones comerciales»”.⁷⁸⁰ Por otro lado, la necesidad de que el sujeto corrompido actúe para favorecer indebidamente al corruptor o a un tercero, pone de manifiesto que el sujeto que corrompe puede desarrollar o no una actividad de compra, venta, prestación de servicios o cualquier otra relación comercial.⁷⁸¹

2.2.2. Restricción del círculo de sujetos.

Decíamos en el epígrafe anterior que la consideración de la modalidad activa como delito común es prácticamente unánime. Sin embargo, no han faltado quienes, aduciendo criterios político-criminales o criminológicos, han apostado por reducir el teórico carácter abierto de la expresión legal utilizada para definir los sujetos en el segundo apartado del artículo 286 bis CP. Dentro de este grupo de autores pueden, a su vez, distinguirse dos teorías sensiblemente distintas. De un lado, encontramos doctrina que, en atención a la redacción típica o la realidad práctica, busca reducir el elenco de sujetos activos, pero sin llegar a requerir características especiales sobre la persona para poder atribuir responsabilidad penal y, de otro, concepciones que llegan a derivar en considerar la modalidad activa como un delito especial, en cuanto que, a los potenciales sujetos activos, deben serle predicables las mismas consideraciones requeridas para los sujetos activos de la modalidad pasiva.

a) Limitación de sujetos activos.

En este primer grupo encontraríamos aquellos autores que precisan la necesidad de que el potencial sujeto activo de la modalidad activa ostente una cierta ligación con el ámbito de protección del delito; esto es,

⁷⁸⁰ GIL NOBAJAS, M.S.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis)...”, *op. cit.*, pp. 587-588.

⁷⁸¹ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, pp. 285-286.

con el contexto competencial en el mercado, no requiriendo, sin embargo, que estas eventuales personas deban estar ligadas a una entidad del sector privado en la que, además, posean cierta capacidad de decisión en el entorno de la contratación –elementos que, recuérdese, describían la cualidad de sujeto activo de la modalidad pasiva–.

A modo de ejemplo, NAVARRO FRÍAS y MELERO BOSCH han sostenido que, aunque el tenor literal del precepto apuntaba al carácter de delito común, en atención al bien jurídico protegido y al ámbito objetivo de la norma, habría de limitarse el conjunto de sujetos a los competidores o personas que actuasen en interés de un competidor, sin que fuera conveniente extender el tipo a terceros que no actuasen con fines concurrenciales.⁷⁸²

Dentro de las opiniones que pudieran colocarse en este epígrafe, desde nuestra óptica, resulta especialmente relevante, por coherente, la tesis de CASTRO MORENO. Este autor parte de reconocer que, en efecto, el tipo activo de corrupción pasiva no especifica cualidad alguna para ser sujeto activo. Dando esto por cierto, sin embargo, defiende que una interpretación de conjunto –y en alusión a lo que la lógica dicta que será la realidad práctica– conduce a decantarse por que el sujeto corruptor normalmente será, aunque no se exija necesariamente, directivo, administrador, empleado o colaborador de la entidad que se beneficia de la relación contractual o prestación del servicio o la relación comercial.⁷⁸³ Si la interpretación que hacemos de lo sostenido por CASTRO es correcta, la delimitación del sujeto activo de la modalidad activa habría de tomar en consideración dos planos diferenciados. Desde el plano teórico-legal, el tipo se configura como delito común, no exigiendo cualidad específica al sujeto activo y, por tanto, no cerrando su ámbito de aplicación. Desde el plano empírico, sin embargo, no es descabellado sostener que lo habitual será que los sujetos activos de esta modalidad sean quienes tienen un interés directo en el mercado y, concretamente,

⁷⁸² NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 9; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares...*, *op. cit.*, p. 27.

⁷⁸³ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 620; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 656. Parece sumarse a esta postura, ANARTE BORRALLÓ, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 570.

los que busquen un favorecimiento indebido contrario a la competencia leal.⁷⁸⁴

- b) Consideración de la corrupción privada activa como delito especial.

Por su parte, a diferencia de las tesis anteriores, lo esencial para quienes se adhieren a este pensamiento es exigir, para poder atribuir la cualidad de sujeto activo de la modalidad activa, las mismas notas definitorias que se pedían del sujeto activo de la modalidad pasiva: de un lado, la vinculación a una entidad mercantil o societaria del sector privado y, de otro, tener atribuida, en el seno de esta, una cierta capacidad de decisión en la adquisición o venta de mercancías, en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales.⁷⁸⁵

Parecen situarse dentro de este grupo MORALES PRATS y MORÓN LERMA, si bien no llegan a categorizar la corrupción privada activa como un delito especial en sentido técnico. Entienden que, si bien el

⁷⁸⁴ Del mismo parecer se muestra SILVA SÁNCHEZ, aunque reconoce que, “el hecho de que, en general sea [sujeto activo] un administrador, directivo o empleado de una entidad mercantil no obsta a la posibilidad de que se trate de un empresario o profesional individual que pretende beneficiarse de la contratación ilícita o incluso un tercero ajeno a los anteriores, que pretende favorecerlos”. En SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 423. También parecen alinearse en esta interpretación PÉREZ FERRER y GILI PASCUAL. El primero argumenta que, si bien del tenor literal del precepto se puede deducir su carácter común, “es evidente (...) que en el ámbito del mercado, lo más frecuente es que estas conductas sean realizadas por empresarios o profesionales suministradores de bienes o prestadores de servicios que tratan de influir psicológicamente en las personas para que estas delincan”. En PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, pp. 21-22. El segundo afirma que “quien corrompe activamente seguirá siendo, de hecho, un prestador de bienes y servicios (es decir, un competidor en el mercado) o alguien que actúe o bien directamente en su nombre, o bien simplemente en su favor, aunque pueda ser cualquiera que se encuentre en esa posición”. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 214.

⁷⁸⁵ Debe ser señalado que GARCÍA ALBERO compartía la opinión que aglutina a este grupo de autores, pero solamente en la versión original del tipo del año 2010. Para el citado, la supresión del elemento del “incumplimiento de obligaciones”, tras la modificación de 2015, supuso el abandono de la técnica de delito especial para la modalidad activa de corrupción privada. En GARCÍA ALBERO, R.: “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, *op. cit.*, pp. 570-571.

tipo no requiere condiciones especiales para ser sujeto activo, sí “demanda una vinculación, directa o indirecta, con la empresa en la que se ofertan mercancías o se prestan servicios, que se verá beneficiada a causa del soborno”. Así, reconocen que esta interpretación mantiene un elenco muy amplio de posibles autores de la modalidad activa.⁷⁸⁶

En este punto, BAÑERES SANTOS, siguiendo en apariencia una motivación político-criminal, y como consecuencia de situar el delito en el contexto de protección de la concurrencia en el mercado, indica que únicamente puede considerarse sujeto activo de la modalidad activa a un empresario o profesional suministrador de bienes o prestador de servicios.⁷⁸⁷ Esta tesis es, evidentemente, minoritaria. De hecho, el propio autor aquí mencionado, en un trabajo posterior, reconoce que sujeto activo de la modalidad activa puede ser cualquiera, no siendo necesario que se trate de un empresario o profesional, en la medida en que el propio texto legal así lo sugiere.⁷⁸⁸

Parece seguir también esta línea interpretativa RODRÍGUEZ PUERTA quien parece exigir que el sujeto activo de esta modalidad sea aquel vinculado por obligaciones especiales en el mercado; esto es, empresas y profesionales, a pesar de reconocer que el tipo “no limita, cuanto menos de forma explícita, el círculo de posibles sujetos autores de la infracción”, por lo que “podría admitirse su consideración como delito común.”⁷⁸⁹ De hecho, la citada autora y MORÓN LERMA, en un trabajo posterior, llegan a considerar que tanto la modalidad activa como pasiva de corrupción privada son delitos especiales, en que los sujetos responsables quedan restringidos a directivos, administradores, empleados y colaboradores de una empresa mercantil o sociedad. Las autoras mencionadas sustentan el carácter especial de ambas modalidades al indicar que el tipo penal requiere de la concurrencia de los dos elementos que he expuesto más arriba: en primer lugar, debe constatare que tanto corruptor como corrupto forman parte de empresas

⁷⁸⁶ MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 123.

⁷⁸⁷ BAÑERES SANTOS, F.: “La corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 249.

⁷⁸⁸ BAÑERES SANTOS, F.: “El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 148.

⁷⁸⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 125.

mercantiles o sociedades; de otro lado, ambos deben ser sujetos vinculados a la empresa por una relación,⁷⁹⁰ de la que se debe derivar la capacidad decisoria aludida al respecto. No es posible, según su opinión, defender que el tipo pueda ser cometido por sujetos que actúan al margen del mercado o, incluso, por consumidores particulares. La misma postura adopta BENÍTEZ ORTÚZAR, quien defiende abiertamente que, a pesar de que el tipo utilice la expresión “quien por sí o por persona interpuesta”, debe ser entendido como delito especial propio, en la medida en que para la realización del delito es imprescindible la existencia de un sujeto de referencia –directivo, administrador, empleado o colaborador de una entidad mercantil– con capacidad funcional para tomar una decisión en el ámbito empresarial típico.⁷⁹¹

2.2.3. Toma de postura.

En nuestra opinión, la redacción típica del delito debe llevarnos a entender que la modalidad activa se configura como un delito común. En tanto que este delito sigue la estructura típica del cohecho, refuerza esta idea traer a colación que la modalidad activa de esta figura, prevista en los artículos 424 y siguientes CP, es considerada, también, como un delito común.⁷⁹² Dicho esto, consideramos acertado el punto de vista expuesto por CASTRO MORENO y SILVA SÁNCHEZ, entre otros, según el cual, si bien desde el plano teórico-normativo la corrupción privada activa es un delito común, a cuyo sujeto activo no exige cualidad específica alguna, la lógica de la práctica empresarial puede mostrar habitual que el sujeto activo llegue a ser una persona con un interés directo en el mercado, derivado del cumplimiento de funciones directivas o laborales en el seno de una empresa mercantil o sociedad.

Pero advertido lo anterior, suscribimos las palabras de ENCINAR DEL POZO cuando afirma que “la referencia a un marco de adquisición, venta y prestación de servicios no fija las condiciones del sujeto activo

⁷⁹⁰ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E. “Artículo 286 bis...”, *op. cit.*, pp. 404-406.

⁷⁹¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, pp. 122-123.

⁷⁹² POZUELO PÉREZ, L.: “Capítulo 43. Delitos contra la Administración pública. Sección 6. Cohecho”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, *op. cit.*, núms. margs. 16810-16812.

del delito de corrupción privada activa, sino sólo el entorno en el que se desarrolla la acción". No es un elemento cualitativo del sujeto, por tanto, sino un elemento de la conducta típica.⁷⁹³

2.2.4. Sujeto pasivo de la modalidad activa.

Valgan en este momento los comentarios realizados en el apartado dedicado al sujeto pasivo de la corrupción privada pasiva. Ello en la medida en que, siguiendo la postura defendida en esta tesis, el bien jurídico protegido en ambas modalidades es el mismo: la competencia leal. Como consecuencia de ello, la consideración de los competidores como sujeto pasivo y la inclusión de estos y los consumidores, junto a la empresa del corrupto, como eventuales perjudicados por el delito presenta, a mi entender, plena validez para explicar estos elementos típicos de la corrupción privada activa.

⁷⁹³ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., p. 286.

VII. LAS CONDUCTAS TÍPICAS

Una vez abordadas las cuestiones relevantes en torno a los sujetos intervinientes en el tipo de corrupción privada, abordamos, en este séptimo Capítulo, el análisis de las conductas típicas del delito, siguiendo la lógica del Capítulo anterior: en primer término, expresando unas consideraciones iniciales para introducir el posterior estudio, para seguidamente desgranar los diversos elementos de las conductas; primeramente, de la modalidad pasiva y, finalmente, de la activa.

1. Apuntes preliminares.

Se ha definido el delito en un momento anterior como un delito participación necesaria⁷⁹⁴ o de encuentro, en el sentido de que cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho corrupto llevan a cabo conductas distintas, que tienden a encontrarse.⁷⁹⁵ Cada uno de los intervinientes representa la parte y contraparte del acuerdo corrupto y donde cada uno aporta, también, una prestación y contraprestación distinta. Además, como luego se verá, el conjunto de verbos rectores que definen las conductas típicas tienen por objeto castigar todas y cada una de las fases de perfeccionamiento del acuerdo corrupto o *pactum sceleris*,

⁷⁹⁴ Este elemento ya fue traído a colación al hablar de los sujetos del delito. En efecto, se trata de una tipología delictiva que requiere de la participación de dos sujetos, sin que ninguno de ellos sea víctima de la infracción y en la que ambos son autores responsables en el mismo grado y, por ende, merecen la misma sanción penal. En RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 124.

⁷⁹⁵ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 126. Además, al tratarse de un delito de emprendimiento, resulta indiferente que el corruptor prometa u ofrezca un beneficio o ventaja sin éxito, o que esta oferta sea aceptada o la oferta recibida. Desde el lado del sujeto corrompido, de igual modo, resulta indiferente que el autor simplemente solicite la prestación no justificada, que acepte el ofrecimiento o promesa, que reciba efectivamente el beneficio o ventaja o que, finalmente, lleve a cabo o no el acto de favorecimiento indebido. En SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 422-423.

desde la iniciativa unilateral de cualquiera de los intervinientes hasta el agotamiento del acuerdo.⁷⁹⁶

Estamos, además, ante un delito de peligro abstracto,⁷⁹⁷ en el que no se precisa, para la consumación delictiva la efectiva lesión del bien jurídico “leal competencia”,⁷⁹⁸ de mera actividad⁷⁹⁹ –caracterizado por el

⁷⁹⁶ MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 124.

⁷⁹⁷ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 236; BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 142; ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 316; VENTURA PÜSCHEL, A.: “Capítulo 37. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 324; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 358. A pesar de lo dicho, aunque parece que la mayoría de la doctrina se decanta por considerar el delito de peligro abstracto, algún sector se ha decantado por entender que se trata de un tipo de peligro concreto, materializado en un “peligro de perjuicio para los intereses patrimoniales de la empresa”. Así, *vid.*, por todos, BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 17; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “Capítulo X. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 218-220.

⁷⁹⁸ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “El delito de corrupción privada”, *op. cit.* Desarrollando esta cuestión, resulta claro que las conductas descritas en el tipo ponen en riesgo el bien jurídico protegido sin necesidad de que efectivamente se altere la leal competencia de los que operan en el mercado, ya que la consumación delictiva se produce, de manera anticipada, con la mera oferta del soborno. Por tanto, la creación de un peligro es suficiente para colmar las exigencias típicas, sin necesidad de obtener el resultado pretendido, materializado en un acto de favorecimiento. En MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁹⁹ BAÑERES SANTOS, F.: “La corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 249; CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 237; BAÑERES SANTOS, F.: “El delito de corrupción...”, *op. cit.*, pp. 147-148; NAVARRO MASSIP, J.: “El delito de corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 45; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 359; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 204. No se precisa la verificación de ningún resultado. En DE BUERBA PANDO, A.: “El delito de corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 19. En particular, no se exige la causación de ninguna alteración del mundo exterior que implique un perjuicio para otros. En SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES, J.: “La represión penal de la corrupción privada”, *op. cit.*, p. 19. Insiste en ello OTERO GONZÁLEZ cuando afirma que “no se exige para su consumación (...) un perjuicio patrimonial para la empresa ni siquiera un peligro efectivo para dicho patrimonio”. En OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.* Expresado de otro modo, como se verá más adelante, el delito se consume con la mera promesa u ofrecimiento del beneficio o ventaja, incluso aunque el corrupto no acepte el ofrecimiento. No es necesario, ni siquiera, que tal beneficio llegue a concederse o recibirse, ni que llegue a favorecerse a quien pretende el corruptor. Así las cosas, en ninguna de las dos modali-

efecto consumativo de la conducta típica⁸⁰⁰ y de medios indeterminados. Algún autor lo ha calificado, también, como “delito relativamente en blanco, por contener abundantes elementos normativos que deben ser completados acudiendo a normas extrapenales y –como se verá más adelante– público.”⁸⁰¹

1.1. Situación antes y después de la reforma obrada por la LO 1/2015.

La definición de las conductas típicas es uno de los aspectos en los que más incidió la reforma de 2015. Así, el hecho delictivo en la redacción inicial de este delito, vigente con la LO 5/2010, consistía en prometer, ofrecer o conceder –corrupción activa– y en solicitar o aceptar –corrupción pasiva– un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados, incumpliendo “sus” obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, para que el favorezca a él [al corruptor] o a un tercero frente a otros –corrupción activa– o con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja –corrupción pasiva–.

Tras la reforma –y, con la ya comentada inversión de modalidades entre el párrafo primero y segundo– las conductas se circunscriben a recibir, solicitar o aceptar –corrupción pasiva– o en prometer, ofrecer o conceder –corrupción activa– un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí [el sujeto corrompido] o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente: i) al corruptor o a un tercero frente a otros –corrupción activa– o ii) a otro –corrupción pasiva– en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

Se mantienen, entre ambas regulaciones, los verbos rectores de cada una de las modalidades –recibir, solicitar o aceptar, en el caso de la corrupción privada pasiva; prometer, ofrecer o conceder, en la modalidad

dades de corrupción pasiva parece posible la tentativa. En MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 437; MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1099.

⁸⁰⁰ ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 551; ANARTE BORRALLA, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 71.

⁸⁰¹ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 17.

activa– y la consideración de la prestación corrupta como un “beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza”, antes bien en la redacción original se invertían los complementos: “beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados”. Sin embargo, observamos también importantes cambios que incidirán, como se irá viendo en adelante, en la interpretación que debemos hacer del tipo delictivo. Se pueden desatacar, por su relevancia, los siguientes⁸⁰²:

- i) se suprime el elemento típico del “incumplimiento de obligaciones” –debido a que, como se ha visto, esta expresión incidía en la consideración del bien jurídico y planteaba importantes problemas interpretativos, a respecto del contenido de las obligaciones y de los sujetos de quienes eran predicables–⁸⁰³;
- ii) se indica que la prestación corrupta se recibe, solicita o acepta –corrupción pasiva– o se promete, ofrece o concede “como contraprestación para [favorecer] indebidamente a otro, a diferencia de la literalidad inicial en que la prestación se otorgaba “para favorecer” frente a otros, o “con el fin de favorecer” frente a terceros⁸⁰⁴;
- iii) se amplía el ámbito contextual de las conductas típicas a todo tipo de servicios –y no solo profesionales, como preveía el tipo de 2010– y a las relaciones comerciales.⁸⁰⁵

⁸⁰² Estos elementos son destacados también por ENCINAR DEL POZO. En ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, pp. 316-317.

⁸⁰³ La supresión de este elemento típico ha sido tomada por la doctrina como una evidencia de la intención del legislador de 2015 de “plasmarse legislativamente un modelo puro de defensa de la competencia”. *Vid.*, por todos, GIL NOBAJAS, M.S.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis)..., *op. cit.*, p. 576.

⁸⁰⁴ En opinión de ANARTE BORRALLO, incorporar el término “contraprestación” en las conductas típicas no contribuye a garantizar la aplicación del precepto, como es la intención declarada del legislador en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015. En tal caso sirve para subrayar que ha de existir un equilibrio entre la dádiva y el trato comercial preferencial pretendido, contando para ello con la suficiente capacidad corruptora. Además, se ha ampliado, con la reforma, el círculo de eventuales beneficiarios del beneficio o ventaja, pero de esto se hablará más adelante. En ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, pp. 73-74.

⁸⁰⁵ Para la doctrina, esta nueva dicción supone una notable ampliación del ámbito punible, en línea con lo pretendido por el artículo 2.3 de la Decisión Marco. Permite, como luego se verá, incorporar operaciones antes excluidas, como el *leasing*. Eso sí, esta extensión no desactiva la exigencia de que las relaciones típicas sean aquellas en las que quepa una distorsión de la competencia. En ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 74. Por otro lado, si bien se tratará este elemento más adelante, consideramos que la ampliación de este ámbito de aplicación de

En todo caso, como se ha señalado en un momento anterior, la búsqueda del castigo de todas las fases de perfección del acuerdo corrupto supone un claro adelantamiento de las barreras de punición⁸⁰⁶, manifestado en el castigo de conductas de mero favorecimiento, convirtiéndose, además, en autoría conductas de participación y castigando actos materialmente preparatorios o ejecutivos⁸⁰⁷. Ello, y la evidente similitud en las estructuras típicas de este delito y del cohecho,⁸⁰⁸ demuestran el esfuerzo legislativo por buscar la simetría entre la corrupción pública y la privada.⁸⁰⁹

2. La fórmula típica de la corrupción privada pasiva.

Como se ha anunciado con anterioridad, la modalidad pasiva de corrupción privada se recoge, actualmente, en el primer párrafo del artículo 286 bis CP. Literalmente, el precepto recoge lo siguiente: *recibir*,

las conductas típicas, junto con la modificación de la rúbrica de la Sección donde se incardina el delito, obedece a la intención del redactor de la norma de 2015, como declara en la Exposición de Motivos, de “garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas”; esto es, potenciar el ámbito de aplicación al contexto económico, comercial o empresarial.

⁸⁰⁶ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 236.

⁸⁰⁷ BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 17.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, p. 15. Es comúnmente compartido que el delito de corrupción privada sigue el patrón y la estructura típica del tipo de cohecho. *Vid.*, entre otros, BAÑERES SANTOS, F.: “El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 147; ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 550; RUIZ RODRÍGUEZ, L.R.: “Lección 4ª. Delitos relativos al mercado...”, *op. cit.*, p. 135. De hecho, comparte numerosos elementos típicos con la figura del cohecho. En PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 10; FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B.: “Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 164.

⁸⁰⁹ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 317. En opinión de CORTÉS BECHIARELLI esta intención del legislador se revela como un error propiciado por suponer que “la libre formación de la competencia en el mercado y la probidad e imparcialidad de los que ejercen la función pública son bienes jurídicos equivalentes o análogos”. Esta crítica es compartida por otros autores. *Vid.*, BAÑERES SANTOS, F.: “El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 147. Además, el autor aboga por haber apostado por un delito de resultado para proteger la competencia. En CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 236.

solicitar o aceptar un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales. Se impone, ahora, desgranar y estudiar cada uno de estos elementos.

2.1. Verbos rectores: recibir, solicitar o aceptar.

Estamos en presencia de un delito mixto alternativo, en el que basta la realización de una sola de las conductas descritas en el tipo para la realización y consumación del mismo, sin que la ejecución de varias de ellas deba implicar dar lugar a una multiplicidad de delitos.⁸¹⁰ Así mismo, recuérdese, en este momento, que el tipo penal incrimina el concierto fraudulento entre dos partes, sancionando todas las posibles formas o modalidades del mismo –su preparación, su obtención y su ejecución–,⁸¹¹ con independencia de quién asuma la iniciativa corruptora y de que, efectivamente, se llegue a entregar u obtener el beneficio o ventaja o el favorecimiento ofertado como contraprestación.⁸¹² Los comentarios aquí reflejados serán válidos, también, para el caso de la modalidad activa.

En lo referente a las conductas típicas, la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 no alteró la enumeración de acciones ya contenidas en la previsión inicial de 2010, por lo que lo que se dirá a continuación será perfectamente aplicable a ambas versiones de vigencia. Dicho esto, véanse cuáles son los términos utilizados en la norma para definir las conductas: las acciones típicas de la corrupción pasiva vienen determinadas por los verbos recibir, solicitar o aceptar.

Según el Diccionario de la Lengua Española, “recibir”, dicho de una persona, es “tomar [o hacerse cargo de] lo que le dan o le envían”.⁸¹³ En el contexto del delito de corrupción privada, entendemos como tal “la

⁸¹⁰ PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 14; ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 318; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 194-195.

⁸¹¹ GILI PASCUAL, A.: *ibid.*, p. 194.

⁸¹² VENTURA PÜSCHEL, A.: “Capítulo 37. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 325.

⁸¹³ Definición consultada en la web del Diccionario de la Lengua Española. Fuente: <http://dle.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

efectiva admisión del beneficio o ventaja no justificada”,⁸¹⁴ presuponiendo que existe un previo o simultáneo acuerdo entre las partes.⁸¹⁵ Esta recepción se traduce en la ejecución del acuerdo corrupto, previamente cerrado con la aceptación. La consecuencia de esta acción será, entonces, la incorporación del beneficio o ventaja, por parte del corruptor o un tercero, a su patrimonio –si nos encontramos ante un bien de naturaleza material– o a su acervo personal –si se trata de una dádiva de carácter inmaterial–.⁸¹⁶

“Solicitar”, por su parte, debe entenderse en el mismo sentido en el que se interpreta en los delitos de cohecho pasivo y de exacciones ilegales, como sinónimo de reclamar, pedir o demandar.⁸¹⁷ En el mismo sentido redunda el Diccionario cuando define “solicitar” como “pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado”.⁸¹⁸ En todo caso, en este ámbito de estudio, “supondría emitir una declaración de voluntad dirigida a un tercero, por la que se manifiesta la disposición a recibir un beneficio o ventaja (...) a cambio de realizar o no un acto (...) no requiriendo (...) que entre ambos sujetos se llegue a un acuerdo para afirmar la perfección del delito. (...)”. Además, la solicitud debe llegar a conocimiento del destinatario, por lo que no basta la mera emisión de la misma para entenderse perfeccionado el hecho delictivo.⁸¹⁹ No se requiere, em-

⁸¹⁴ PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 14.

⁸¹⁵ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 363.

⁸¹⁶ GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 202-203.

⁸¹⁷ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 658; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 195.

⁸¹⁸ Definición consultada en la web del Diccionario de la Lengua Española. Fuente: <http://dle.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁸¹⁹ PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 14. Debe ser, como acertadamente señala GILI PASCUAL, una oferta de contrato concreta, seria y suficientemente precisa, con independencia de los medios empleados o de los concretos términos para expresar la declaración. Concuere, sin embargo, en que tal voluntad debe llegar a conocimiento del corruptor. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 195-197.

pero, que el destinatario de la solicitud acepte, ni que entregue el soborno o que se vea materialmente favorecido por el acto u omisión del corrupto.⁸²⁰

Por último, “aceptar” supone “recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga”,⁸²¹ según el Diccionario de la Lengua Española. No obstante, en nuestro contexto, para diferenciar este verbo típico del de “recibir”, puede ser más coherente definirlo como el acogimiento de un beneficio futuro. Supone, en todo caso, cerrar el acuerdo corrupto, siendo, por tanto, el estadio anterior a la recepción.⁸²² En este sentido, la mayor dificultad que surge, a mi entender, es delimitar si este verbo rector se refiere a la aceptación propia del beneficio o ventaja no justificados o si, por el contrario, la interpretación debe extenderse a la “aceptación de la promesa”, entendida esta como la admisión de una oferta de futuras ventajas o beneficios a cambio de la contraprestación corrupta.⁸²³ En este sentido, el artículo 2.1.b) de la Decisión Marco recoge expresamente la posibilidad de tipificar la aceptación de la promesa como una conducta típica más, pero parece acuerdo general en la doctrina española el considerar que el verbo típico debe interpretarse restrictivamente, en el sentido de aceptación del beneficio o ventaja en sí, no de su promesa, y con anterioridad al acto de favorecimiento.⁸²⁴ En todo caso, esa aceptación no reclama ninguna forma particular, pudiendo darse una aceptación expresa o simplemente tácita, llevada a cabo por medios concluyentes y, por supuesto, no se exige la efectiva recepción del beneficio o ventaja para la consumación delictiva.⁸²⁵

⁸²⁰ GILI PASCUAL, A.: *ibid.*, p. 199.

⁸²¹ Definición consultada en la web del Diccionario de la Lengua Española. Fuente: <http://dle.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁸²² GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 202-203.

⁸²³ FARALDO CABANA, P.: “Hacia un delito de corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, p. 88. También parece de esta opinión, GILI PASCUAL, A.: *ibid.*

⁸²⁴ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 319. En sentido contrario, parecen aceptar, como modalidad comisiva, la aceptación de la promesa PÉREZ FERRER y ANDRÉS DOMÍNGUEZ. En PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 14; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 363.

⁸²⁵ PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 14.

2.1.1. Comportamientos no tipificados.

La solicitud, recepción o aceptación deben tener, por exigencia legal, como fin ulterior favorecer a alguien en la contratación de bienes o servicios.⁸²⁶ No adquieren relevancia penal, por tanto, aquellos hechos consistentes en solicitar o recibir una recompensa por un acto ya realizado –lo que, en el ámbito público, se ha venido en denominar cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa, recogido en el artículo 421 CP–⁸²⁷ ni tampoco un soborno ofrecido sin contraprestación⁸²⁸ en consideración a la posición o relevancia de una persona o entidad dentro del mercado –conducta sí tipificada, en el contexto del cohecho, en el artículo 422 CP–.⁸²⁹

Del mismo modo, tampoco se sancionan penalmente los supuestos de tráfico de influencias en el sector privado, en los que un sujeto se aprovecha o se sirve de cualquier tipo de relación personal o profesional con el sujeto de la entidad privada para conseguir de estos un acto de favorecimiento,⁸³⁰ a pesar de que la Convención de Naciones Unidas prevé la penalización de estas conductas en el artículo 19. En este sentido, el artículo 12 del Convenio Penal del Consejo de Europa parece restringir la necesidad de tipificar el tráfico de influencias en el ámbito público y, finalmente, nada dice al respecto la Decisión Marco 2003/568/JAI, siendo por esto último que, quizás, nuestro legislador no consideró la necesidad de incorporar un tipo de tráfico de influencias en el sector privado a nuestro ordenamiento jurídico-penal.⁸³¹

⁸²⁶ PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 917.

⁸²⁷ NAVARRO CARDOSO, F.: “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18, artículo 25, p. 4.

⁸²⁸ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 657.

⁸²⁹ PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, pp. 917-918.

⁸³⁰ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 657.

⁸³¹ De opinión opuesta se muestra NIETO MARTÍN para el que el término “favorecer”, incluido en el tipo, es lo “suficientemente amplio como para abarcar conductas distintas al puntual acto de contratación o toma de decisión, y comprende conductas que entre los funcionarios públicos pertenecerían más a la esfera del tráfico de influencias, en cuanto que no se trataría sólo de decidir acerca del acto de contratación, sino de favorecerlo de una forma causalmente relevante”. En NIETO MARTÍN, A.: “Lección

2.2. Objeto material: beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza.

Es momento de analizar ahora el objeto material del delito,⁸³² constituido por el elemento típico del “beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza”. El estudio de dicho elemento requerirá precisar: i) en primer término, qué se entiende por beneficio o ventaja; ii) el carácter de “no justificado”; y iii) su calificación como “de cualquier naturaleza”. Antes de comenzar, es importante apuntar que la reforma del delito operada en 2015 llevó a cabo una pequeña alteración de esta expresión. Así, mientras en el texto de 2010 se hablaba de “beneficio o ventaja de cualquier naturaleza, no justificados”, en la actualidad se antepuso el calificativo “de cualquier naturaleza” al carácter indebido de la prestación. Esta inversión de calificativos, no obstante, no altera, de modo alguno, la interpretación que se pueda llevar a cabo de los distintos elementos. El cambio, entonces, parece deberse únicamente a motivos estilísticos.⁸³³

a) Los términos “beneficio” o “ventaja”.

Si acudimos al Diccionario de la Lengua Española, encontraremos que por “beneficio” se entiende aquella “ganancia económica que se obtiene de un negocio, inversión u otra actividad mercantil” –definición también asociada a los conceptos más generales de “utilidad” y “provecho”–, mientras que la “ventaja” será definida –ya se refirió este significado en un momento anterior– como “superioridad o mejoría de alguien o algo respecto de otra persona o cosa”.⁸³⁴

XXVIII. Protección penal de la competencia, los mercados financieros y los consumidores (I)”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (dir.): *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptado al EEES)*, Tecnos, Madrid, 2010, p.479.

⁸³² PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 17.

⁸³³ ANARTE BORRALLA, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 73.

⁸³⁴ Definiciones consultadas en la web del Diccionario de la Lengua Española. Fuente: <http://dle.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

La dualidad de conceptos elegida puede resultar confusa,⁸³⁵ aunque, en opinión de la doctrina, a pesar de las aparentes diferencias, ambos términos deben considerarse expresiones de significado similar.⁸³⁶ En concreto, se afirma que la interpretación que se hará por los órganos de la Administración de justicia va a ser idéntica a la realizada en los delitos de cohecho, pudiendo heredarse la doctrina jurisprudencial al efecto.⁸³⁷ En sentido distinto, hay quien afirma que la utilización de la expresión “beneficio o ventaja” obedece a la pretensión de ampliar el concepto tradicional de “dádiva”, utilizado tradicionalmente en el ámbito del cohecho público, al optar por una fórmula legal más omnicomprendensiva en el caso de la corrupción privada.⁸³⁸

A fin de cuentas, lo esencial es que el beneficio o ventaja ha de plantearse como posible y causalmente eficaz para producir un compromiso del bien jurídico;⁸³⁹ la expectativa de conseguir el beneficio o ven-

⁸³⁵ En este sentido, el informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 2008 abogaba ya por haber transcrito la Decisión Marco de un modo más literal y, así, haber utilizado el concepto más preciso de “ventaja indebida” en vez de la expresión dual finalmente prevista en la norma. En *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto...*, *op. cit.*, p. 164. Se hace eco de ello OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*

⁸³⁶ BACIGALUPO sostiene que “entre beneficio y ventaja no existe ninguna diferencia sustancial (...), pues toda ventaja es un beneficio”. En BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 145; BACIGALUPO, E.: «Compliance» y derecho penal..., *op. cit.*, p. 201.

⁸³⁷ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 234. Este autor hace referencia a la STS 3738/1993, de 6 de noviembre, que, al definir, “dádiva” en el marco del delito de cohecho, indica que “no se debe entender como sinónimo de regalo, sino como ventaja obtenida por el funcionario a cambio de un acto del servicio de su competencia o contrario a sus deberes funcionariales”.

⁸³⁸ DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, p. 179.

⁸³⁹ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 235.

taja debe ser el interés, el motor que guíe la actuación del sujeto corrompido;⁸⁴⁰ debe tener capacidad persuasiva suficiente⁸⁴¹ para que el sujeto favorezca indebidamente. De esta forma, el contenido de lesividad material debe traducirse en que el infractor, o cualquier tercero, quede en una situación mejor que la que tenía antes de cometerse la infracción; que vea mejorada su posición en relación a la que ostentaba con anterioridad.⁸⁴² Como consecuencia de ello, los sobornos radicalmente imposibles, ilusos o fantasiosos no integran el tipo penal por insignificancia.⁸⁴³

b) Carácter “no justificado”.

Esta cualidad ha sido objeto de cierta controversia a nivel doctrinal. Entender qué debe entenderse por “no justificado” –o, sinónimamente, “injustificado”– no resulta sencillo. Se trata de un elemento normativo del tipo de gran dificultad técnico-jurídica para ser determinado.⁸⁴⁴ Básicamente, son dos las posturas dominantes que se han elaborado al respecto: bien interpretar el calificativo como sinónimo de “indebido” –esto es, prestación a que no se tiene derecho– bien hacerlo como expresión similar a “no autorizado”. La preferencia de una u otra viene determinada, como no puede ser de otro modo, por la teoría del bien jurídico protegido que se acoja.

b.1.) “No justificado” como sinónimo de “indebido”.

En este primer grupo, se encuadrarían aquellas posiciones que consideran que un beneficio o ventaja “no justificado” es aquel que es contrario no solo a las leyes –en este sentido, contrario a las normas que

⁸⁴⁰ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 319.

⁸⁴¹ FARALDO CABANA, P.: “Hacia un delito de corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, p. 76.

⁸⁴² PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, pp. 17-18.

⁸⁴³ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 235.

⁸⁴⁴ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 22. En el mismo sentido, GONZÁLEZ BLESA, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M.: “Sección Cuarta. De la corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1051.

protegen la competencia⁸⁴⁵, sino también a los usos mercantiles. Para FARALDO CABANA, “indebido” debe ser circunscrito a una ventaja para la que la persona “no tiene ni el deber, ni el derecho ni la facultad de recibirla”.⁸⁴⁶

Puede ser de utilidad acudir a la definición que, de “indebido” realiza el *Explanatory Report* del Convenio Penal del Consejo de Europa. Se expone que será “indebida”, a los efectos del Convenio, aquella ventaja que el destinatario no tiene legalmente derecho a aceptar o recibir, por no estar permitidas por la ley o las normas administrativas –de nuevo, esto debe ser vinculado a la normativa en materia de competencia– o por consistir en regalos de escaso o mínimo valor, o aquellos socialmente aceptables.⁸⁴⁷

En resumen, dentro de este grupo de autores, como indico más arriba, existen distintas formas de describir este elemento: en la línea de FARALDO CABANA, como una prestación a que el sujeto corrompido no tiene derecho,⁸⁴⁸ o como algo contrario no sólo a las leyes, sino también a los usos mercantiles,⁸⁴⁹ a los usos comerciales⁸⁵⁰ o a los reglamentos administrativos –en la línea de lo expresado por el informe explicativo del Convenio del Consejo de Europa–. Se trata de prestaciones que el

⁸⁴⁵ En esta línea, el artículo 1 e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, prohíbe “la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos”. Esta norma fue publicada en el BOE nº 159, 04-07-2007. La versión consolidada puede consultarse en la web del BOE. Fuente: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-12946>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁸⁴⁶ FARALDO CABANA, P.: “Hacia un delito de corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, p. 77.

⁸⁴⁷ *Explanatory Report*. En *Explanatory Report to the Criminal Law Convention...*, *op. cit.*, punto 38.

⁸⁴⁸ BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 145; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Lección 2ª. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial...”, *op. cit.*, p. 176.

⁸⁴⁹ PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 18.

⁸⁵⁰ MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1099; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 127.

beneficiario no se encuentra legalmente habilitado a recibir o aceptar.⁸⁵¹ Finalmente, el corolario de todo esto se sitúa en que, para quienes son de esta opinión, las causas de atipicidad se vinculan, en primer término, a la adecuación del beneficio o ventaja con las leyes, normas y usos mercantiles y, en segundo término, a criterios de insignificancia y adecuación social.⁸⁵²

Esta debe ser, entendemos, la tesis preferible, en la línea con el bien jurídico defendido en este trabajo. Por su especial utilidad, se dedicará un epígrafe más adelante a valorar los parámetros de insignificancia y de adecuación social como elementos de exclusión de la tipicidad de las conductas.

b.2.) “No justificado” como sinónimo de “no autorizado”.

En los primeros trabajos relativos al delito de corrupción privada, parecía configurarse como la opción mayoritaria.⁸⁵³ Lo relevante es que la falta de justificación vendrá determinada por el desconocimiento o falta de autorización del principal de dicha percepción del soborno, lo que conecta este elemento típico con la tutela de los intereses de la empresa del corrupto y, por extensión, con el “incumplimiento de obligaciones” o, de otro modo, con la “infracción de deber”.⁸⁵⁴ Quienes sugieren esta posibilidad, se interrogan a continuación quién es el sujeto con capacidad para autorizar la comisión ofrecida: si, por un lado, se trataría del titular de la empresa que ofrece el soborno y se vería beneficiada con la operación corrupta –opción que desestiman por carecer de lógica– o si, por el contrario, el único con capacidad para autorizar

⁸⁵¹ BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1112.

⁸⁵² PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 18; BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1112.

⁸⁵³ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 443.

⁸⁵⁴ En concreto, el carácter “no justificado” es vinculado al interés del principal y al componente de infracción del deber interno que pesa sobre el dependiente respecto a su empresario. GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 62-68 y 251-255.

es el titular de la empresa que recibe la comisión. Esta última posibilidad resulta, para estos autores, preferible, pues ayuda a limitar el ámbito de supuestos típicos.⁸⁵⁵

Si ello es así, la atipicidad de la percepción de un soborno podrá venir determinada, no solo por los criterios expuestos en el subepígrafe anterior, sino también por la existencia del consentimiento o la autorización del propio empresario. Por tanto, si el corrupto actúa a instancias o con consentimiento del titular de la sociedad, la conducta devendrá atípica.⁸⁵⁶ Podríamos situar en este grupo también a aquellos que trazan una paralela entre la expresión “no justificado” y la ausencia de una causa de justificación que ampare las conductas en sede de antijuridicidad.⁸⁵⁷ Ello llega a suponer que el consentimiento, aquiescencia o autorización del empresario sería visto como una especie de causa de justificación que excluiría la antijuridicidad del hecho corrupto; un soborno con conocimiento del empresario nunca sería delictivo.⁸⁵⁸ Como puede adivinarse, esta postura se conecta con quienes, en sede de bien jurídico, optan por la tutela de los intereses del empresario.⁸⁵⁹

No creemos que este modo de ver este elemento sea el adecuado y, en ello, vamos de la mano con RODRÍGUEZ PUERTA quien, como sustento a esto, añade que “esta comprensión (...) resulta incompatible con la

⁸⁵⁵ MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 125.

⁸⁵⁶ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 443.

⁸⁵⁷ Se explica esta formulación en ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 322.

⁸⁵⁸ Expuesto en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción...”, *op. cit.*, pp. 279-280.

⁸⁵⁹ GILI PASCUAL lo sintetiza muy acertadamente: “si se localizan argumentos suficientemente sólidos como para sostener que las ventajas obtenidas por el dependiente con el consentimiento de su principal carecen de relevancia típica, se estará confiriendo a este último un poder de disposición que sólo se justifica en la medida en que se le reconozca como titular del bien jurídico que tutela la norma (o, al menos, de una parte de él)”. En GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, p. 31.

utilización de ese mismo calificativo en la descripción de la corrupción activa, la del oferente de la comisión”.⁸⁶⁰

b.3.) Los criterios de “insignificancia” y de “adecuación social” como causa de atipicidad.

Valorar esta cuestión se justifica por la necesidad de dotar al tipo penal de una irrenunciable antijuridicidad material. Precisamente por ello, debe tenerse en cuenta que, en el ámbito de la economía, no resulta sencillo, en todos los casos, trazar los límites entre lo normal –lo adecuado– y lícito en el tráfico comercial y el inicio de la corrupción.⁸⁶¹ Además, resulta evidente que, en dicho marco, el espacio del conjunto de regalos que deben reputarse atípicos posee un alcance más amplio del que presenta esta cuestión en los delitos de corrupción en el sector público⁸⁶² o, dicho de otro modo, debe ser mayor el margen que se concede a la adecuación social en las relaciones privadas⁸⁶³ respecto de la esfera pública, debiendo exigirse en la primera de ellas comprometer mínimamente la competencia; hecho sin duda entendible dada la diferente condición de los bienes jurídicos protegidos en ambos perfiles de la corrupción,⁸⁶⁴ aspecto ya expresado en esta Tesis.

De lo anterior se deriva la necesidad, entonces, de acotar qué debe entenderse, en el contexto de las relaciones económicas privadas, como

⁸⁶⁰ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 127.

⁸⁶¹ GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, p. 13.

⁸⁶² RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 127. En este sentido, recuerda DE BUERBA PANDO que los regalos y las invitaciones entre empresas privadas se han considerado socialmente adecuados, como regla general, en las relaciones privadas en nuestro país. Indica, además, que esta tendencia no puede cambiarse con el Derecho penal, sino a través de “otros instrumentos de educación, ética y modernización que quedan fuera del ámbito respectivo de aquel”. En DE BUERBA PANDO, A.: “El delito de corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 21.

⁸⁶³ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 235; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 147; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 91-92.

⁸⁶⁴ DE BUERBA PANDO, A.: “El delito de corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 21.

insignificante o bien como socialmente aceptable; elementos que convertirán una aparente conducta corrupta en el sector privado en no delictiva.

El primer elemento que puede llevar a la atipicidad de un hecho corrupto es el de la “insignificancia”.⁸⁶⁵ Este principio hace alusión a “supuestos de injusto de «bagatela»” y excluye de relevancia penal “acciones en las que, aunque encajen formalmente en una descripción típica y no sean plenamente lícitas (...), en el caso concreto, su grado de injusto sea mínimo, insignificante”.⁸⁶⁶ Dentro de esta categoría, la doctrina ha situado pequeños regalos y obsequios, regalos promocionales, invitaciones a comidas u otros pequeños detalles, “en la medida en que carecen de virtualidad para inducir a decisiones comerciales relevantes”.⁸⁶⁷

El concepto de “adecuación social”, por otro lado, aparece realmente muy vinculado a la propia vida social –en este caso, a las relaciones económicas– y a un concreto y determinado ámbito de su actividad. Dice el Diccionario del Español Jurídico que “adecuación social” es aquella “cualidad de una conducta que formalmente parece típica por ser subsumible en la descripción de un tipo delictivo consistente en ser considerada en determinadas circunstancias por la totalidad o gran mayoría de la sociedad como correcta, adecuada, impecable (...) Por esta razón las conductas socialmente adecuadas son cotidianas y totalmente usuales y los tribunales las consideran materialmente amparadas por una eximente, habiendo solo divergencias en su fundamentación (...)”.⁸⁶⁸ En efecto, dice la doctrina, que las conductas socialmente adecuadas son aquellas que se mantienen dentro de los marcos de libertad

⁸⁶⁵ NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁶⁶ Definición consultada en la web del Diccionario del Español Jurídico. Voz “principio de insignificancia”. Fuente: <http://dej.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁸⁶⁷ VENTURA PÜSCHEL, A.: “Capítulo 37. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 326; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, pp. 310-311; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “Capítulo X. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 221.

⁸⁶⁸ Definición consultada en la web del Diccionario del Español Jurídico. Voz “adecuación social”. Fuente: <http://dej.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

de acción social. Se acepta unánimemente que se trata de acciones o comportamientos que se incardinan dentro del orden ético y social históricamente establecido en una comunidad y que, por ello, deben quedar fuera del ámbito penal aun cuando formalmente se trata de hechos potencialmente subsumibles en un tipo penal.⁸⁶⁹

En este punto, cobran un especial protagonismo los códigos éticos y los programas de cumplimiento que puedan adoptarse en el seno de las empresas. No solo por su eventual capacidad para enervar la responsabilidad penal de una sociedad, sino que, en el contexto de la valoración de la adecuación social, estos instrumentos podrán incluir baremos que fijen qué tipo de regalos pueden ofrecerse y aceptarse; qué clase de estimulaciones de la competencia no resultan “favorecimientos espurios en tanto en cuanto carecen de virtualidad para inducir a decisiones comerciales relevantes”.⁸⁷⁰

En el ámbito de la corrupción entre particulares, puede vincularse con facilidad el primero de los términos aquí manejados –“insignificancia”–, con el segundo de los aludidos, –“adecuación social”–. Cualquier ventaja, por pequeño valor que tenga, puede encajar formalmente en la descripción típica, si bien ha de requerirse, que, para configurar una lesividad material, sea idónea y motive la contraprestación corrupta del directivo, administrador, empleado o colaborador. Y esta intencionalidad corruptiva resulta mucho más compleja de probar cuando la ventaja es insignificante o adecuada socialmente.⁸⁷¹ Debe entenderse, por tanto, que, “en contra de la literalidad de la dicción típica, no puede [resultar típico] cualquier beneficio o ventaja, sino que (...) venal tan

⁸⁶⁹ Teoría elaborada por ENCINAR DEL POZO siguiendo los postulados de WELZER. En ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., pp. 324-325. Profundizando en la cuestión, GILI PASCUAL vincula la “adecuación social” – como contrapeso para contener una tipicidad potencialmente expansiva– al criterio del “riesgo permitido”, de forma que sostiene que deben ponderarse para aquilatar la concreta relevancia de un determinado soborno –aunque esto no suponga una exclusión *per se* de la tipicidad– aquellas situaciones recíprocamente toleradas por todos los competidores en un ámbito de mercado, como aquella corrupción generalizada y preexistente y, en cierto sentido, inevitable. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, op. cit., pp. 92-93.

⁸⁷⁰ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: “Corrupción privada y corrupción en el deporte”, op. cit., p. 358.

⁸⁷¹ NIETO MARTÍN, A.: “Lección X. Protección penal de la competencia...”, op. cit., p. 235.

sólo será, (...) una decisión que se adopta o se encuentra dirigida o inducida, directamente, por la ventaja legalmente exigida⁸⁷² y con la capacidad motivacional suficiente –añadiría yo– para conseguir el fin propuesto.

Estamos de acuerdo con DE BUERBA PANDO cuando indica que “los beneficios o ventajas sólo podrán considerarse injustificados (...) cuando supongan un atentado a (...) la competencia”. Esta autora defiende que, para que se dé esto, debe verificarse que el beneficio o ventaja llegue a ser potencialmente apto para colocar al sujeto corruptor, de forma injusta, en una posición de ventaja frente a sus competidores.⁸⁷³

Sea como fuere, a pesar de que, desde el punto de vista teórico, esta construcción parece coherente, en la práctica puede resultar complicado llegar a deslindar cuándo la entrega de un beneficio o ventaja debe ser considerado típico y cuándo no.⁸⁷⁴ Y, en este punto, parece que lo más acertado será examinar caso por caso, en cada concreto ámbito o sector de actividad, qué se considera como “insignificante” o como “socialmente adecuado”.⁸⁷⁵ La falta de concreción del concepto de “adecuación social” –y la consiguiente inseguridad jurídica que puede plantear– ha llevado a algún autor a afirmar que la exclusión del injusto de

⁸⁷² VENTURA PÜSCHEL, A.: “Capítulo 37. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 326.

⁸⁷³ DE BUERBA PANDO, A.: “El delito de corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 21.

⁸⁷⁴ Así, la STS 362/2008, de 13 de junio, en el marco de los delitos de cohecho, refleja la siguiente fundamentación: “no es tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social. Está fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales”.

⁸⁷⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B.: “Imputación objetiva en el Derecho penal económico...”, *op. cit.*, p. 177.

cualquier hecho socialmente adecuado podría dar al traste con la efectividad de este delito, y lo ha llevado a decantarse por utilizar únicamente el criterio de la “insignificancia”.⁸⁷⁶

c) Prestación “de cualquier naturaleza”.

El tenor literal del artículo 286 bis CP es claro a la hora de calificar la índole del soborno no justificado que puede ser objeto de la prestación corrupta; podrá ser un beneficio o ventaja “de cualquier naturaleza”. Sobre el papel, ello puede parecer definitivo en la línea de admitir prestaciones tanto de carácter material como inmaterial⁸⁷⁷ –siempre que estas se ofrezcan a título lucrativo y que, objetivamente, mejoren la situación personal o jurídica del receptor–.⁸⁷⁸ Sin embargo, no ha faltado doctrina que se ha desmarcado de este posicionamiento, como en seguida se verá.

c.1.) Naturaleza no económica.

En principio, la opinión doctrinal generalizada, siguiendo una interpretación literal del precepto, reconoce que en el delito de corrupción entre particulares el beneficio o ventaja no es rigurosa y únicamente traducible en términos patrimoniales,⁸⁷⁹ económicos o dinerarios –debido precisamente a la inclusión de esta cláusula–, pudiendo aceptarse también favores no cuantificables crematísticamente⁸⁸⁰ –como títulos o distinciones honoríficas,⁸⁸¹ ventajas consistentes en la mejora de una

⁸⁷⁶ ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 564.

⁸⁷⁷ GONZÁLEZ BLESA, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 237.

⁸⁷⁸ VENTURA PÜSCHEL, A.: “Capítulo 37. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 325.

⁸⁷⁹ FARALDO CABANA, P.: “Hacia un delito de corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, p. 76.

⁸⁸⁰ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 22; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 237.

⁸⁸¹ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 435.

posición,⁸⁸² ascensos laborales o favores sexuales.⁸⁸³ Este sector insiste en algo que ya he mencionado antes: lo esencial será que el corruptor –o un tercero– vea mejorar su posición en relación a la que ostentaba con anterioridad al delito.⁸⁸⁴

c.2.) Naturaleza económica.

De entre estos autores, encontramos dos posturas diferenciadas. En primer término, quienes defendieron que el soborno solo podía poseer cariz económico y, en segundo término, autores que, aceptando el tenor literal del precepto, apostaban por restringir el ámbito del beneficio o ventaja.

Entre los primeros, históricamente, se localizó una corriente minoritaria para la cual el beneficio o ventaja objeto de la prestación corrupta debía tener necesariamente contenido económico o, al menos, ser económicamente evaluable.⁸⁸⁵ Entre los autores que así se manifiestan, hallamos opiniones, hoy superadas por el consenso general, como la de BAÑERES SANTOS y NIETO MARTÍN que, en 2006, sostenían que “el premio o ventaja han de tener carácter económico tal como es tradicional en nuestro derecho”.⁸⁸⁶ En esta línea se sitúa también QUERALT JIMÉNEZ, para quien la motivación corruptora puede ser de cualquier

⁸⁸² CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 235.

⁸⁸³ FARALDO CABANA, P.: “Hacia un delito de corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*, p. 76; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 508; MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 15.

⁸⁸⁴ BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.^a De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1112.

⁸⁸⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “§ 17 Delitos societarios, resistencia a las agencias de control...”, *op. cit.*, p. 627.

⁸⁸⁶ BAÑERES SANTOS, F. y NIETO MARTÍN, A.: “Corrupción entre privados”, *op. cit.*, p. 223. Sin embargo, la realidad evidente llevó a estos autores a reconocer que la literalidad típica sitúa, intencionadamente, esta cuestión más allá de los sobornos de índole económica. Así, BAÑERES SANTOS admite que la cláusula aquí estudiada “ha de entenderse como una deliberada intención de no limitar la naturaleza del premio a un contenido estrictamente económico, sino con el fin de incluir también otros estipendios

tipo, siempre que tenga carácter positivo y sea “necesariamente valorable en dinero”, elemento imperativo por la articulación de la pena de multa.⁸⁸⁷

El segundo subgrupo admite que el tipo se refiriera a estipendios de cualquier naturaleza, pero afirma, a renglón seguido que, a pesar de la formal apertura de dicha cláusula, lo usual será que el beneficio o ventaja revista naturaleza económica⁸⁸⁸; argumento que refuerzan, en primer lugar, con el diseño del tipo atenuado del apartado tercero del artículo 286 bis CP, –en el que el legislador se refiere a la “cuantía” del beneficio o ventaja, lo que podría parecer contradecirse con la referida cláusula “de cualquier naturaleza” que recoge el tipo básico–⁸⁸⁹ y, en segundo lugar, con la necesidad de cuantificar económicamente el soborno para el posterior cálculo de la multa que se prevé como consecuencia del delito.

En contra, sin embargo, se muestran firmes quienes, como MUÑOZ CUESTA, indican que no es defendible que el beneficio o ventaja deba revestir únicamente índole económica dado que no nos encontramos ante un delito contra el patrimonio, sino ante una figura que atenta contra el orden socioeconómico, concepto diferente y de mayor envergadura. Además, respecto a la exigencia de cuantificar el soborno para imponer la multa, afirman que, en caso de no poder valorar económicamente el beneficio o ventaja, simplemente “no se aplicaría la multa”.⁸⁹⁰

sin valor económico y aquellos otros que (...) no producen un enriquecimiento patrimonial directo en el perceptor del regalo”. En BAÑERES SANTOS, F.: “El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 150.

⁸⁸⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “§ 17 Delitos societarios, resistencia a las agencias de control...”, *op. cit.*, p. 627. Para FERNÁNDEZ BAUTISTA la determinación de la cuantía de la pena pecuniaria, así como que la distinción de los tipos básico y derivados se realice en base a criterios económicos, conlleva entender que el legislador siempre dotó al beneficio o ventaja de un claro contenido patrimonial. En FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “Capítulo X. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 222.

⁸⁸⁸ *Vid.*, CASTRO MORENO cuando abogaba por que, a pesar de la aparente claridad de la dicción típica, “lo normal será que [el beneficio o ventaja] tenga un contenido económico/patrimonial, siendo difícilmente imaginable otro tipo de dádiva”. En CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 623.

⁸⁸⁹ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁹⁰ MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 15.

c.3.) Toma de postura.

Desde nuestro punto de vista, debe entenderse que la cláusula “de cualquier naturaleza” supone incluir beneficios o ventajas no solo de carácter patrimonial o económico, sino también aquellos de carácter inmaterial o que no pueden ser cuantificables en dinero,⁸⁹¹ en sentido acorde con lo que sucede en los delitos de cohecho.⁸⁹² Respecto de los posibles inconvenientes a esta interpretación, suscribimos con lo dicho anteriormente y consideramos que, en los supuestos de sobornos inmateriales, la consecuencia sería la no aplicación tanto de la pena de multa como del tipo atenuado del artículo 286 bis. 3º CP.

En otro orden de cosas, se ha visto que el beneficio o ventaja no tiene por qué revestir carácter económico o pecuniario, pero en caso que lo tuvieran, hay una pregunta que surge a continuación y es si el soborno debe tener una concreta cuantía. En el ámbito del delito de cohecho, la STS 705/2002, de 18 de abril, en el ánimo de definir la “dádiva” sostiene que: “se cumple con el requisito del tipo relativo a la existencia de una dádiva, aunque no se haya podido concretar su cuantía, lo cual no es requisito imprescindible”. A todas luces, este argumento es trasladable al ámbito típico de la corrupción privada y, por ende, para hablar de beneficio o ventaja no es preciso que se haya determinado la cuantía; no se establece un valor para la misma,⁸⁹³ debiendo estarse a cada

⁸⁹¹ BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 145.

⁸⁹² NIETO MARTÍN recuerda que, en el ámbito del cohecho, la LO 5/2010 vino a resolver la cuestión acerca de si la dádiva podía tener solo carácter económico o no, incluyendo el término “favor”, por lo que debe interpretarse que la norma penal, ahora, prevé un concepto más amplio, incluyendo contraprestaciones de naturaleza sexual, otorgamiento de honores, promoción política o profesional, etc., con independencia de si se acompaña de un aumento en las retribuciones. En NIETO MARTÍN, A.: “Lección XXI. Corrupción y abuso de poder (I)”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (dir.): *Nociones fundamentales de Derecho Penal*, vol. II..., *op. cit.*, p. 456.

⁸⁹³ MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1099.

caso concreto para delimitar si el beneficio o ventaja ofrecido o solicitado supera la barrera del ilícito penal.⁸⁹⁴ Además entiendo, con la doctrina, que la prestación corrupta no solamente se puede materializar con “la entrega de dinero (...), sino también de pagos en especie”.⁸⁹⁵

En todo caso, en atención a los criterios de insignificancia y adecuación social aludidos –y relacionándose esto con la pretensión de favorecimiento que se verá más adelante–, deben quedar fuera de relevancia penal los casos en los que únicamente se pretenda una consideración favorable a la empresa,⁸⁹⁶ o aquellos en los que solo se busque el mantenimiento de un “buen clima de negocios”.⁸⁹⁷

2.3. Como contraprestación para favorecer indebidamente a otro.

Entramos en el que, quizás, sea el aspecto de más enjundia de cuantos integran la redacción típica del artículo 286 bis CP. La primera versión del tipo incluía la expresión “con el fin de favorecer frente a otros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones”. En la actualidad, como se ve, el tipo habla de “para favorecer indebidamente a otro”. A pesar de la posible confusión a que pudiera llevar el estilo de redacción utilizado, son básicamente tres los aspectos que deben aclararse en este momento: i) cómo interpretar la dicción “como contraprestación”; ii) en qué se traduce favorecer a una persona frente a otros; y iii) delimitar el concepto de “indebidamente” que califica el favorecimiento.⁸⁹⁸

2.3.1. “Como contraprestación”.

⁸⁹⁴ CASTRO MORENO trae a colación el criterio del hombre medio como mecanismo para determinar el límite del tipo penal. En el concreto caso de la corrupción privada, se haría referencia a la “condición empresarial en la que se encuentran los sujetos implicados”. En CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 623.

⁸⁹⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 235.

⁸⁹⁶ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 436.

⁸⁹⁷ VENTURA PÜSCHEL, A.: “Capítulo 37. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 326.

⁸⁹⁸ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 330.

Si acudimos en auxilio del Diccionario del Español Jurídico, encontramos que define “contraprestación” como aquella “prestación que retribuye la de la otra parte en las obligaciones recíprocas”.⁸⁹⁹ Este significado puede dar la idea, si lo extrapolamos al delito en cuestión, de que el tipo de corrupción privada se basaría en un intercambio efectivo entre el beneficio o ventaja y el favorecimiento indebido. Ello configuraría el delito en un tipo de resultado –en el que la consumación se verificaría solo con la materialización del favorecimiento–,⁹⁰⁰ algo que, como se ha mencionado anteriormente, no se corresponde dogmática ni político-criminalmente con la regulación actual.⁹⁰¹

En sentido opuesto, se revela más acertado el parecer que sostiene ANARTE BORRALLLO y que está referido en un momento anterior,⁹⁰² si bien es de utilidad traerlo a colación de nuevo. Para este autor, la nueva dicción no es sustancialmente distinta a la contenida anteriormente y, así, probablemente tampoco contribuya a garantizar la aplicación del precepto ni sea una mejora técnica significativa.⁹⁰³ Este cambio pone el acento, entonces, no tanto en la necesidad de que se verifique el “sinalagma” entre prestación y contraprestación corruptas –como acertadamente señala ENCINAR DEL POZO–, sino que refuerza –por así decirlo– el nexo causal entre ellas. De esta manera, el beneficio o ventaja se convierte en el equivalente al valor –si es que se pudiera determinar– del

⁸⁹⁹ Definición obtenida de la web del Diccionario del Español Jurídico. Fuente: <http://dej.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁹⁰⁰ NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 21.

⁹⁰¹ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 330.

⁹⁰² *Vid. supra* VII. 1.1, nota al pie 804.

⁹⁰³ ANARTE BORRALLLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, pp. 73-74. En un sentido similar, BOLEA BARDON indica que la expresión “incumplimiento de obligaciones” de la redacción inicial había generado intensa discusión pero que, su sustitución por la expresión “como contraprestación para favorecer indebidamente” no evitará que siga surgiendo polémica. En BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada: bien jurídico...”, *op. cit.*, p. 103.

favorecimiento; se subraya que debe existir un equilibrio entre la dádiva y el trato comercial preferencial o, así expresado,⁹⁰⁴ entre la capacidad corruptora de la dádiva y la intensidad corrupta del favorecimiento.

En añadidura a lo expresado hasta ahora, existe una segunda razón que puede explicar la alteración aquí comentada del texto legal. La previsión anterior disponía que la dádiva se recibía, solicitaba o aceptaba “con el fin de favorecer” frente a otros –en el caso de la corrupción activa, “para que le favorezca”–. Ello hizo surgir una discusión doctrinal sobre la ubicación típica de este elemento. Simplificando la controversia, se discrepaba sobre si debía formar parte del tipo objetivo o, por el contrario, del tipo subjetivo.⁹⁰⁵ En otras palabras, se dudaba acerca de si lo que se reclama es la mera tendencia subjetiva, el mero fin, del sobornado de favorecer a aquel que le concede el beneficio o ventaja o si, por contra, debía interpretarse este elemento como elemento objetivo de idoneidad, esto es, como una exigencia de que se trate de una conducta idónea para perjudicar a terceros competidores mediante el favorecimiento al que ofrece la ventaja indebida.⁹⁰⁶

Así, cierto sector doctrinal entendía que el propósito de favorecer al corrupto o a un tercero, frente a otros, era un elemento que se incardinaba en el tipo subjetivo, en concreto, como un especial elemento subjetivo del injusto.⁹⁰⁷ Por tanto, esta finalidad de la acción⁹⁰⁸ era enten-

⁹⁰⁴ ANARTE BORRALLA, E.: *ibid.*, p. 74.

⁹⁰⁵ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 331.

⁹⁰⁶ NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁹⁰⁷ GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado...”, *op. cit.*, p. 152; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 360; PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 18; CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 238; MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1100.

⁹⁰⁸ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 29.

didada como una intencionalidad concreta añadida en la actuación del autor⁹⁰⁹; como un elemento anímico específico distinto del dolo requerido adicionalmente por el delito⁹¹⁰ de corrupción privada.

De otro lado, sin embargo, hay quien defendía que la utilización de un soborno “para” favorecer al corruptor o un tercero, frente a otros, debía interpretarse en clave de tipo objetivo, de tal manera que las acciones típicas debían ser “objetivamente idóneas para el logro de una preferencia” en el mercado;⁹¹¹ conductas, por ello, preordenadas a la consecución de tales objetivos.⁹¹² Así, BACIGALUPO correlaciona su consideración del favorecimiento como elemento objetivo y la necesidad de que las conductas de soborno se realicen en un contexto que afecte a la competencia; entendiendo esto último como otro elemento del tipo objetivo que, aun no apareciendo expresamente en la redacción típica, se deriva de los límites que impone el objeto de protección del delito.⁹¹³

En posición ecléctica a las anteriores se situaba SILVA SÁNCHEZ, quien sostuvo que “la promesa, oferta o aceptación del beneficio o ventaja deben ser objetivamente adecuados y estar subjetivamente orientados *ex ante* a la obtención del favorecimiento indebido”. Desarrollando su idea, indicaba que la adecuación objetiva requería una cierta dimensión cuantitativa –vinculada a la adecuación social y la insignificancia como criterios de atipicidad– y cualitativa, y su idoneidad subjetiva se

⁹⁰⁹ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 624; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares...*, *op. cit.*, p. 37.

⁹¹⁰ Definición obtenida del Diccionario del Español Jurídico, disponible en internet. Voz “elemento subjetivo del injusto o del ilícito”. Fuente: <https://dej.rae.es/>. Consultado el 25 de junio de 2017.

⁹¹¹ BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 146.

⁹¹² CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 238.

⁹¹³ BACIGALUPO, E.: «*Compliance*» y *derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 201-202. Parece concordar GILI PASCUAL al sostener que, a pesar de que este “favorecimiento indebido” presenta rasgos formales de elemento subjetivo del injusto, representa más bien ser expresión de la exigencia de idoneidad general de lesividad del comportamiento. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 87 y 229-232.

vinculaba al nexo causal entre el beneficio o ventaja y la pretensión del corrupto de favorecer.⁹¹⁴

Parece acertada esta posición intermedia que exige, por un lado, que el beneficio o ventaja sea objetivamente idóneo *ex ante* para poner en marcha el entramado corrupto y, por otro, que además dicha dádiva sea, subjetivamente, el estímulo que alimenta al corrupto a llevar a cabo el acto de favorecimiento. Debe existir, en suma, una relación de causalidad entre el soborno y el favorecimiento, aunque este no llegue a producirse de manera efectiva.⁹¹⁵

Expone la doctrina –y personalmente, concordamos en ello– que esta tesis ecléctica mencionada ha sido reforzada con la reforma del delito de 2015. Como se ha apuntado en un momento anterior, la inclusión del concepto “contraprestación” ahonda en la necesaria equivalencia de valor o relevancia entre la dádiva y el favorecimiento, acentuando la consideración de que el delito se basa en una relación *quid pro quo*:⁹¹⁶ se espera un favorecimiento a cambio de un soborno y, en la misma dirección, pero en sentido opuesto, la entrega de la dádiva se hace bajo la expectativa del favorecimiento.

En añadidura a esto, debe tenerse presente algo sobre lo que ya he dejado constancia: la secuencia de actos en el hecho de corrupción debe reflejar, en primer término, la promesa, oferta o concesión, o la solicitud, aceptación o recepción del beneficio o ventaja para, en segundo término, como contraprestación, favorecer indebidamente al que lo dio o a un tercero, frente a otros⁹¹⁷ –solo cabe, consecuentemente, lo que

⁹¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 428-429.

⁹¹⁵ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 332. Dice GONZÁLEZ RUS, acertadamente, que “es imprescindible que el favorecimiento al corruptor o a un tercero, frente a otros, sea debido precisamente a la ventaja o al beneficio que se recibe de él. Si no hay tal estímulo económico previo, no hay delito, aunque se decida arbitrariamente la adquisición o venta de mercancías o la contratación de servicios profesionales”. En GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado...”, *op. cit.*, p. 151.

⁹¹⁶ ENCINAR DEL POZO, *ibid.*

⁹¹⁷ GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado...”, *op. cit.*, pp. 151-152.

en el ámbito del cohecho se denomina corrupción propia causal o antecedente-.⁹¹⁸ En resumen, el beneficio o ventaja no justificados toma el rol de prestación en el acuerdo corrupto a la espera de un ulterior favorecimiento, que será considerado la contraprestación ilícita. Si lo expresamos en otros términos, el soborno ha de ser estrictamente instrumental; por esto, no cabe predicar tipicidad alguna de los regalos o dádivas que se ofrecen *a posteriori* en agradecimiento por una previa selección. El tipo delictivo, además, requiere como imprescindible la conexión instrumental y causal entre dádiva e ilícito favorecimiento “frente a otros”.⁹¹⁹

2.3.2. “Para favorecer a otro”.

Llegamos al elemento nuclear de la contraprestación corrupta: el favorecimiento de alguien frente a otros. La modalidad de corrupción privada pasiva utiliza la expresión “para favorecer a otro”, mientras que, como se señalará más adelante, la corrupción activa se concreta en la dicción “para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros”. A pesar de la aparente divergencia entre los dos primeros apartados del artículo 286 bis CP, en ambos lo esencial es que se lleve a cabo una preferencia –desleal, si lo unimos al bien jurídico protegido– de alguien frente a otros⁹²⁰ en una determinada relación de adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o relaciones comerciales.

Favorecer supone colocar en una situación de privilegio a un sujeto con relación a otros.⁹²¹ El favorecimiento pretendido puede ser activo –tanto directo, basado en una concreta toma de decisión, como indirecto, derivado de una recomendación, consejo o propuesta– u omisivo –sirvan de ejemplo casos de pago de soborno para evitar labores de

⁹¹⁸ GARCÍA ALBERO, R.: “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, *op. cit.*, p. 564.

⁹¹⁹ *Ibid.*, pp. 564-565.

⁹²⁰ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 436.

⁹²¹ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 235.

vigilancia y supervisión–,⁹²² siendo que la prelación de un operador económico cobra su sentido, usualmente, al causar un correlativo perjuicio a otros, en el contexto de esta modalidad delictiva, a los competidores. Ello sitúa el delito de corrupción privada en situaciones de competencia efectiva en el mercado,⁹²³ en las que la corrupción es utilizada para desplazar al competidor que no hace uso de la misma; competidor que, como se ha visto antes, adquiere la categoría de perjudicado por el delito.⁹²⁴ La consideración al competidor se confirma con la especificación de que el beneficio o ventaja debe tender a favorecer al corrupto o un tercero, frente a otros.⁹²⁵ Ello supone que, si no existen competidores en ese sector del mercado –piénsese en el caso de que la comisión se recibe de la única empresa que puede prestar el servicio o adquirir o vender un determinado bien, y se contrata con ella–, faltaría este elemento del tipo consistente en el favorecimiento “frente a otros”.⁹²⁶

Deben quedar excluidos de reproche penal, por tanto, aquellos beneficios o ventajas que se solicitan, con carácter general, a cualquiera que desee tener una relación comercial, en especial, en un contexto mercantil en ausencia de competencia efectiva, pues no podría hablarse, en estos casos, de “favorecimiento”.⁹²⁷ En resumen, deben existir varios

⁹²² SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 429.

⁹²³ En efecto, el hecho de que el trato de favor deba llevarse a cabo “frente a otros” denota un claro tinte ligado a la competencia. En ANARTE BORRALLÓ, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 566.

⁹²⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 508; MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 17; ANARTE BORRALLÓ, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 566.

⁹²⁵ GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, *op. cit.*, p. 17. En el mismo sentido, GARCÍA ALBERO, R.: “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, *op. cit.*, p. 566.

⁹²⁶ MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 17-18. Téngase en cuenta, en este punto, que el tipo penal pretende tutelar la competencia entre empresas y no entre consumidores finales, por lo que ese “otro” al que se refiere el favorecimiento debe estar ligado siempre a empresas o sociedades y no a particulares consumidores finales. Cualquier relación empresa-particular está excluida del tipo. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 89.

⁹²⁷ GARCÍA ALBERO, R.: “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, *op. cit.*, p. 567.

competidores pugnando por conseguir la contratación o la compra-venta del bien: en condiciones de competencia limitada o monopolio no tiene sentido plantear la posible comisión del delito, aun cuando se ofrezcan comisiones para conseguir una determinada contratación⁹²⁸ como mecanismo de mantenimiento de un determinado *statu quo*.⁹²⁹

La propia configuración del delito, además, permite sostener la atipicidad de otra clase de comportamientos, como aquellos consistentes en el otorgamiento de un incentivo para simplemente neutralizar maniobras de corrupción llevadas a efecto por otros competidores,⁹³⁰ dado que en estos casos no se puede hablar de “favorecimiento”.

Finalmente, es necesario recordar que el delito de corrupción privada es un tipo de peligro, por lo que la consumación no requiere la producción de un concreto resultado; esto es, de un efectivo favorecimiento el sobornador o un tercero, frente a otros, con el consiguiente perjuicio para estos.⁹³¹

2.3.3. Favorecer “indebidamente”.

Este es otro de los cambios introducidos en el delito por la LO 1/2015. La literalidad original definía la contraprestación corrupta como la finalidad de favorecer, frente a otros “incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”. Ya han sido apuntados diversos comentarios en torno a este controvertido elemento típico, cuyos interrogantes interpretativos hicieron aflorar más de un debate entre la doctrina: resultaba controvertido tanto el contenido de dichas obligaciones, como los sujetos

⁹²⁸ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 435.

⁹²⁹ BAÑERES SANTOS, F.: “El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 146.

⁹³⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 429. En el mismo sentido, ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 336.

⁹³¹ NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 21; CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 235; ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 337.

a quien debían predicarse y, en general, la influencia de estas en el bien jurídico protegido por la norma.

Cabe pensar que la eliminación de este requisito típico se debe a la voluntad del legislador de la reforma de “introducir algunas mejoras técnicas en la regulación de estos delitos que tienen por objeto garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas”, plasmada en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015.⁹³²

A esta supresión le acompaña la incorporación de un atributo para el favorecimiento: su carácter “indebido”, o lo que es decir lo mismo, para que exista corrupción privada, la contraprestación al soborno debe materializarse en favorecer “de manera indebida”.⁹³³ La eliminación de la fórmula del “incumplimiento de obligaciones” ha convertido el carácter “indebido” del favorecimiento en el elemento nuclear del nuevo artículo 286 bis CP, en su versión de vigencia de 2015.⁹³⁴ Es por ello que resulta ineludible la tarea de tratar de delimitar conceptualmente este adjetivo, previsto ahora en nuestro Código penal. Dice la segunda acepción del Diccionario de la Lengua Española –ya se vio anteriormente– que “indebido” es aquello “ilícito, injusto y falto de equidad”,⁹³⁵ aunque esta definición no evita que este elemento sea de difícil entendimiento y susceptible de diversas interpretaciones, máxime cuando esta dicción no tiene precedentes en las iniciativas supranacionales⁹³⁶ a las que hicimos referencia en el Capítulo III de esta Tesis Doctoral.

Siendo esto así, ENCINAR DEL POZO plantea tres posibilidades hermenéuticas para el término “indebido”. La primera de ellas, relacionada con el beneficio o ventaja; la segunda, con el bien jurídico protegido –

⁹³² Aunque en opinión de GARCÍA ALBERO y de FERNÁNDEZ CASTEJÓN, este cambio no alcanzará para que se cumpla el objetivo planteado por el legislador de 2015. En GARCÍA ALBERO, R.: “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, *op. cit.*, p. 574; FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B.: “Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 175.

⁹³³ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 338.

⁹³⁴ FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B.: “Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 172.

⁹³⁵ Definición consultada en la web del Diccionario de la Lengua Española. Fuente: <http://dle.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁹³⁶ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 338.

siendo esta quizás la más seguida por los estudiosos– y la tercera, vinculada a las obligaciones a las que hacía referencia el texto original.⁹³⁷ A efectos expositivos, sintetizaré a continuación cada una de ellas.

Primeramente, pudiera vincularse el carácter “indebido” del favorecimiento con el elemento del beneficio o ventaja “no justificados”. Téngase en cuenta que, a pesar de que los instrumentos supranacionales no recogen el matiz “indebido” del favorecimiento, sí hablan de ventaja indebida,⁹³⁸ por lo que el hecho de recibir, solicitar o aceptar un beneficio o ventaja “indebida” –“no justificada” según nuestro Código penal– lleva ínsita la idea de que el favorecimiento también va a ser “indebido”. De esta forma, ambos elementos estarían conectados causalmente, siendo que el carácter indebido de uno presupone el del otro.⁹³⁹

En otra línea interpretativa se encontrarían las tesis que vinculan el carácter indebido del favorecimiento con un reforzamiento de la lealtad competitiva como bien jurídico protegido por el delito. En este sentido, favorecer “indebidamente” supondría favorecer “de manera desleal”.⁹⁴⁰ Para quienes suscriben esta idea, la supresión del elemento “incumplimiento de obligaciones” en la nueva redacción dada al delito en 2015 parece aclarar, frente al confuso modelo introducido en 2010, la voluntad del legislador de plasmar un modelo puro de defensa de la competencia, descartando la hipótesis de que el soborno se conciba como un acto de deslealtad frente al principal sino al contrario entendiéndolo como un ataque al correcto funcionamiento del mercado, que se ve distorsionado por las prácticas corruptas –utilizando una fórmula referida anteriormente, el “favorecimiento indebido” se vincula a las obligaciones *ad extra* del dependiente–.⁹⁴¹ La eliminación de esta fórmula legal termina con el debate, para estos autores, en la medida en

⁹³⁷ *Ibid.*

⁹³⁸ En concreto, el Convenio Penal contra la Corrupción del Consejo de Europa y la Decisión Marco 2003/568/JAI hablan de “ventaja indebida” y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, de “beneficio indebido”.

⁹³⁹ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, pp. 338-339.

⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 339.

⁹⁴¹ GIL NOBAJAS, M.S.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis) ...”, *op. cit.*, p. 576. En el mismo sentido, GÓMEZ MARTÍN, V.: “¿Delitos de posición con infracción

que el legislador deja definitivamente fuera del ámbito de lo típico las infracciones de los deberes de lealtad para con la empresa.⁹⁴²

Por último, la tercera posible relación se establece entre el favorecimiento “indebido” con la actuación “de manera indebida” del sujeto sobornado en aras a conseguir el favorecimiento. Según esta corriente, el calificativo de “indebido” que acompaña al favorecimiento no sería sino el trasunto de la antigua dicción legal del “incumplimiento de obligaciones”. En esta medida, si el directivo, administrador, empleado o colaborador incumple sus obligaciones en el seno de la empresa está, a todas luces, actuando “indebidamente”.⁹⁴³ De optarse por esta perspectiva, habría de concluirse que la modificación del tipo en 2015 –en la que se incorpora el carácter “indebido” del favorecimiento y se elimina el elemento del “incumplimiento de obligaciones”– no puede ser considerada verdaderamente relevante y así, MENDOZA BUERGO lo califica de un “cambio poco sustancial que no viene a resolver los problemas que planteaba la exigencia de aquel incumplimiento”.⁹⁴⁴

Apostamos decididamente, de acuerdo con la doctrina que se ha manifestado al respecto, que, de las tres posibles opciones interpretativas, debe preferirse la segunda, desde el momento en que la supresión del elemento típico del “incumplimiento de obligaciones” se vincula con otras modificaciones llevadas a cabo por la LO 1/2015 en el entorno del delito –como su incorporación a una Sección titulada “Delitos de corrupción en los negocios”–. Como se ha venido manteniendo en este trabajo, las alteraciones introducidas en la versión de 2015 inciden en la voluntad legislativa de reforzar la competencia leal como bien jurídico protegido.

Además de ello, optar por la primera o la tercera de las posibilidades nos enfrentaría a varios sinsentidos. Que el favorecimiento indebido se

de deber? ...”, *op. cit.*, p. 108. Coincide GILI PASCUAL, quien considera que este elemento se refiere a la deslealtad externa respecto de los competidores, de forma similar a la expresión contenida en el StGB alemán –“de manera desleal”–. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 57 y 233-234

⁹⁴² FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B.: “Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 174.

⁹⁴³ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 339. Parece seguir este postulado, FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “Capítulo X. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 227.

⁹⁴⁴ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socio-económico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12088.

relacione con la percepción de un soborno no justificado nos llevaría a encontrarnos ante una técnica legislativa redundante y superflua mientras que, por otro lado, afirmar que el calificativo “indebido” es un reflejo de la anterior expresión del “incumplimiento de obligaciones” privaría de toda razón el hecho mismo de la reforma. Como se afirma, el legislador de la reforma se cuidó mucho de eliminar este elemento por enturbiar y desnaturalizar el tipo penal. No sería coherente pensar que, con la LO 1/2015, el redactor de la norma ha pretendido mantener la controversia alrededor de esta cuestión.⁹⁴⁵

2.4. En la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

2.4.1. Notas introductorias.

No adquirirán reproche penal cualesquiera conductas de soborno en las relaciones privadas. Solo los comportamientos venales que se produzcan “en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales” encontrarán respuesta punitiva en nuestro ordenamiento jurídico. Este es otro de los aspectos que fueron objeto de revisión con la reforma del delito que, en este punto, amplía la esfera de la conducta punible.⁹⁴⁶ Esfera que, por otro lado, ha de entenderse vinculada al propio acto del favorecimiento indebido. Por tanto, sólo podrá considerarse típica aquella acción de soborno que afecte a la competencia en el grupo de situaciones que constituyen el contexto imperativo mencionado en el artículo 286 bis CP.

La redacción inicial –que únicamente se refería a la “adquisición o venta de mercancías” o a la “contratación de servicios profesionales” fue objeto de diversas críticas doctrinales, por dejar fuera del ámbito de sanción algunos contextos empresariales en los que la distorsión de la competencia puede darse con igual lesividad. La doctrina no entendió muy bien por qué, por ejemplo, se penalizaban las conductas rela-

⁹⁴⁵ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., p. 356.

⁹⁴⁶ GARCÍA ALBERO, R.: “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, op. cit., p. 572; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, op. cit., p. 234.

cionadas con la compraventa de mercancías, pero no con su arrendamiento, que “en determinadas actividades constituye una forma de contratación tanto o más común que la compraventa” y dado “que se presta también en régimen de concurrencia competitiva”.⁹⁴⁷

En efecto, cualesquiera otros contextos empresariales o comerciales quedaban fuera de tipicidad; se excluían una infinidad de actos de comercio en los que podía darse corrupción orientada a un favorecimiento indebido y respecto de los que su lesividad para la competencia podía no ser inferior a los contextos incluidos en el delito⁹⁴⁸ y, en suma, situaba el ámbito de lo punible lejos de ámbitos distintos al mercado.⁹⁴⁹

2.4.2. Adquisición o venta de mercancías.

Este elemento se mantiene inalterado desde la introducción del delito en el Código penal en el año 2010. Dice la doctrina que, dentro de esta categoría, deben entenderse abarcadas la permuta y la compraventa mercantil; debiendo entenderse que la compraventa es una relación comercial. Siendo así, desde la reforma de 2015, su mención es innecesaria por cuanto se incluyen en el ámbito de la conducta todas las relaciones comerciales.⁹⁵⁰

En efecto, la definición de “mercancía” contenida en el Diccionario de la Lengua Española confirma este parecer doctrinal. Se entiende por tal, por un lado, toda “cosa mueble que se hace objeto de trato o venta” y, por otro, aquel “trato de vender y comprar comerciando en géneros”.⁹⁵¹ Ello nos sitúa, por fin, en la esfera del contrato de compraventa mercantil, definido en el Diccionario del Español Jurídico como aquel “contrato por el cual una persona se obliga a entregar una cosa mueble

⁹⁴⁷ GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado...”, *op. cit.*, p. 151.

⁹⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 427; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 22.

⁹⁴⁹ NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 22.

⁹⁵⁰ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 357.

⁹⁵¹ Definición consultada en la web del Diccionario de la Lengua Española. Fuente: <http://dle.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

a otra, para revenderla en la misma forma u otra diferente, a cambio de un precio y con ánimo de lucrarse en la reventa”.⁹⁵²

2.4.3. Contratación de servicios.

Aquí se ha producido una ampliación del contexto del favorecimiento relevante previsto en el artículo 286 bis CP, a partir de la reforma de 2015. En el texto anterior se concretaba el carácter de dichos servicios, diciéndose de ellos que debían ser “profesionales”, lo que conllevaba plantearse la concreción de qué entender por servicios de este tipo, en contraposición –y para así excluir la corrupción– con los servicios no profesionales. En un primer acercamiento, se decía que el concepto de profesional, como opuesto al de personal laboral⁹⁵³ o al de empresario, se caracteriza por el ejercicio de una profesión liberal. Así las cosas, un “servicio profesional” sería aquel desarrollado por profesionales liberales.⁹⁵⁴

En una interpretación más amplia, se entendía en otro sentido que “profesional” sería todo aquel servicio que, por exclusión, no se refiriera a la compraventa de mercancías o a la fabricación de productos, sino al mercado de la prestación de servicios.⁹⁵⁵

En todo caso, la dicción original dejaba fuera, por tanto, una buena colección de servicios, como los de mensajerías, telefonías o externalizaciones de todo tipo –dado que no son mercancías, con lo que no podían incluirse en la primera categoría, ni son servicios prestados por profesionales–,⁹⁵⁶ así como el arrendamiento o el *leasing*.⁹⁵⁷ Del mismo

⁹⁵² Definición consultada en la web del Diccionario del Español Jurídico. Voz “contrato de compraventa mercantil”. Fuente: <http://dle.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁹⁵³ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “§ 17 Delitos societarios, resistencia a las agencias de control...”, *op. cit.*, p. 627.

⁹⁵⁴ GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 234-235.

⁹⁵⁵ NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, p. 23, en especial, nota al pie 65.

⁹⁵⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “§ 17 Delitos societarios, resistencia a las agencias de control...”, *op. cit.*, p. 627.

⁹⁵⁷ ANARTE BORRALLA, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 74.

modo, tampoco parece existir ya obstáculo para considerar incluido el supuesto de los “visitadores médicos”, muy discutido con la regulación anterior, siempre que las comisiones recibidas lo sean por facultativos de la salud que trabajen en el sector privado.⁹⁵⁸

En la versión vigente se incluyen ahora, sin ningún género de dudas, tanto los servicios profesionales como los no profesionales⁹⁵⁹, incluyéndose cualquier tipo de prestación, considerada como actividad por cuenta propia, a título lucrativo y habitual.⁹⁶⁰ En resumen, la reforma produce, en esta categoría, una ampliación del ámbito delictivo, pues se incluyen ahora también aquellos actos realizados en el marco de la contratación de servicios no prestados por profesionales en sentido estricto.⁹⁶¹

Parece claro, a pesar de lo dicho, que incluso con la reforma de 2015 se mantiene fuera de la esfera del delito de corrupción privada todo lo relativo a la contratación laboral pues, en ella, no se está contratando un servicio, sino la “fuerza de trabajo”⁹⁶² y, probablemente, porque el mercado laboral se considera inscrito en un marco distinto al de la lealtad competitiva.⁹⁶³

2.4.4. Relaciones comerciales.

Expresión esta introducida en la reforma de 2015, se trata de una cláusula general y de pretendido significado omnicompreensivo, en la intención de incluir los supuestos que quedaban al margen en la regulación

⁹⁵⁸ FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B.: “Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 173. En extenso, GÓMEZ MARTÍN, V.: “¿Delitos de posición con infracción de deber? ...”, *op. cit.*, pp. 106 y ss.

⁹⁵⁹ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 357.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 358.

⁹⁶¹ MIRÓ LLINARES, F.: “Capítulo vigésimo. Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva Reforma penal”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.): *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 653.

⁹⁶² QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “§ 17 Delitos societarios, resistencia a las agencias de control...”, *op. cit.*, p. 627.

⁹⁶³ GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado...”, *op. cit.*, p. 151.

anterior.⁹⁶⁴ Esta ampliación va más allá de la adquisición o venta de bienes y contratación de servicios, pues alcanza instrumentos preparatorios de tales transacciones. Así, *a priori*, cualquier relación que anticipe o que incluso no implique en sentido estricto la contratación de bienes y servicios puede ser objeto de soborno, siempre que pueda calificarse como “relación comercial”.⁹⁶⁵

3. La fórmula típica de la corrupción privada activa.

La modalidad activa de corrupción privada se prevé, tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, en el primer apartado del artículo 286 bis CP. La conducta penalmente relevante consistirá en *prometer, ofrecer o conceder a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.*

También en esta modalidad nos encontramos ante un delito mixto alternativo, como ya comentamos al analizar la corrupción pasiva. En realidad, ambas modalidades vienen a ser dos caras de una misma infracción, de modo que la corrupción pasiva representaría el reverso de la activa, y viceversa. Por ello, es plausible realizar el trasvase de los elementos estudiados en la Sección anterior de esta Tesis, con ciertas cautelas, sin caer en automatismos.⁹⁶⁶ Ello hace necesario precisar, en adelante, algunas cuestiones.

3.1. Verbos rectores: prometer, ofrecer o conceder.

⁹⁶⁴ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 359.

⁹⁶⁵ GARCÍA ALBERO, R.: “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, *op. cit.*, pp. 573-574. Dice GILI PASCUAL que se refiere a todos aquellos actos o negocios “análogos a los de adquisición de mercancías o contratación de servicios”. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 175 y 235-236.

⁹⁶⁶ ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 569.

Esta modalidad recoge las acciones de prometer, ofrecer y conceder el beneficio o ventaja, como contrapunto a las anteriormente estudiadas en la corrupción privada pasiva de recibir, solicitar o aceptar.

“Prometer” debe entenderse como “obligarse a hacer (...) o dar algo”⁹⁶⁷ o, lo que es lo mismo, supone comprometerse a una entrega futura del beneficio o ventaja⁹⁶⁸; se trata de un anuncio de una posterior entrega, no inmediata, de la comisión corrupta.⁹⁶⁹ Tipificar la promesa supone adelantar considerablemente las barreras de punición, por lo que, para que esta resulte penalmente relevante, es preciso que haya llegado a conocimiento del sujeto corrompido.⁹⁷⁰

Por su parte, “ofrecer” aparece definida en el Diccionario, en lo que aquí nos interesa, como “comprometerse a dar, hacer (...) algo”. En términos lo que a esta interpretación importa, el Diccionario convierte a los términos “prometer” y “ofrecer” en sinónimos, siendo indicativos de una expresión de voluntad⁹⁷¹ aunque, en ocasiones, se diferencie la oferta como materialización de la promesa.⁹⁷² La oferta conlleva una explicitación de lo que se entregará, si se materializa el acuerdo corrupto.⁹⁷³

⁹⁶⁷ Las respectivas definiciones de este epígrafe han sido consultadas en la web del Diccionario de la Lengua Española. Fuente: <http://dle.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁹⁶⁸ PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 21; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 225.

⁹⁶⁹ MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 14-15.

⁹⁷⁰ SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 635. En sentido opuesto, descartando la necesidad de que la promesa llegue a conocimiento del sujeto corrompido, para predicar la tipicidad de la conducta, BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 145; BACIGALUPO, E.: «Compliance» y derecho penal..., *op. cit.*, p. 201. Como acertadamente señala ENCINAR DEL POZO decantarse por una u otra posibilidad trasluce una cuestión relativa a la consumación del delito y al carácter recepticio o no de la promesa. En ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 360.

⁹⁷¹ ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 571.

⁹⁷² SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 635. Para MUÑOZ CUESTA, “ofrecer” tiene un sentido más inmediato de dar o entregar aquello que es objeto de la acción corruptora, a diferencia de la mera promesa. En MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 15.

⁹⁷³ PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 21.

En último lugar, se entiende por “conceder” como sinónimo de “dar” o “entregar”. En nuestro caso, con la concesión tiene lugar la entrega efectiva, según lo previamente acordado, del beneficio o ventaja.⁹⁷⁴ En ocasiones, la concesión ha sido también concebida como la aceptación de la solicitud o del requerimiento de que se entregue la dádiva corrupta.⁹⁷⁵ Lo característico de esta figura delictiva, como también sucedía en la conducta típica pasiva es, esencialmente, que se da igual tratamiento penal a acciones de diferente intensidad debiendo reflejarse dicha distinta lesividad en la individualización de la pena.⁹⁷⁶

3.2. Objeto material: beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza.

Este elemento típico no requiere de mayor abundamiento al estudio realizado en la modalidad de corrupción privada pasiva, pues todo lo dicho puede extrapolarse, sin mayor cautela, a la modalidad típica de corrupción activa.

3.3. Como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros.

Solo conviene matizar alguna pequeña cuestión en este momento. En la dicción literal de la modalidad activa se puede observar con mayor claridad el alcance del favorecimiento indebido objeto de la contraprestación corrupta. Recuérdese que el primer apartado del artículo 286 bis CP se refería solamente a “favorecer indebidamente a otro”. Parece que la fórmula elegida en el apartado segundo puede clarificar en mayor medida que se trata de favorecer tanto al corruptor como a un tercero y ello frente a otras personas, como se ha comentado anteriormente, competidoras de la empresa donde ejerce su función el corrupto. Más allá de esta puntualización, nos mostramos conformes con

⁹⁷⁴ *Ibid.*; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 635.

⁹⁷⁵ MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 15.

⁹⁷⁶ SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 635.

la opinión de que, de la diferente literalidad de ambos apartados, no se infieren efectos interpretativos relevantes.⁹⁷⁷

3.4. En la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

Ningún comentario añadido merece este elemento típico respecto de lo expresado en el ámbito de la corrupción privada pasiva. De nuevo aquí puede trasvasarse lo allí expuesto sin mayores reservas.

4. Inexigencia de causación de un perjuicio.

Para finalizar este Capítulo VII, destinado a las conductas típicas del delito de corrupción entre particulares, puede resultar relevante incidir en una cuestión ya anunciada en varios momentos anteriores: el delito de corrupción privada, en cualesquiera de sus dos modalidades, se configura como un delito de mera actividad. Ello supone, necesariamente, afirmar que la consumación delictiva no exige la causación de ningún resultado lesivo⁹⁷⁸ particular al resto de intervinientes en el mercado ni tampoco a la sociedad o empresa del corrupto.⁹⁷⁹

Se ha visto en páginas anteriores que, para algunos autores, el delito de corrupción privada protege también el patrimonio del empresario,⁹⁸⁰ debiendo exigirse, para la consumación delictiva, un perjuicio concreto para la empresa.⁹⁸¹ No obstante, no se puede compartir este punto de

⁹⁷⁷ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 361.

⁹⁷⁸ El delito se consume con la simple acción de intentar conseguir el trato preferente. En CORTÉS BECHIARELLI, E.: "La llamada corrupción entre particulares", *op. cit.*, p. 237. El delito se consume con la mera realización de las conductas descritas en los verbos nucleares, sin necesidad de que se produzca resultado alguno, ni siquiera que la solicitud o el ofrecimiento sean aceptados; el tipo penal no exige que se materialice o realice la obtención de un beneficio o ventaja. En NAVARRO MASSIP, J.: "El delito de corrupción entre particulares", *op. cit.*, pp. 51-52.

⁹⁷⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: "4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...", *op. cit.*, pp. 508-509; ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 365.

⁹⁸⁰ Planteaba esta posibilidad, GILI PASCUAL, A.: "Bases para la delimitación del ámbito típico...", *op. cit.*, p. 35.

⁹⁸¹ Expresa esta idea, al hilo de la regulación anterior, SILVA SÁNCHEZ. En SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "¿Pueden los notarios pagar comisiones para captar clientes?", en *Notario del Siglo XXI*, nº 41, Colegio Notarial de Madrid, enero-febrero 2012. Consultado en la

vista, resultando evidente la caracterización, ya afirmada, del delito como tipo de simple actividad. Como consecuencia de ello, entonces, si se cumplen los elementos típicos, se cause o no un daño patrimonial a la empresa –o a los competidores o consumidores– o incluso en supuestos en que se le pueda proporcionar un beneficio, estaríamos ante un delito de corrupción entre particulares. En suma, la producción de un específico perjuicio no es un elemento típico y no se requiere para la perfección delictiva; de producirse tal perjuicio patrimonial, podrían existir relaciones concursales con otros delitos, como la administración desleal⁹⁸², excediendo el estudio de las mismas al propósito de esta tesis doctoral.

web de El Notario del Siglo XXI. Fuente: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-41/564-pueden-los-notarios-pagar-comisiones-para-captar-clientes-0-7663876263111714>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

⁹⁸² Este es un aspecto muy estudiado en la doctrina. *Vid.*, por su exhaustividad, ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, pp. 366-367 y 405 y ss. También en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 509.

VIII. EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO

1. Introducción.

El tipo de corrupción entre particulares se configura como un delito de exclusiva comisión a título de dolo, no siendo posible su comisión de forma imprudente.⁹⁸³ Este entendimiento, aceptado unánimemente por la doctrina, viene reforzado ya en los instrumentos supranacionales que orientaron y justificaron la introducción de esta figura delictiva en nuestro ordenamiento jurídico.⁹⁸⁴

El autor actuará con dolo cuando tuviera conocimiento y voluntad de realizar la acción de soborno en el marco de una concurrencia competitiva en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales y cuando supo que ofrecía, prometía o concedía un beneficio o ventaja no justificados o que solicitaba, aceptaba o recibía la misma.⁹⁸⁵

Tal y como ha sido puesto de relieve en el Capítulo anterior, en lo que respecta a los elementos intencionales, el texto normativo original de 2010 requería la acción corrupta “para que le favorezca” o “con el fin de favorecer”, mientras que la reforma de 2015 sustituyó esta previsión por la dicción “como contraprestación para favorecer” o “como

⁹⁸³ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *ibid.*, p. 369. Sobre la caracterización del delito de corrupción entre particulares como delito doloso, CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 238; MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1100. No hay controversia en torno a la no aceptación de la comisión imprudente. La falta de previsión expresa en el Código en tal sentido, en aras a lo dispuesto en el artículo 12 CP, excluye necesariamente dicha posibilidad. En esta posición, NAVARRO MASSIP, J.: “El delito de corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 49; MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 13.

⁹⁸⁴ Tanto la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción como el Convenio Penal contra la Corrupción del Consejo de Europa hablan de actos “que se cometan intencionalmente”. La Decisión Marco 2003/568/JAI, en la misma línea, se refiere a “actos intencionados”.

⁹⁸⁵ BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 149; BACIGALUPO, E.: «Compliance» y derecho penal..., *op. cit.*, p. 206.

contraprestación para que le favorezca”. En lo que al tipo subjetivo del injusto se refiere, son dos los aspectos generalmente discutidos: i) si cabe la comisión dolosa del delito en todas sus modalidades, en particular, si se puede cometer el hecho a título de dolo eventual; y ii) si la configuración del tipo exige la verificación de un elemento subjetivo añadido al dolo.

2. Comisión en modalidad de dolo eventual.

Con carácter mayoritario, la doctrina admite que la figura de corrupción privada se conforma como un “delito exclusivamente doloso en todas sus modalidades”.⁹⁸⁶ Ello implica que serán penalmente relevantes los hechos cometidos tanto a título de dolo directo –de primer o segundo grado– y, también, eventual.⁹⁸⁷

Sin embargo, en sentido opuesto, existe otro sector que sostiene que únicamente cabrá predicar tipicidad de las acciones cometidas a título de dolo directo, ya que el propio delito requiere un elemento subjetivo añadido cifrado –en la literalidad inicial de 2010– en la finalidad de favorecimiento.⁹⁸⁸ Así mismo, de entre los autores que siguen este planteamiento, encontramos distintas opiniones que van desde considerar

⁹⁸⁶ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 624; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 660.

⁹⁸⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 312; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Lección 2ª. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial...”, *op. cit.*, p. 176; BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 149; BACIGALUPO, E.: «Compliance» y derecho penal..., *op. cit.*, p. 206; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 624; ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 371. Caso particular es el de VENTURA PÜSCHEL, quien, siguiendo a la doctrina alemana, solo ve posible el dolo eventual para las conductas de aceptación del beneficio o ventaja. En VENTURA PÜSCHEL, A.: “Capítulo 37. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 326.

⁹⁸⁸ Ya nos hemos pronunciado sobre este particular en el Capítulo anterior. En efecto, con la previsión original del delito, un importante sector doctrinal identificaba el “fin de favorecer” como un elemento subjetivo del injusto adicional al dolo. Y, en este punto, debe recordarse que la existencia de tal elemento adicional conlleva la necesidad de apreciar únicamente la comisión delictiva por dolo directo. En este sentido, ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 371; MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12094. Acerca de la presencia del elemento subjetivo del injusto, quienes así lo consideraban, entendían que el delito de corrupción entre particulares se encontraba entre los denominados delitos mutilados de dos actos, en los que el autor actúa con la finalidad de realizar él mismo otro acto posterior. Sobre la definición de los delitos mutilados de dos actos, MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: “Lección 6.

difícilmente apreciable la comisión por dolo eventual,⁹⁸⁹ hasta la absoluta negación de esta posibilidad.⁹⁹⁰

3. La finalidad de favorecimiento como elemento subjetivo del injusto.

No se pretende aquí redundar en algo que ya se ha referido anteriormente. Al hilo del estudio de los elementos de la conducta típica ya se dijo que, en especial con la redacción de 2010, era mayoritaria la opinión doctrinal que consideraba el favorecimiento incumpliendo las obligaciones como un elemento subjetivo adicional al dolo.⁹⁹¹ Era comúnmente sostenido, por ello, que el delito de corrupción privada debía traducirse en una acción voluntaria destinado a un fin concreto: el favorecimiento indebido⁹⁹² –utilizando la terminología actualmente vigente–. Como una parte más del tipo delictivo, este elemento subjetivo ha de ser de necesaria prueba en el proceso penal, hasta el punto de que, la prueba de este favorecimiento impediría la aplicación del tipo

El tipo doloso de acción”, en DEMETRIO CRESPO, E. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Teoría del delito*, op. cit., p. 143. En esta hipótesis parece situarse BLANCO CORDERO cuando expone que “la intención [delictiva] debe estar ligada a un resultado ulterior”, consistente en un acto u omisión tendente al favorecimiento. En BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, op. cit., p. 1112 y, sin reservas, PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, op. cit., p. 15. También es considerado un delito de emprendimiento, por cuanto ambas partes debían actuar en aras de un objetivo específico: la finalidad de que se produjera el favorecimiento a cambio de una prestación no justificada. Vid. MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, op. cit., p. 444; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E. “Artículo 286 bis...”, op. cit., pp. 411-412. Denominado, así mismo, delito de tendencia interna intensificada dado que el objetivo del soborno es conseguir una ventaja, en QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “§ 17 Delitos societarios, resistencia a las agencias de control...”, op. cit., p. 627.

⁹⁸⁹ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, op. cit., p. 31.

⁹⁹⁰ MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares...”, op. cit., p. 13; PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, op. cit., p. 19.

⁹⁹¹ Vid. *supra* VII. 2.3.1.

⁹⁹² NAVARRO MASSIP, J.: “Capítulo 4. El delito de corrupción...”, op. cit., p. 116.

en supuestos de mera “mala praxis empresarial” traducida en conductas que simplemente van en contra del buen gobierno corporativo.⁹⁹³

Sin embargo, como ya avanzamos en su momento, otro sector de la doctrina otorgaba al favorecimiento, además de la indudable carga subjetiva adicional al dolo, una cierta repercusión en la función delimitadora del resto de presupuestos del tipo. Sería predicable, por ello, una cierta dimensión objetiva.⁹⁹⁴ Según este hilo argumental, la vertiente subjetiva del favorecimiento podría llegar a integrarse propiamente en el dolo, de tal manera que el favorecimiento se convertiría, ahora, en un elemento fundamentalmente objetivo, indicando lo que está dispuesto a ofrecer el directivo, administrador, empleado o colaborador como contraprestación a la dádiva solicitada o aceptada;⁹⁹⁵ proponer un trato de favor sería más bien, pues, un elemento más de la conducta típica y no tanto un aspecto intencional o tendencial de la voluntad del sujeto corrupto.⁹⁹⁶

Esta postura se concilia mejor, en nuestro entender, con la literalidad del delito tras la reforma de 2015 y, además, permite aceptar la comisión dolosa en todas sus clases, no existiendo inconveniente entonces para aceptar el dolo eventual. Desde luego, no puede negarse el matiz subjetivo de este elemento típico, pero, si partimos de que el favorecimiento es más un elemento del tipo objetivo que delimita y conforma el contenido de la contraprestación corrupta –al igual que el beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza cumple esas funciones respecto de la prestación ilícita–, el contenido intencional que lleva

⁹⁹³ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 238.

⁹⁹⁴ ANARTE BORRALLLO, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 565. En la misma línea, NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela...”, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁹⁹⁵ ANARTE BORRALLLO, E.: *ibid.*, p. 566.

⁹⁹⁶ En nuestra opinión, esta tesis se muestra acertada y, desde luego, más aún desde la reforma del delito de 2015, con la inclusión de la dicción “como contraprestación” y la eliminación de la expresión “con el fin”. Esta posición no debe llevarnos, como acertadamente señala ANARTE BORRALLLO, a dejar desprovisto al elemento del “favorecimiento” de toda carga intencional, sino que esta puede quedar perfectamente subsumida en el dolo, conformando los elementos requeridos por este de conocimiento y voluntad exigibles al sujeto corrupto.

aparejado podría, sin mayor dificultad, quedar subsumido en la propia categoría del dolo.⁹⁹⁷

Esta forma de ver las cosas tendría también efectos probatorios positivos. Si tradicionalmente se ha constatado la dificultad de probar en un proceso el elemento volitivo del dolo⁹⁹⁸, y con ello también los aspectos intencionales añadidos a este, considerar el favorecimiento más como elemento objetivo del tipo, reconduciría la cuestión a probar que la acción u omisión llevada a cabo por el sujeto corrupto ha sido objetivamente idónea para provocar un favorecimiento frente a otros, sin tener que entrar a valorar en sede judicial aspectos psicológicos de más complicada acreditación.⁹⁹⁹

4. Error de tipo.

El autor de un hecho delictivo debe conocer todos los elementos objetivos que forman parte de la descripción típica del mismo. El desconocimiento o error respecto de cualquiera de ellos repercute en la tipicidad, pues excluye el dolo.¹⁰⁰⁰ Nada particular debe comentarse a tenor de este elemento en relación con el delito de corrupción entre particulares, de tal modo que se aplican, de forma general, las previsiones del artículo 14 –apartados 1 y 2– CP.

Con mera intención ilustrativa nos hacemos eco de una posibilidad de apreciar un error de tipo recogida por la doctrina, en concreto por BOLEA BARDON. Relata el caso de un administrador de una sociedad o

⁹⁹⁷ Se muestra favorable a mantener la doble función subjetivo-objetiva del favorecimiento, ANARTE BORRALLA, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 74.

⁹⁹⁸ PERALTA, J.: “Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 63, nº 1, Ministerio de Justicia – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2010, p. 256.

⁹⁹⁹ ENCINAR DEL POZO es proclive a esta tesis. Sostiene que “no cabe hablar de un dolo inicial y un elemento subjetivo añadido o ligado a una intención posterior”, sino que lo realmente relevante es el “conocimiento de todos los elementos de la acción” desde la primera fase de perfección del acuerdo corrupto. En ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, pp. 370-371.

¹⁰⁰⁰ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 275.

empresa que prefiere, en el marco de la compraventa de mercancías, la contratación de servicios o cualquiera otra relación comercial, la peor oferta de las posibles –en relación calidad-precio– fruto del engaño a que ha sido sometido por el empleado o el colaborador que, de forma efectiva, se ha visto beneficiado con el soborno. En este caso, el administrador actúa amparado en un error de tipo invencible y, como señala esta autora, además “se produce una doble instrumentalización que nos lleva a poder apreciar una autoría mediata en la persona del que engaña al administrador”.¹⁰⁰¹

¹⁰⁰¹ BOLEA BARDON, C.: “Deberes del administrador y prácticas...”, *op. cit.*, p. 13.

IX. OTROS ELEMENTOS DE LA TEORÍA JURÍDICA (I): ANTI JURIDICIDAD, CULPABILIDAD, PUNIBILIDAD Y CONDICIONES OBJETIVAS DE PERSEGUIBILIDAD

1. Antijuridicidad.

Para poder atribuir responsabilidad penal ante un hecho típico –esto es, una acción que colma todos los requisitos exigidos en la descripción que de esa conducta se hace en la ley penal– es necesario dar un paso más. Tras esta adecuación a la letra de la norma, se hace imprescindible comprobar que existe una contradicción con el Derecho; es decir, que se trata de una acción injusta o ilícita. La función del juicio de antijuridicidad se reduce a una constatación negativa de la misma, que se traduce en la determinación de si concurre o no alguna causa de justificación¹⁰⁰² que pueda autorizar o permitir el hecho típico, eliminando precisamente su contrariedad al ordenamiento jurídico-penal. Expresado en otras palabras, la presencia de una causa de justificación no solo impide que se pueda imponer una pena o una medida de seguridad, sino que además convierte una acción formalmente típica en lícita, con todas las consecuencias que ello comporta.¹⁰⁰³ En suma, la aplicación de una causa de justificación excluye la antijuridicidad de la conducta¹⁰⁰⁴ por lo que, en lo que aquí interesa, se hace imprescindible valorar si son aplicables algunas de las causas de justificación al tipo penal de corrupción entre particulares.

Con ENCINAR DEL POZO afirmamos que no es factible, en el ámbito de la corrupción privada, predicar la aplicabilidad de la legítima defensa o el obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un

¹⁰⁰² MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: “Lección 11. Las causas de justificación”, en DEMETRIO CRESPO, E. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Teoría del delito*, op. cit., p. 263; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 251 y 300.

¹⁰⁰³ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 309-310.

¹⁰⁰⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Capítulo 7. Causas de justificación. I. Sistema de causas de justificación”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento Práctico Francis LeFebvre. Penal*, op. cit., núm. marg. 1568.

derecho, oficio o cargo –artículo 20.4 y 20.7 CP, respectivamente–. Compartimos sus apreciaciones al afirmar que no es imaginable que un soborno entre particulares sea respuesta a una agresión ilegítima, o que tal soborno quede justificado por formar parte de un deber o se derive del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Así las cosas, podría plantearse algún debate en relación al estado de necesidad y al valor del consentimiento del titular del bien jurídico.¹⁰⁰⁵

1.1. Estado de necesidad.

Para valorar si esta causa de justificación podría ser aplicable a un caso de corrupción privada, es necesario examinar los presupuestos de dicha causa y su encaje en un contexto de soborno entre privados. La primera idea que debe exponerse para poder llegar a una determinación es que el estado de necesidad, a diferencia de lo que sucede con la legítima defensa, no opone bienes jurídicos, sino “males”: el mal que se trata de evitar y el mal que debe causarse para neutralizar el anterior. Establecido lo anterior, a la aplicabilidad de esta causa de justificación debe preceder la confirmación del presupuesto de hecho –el estado de necesidad en sentido estricto– y los requisitos necesarios –i) que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar; ii) que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; y iii) que este no tenga obligación de sacrificarse en razón a su oficio o cargo–.¹⁰⁰⁶

Para estudiar cada uno de los aspectos relevantes a este respecto, tomemos como punto de partida el supuesto de hecho expuesto por ENCINAR DEL POZO: un caso en el que, ante una situación económica apurada de una empresa, el sujeto del delito se decide a realizar un acto de soborno entre particulares que le permita obtener un determinado contrato y así superar dicha situación, consiguiendo viabilidad para la entidad y pudiendo conservar los puestos de trabajo asociados.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁵ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., pp. 373-374.

¹⁰⁰⁶ Sobre el estado de necesidad como causa de justificación, MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: “Lección 12. Las causas de justificación en el Código Penal español”, en DEMETRIO CRESPO, E. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Teoría del delito*, op. cit., pp. 296 y ss.

¹⁰⁰⁷ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., p. 374.

Lo primero que debería acreditarse es el propio estado de necesidad, en sentido técnico, es decir, aquella situación derivada de un peligro real e inminente para un bien jurídico propio o ajeno, que no puede conminarse si no es mediante la realización de un hecho típico que vulnere un bien jurídico de un tercero. En el caso que nos ocupa, verificar que este apuro económico supone un riesgo real, inminente y grave que solo puede evitarse mediante la oferta, promesa o concesión; o mediante la solicitud, recepción o aceptación de un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza.

En este punto, la jurisprudencia exige que se hayan agotado, previamente, todos los medios alternativos lícitos disponibles, de forma que no quede más remedio que acudir al ilícito para evitar el mal, ante el fracaso de aquellos. Así la STS 265/2015, de 29 de abril, señala: “...la esencia de la exigente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone –dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva– con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual”. Y es en este contexto en el que no resulta difícil imaginar que puedan existir otros mecanismos alternativos al soborno para salvar la viabilidad de una empresa –búsqueda de nuevas fuentes de financiación, servirse de otras instituciones jurídicas, como la declaración de concurso de acreedores, etc.– Además, la jurisprudencia, a tenor de esta cuestión, se ha mostrado aún más restrictiva cuando se pretende fundamentar la situación de necesidad en supuestos de estrechez económica.¹⁰⁰⁸

Del mismo modo, también resultaría complejo acreditar las tres condiciones requeridas para la apreciación del estado de necesidad; en especial, primeramente, el hecho de que el mal evitado –el padecimiento de problemas económicos en el seno de la empresa– sea mayor que el mal provocado –concretado en la distorsión de la competencia en el mercado por la utilización del soborno, con el consiguiente desplaza-

¹⁰⁰⁸ Esta opinión se funda en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Vid.*, como ejemplo, SSTS 945/2013, de 16 de diciembre; 933/2007, de 8 de noviembre.

miento de los competidores y los daños potenciales a otros perjudicados- y, posteriormente, la obligatoriedad de que la situación no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto del delito -a ese particular, habría de valorarse si una mala gestión empresarial o una excesiva asunción de riesgos podría calificarse como provocación intencionada o, cuanto menos, imprudente o negligente-.¹⁰⁰⁹

1.2. Consentimiento del titular del bien jurídico.

Ha de reconocerse que no ha sido extensa la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión en relación al delito de corrupción entre particulares. Más allá de esta evidencia, la propia institución del consentimiento ha sido, históricamente, una de las más polémicas y de más difícil encaje en la dogmática penal. A ello ayuda que se trate de la única causa de exclusión de la responsabilidad penal que no se encuentra expresamente prevista en el Código. Esta circunstancia mantiene viva una discusión en torno a su naturaleza dogmática: algunos autores lo sitúan como causa de atipicidad -en sede, por tanto, de tipicidad-, otros como causa de justificación -excluyendo, así, la antijuridicidad- e, incluso, se le confieren efectos de otra índole.¹⁰¹⁰ A efectos meramente sistemáticos y siguiendo el criterio de ENCINAR DEL POZO, hemos considerado adecuado situar este análisis aquí, en sede de antijuridicidad.¹⁰¹¹

Entremos en materia. Diversas consideraciones se han ido esgrimiendo anteriormente en atención al valor del consentimiento para desvirtuar la tipicidad de un soborno en el mercado; en concreto, se ha reflexionado en torno a la capacidad excluyente de tipicidad del consentimiento del empresario. Sin embargo, aquí no se va a tratar este aspecto. La explicación se resalta evidente si ponemos en contexto este elemento con el bien jurídico protegido defendido en esta investigación: no es el empresario el titular del bien jurídico sostenido. Ello ocurriría

¹⁰⁰⁹ Se toma el ejemplo y la fundamentación de ENCINAR DEL POZO. En ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., p. 375.

¹⁰¹⁰ GUÉREZ TRICARICO, P.: "Capítulo 7. Causas de justificación. V Consentimiento", en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, op. cit., núms. margs. 1917 y 1924.

¹⁰¹¹ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., pp. 374 y 376.

en el supuesto de entender que lo que el delito salvaguarda son los intereses del titular del ente mercantil o la relación entre principal y subordinado en el seno social, pero, tal como se ha argumentado anteriormente, el interés digno de tutela es la competencia leal, cuyo titular es, en todo caso, la sociedad en su conjunto. En este punto, el socio o titular de la empresa o sociedad mercantil no puede disponer de dicho bien jurídico colectivo y, por ello, su consentimiento es penalmente irrelevante y carece de efecto alguno.¹⁰¹²

Como hemos mencionado, la competencia leal es un bien jurídico colectivo –caracterizado por la indivisibilidad en bienes jurídicos individuales o en partes atribuibles individualmente y por la ausencia de rivalidad en el aprovechamiento de los mismos por todos los miembros de una comunidad–¹⁰¹³. Ello requeriría que, para que pudiéramos considerar el consentimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad, deberíamos contar con el asenso de todos los miembros de la comunidad social que quedan potencialmente bajo el paraguas de este delito –en atención al principio de territorialidad–, lo cual nos llevaría a un imposible jurídico. En consecuencia, no consideramos apreciable el consentimiento como causa de justificación en la esfera de la corrupción privada.

2. Culpabilidad.

El estudio de la aplicación de la teoría jurídica del delito al tipo de corrupción entre particulares nos impone la próxima parada en sede de culpabilidad. Esta categoría reúne los elementos subjetivos que deben darse para poder imputar el hecho típico y antijurídico a un sujeto y atribuirle, así, responsabilidad penal. Estos elementos pueden, a su vez, integrarse en tres categorías, correspondientes a los tres niveles de

¹⁰¹² *Ibid.*, p. 376.

¹⁰¹³ SOTO NAVARRO, S.: “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 58, nº 3, Ministerio de Justicia – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005, p. 887.

análisis de la culpabilidad: imputabilidad, formas de culpabilidad –y los efectos de la institución del “error”– y exigibilidad.¹⁰¹⁴

En este escalón de la teoría jurídica, el delito analizado no muestra particularidades especiales en torno a imputabilidad o exigibilidad de otra conducta, aunque la doctrina sí ha elaborado algunas reflexiones en torno a las formas de culpabilidad –o, de otro modo, el conocimiento de la antijuridicidad o ilicitud de la acción realizada–, enfrentando los problemas que surgen en relación al error de prohibición.¹⁰¹⁵

2.1. Error de prohibición. Supuestos y consecuencias.

Se define el error de prohibición como la “creencia equivocada de que la conducta no es penalmente antijurídica o prohibida aun sabiendo que con carácter general es (...) ilícita”.¹⁰¹⁶ Existe esta clase de error no solamente cuando el sujeto cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su acción. En lo que aquí nos interesa, es importante resaltar que tal error de prohibición puede referirse tanto a la propia existencia de la norma prohibitiva como tal –denominado, error de prohibición directo–, como a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación autorizante de la conducta –error sobre las causas de justificación–.¹⁰¹⁷

En consonancia con la doctrina que ha estudiado este asunto, se valorará únicamente supuestos de error de prohibición directo. En este ámbito, podríamos encontrarnos con algunas cuestiones interesantes que estudiar. De un lado, podría darse el caso de que un sujeto no conociese que ofrecer, prometer o conceder; o solicitar, aceptar o recibir un soborno en la compraventa de mercancías, o la contratación de servicios

¹⁰¹⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Capítulo 8. Imputabilidad y causas de inimputabilidad. Sección 1. Estructura y fundamento de la culpabilidad”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento Práctico Francis Lefevbre. Penal, op. cit.*, núms. margs. 2160-2162.

¹⁰¹⁵ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 377.

¹⁰¹⁶ Definición consultada en la web del Diccionario del Español Jurídico. Voz “error de prohibición”. Fuente: <https://dej.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹⁰¹⁷ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, pp. 382-383.

o las relaciones comerciales es un hecho prohibido por el ordenamiento penal. Es decir, que existiera un error sobre la propia existencia del artículo 286 bis CP.

Otro supuesto de error de prohibición directo podría darse en casos de limitada importancia económica. Se trata del error referido a la adecuación social del soborno; es decir el que se basa en aquella creencia errónea acerca de que el soborno ofrecido o recibido es insignificante o socialmente adecuado.¹⁰¹⁸ En este punto, el autor conoce la existencia de la norma penal, pero considera que no le es de aplicación o la interpreta de manera incorrecta. Ello podría explicarse en sectores o ramas de actividad en los que es habitual entregar gratificaciones, en dinero o en especie.¹⁰¹⁹

En valoración de estos ejemplos, habrá de sostenerse que la apreciación del error dependerá del caso concreto y, en todo caso, será de aplicación lo previsto en el párrafo 3º del artículo 14 CP: rebaja de la pena en uno o dos grados en caso de error vencible, y exclusión de la culpabilidad y de la pena, en caso de error invencible. Convergemos con ENCINAR DEL POZO en considerar difícilmente apreciable el error de prohibición en los supuestos aquí reseñados.¹⁰²⁰ En primer término, porque el delito de corrupción entre particulares, está concebido como un ilícito penal en el ámbito de los negocios; sector en el que, con carácter general, participan personas con conocimientos y experiencia en la rama de que se trate y con una fuerte conexión con otros mercados y ordenamientos extranjeros. Ello hace difícilmente sostenible el desconocimiento de este ilícito penal. En segundo lugar, porque muchos de estos ámbitos de actividad que el tipo penal denomina compraventa de mercancías, contratación de servicios o relaciones comerciales ya disponen de normas sectoriales que prohíben establecer relaciones de negocios mediante el pago de sobornos. En última instancia, porque la creciente preocupación de las empresas y de otras instituciones públi-

¹⁰¹⁸ BACIGALUPO, E.: "Corrupción entre particulares...", *op. cit.*, pp. 149-150; BACIGALUPO, E.: «Compliance» y derecho penal..., *op. cit.*, pp. 206-207.

¹⁰¹⁹ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 377.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, pp. 377-379.

cas y privadas en la prevención de la corrupción y el soborno se ha conjugado con la necesidad de adoptar por parte de las primeras, códigos deontológicos y de buenas prácticas, en un afán de aumentar la transparencia en las relaciones económicas.¹⁰²¹

En suma, tanto la regulación legal como las reglas de que se han ido dotando los distintos sectores de actividad, junto con la implementación de programas de *compliance* en la esfera interna de las propias empresas, son factores que habrán de tomarse en consideración a la hora de apreciar la posible existencia de un error de prohibición y de su carácter vencible o invencible.¹⁰²²

3. Penas previstas en el artículo 286 bis CP.

La comisión de un hecho delictivo –típico, antijurídico y culpable– lleva aparejada la imposición de una consecuencia jurídico-penal; comúnmente denominada “pena”. En este sentido, en lo que atañe al delito de corrupción entre particulares, el merecimiento y necesidad de pena es uno de los temas que más debate suscitó entre los primeros estudiosos en la materia.¹⁰²³ En todo caso, la realidad imperó y la entrada en vigor de esta figura impuso las siguientes penas, previstas tanto en la redacción original del delito como en su versión vigente: i) pena de prisión de seis meses a cuatro años, ii) inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años; y iii) multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

3.1. Introducción.

¹⁰²¹ Ejemplo claro de esta tendencia es el Manual para Empresas “Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento”, elaborado conjuntamente por la OCDE, la Oficina de Naciones Unidas para la Droga y el Delito y el Banco Mundial. El texto del Manual se puede consultar en internet. Fuente: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/Etica-Anticorrupcion-Elementos-Cumplimiento.pdf>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹⁰²² ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., p. 379.

¹⁰²³ Ya mencionamos, como uno de los argumentos doctrinales en contra de la incriminación de estas conductas, la ausencia de un debate previo acerca del merecimiento y necesidad de pena por esta clase de corrupción. *Vid. supra* I. 2.1.1. a).

Antes de pasar a examinar por separado cada una de las consecuencias jurídicas anteriormente enunciadas, vamos a destinar este punto introductorio para hacernos eco de las dos críticas fundamentales que se han vertido en referencia a la penalidad prevista en el artículo 286 bis CP: i) la excedencia respecto del marco legal previsto en la Decisión Marco 2003/568/JAI; ii) la previsión de idéntica pena para las modalidades de corrupción privada activa y pasiva; y iii) apreciaciones de otra índole.

- a) La horquilla punitiva del tipo básico de corrupción privada supera la previsión de la Decisión Marco 2003/568/JAI.

Esta es una de las grandes apreciaciones contra la literalidad recogida en nuestro Código penal. Se afirma, efectivamente, que, ya desde la redacción de 2010, el legislador opta por un marco penal que excede de lo indicado por la Decisión Marco¹⁰²⁴; instrumento del que nuestro delito trae causa, lo cual resulta, en primer lugar, exagerado respecto de las conductas tipificadas y, en segundo, incongruente respecto de las penas establecidas en otros delitos patrimoniales –como la estafa o la apropiación indebida– en los que además el tipo exige la causación de un perjuicio.¹⁰²⁵

Recuérdese en este momento que el artículo 4 de la Decisión Marco prevé la imposición de pena privativa de libertad de una duración máxima de 1 a 3 años –párrafo 2– y, así mismo, la inhabilitación temporal del “ejercicio de esa actividad profesional o de una actividad comparable en un puesto o función similares”, sin especificar límite en este caso –párrafo 3–. Por su parte, el delito en España, como ya hemos mencionado antes, prevé una pena de prisión cuyo límite máximo son 4 años y concreta la horquilla de la inhabilitación especial entre 1 y 6 años.

Es comúnmente opinado que el delito de corrupción entre particulares adolece de falta de proporcionalidad. En primer término, por algo ya

¹⁰²⁴ OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*; GONZÁLEZ BLESA, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 316-317.

¹⁰²⁵ PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 22; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 317.

señalado: no parece sensato que la pena de este delito sea superior a la de otros delitos patrimoniales o socioeconómicos, aun cuando aquellos además exigen la producción de un perjuicio; y, en segundo término, porque equiparar las penas a las previsiones del cohecho parece inadecuado: el cohecho tiene unas connotaciones distintas y más graves que el tipo de corrupción privada –vinculadas al buen funcionamiento de la Administración pública–.¹⁰²⁶

- b) Previsión de idéntica penalidad para las modalidades activa y pasiva de corrupción entre particulares.

En efecto, las consecuencias jurídicas recogidas en el artículo 286 bis CP son idénticas, sin atender a la modalidad de corrupción en que nos encontremos, ni a si se ha llegado a producir la efectiva entrega o no del beneficio o ventaja o a la eventual consecución del favorecimiento indebido.¹⁰²⁷ Esto se ha visto como una ruptura de los principios de igualdad y de proporcionalidad.¹⁰²⁸

Una de las críticas que se ha hecho a este respecto y que, en cierta medida puede ser compartida –si bien ello sería predicable de muchas otras figuras delictivas–, es que esta configuración de la punibilidad puede adolecer de falta de concreción, debiendo ser el juzgador el que tome en cuenta estos aspectos para recorrer el marco penal.¹⁰²⁹

¹⁰²⁶ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “El delito de corrupción privada”, *op. cit.* En este sentido, MARTÍNEZ GONZÁLEZ reconoce que la tipificación del cohecho posee trascendencia constitucional, “atendida la significación de la recta y eficaz prestación de los servicios públicos”. El fundamento de la corrupción pública y de la privada es diverso e, incluso, el objeto de tutela difiere. En MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: “Corrupción privada y corrupción en el deporte”, *op. cit.*, pp. 352-353.

¹⁰²⁷ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, p. 445. La citada autora, en este trabajo, sostiene que el legislador tampoco tuvo en cuenta, a la hora de diseñar la penalidad de este delito, la relevancia de la función del sujeto corrupto en el seno de la empresa o sociedad mercantil, pero no podemos estar de acuerdo con ello pues esta es precisamente una de las circunstancias que atenúan la pena en virtud de lo imperado en el párrafo 3º del artículo 286 bis CP. De forma similar, GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 315-316.

¹⁰²⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Notas sobre la corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰²⁹ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, p. 445.

Otros argumentos contrarios –los cuales avanza no son compartidos en este trabajo– a la igualdad de pena entre ambas modalidades poseen un fundamento en sede de bien jurídico. Para los autores que así se pronuncian, el hecho de que se prevea igual tratamiento punitivo a las modalidades activa y pasiva es criticable. Se sostiene que el corrupto, además de vulnerar las reglas de la competencia, falta a los deberes de fidelidad para con la empresa que le ha contratado.¹⁰³⁰ No obstante, coincidimos con ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS en afirmar que este juicio carece de sentido en el contexto del bien jurídico protegido que aquí se defiende: la leal competencia. Como ya se ha insistido, este delito no tutela ninguna relación de carácter privado o de fidelidad para con la empresa o el empresario.¹⁰³¹

c) Apreciaciones de otra índole.

Los dos argumentos anteriores constituyen los pilares básicos que sostienen las críticas esgrimidas, en sede penológica, contra este delito. Sin embargo, algún autor ha enfatizado alguna consideración más. La más consistente, a nuestro juicio, versa sobre la absoluta quiebra del principio de proporcionalidad que supone la previsión cumulativa de una pena de prisión, una multa proporcional y una severa inhabilitación especial, aunque se ha llegado a justificar por el valor preventivo general, en concreto, de la pena de multa.¹⁰³² En comparación con otras

¹⁰³⁰ Tesis recogida en DE BUERBA PANDO, A.: “El delito de corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰³¹ ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares...*, *op. cit.*, p. 26. En un sentido similar, GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 76. Esta última consideración, no obstante, no es unánime. RODRÍGUEZ PUERTA advierte que equiparar el tratamiento punitivo de la corrupción privada activa y pasiva no resulta explicable “desde ninguna de las perspectivas interpretativas defendidas en la doctrina”. En el contexto de protección de la competencia, indica que “la conducta del corruptor tampoco lesiona directamente las condiciones de competencia leal, únicamente sirve de motor o acicate”. En RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 129.

¹⁰³² BAÑERES SANTOS, F. y NIETO MARTÍN, A.: “Corrupción entre privados”, *op. cit.*, p. 224.

figuras que pueden atentar contra el mismo bien jurídico, se ha considerado “ciertamente riguroso” el tratamiento punitivo de la corrupción entre particulares.¹⁰³³

3.2. La pena de prisión.

Como se ha dicho, la pena de prisión excede de la “duración máxima” prevista en la Decisión Marco 2003/568/JAI. La realidad es que la pena privativa de libertad prevista en nuestro Código “es ciertamente grave para comportamientos de corrupción estrictamente privada”.¹⁰³⁴

Consideramos necesario volver sobre algo que se acaba de decir. Los autores han venido coincidiendo en manifestar que esta alta penalidad, en lo que a la prisión se refiere, puede ser debida a distintas motivaciones: bien, por un lado, al intento del legislador de equiparar estos comportamientos a los de corrupción pública, –en concreto al cohecho pasivo antecedente respecto de un acto propio del cargo de la autoridad o funcionario, tipificado en el artículo 420 CP–;¹⁰³⁵ bien, por otro, como consecuencia de la propia gravedad lesiva que el legislador otorga a la protección de la competencia y de las reglas del buen funcionamiento del mercado;¹⁰³⁶ incluso concediendo mayor relevancia al bien jurídico protegido en este tipo en comparación con otros delitos patrimoniales contra el orden socioeconómico.¹⁰³⁷ Respecto de esto último, se ha afirmado que ello puede originar problemas de proporcionalidad intrasistémica.¹⁰³⁸

La previsión de pena de prisión en el artículo 286 bis CP ha sido intensamente criticada por la doctrina. Se ha dicho de ella, en suma, que es, desde cualquier punto de vista, absolutamente desmedida,¹⁰³⁹ gravosa

¹⁰³³ BAÑERES SANTOS, F.: “El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 153.

¹⁰³⁴ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 36; GILI PASQUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 318.

¹⁰³⁵ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, p. 445.

¹⁰³⁶ OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*

¹⁰³⁷ GONZÁLEZ BLESA, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*

¹⁰³⁸ BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰³⁹ DE BUERBA PANDO, A.: “El delito de corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 17; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 431.

–de nuevo, en comparación con el límite máximo recogido en la Decisión Marco–,¹⁰⁴⁰ severa,¹⁰⁴¹ con un marco penal abstracto mínimo y máximo desproporcionado¹⁰⁴² y, en todo caso, exorbitada en comparación con los delitos patrimoniales y socioeconómicos que sí requieren, para su consumación, la causación de un perjuicio efectivo;¹⁰⁴³ por ello, claramente excesiva en atención a los casos en que el delito será aplicado.¹⁰⁴⁴

Recuérdese, además, que los autores valoraron negativamente también el hecho de que la pena no se gradúe en función de la consecución o no del fin perseguido o de la efectiva lesión de las expectativas de los competidores.¹⁰⁴⁵ No tiene sentido, se indica, que el administrador de una sociedad que se lleva directamente el dinero de la caja social, con ánimo de lucro y perjuicio para la entidad –delito de apropiación indebida– sea merecedor de menor reproche penal que el mismo administrador que ofrece una dádiva a un tercero para que adjudique a su empresa un contrato beneficioso para la misma.¹⁰⁴⁶ En nuestro parecer, lo dicho en este párrafo podría encontrar explicación, quizás, en la pretensión del legislador de seguir la misma filosofía que en los delitos de cohecho, donde circunstancias como el grado de perfección del acuerdo corrupto o la efectiva lesión o no del bien jurídico tampoco se conciben como criterios para atemperar la respuesta penal.

¹⁰⁴⁰ MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1100; MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12094.

¹⁰⁴¹ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 129.

¹⁰⁴² MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 127.

¹⁰⁴³ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 624.

¹⁰⁴⁴ ORBEGOZO, X.: “El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*

¹⁰⁴⁵ MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1100; MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12094.

¹⁰⁴⁶ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción privada”, *op. cit.*, p. 7.

Todas las críticas aquí expuestas han llevado a la doctrina a considerar que la alta previsión de pena privativa de libertad es un problema punitivo que debe solucionarse no mediante el aumento de penas en los delitos patrimoniales o socioeconómicos, sino reduciendo la respuesta penal por corrupción entre particulares, adecuándola a un techo máximo que no supere los dos años de prisión al que añadir una pena de multa importante y una elevada inhabilitación especial.¹⁰⁴⁷

3.3. La pena de multa.

Cumulativamente a la pena de prisión, el tipo penal prevé dos consecuencias jurídicas añadidas. La primera de ellas es la pena de multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja no justificados objeto de la prestación corrupta. Se ha afirmado de la multa, como consecuencia jurídica en abstracto, que se trata de un instrumento eficaz para la represión de delitos vinculados a la criminalidad económica, especialmente efectiva a la hora de disuadir a las empresas de cometer esta clase de ilícitos, al añadir un coste más a la operación, lo cual reducirá el potencial margen de beneficio.¹⁰⁴⁸

Sin embargo, la concreta elección del legislador por el sistema de multa proporcional, en función del valor del beneficio o ventaja, ha sido objeto de diversas consideraciones críticas. En primer término, se ha valorado negativamente la propia elección del sistema de multa proporcional por cuanto será difícil determinar su cuantía en supuestos de dádivas no valorables económicamente¹⁰⁴⁹ y, de cualquier modo, puede convertir la figura en un delito de resultado.¹⁰⁵⁰ En segundo lugar, se ha mostrado extrañeza por vincular la multa al valor del beneficio o ventaja y no a la entidad del daño ocasionado al bien jurídico¹⁰⁵¹ o al beneficio obtenido fruto del acuerdo corrupto¹⁰⁵² –aunque esto, en

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, pp. 7-8.

¹⁰⁴⁸ BENITO SÁNCHEZ, C.D. y CERINA, G.: “Apuntes sobre los delitos de corrupción...”, *op. cit.*, p. 64; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 320.

¹⁰⁴⁹ BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1112.

¹⁰⁵⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Notas sobre la corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁵¹ BENITO SÁNCHEZ, C.D. y CERINA, G.: “Apuntes sobre los delitos de corrupción...”, *op. cit.*, p. 88.

¹⁰⁵² OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*

nuestra opinión, generaría también problemas de determinación-.¹⁰⁵³ Por todo ello, se defiende la mayor pertinencia de haber regulado la multa por el sistema general de cuotas o días multa.¹⁰⁵⁴

3.4. La pena de inhabilitación especial.

Finalmente, a la persona física responsable de un delito de corrupción privada se le impondrá una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por un tiempo de uno a seis años. La incorporación al delito de esta última consecuencia jurídica, de aplicación acumulativa a las anteriores, tiene su origen en la Decisión Marco, que así lo prevé en su artículo 4.3. Ha llamado la atención de alguna doctrina el hecho de que esta inhabilitación se circunscriba al ejercicio de industria o comercio y no se haya extendido a cualquier otra actividad del sector privado.¹⁰⁵⁵ Se ha sostenido sobre ella también que la amplia extensión prevista puede hacer aparecer la corrupción privada como delito grave,¹⁰⁵⁶ a pesar de que sea considerado legalmente como delito menos grave.¹⁰⁵⁷

En realidad, lo que sucede es que el delito tipificado en el artículo 286 bis CP prevé dos consecuencias jurídicas consideradas “menos graves” –la pena de prisión y la pena de multa proporcional, en aplicación del artículo 33.3 a) y k) CP–, y una consecuencia jurídica calificada como “grave” –pena de inhabilitación especial, en virtud del artículo 33.2 d) CP–.

4. La publicación de la sentencia.

¹⁰⁵³ Sobre la dificultad para determinar la cuantía de la multa proporcional, BAÑERES SANTOS, F. y NIETO MARTÍN, A.: “Corrupción entre privados”, *op. cit.*, p. 224.

¹⁰⁵⁴ BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1112; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares...*, *op. cit.*, p. 54; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 320.

¹⁰⁵⁵ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁵⁶ BAÑERES SANTOS, F.: “La corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 153.

¹⁰⁵⁷ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 624.

El primer párrafo del artículo 288 CP, situado en la Sección 5ª destinada a las “Disposiciones comunes a las secciones anteriores”, aplicable a todo el Capítulo XI del Título XIII, señala que “en los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado”.

Se trata de una medida reparativa,¹⁰⁵⁸ habitual en Derecho comparado, sobre todo en la esfera de las infracciones y delitos contra la competencia, y que se adapta acertadamente a la personalidad del delincuente económico.¹⁰⁵⁹

5. La condición de perseguibilidad.

El artículo 287 CP prevé expresamente, como condición objetiva de perseguibilidad, la denuncia previa de la persona agraviada o sus representantes legales para los delitos de la Sección 3ª –“De los delitos relativos al mercado y a los consumidores”– del Capítulo XI del Título XIII, excepto para los artículos 284 y 285 CP.

En todo caso, el tipo de corrupción entre particulares, al estar ubicados sistemáticamente en la Sección 4ª –“Delitos de corrupción en los negocios”– no se verá, en ningún caso, afectado por dicha condición, por lo que el delito de corrupción privada será perseguible de oficio.¹⁰⁶⁰ Esta circunstancia vendría a reforzar la dimensión colectiva de los intereses

¹⁰⁵⁸ MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 18. Disposiciones comunes a los delitos contra la propiedad intelectual, industrial, delitos relativos al mercado y a los consumidores y la corrupción privada”, en *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal 2011*, op. cit., p. 1101.

¹⁰⁵⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, op. cit., p. 319.

¹⁰⁶⁰ GONZÁLEZ BLESA, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, op. cit.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, op. cit., pp. 318-319; MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, op. cit., núm. marg. 12094; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, op. cit., p. 329.

protegidos, --catalogados por otros como bienes jurídicos supraindividuales institucionalizados--¹⁰⁶¹ apoyando --aunque no sea de forma definitiva-- la opción de tutela competencial de la figura.¹⁰⁶² Ello ha sido acogido de forma favorable por un sector doctrinal,¹⁰⁶³ pero, para otro, resulta exagerado y no reduce los presagios de inaplicación práctica de la figura,¹⁰⁶⁴ además de poder dañar la imagen corporativa de una empresa mediante la interposición de denuncias o querellas con tal fin, corriéndose el riesgo de que estas prácticas se conviertan, en sí mismas, en una nueva forma de competencia desleal.¹⁰⁶⁵ Ello ha llevado a algún autor de los que así opinan a propugnar la idoneidad de haber sometido la perseguibilidad de esta figura al mismo régimen existente en los delitos societarios.¹⁰⁶⁶

En todo caso, tras la reforma del Código de 2015 la situación se conserva invariable, manteniéndose el tipo de corrupción privada en la Sección 4^a, por lo que le sigue siendo inaplicable la condición de perseguibilidad del artículo 287 CP y se reafirma, así, el carácter público del delito recogido en el artículo 286 bis CP.¹⁰⁶⁷

¹⁰⁶¹ MENDOZA BUERGO, B.: "Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...", *op. cit.*, núm. marg. 12094; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: "Corrupción privada y corrupción en el deporte", *op. cit.*, p. 356. Es GILI PASCUAL el que considera el bien jurídico como un valor supraindividual institucionalizado. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 330.

¹⁰⁶² GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 77-78.

¹⁰⁶³ BENITO SÁNCHEZ, C.D. y CERINA, G.: "Apuntes sobre los delitos de corrupción...", *op. cit.*, p. 88.

¹⁰⁶⁴ GILI PASCUAL, A.: "Bases para la delimitación del ámbito típico...", *op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁶⁵ CAMPANER MUÑOZ, J.: "La corrupción entre particulares", en *Lex Nova Online*, p. 5. Disponible en la web de la Revista *Pensamiento Penal*. Fuente: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/04/doctrina38516.pdf>. Consultado el 2 de noviembre de 2017; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 330-331.

¹⁰⁶⁶ GILI PASCUAL, A.: *ibid.*, p. 331.

¹⁰⁶⁷ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 383.

X. OTROS ELEMENTOS DE LA TEORÍA JURÍDICA (II): *ITER CRIMINIS*. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. *Iter Criminis*: consumación y formas imperfectas de ejecución.

1.1. Consumación.

Como se ha argumentado anteriormente, el delito de corrupción entre particulares se concibe como un tipo de mera actividad y de peligro abstracto.¹⁰⁶⁸ Esta figura se consume con la mera realización de las conductas descritas en los verbos rectores de cada una de las dos modalidades, sin necesidad de que se produzca resultado alguno:¹⁰⁶⁹ no se precisa que la dádiva se llegue a recibir de manera efectiva ni tampoco que el sujeto corrompido realice el acto de favorecimiento.¹⁰⁷⁰

Se trata, por tanto, de un delito de consumación anticipada¹⁰⁷¹ que conlleva un evidente adelantamiento de la barrera punitiva¹⁰⁷² –algo ya apuntado en este trabajo–,¹⁰⁷³ al incriminar tanto el concierto fraudu-

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, p. 385. Hemos realizado, a lo largo de esta investigación, varias alusiones en este sentido. Por todas ellas, *vid. supra* VII. 1.

¹⁰⁶⁹ NAVARRO MASSIP, J.: “Capítulo 4. El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 116; NAVARRO MASSIP, J.: “El delito de corrupción entre particulares”, *op. cit.*, pp. 51-52; GONZÁLEZ BLESA, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.* No se requiere, por tanto, ningún perjuicio efectivo para ningún competidor ni para la propia empresa del corrupto, “sino solo la mera puesta en peligro de competidores potenciales y con ello del principio de eficiencia en el mercado”. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁷⁰ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, pp. 659-660.

¹⁰⁷¹ GONZÁLEZ BLESA, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*

¹⁰⁷² ROSAS OLIVA, J.I.: “Consideraciones para la tipificación de un delito...”, *op. cit.*, p. 119; CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 236.

¹⁰⁷³ BOLEA BARDON señala los motivos por los que, en concreto, puede afirmarse tal adelantamiento. Refiere los siguientes: i) el castigo de conductas de mero favorecimiento; ii) la conversión en autoría conductas de participación; iii) la sanción de actos

lento entre ambas partes cuanto la mera proposición de concierto, sancionando todas las posibles formas en las que este puede darse y con independencia de quién adopte la iniciativa para ello.¹⁰⁷⁴

La corrupción activa se entiende perfeccionada por el simple ofrecimiento o promesa del beneficio o ventaja a alguno de los sujetos mencionados en el primer párrafo, incluso aunque este no acepte tal ofrecimiento¹⁰⁷⁵ o no atienda la promesa.

La modalidad pasiva, por su parte, se consumará cuando el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o sociedad solicite la prestación objeto del acuerdo ilícito, aunque el eventual destinatario de la solicitud rechace la petición, o cuando el corrupto acepte la dádiva,¹⁰⁷⁶ aunque finalmente no se cierre el pacto y la prestación no se reciba de forma cierta.¹⁰⁷⁷

Consideramos interesante abordar ahora un aspecto que ha generado cierto debate entre algunos autores. En el contexto de la corrupción activa, se plantea en qué momento la promesa y, en su caso, la oferta, deben ser consideradas típicas. En concreto, la controversia se sitúa en determinar si estos actos ejecutivos deben llegar a conocimiento de su destinatario para poder derivar de ellos responsabilidad penal. En sentido positivo, se alinean BAÑERES SANTOS, junto con SANTANA y GÓMEZ MARTÍN.¹⁰⁷⁸ Por el contrario, BACIGALUPO defiende que “las promesas y ofrecimientos son típicos aunque no hayan sido conocidos por

materialmente preparatorios o ejecutivos, pero que formalmente determinan la consumación delictiva; y iv) el reproche de conductas de deslealtad sin perjuicio patrimonial efectivo. En BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada: bien jurídico...”, *op. cit.*, p. 113.

¹⁰⁷⁴ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 660. Se ha categorizado también el delito de corrupción privada como de resultado cortado, en tanto que la consumación se adelanta al momento en que se realiza la primera secuencia de la conducta típica. En GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado...”, *op. cit.*, p. 152.

¹⁰⁷⁵ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 437.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, p. 444.

¹⁰⁷⁷ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 624.

¹⁰⁷⁸ BAÑERES SANTOS, F.: “La corrupción entre privados...”, *op. cit.*, 249; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 635.

el sujeto al que se dirigen”. Continúa argumentando que, en la modalidad pasiva, la consumación será efectiva, aunque el sujeto que solicita no tenga éxito con su petición.¹⁰⁷⁹

Por último, CORTÉS BECHIARELLI sostiene que la consumación exige que se cumplan dos requisitos adicionales; uno de ellos explicitado por el legislador y otro inferido de la interpretación teleológica del precepto. En primer término, se requiere sancionar penalmente solo aquellos atentados a la competencia impulsados por un favorecimiento indebido al corruptor o a un tercero –eliminando la expansión del tipo a supuestos en los que la afectación al mercado trae causa de otra motivación diferente–; y, en segundo término, es preciso que las acciones sean idóneas para comprometer el bien jurídico protegido por la norma.¹⁰⁸⁰ Este último elemento se conecta con otra idea afirmada por la doctrina: existirá consumación aun cuando el producto o servicio ofertados sean mejores en calidad y precio que los de la competencia¹⁰⁸¹ –ello porque el bien jurídico “competencia leal”, según la caracterización dada en este trabajo, se ve afectado siempre que se persiga conseguir una ventaja competitiva en el mercado a través del otorgamiento de sobornos– e, incluso, aun cuando la empresa para la que trabaja el sujeto corrompido se haya visto globalmente beneficiada como consecuencia de la contratación, negocio o relación comercial corrupta.¹⁰⁸²

¹⁰⁷⁹ Considera estos hechos constitutivos de tentativa de corrupción privada. En BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 145; BACIGALUPO, E.: «Compliance» y derecho penal..., *op. cit.*, p. 201.

¹⁰⁸⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 237.

¹⁰⁸¹ BAÑERES SANTOS, F.: “La corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 249.

¹⁰⁸² MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 444. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 425. Puede resultar interesante, en este punto, resaltar que, si con el comportamiento del autor del delito se produce, además de una lesión a la lealtad competitiva, un empobrecimiento a su propia empresa, por haber tenido que pagar, por ejemplo, cantidades mayores a las que corresponderían en la operación mercantil, se podrá apreciar un concurso medial con el delito de estafa. En BAÑERES SANTOS, F.: “La corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 250.

1.2. Formas imperfectas de ejecución.

El punto de partida debe ser, de nuevo, el carácter de delito de mera actividad. Si solo la solicitud, o el ofrecimiento o promesa ya suponen conductas consumadas, no parece factible, con carácter general, atribuir relevancia penal a la tentativa en ninguna de las dos modalidades delictivas de corrupción entre particulares.¹⁰⁸³ Expresado de otro modo, la cualidad de delito de emprendimiento que posee esta figura supone que la tentativa se equipara a la consumación;¹⁰⁸⁴ en definitiva, que determinados actos materialmente preparatorios o ejecutivos dan lugar a la consumación formal del delito.¹⁰⁸⁵

No obstante, algún sector, ha concebido algún supuesto de tentativa. Así, BACIGALUPO entiende que la tentativa es posible en ambas modalidades de corrupción privada. En el contexto de la corrupción activa, esta sería posible “cuando la promesa o el ofrecimiento del beneficio o de la ventaja, por cualquier razón, no llegue a su destinatario o la orden de conceder tal beneficio no haya sido cumplida”. En el ámbito de la corrupción pasiva, se calificará como tentativa “cuando la solicitud y la aceptación no lleguen a su destino o cuando la recepción no llegue a materializarse”.¹⁰⁸⁶

Profundicemos en una de los eventuales hechos mencionados: la promesa, la oferta o la solicitud se han emitido y han llegado a su destinatario, pero la aceptación de este no llega a conocimiento del primero. En este caso, podríamos estar ante un delito de corrupción privada activa consumado –si la promesa o la oferta han sido emitidas y han llegado a oídos del directivo, administrador, empleado o colaborador– y una tentativa de corrupción pasiva –la aceptación de la oferta o la promesa se emiten pero no llegan al sujeto corruptor–; o viceversa, nos encontraríamos ante un delito de corrupción pasiva consumado –si la

¹⁰⁸³ GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado...”, *op. cit.*, p. 152.

¹⁰⁸⁴ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 437 y 444.

¹⁰⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 423.

¹⁰⁸⁶ BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 145; BACIGALUPO, E.: «Compliance» y derecho penal..., *op. cit.*, p. 201.

solicitud por el sujeto corrompido se emite y llega a oídos del corruptor- y una tentativa de corrupción privada activa -la aceptación de la solicitud se emite pero no llega a su destino-.¹⁰⁸⁷

En nuestra opinión, sin embargo, admitir supuestos de tentativa en un delito concebido como de mera actividad, supondría adelantar la barrera punitiva hasta un límite cuya legitimidad es cuestionable en aplicación de los más básicos principios limitativos del *ius puniendi*, como el de lesividad, proporcionalidad o *ultima ratio*.

En otro orden de cosas, la doctrina ha mostrado acuerdo en señalar un posible supuesto de tentativa inidónea: aquel en que el ofrecimiento o concesión del beneficio o ventaja no justificados se realizan a personas que carecen de capacidad real para decidir, en el seno de la empresa, acerca de la compraventa de mercancías, contratación de servicios o establecimiento de relaciones comerciales.¹⁰⁸⁸ Reconocen estos autores que, si el sujeto receptor del beneficio finje ser la persona encargada de dicha toma de decisión, nos encontraríamos en presencia de un delito de estafa.¹⁰⁸⁹

Por último, SILVA SÁNCHEZ menciona la posibilidad de encontrarnos ante una tentativa irreal: se trata del caso en que la promesa o la oferta se dirigen a una persona que carece *ex ante* de toda capacidad de favorecer indebidamente. Señala el autor que, si podía pensarse *ex ante* que el sujeto ostentaba dicha capacidad, aunque posteriormente se ponga de relieve la imposibilidad de favorecer, se estaría ante una tentativa inidónea que quedaría subsumida en la estructura de emprendimiento

¹⁰⁸⁷ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 389.

¹⁰⁸⁸ Tentativa inidónea por *error in personam*. BAÑERES SANTOS, F.: "El delito de corrupción...", *op. cit.*, p. 153; BAÑERES SANTOS, F.: "La corrupción entre privados...", *op. cit.*, p. 249.

¹⁰⁸⁹ BAÑERES SANTOS, F.: "La corrupción entre privados...", *op. cit.*, p. 250; BAÑERES SANTOS, F.: "El delito de corrupción...", *op. cit.*, p. 153; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "V. El delito de corrupción entre particulares...", *op. cit.*, p. 429.

propia del tipo penal –por ejemplo, si el concreto acto de favorecimiento quedaba fuera de las competencias del sujeto corrompido–.¹⁰⁹⁰

2. Autoría y participación.

Al estudiar los sujetos del delito, defendimos la unilateralidad de la corrupción entre particulares, sin perjuicio de la posibilidad de encontrar manifestaciones bilaterales. Lo cierto es que, incluso en las formas de consumación unilaterales, el tipo se configura como un delito de encuentro,¹⁰⁹¹ también conocido como delito de participación necesaria. Es decir, el elemento tendencial en la fenomenología de la corrupción lleva a la confluencia de un sujeto que corrompe y otro que es corrompido.¹⁰⁹² Además, ambos pueden actuar por sí mismos o a través de una “persona interpuesta”, en atención al tenor literal del artículo 286 bis CP. Pero no solo podemos hallar estos sujetos involucrados en un hecho ilícito de corrupción privada: la redacción vigente, dada por LO 1/2015, permite que la persona que se beneficia del favorecimiento sea el corruptor o un tercero y, así mismo, que el beneficiario sobre el que repercute el beneficio o ventaja sea el corrupto o un tercero. Ello hace necesario analizar el rol que todos estos individuos cumplen o pueden cumplir y, en concreto, determinar si les es atribuible responsabilidad penal.

2.1. Sujetos activos de la corrupción privada.

No consideramos necesario añadir aquí nada a lo ya desarrollado en el Capítulo VI, cuando estudiamos los sujetos activos de ambas modalidades delictivas. Baste simplemente recordar que, tanto sujeto corruptor como corrompido, tienen la cualidad de autores –cada uno respecto de

¹⁰⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 429. Para BAE

¹⁰⁹¹ GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 126.

¹⁰⁹² ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 390.

su modalidad delictiva y en la medida en que su comportamiento perfeccione la descripción típica¹⁰⁹³ y, consecuentemente, merecen la misma sanción. Ninguno de ellos es, por tanto, víctima del delito.¹⁰⁹⁴

2.2. La persona interpuesta.

Como indicamos unas líneas atrás, el texto del artículo 286 bis CP prevé que el sujeto activo realice las conductas típicas por sí mismo o a través de una persona interpuesta. Es decir, la propia dicción del artículo permite supuestos de autoría mediata mediante un partícipe¹⁰⁹⁵ que, por imperativo legal, podrá ser penalmente responsable en atención a las reglas generales de la autoría y la participación previstas en el Código penal. Para algunos autores, la mención expresa en el delito de la persona interpuesta, es loable,¹⁰⁹⁶ mientras que para otros es prescindible, a tenor de lo dispuesto en el artículo 28 CP.¹⁰⁹⁷

La cuestión clave es determinar a título de qué va a responder este “intermediario”. Sostiene PÉREZ FERRER que su participación como cooperador necesario o como mero cómplice deberá determinarse en relación a las reglas generales de autoría y participación previstas en los artículos 27 y siguientes CP.¹⁰⁹⁸ Por su parte, BACIGALUPO distin-

¹⁰⁹³ BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 142; BACIGALUPO, E.: «Compliance» y derecho penal..., *op. cit.*, p. 197.

¹⁰⁹⁴ MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 122.

¹⁰⁹⁵ BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 143; BACIGALUPO, E.: «Compliance» y derecho penal..., *op. cit.*, p. 198.

¹⁰⁹⁶ PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁹⁷ Para CORTÉS BECHIARELLI -quien defiende la prescindencia de la mención-, la referencia a la persona interpuesta es una cláusula heredada del delito de cohecho, que puede justificarse por la existencia de “avezados intermediarios frecuentes en estas transacciones”. En CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 230. Se muestra de la misma opinión, SILVA SÁNCHEZ. En SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 423.

¹⁰⁹⁸ PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 20.

que entre si nos encontramos en la modalidad activa o pasiva de corrupción privada. En la primera de ellas, la persona interpuesta responderá como coautor, pues se trata de un delito común. En la segunda, sin embargo, al carecer de la calificación típica requerida para la autoría, solo podrá ser un partícipe necesario. Rigen aquí, por tanto, las reglas generales de autoría y participación.¹⁰⁹⁹

Para SILVA SÁNCHEZ, sin embargo, la figura de la “persona interpuesta” no describe todavía una institución dogmática precisa. En su línea argumental, este autor también distingue entre corrupción activa y pasiva. En el caso de la corrupción activa, la calificación jurídica de la persona interpuesta puede ser compatible con una autoría mediata –si el sujeto interpuesto ha sido instrumentalizado mediante el recurso al engaño o a la coacción–, con una coautoría o, incluso, con una inducción del sujeto de detrás –inducción que el propio tipo legal trataría como autoría en sentido estricto–. En todo caso, a falta de mayor precisión en el tratamiento dogmático de la persona interpuesta, su responsabilidad podría oscilar entre la atipicidad –por revelarse como una cooperación neutral con ausencia de dolo–, y la tipicidad a título de complicidad, cooperación necesaria o coautoría.

En el ámbito de la modalidad pasiva, en cambio, si la persona interpuesta no ostenta la posición de directivo, administrador, empleado o colaborador, debe ser calificado de *extraneus*. Con ello, no podrá ser considerado coautor, y caso de ser responsable, solo podría serlo como partícipe; esto es, podría verse acogido en la atenuación prevista en el artículo 65.3 CP.¹¹⁰⁰

Esta imposibilidad de ser coautor por parte de la persona interpuesta en la modalidad pasiva, podría resultar desproporcionada a tenor de la similar función que este sujeto intermediario cumple en ambos lados de la corrupción. Sin ánimo de exhaustividad, y dado que ello excedería del propósito de este análisis, conviene resaltar que esta disparidad podría corregirse si consideramos que la modalidad pasiva es un delito especial de dominio o posición, y no de deber –entendimiento, a nuestro entender, reforzado tras la reforma de 2015, con la supresión del elemento del “incumplimiento de obligaciones”–, de tal manera que el

¹⁰⁹⁹ BACIGALUPO, E.: “Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 143; BACIGALUPO, E.: «Compliance» y derecho penal..., *op. cit.*, p. 198.

¹¹⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 423-424; NAVARRO MASSIP, J.: “Capítulo 4. El delito de corrupción...”, *op. cit.*, p. 115.

extraneus no deba beneficiarse de la atenuación potestativa referida.¹¹⁰¹

En opinión de GILI PASCUAL la alusión a la persona interpuesta cobra únicamente sentido en un grupo reducido de casos, todos ellos referidos a la modalidad de corrupción privada pasiva. En concreto, sostiene la adecuación de esta cláusula para aquellos casos en que el intermediario realiza actos materiales de autoría, reservándose el directivo, administrador empleado o colaborador un rol secundario o accesorio. En tales supuestos esta persona interpuesta no podría ser considerado autor –por no encontrarse entre las categorías enunciadas en el apartado primero del artículo 286 bis CP– y, en ausencia de autoría, sería difícil castigar la participación del *intraneus* –en básica aplicación del principio de accesoriedad–. La cláusula de la “persona interpuesta” evita acudir a mecanismos de atribución de responsabilidad más complejos, como la autoría mediata, para evitar la impunidad y conlleva la consideración del *intraneus* como autor inmediato y de la persona interpuesta como partícipe.¹¹⁰²

2.3. Otros sujetos (I): la persona beneficiada por el favorecimiento.

Abordamos ahora una cuestión que dejamos pendiente al analizar la expresión “para favorecer a otro” en el Capítulo relativo a las conductas típicas:¹¹⁰³ a quién se refiere el tipo penal cuando tipifica el favorecer “a otro” –dicción de la modalidad pasiva– o “a él o a un tercero” –recogido en la modalidad activa–.

En un primer momento, en la redacción original de 2010, existía una discrepancia entre la corrupción privada activa y la pasiva. Mientras que en la primera se preveía expresamente la posibilidad de beneficiar, por el favorecimiento, al corruptor o a un tercero, en la segunda de ellas se incluía únicamente el favorecimiento frente a otros de “quien le

¹¹⁰¹SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *ibid.*, p. 424. A mayor abundamiento, GÓMEZ MARTÍN, V.: “¿Delitos de posición con infracción de deber? ...”, *op. cit.*, pp. 111 y ss; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 262-263.

¹¹⁰² GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, pp. 263-264.

¹¹⁰³ *Vid. supra* VI. 2.3.2.

otorga o del que espera el beneficio o ventaja” –sin que pareciera posible favorecer a terceros–.¹¹⁰⁴

Con la reforma del delito obrada por LO 1/2015 se subsanó esta incongruencia,¹¹⁰⁵ siendo que en la versión vigente puede resultar beneficiado por el favorecimiento indebido tanto el sujeto corruptor –aquel que ofrece, promete o concede, o al que se solicita o del que se recibe o acepta el beneficio o ventaja no justificados– como un tercero, y ello tanto en la modalidad de corrupción privada activa como en la pasiva. Así se desprende de la literalidad del precepto, que recoge la expresión “para favorecer indebidamente a otro” en la esfera pasiva y “para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero” en la activa.

En todo caso, es relevante señalar que este tercero potencialmente beneficiado es una persona ajena al pacto delictivo, que no ha realizado la conducta típica; es un beneficiario de una conducta delictiva. Si induce o coopera de algún modo con el corruptor responderá como partícipe, pero si no es así, se plantea la opción de hacerle responder por participación a título lucrativo –cooperador civil–, aunque ello parece discutible, puesto que este tercero va a realizar una operación onerosa: comprar o vender un bien, o prestar un servicio.¹¹⁰⁶

2.4. Otros sujetos (II): el destinatario del beneficio o ventaja.

Estamos en presencia de otro de los elementos en los que ha incidido la reforma del delito de 2015. Se consideraba comúnmente aceptado que, en la versión inicial de 2010, adquiriría relevancia penal únicamente la conducta en la que el beneficio o ventaja iba destinado a apro-

¹¹⁰⁴ A pesar de lo evidente de la redacción de 2010, la exclusión del tercero como potencial beneficiario del favorecimiento en la modalidad pasiva no era una tesis sostenida unánimemente. Así, BOLEA BARDON, a pesar de la falta de previsión expresa, indicaba que habría de entenderse incluido “siempre y cuando se acepte que ambos apartados del 286 bis son correlativos y se reconozca la existencia de un solo hecho de corrupción en el que intervienen varios sujetos”. En BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 23.

¹¹⁰⁵ Ello fue generalmente aplaudido por la doctrina, que entendió que el legislador dio solución a su “descuido” de 2010. Así, BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada: bien jurídico...”, *op. cit.*, p. 103.

¹¹⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 425; ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 393.

vechar al directivo, administrador, empleado o colaborador de la entidad del sector privado que debía recibirla, no existiendo delito cuando se ofrecía tal prestación a la propia entidad jurídica de la que se esperaba la contratación.¹¹⁰⁷

Para ANARTE BORRALLO, sin embargo, ni siquiera la afirmación anterior estaba exenta de dudas. Para él, el texto original no especificaba si el beneficiario había de ser el corrupto o también un tercero. Del mismo modo, tampoco resolvía la cuestión de por cuenta de quien corre la comisión.¹¹⁰⁸

La versión actualmente vigente, por el contrario, prevé explícitamente que el beneficiario de la prestación corrupta puede ser tanto el corrupto como un tercero. Así se entiende del propio texto legal cuando, en ambas modalidades de corrupción privada, se precisa que el beneficio o ventaja recibido, solicitado o aceptado puede ser “para sí o para un tercero” –modalidad pasiva– y, en caso del soborno prometido, ofrecido o concedido, puede otorgarse “para ellos [directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad] o para terceros”.¹¹⁰⁹ Con ello, considera ANARTE BORRALLO que se resuelve el primero de los interrogantes que él planteaba, pero mantiene en el aire la segunda de ellas: “por cuenta de quien corre la comisión”.¹¹¹⁰

¹¹⁰⁷ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 624. En el mismo sentido, MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1099.

¹¹⁰⁸ ANARTE BORRALLO, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 565.

¹¹⁰⁹ No podemos posicionarnos, en este punto, con las opiniones de CASTRO MORENO y de MENDOZA BUERGO. El primero, a pesar de la reforma señalada, sigue sosteniendo que “el beneficio o ventaja debe ir destinado en interés del propio administrador, directivo, empleado o colaborador (...), en su propio provecho, no existiendo delito cuando se ofrece una ventaja a la propia entidad de la que se espera la contratación”. En CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 659. La segunda, por su parte, mantiene que “el beneficio o ventaja ha de ser personal y no para la empresa o entidad como tal”. En MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12093.

¹¹¹⁰ ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 73.

Este cambio posee más trascendencia de lo que pudiera parecer en un principio. Si, tras la modificación de 2015, el beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza puede beneficiar al directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad, o a un tercero, ya no hay razón para excluir la posibilidad de que el sujeto beneficiado sea la propia entidad empresarial en la que el corrupto desarrolla sus funciones.¹¹¹¹ Si nuestro argumento es acertado, con esto, se disiparían las dudas en torno al valor del consentimiento o sugerencia del empresario para aceptar o solicitar ventajas o para que se favorezca a un competidor frente a otro:¹¹¹² por mucho que el empresario sugiera o consienta la solicitud o percepción de un soborno por parte de su empleado o dependiente –pudiendo incluso beneficiar el estipendio personalmente al propio principal o a su empresa– la conducta sigue siendo típica; con lo cual, el referido consentimiento es irrelevante,¹¹¹³ y con ello, no puede defenderse que sus intereses estén directamente tutelados con el delito. En nuestra opinión, la conclusión que sirve de corolario a lo anterior es que la nueva dicción literal del delito refuerza considerar la competencia leal como bien jurídico protegido por esta norma penal.

¹¹¹¹ Para ANARTE BORRALLA, sin embargo, a pesar de la reforma, sigue siendo dudoso que “el cambio indicado permita incluir en el tipo los casos en los que la postergación competitiva afecta a la empresa en la que el sujeto actúa como directivo, [administrador,] empleado o colaborador”. En *ibid.*, p. 74.

¹¹¹² Sigue manteniendo dichas dudas, MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12093.

¹¹¹³ En sentido contrario parece manifestarse MARTÍNEZ GONZÁLEZ. En MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: “Corrupción privada y corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 357.

XI. TIPO ATENUADO Y TIPO AGRAVADO

1. Introducción.

Hasta ahora, en esta Segunda Parte de la tesis doctoral, se ha estudiado la incriminación del tipo básico de corrupción entre particulares, previsto en los dos primeros párrafos del artículo 286 bis CP. En lo que a esta figura se refiere, la previsión debe ser completada con el estudio del tipo atenuado –previsto ya en 2010 en el tercer párrafo del artículo comentado– y del tipo agravado –norma de nuevo cuño, incorporada al Código en el artículo 286 quater CP, tras la reforma de 2015–. Del mismo modo, debe hacerse alguna breve referencia al sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica previsto. A estas cuestiones dedicaremos el presente Capítulo y el próximo, respectivamente.

2. El tipo atenuado del artículo 286 bis. 3 CP.

Como hemos avanzado, el tercer párrafo del artículo 286 bis CP prevé una atenuación potestativa para los jueces y tribunales, que podrán aplicar la pena inferior en grado a la prevista en el tipo básico y reducir la multa a su prudente arbitrio, “en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable”.¹¹¹⁴ En aplicación de la regla de determinación de la pena contenida en el artículo 70.1.2º CP, la pena inferior en grado resultará del siguiente modo: de tres meses a seis meses menos un día de prisión y de seis meses a un año menos un día de inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio.¹¹¹⁵

¹¹¹⁴ El texto original de 2010 se ha mantenido prácticamente invariable tras la reforma de 2015. Esta nueva versión, únicamente, incorporó la preposición “a” antes de la locución “trascendencia de las funciones del culpable”.

¹¹¹⁵ Se muestran favorables a entender que la reducción punitiva se aplica tanto a la prisión como a la inhabilitación especial, QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “§ 17 Delitos societarios, resistencia a las agencias de control...”, *op. cit.*, p. 628; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 432; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 265. Por otro lado, GILI PASCUAL apuesta por que también la pena de multa resultará reducida en un grado, a pesar de la redacción

Debe decirse, en todo caso –como comentaremos seguidamente– que, para la aplicación de la atenuación basta con la verificación de una de las circunstancias citadas en el precepto; ello a pesar de que ambas se encuentren ligadas en la norma con una conjunción copulativa. Como se dirá posteriormente, la generalidad de los estudiosos ha determinado que la forma de redactar los criterios lleva a preferir una interpretación alternativa, y no cumulativa, de los mismos.¹¹¹⁶

Se trata de una modalidad atenuada de las denominadas “de discrecionalidad reglada”, revisables ante un tribunal superior, apelación o casación, cuando sea objeto de apreciación o rechazo, no estando amparada en el puro arbitrio judicial.¹¹¹⁷

2.1. Razón de ser de la atenuación.

La primera pregunta que surge ante la previsión de la atenuación facultativa es la de determinar cuál es el fundamento de la misma. A este respecto, al contrario de lo que sucede con otros elementos, nada encontramos en las Exposiciones de Motivos de las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015; normas que sirvieron para incorporar y modificar, respectivamente, el delito en el ordenamiento jurídico-penal. Así, haremos de fijarnos en la doctrina para encontrar algunas justificaciones de índole diversa.

2.1.1. Motivos relacionados con el bien jurídico.

En los momentos iniciales del debate en torno a la tipificación de estas conductas, algún autor sostuvo que la previsión de la atenuación y la concreta elección por el legislador de los criterios de aplicación respondía a criterios de bien jurídico, en concreto a la intención de proteger

literal del precepto. Siendo así, la multa resultante no podría ser superior al tanto del beneficio o ventaja.

¹¹¹⁶ GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, op. cit., p. 266. De opinión opuesta se manifiesta CORTÉS BECHIARELLI, para quien ambos criterios deben manifestarse de manera cumulativa para que la atenuante sea de aplicación. En CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, op. cit., p. 195.

¹¹¹⁷ MUÑOZ CUESTA, F.J.: “Capítulo 3. La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación”, en *La Corrupción a Examen*, op. cit., p. 102; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, op. cit., p. 266.

los intereses patrimoniales del empresario¹¹¹⁸ o, incluso, las relaciones de deber que incumben al administrador o trabajador ante el titular de la empresa.¹¹¹⁹ Sin embargo, esta postura no puede defenderse en este trabajo, a la luz del interés que defendemos como tutelado en la norma: la competencia leal.

2.1.2. Justificación vinculada al tipo objetivo.

Se ha visto anteriormente que una característica del tipo básico es que no gradúa la respuesta penal en virtud de las funciones del sujeto corrupto dentro de la empresa mercantil o sociedad; se prevé la misma pena, con independencia de que el favorecimiento sea realizado por un directivo, administrador, empleado o colaborador. Que la pena del delito básico no se graduara en función de que se haya producido o no la efectiva entrega del beneficio o ventaja, ni a la consecución del acto de favorecimiento, ni tampoco a la relevancia de la función del sujeto en el seno del ente empresarial fue objeto de crítica; así, paliar parcialmente este desajuste puede explicar la existencia del tipo atenuado, que toma en consideración la trascendencia de las funciones del corrupto pero, en ese sentido, resulta incongruente que no se prevea también la atenuación en caso de que la dádiva no llegue a entregarse o el favorecimiento a conseguirse.¹¹²⁰

¹¹¹⁸ ROSAS OLIVA sostuvo que la atenuante responde a considerar que “una mayor cuantía del beneficio o del valor de la ventaja constitutiva del soborno implica una mayor cuantía del perjuicio que puede provocarse al empresario, consideración que respaldaría la interpretación de que en el tipo penal (...) la afectación a los intereses patrimoniales del empresario tienen una relevancia determinante para la configuración del injusto”. En ROSAS OLIVA, J.I.: “Consideraciones para la tipificación de un delito...”, *op. cit.*, p. 119.

¹¹¹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 509; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 312; PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español...”, *op. cit.*, p. 22; OLAIZOLA NOGALES, I.: “Algunas reflexiones sobre la corrupción entre privados...”, *op. cit.*, pp. 69-70.

¹¹²⁰ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 445-446; MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1100; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 130. En opinión de OTERO GONZÁLEZ, no obstante, con la atenuación potestativa sí “se permite al juez valorar si se ha producido finalmente la aceptación

2.1.3. Razones penológicas.

Dentro de este grupo, podemos encontrar, a su vez, distintas motivaciones. Un sector de expertos ha argumentado que la atenuación permite dar coherencia penológica a supuestos de menor relevancia;¹¹²¹ a hechos socialmente menos reprochables, que haría desmedida la aplicación de las penas previstas en el tipo básico.¹¹²²

En otra línea, aunque sobre la base de una filosofía similar, se dice que la rebaja permite cohesionar una horquilla penal del tipo básico excesivamente severa que se caracteriza por un marco abstracto mínimo y máximo, desproporcionado;¹¹²³ es decir, posibilita “atemperar los posibles rigores de una aplicación casi formal del tipo delictivo”,¹¹²⁴ Así, la atenuación vendría a suavizar la pena asociada al tipo básico, que supera –como se dijo entonces– las previsiones de la Decisión Marco de la que trae causa, y, por ello, refuerza las dudas sobre la legitimidad de la intervención penal en este ámbito.¹¹²⁵

2.2. Aplicabilidad de la medida: criterios de atenuación.

Previamente al estudio de las dos circunstancias que pueden dar lugar a la rebaja punitiva, consideramos interesante realizar tres comentarios introductorios. El primero a fin, únicamente, de recordar que la

(...) o el pago del soborno (...), o solamente se ha probado la solicitud (...) o el ofrecimiento (...) -estas dos últimas modalidades producidas en un estadio anterior del *iter criminis*-” pero equiparadas a efectos penológicos. En OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*

¹¹²¹ VENTURA PÜSCHEL, A.: “Capítulo 37. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 327.

¹¹²² ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 396. Se basa en la argumentación de MUÑOZ CUESTA. En MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, 18; MUÑOZ CUESTA, F.J.: “Capítulo 3. La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 102.

¹¹²³ MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 127.

¹¹²⁴ MUÑOZ CUESTA, F.J.: “Capítulo 3. La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 102. En el mismo sentido, CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 195.

¹¹²⁵ ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, pp. 575-576.

aplicación del artículo 286 bis 3. CP es potestativa para el órgano jurisdiccional, por lo que habrá de ser este el que, en libre valoración de las circunstancias de cada caso, podrá optar por su apreciación.

En segundo lugar, entre los estudiosos surgió el interrogante acerca de si la atenuación podía ser aplicada solo en la modalidad de corrupción privada activa o en ambas. Así, CASTRO MORENO defendía que a pesar de que la norma no distinguiera, la atenuación “parece más adecuada para los supuestos de corrupción activa que para los de corrupción pasiva”, por cuanto los sujetos activos de la corrupción activa –que, recuérdese, se concibe como delito común– no tienen por qué ostentar la cualidad de directivo, administrador, empleado o colaborador ni desarrollar función alguna en el seno de una empresa o sociedad.¹¹²⁶ En sentido opuesto, por su parte, BOLEA BARDON, coincidiendo en que el tipo previsto no distingue entre modalidades, indica que, partiendo de la consideración de delito de posición de la modalidad pasiva, le son de aplicación las reglas generales de participación e intervención, por lo que nada obsta a que se le aplique la atenuación.¹¹²⁷ En nuestra opinión, coincidente con la última de las expuestas, nada impide que la rebaja penológica se aplique tanto a la corrupción privada activa como pasiva.

Por último, surgió el debate en torno a si, para poder aplicar el tipo rebajado, se hacía necesaria la presencia de las dos circunstancias o solamente de una de ellas. Es cierto que ambas, en la redacción literal, parecen estar ligadas copulativamente, pero, como acertadamente ha concluido la doctrina, la presencia de una coma precediendo a la conjunción “y”, da el sentido de una enumeración disyuntiva precisamente por efecto de ese signo de puntuación.¹¹²⁸

Veamos ahora algunos aspectos de cada una de las circunstancias que pueden dar lugar a la rebaja punitiva.

¹¹²⁶ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 624.

¹¹²⁷ BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 25. En el mismo sentido, MUÑOZ CUESTA, F.J.: “Capítulo 3. La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 102.

¹¹²⁸ MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 18.

2.2.1. Cuantía del beneficio o valor de la ventaja.

La explicación más certera que, en nuestro estudio, hemos encontrado para justificar la presencia de este criterio es que un beneficio o ventaja de escasa cuantía o valor; escasos sin llegar a ser insignificantes, difícilmente atentaría contra el bien jurídico¹¹²⁹ –impregnado este comentario de la filosofía relativa a la insignificancia y la adecuación social de la conducta; se atenuaría aquel comportamiento que sin ser insignificante o socialmente aceptable no colma de lesividad la agresión a la competencia leal–.¹¹³⁰

El argumento anterior ha servido, por el contrario, también, para criticar la reducción punitiva, siendo sostenido que este parámetro difícilmente podrá incidir en la mayor o menor gravedad del hecho de corrupción. La ventaja ha de ser objetivamente adecuada, como se ha visto, para doblegar la voluntad del corrupto y conseguir que altere las condiciones de competencia leal; la mayor o menor cuantía de la dádiva no guarda relación con la gravedad del injusto,¹¹³¹ sobre todo si no estamos ante un supuesto de concesión o recepción de la prestación objeto del pacto.

En este sentido, la guía para interpretar el precepto habría de llevarnos, necesariamente, a tomar en consideración las circunstancias personales del sujeto y a sus facultades para resistirse frente al soborno, lo cual incorpora un factor subjetivo de difícil valoración.¹¹³² La mayor

¹¹²⁹ *Ibid.*

¹¹³⁰ GILI PASCUAL lo expone de forma meridiana: “los sobornos cuantiosos son en principio más capaces de motivar transacciones indebidas de mayor calado, más peligrosas para el principio de eficiencia en el mercado”; es decir, para la preservación de la competencia leal, bien jurídico protegido. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 268.

¹¹³¹ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E. “Artículo 286 bis...”, *op. cit.*, p. 412.

¹¹³² SILVA SÁNCHEZ entiende que la cuantía del beneficio o valor de la ventaja puede derivar en conclusiones contrapuestas, según sea valorada en el marco de la corrupción activa o en la pasiva. Mientras en la primera pareciera que un acto de corrupción basado en el ofrecimiento de un beneficio o ventaja muy elevados reviste un carácter más grave, desde el punto de vista pasivo, “cuanto mayor sea el importe del beneficio o ventaja que se ofrece, más difícil puede resultar sustraerse a su influencia motivacional. Ello debería conducir a atenuar al sujeto que recibe el ofrecimiento (...) por razones de disminución de culpabilidad”. En SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 432.

o menor incidencia que pueda tener la cuantía de la dádiva en el proceso de motivación del sujeto no es un problema que afecte al injusto y, como tal, se ha abogado por ser tenida en cuenta, en su caso, en la determinación de la pena, pero no a la hora de decidir si se aplica o no el tipo privilegiado.¹¹³³

2.2.2. Trascendencia de las funciones del culpable.

Respecto de este parámetro, la doctrina ha venido sosteniendo que no plantea problemas hermenéuticos. Parece que es más grave que el soborno sea solicitado, aceptado o recibido por parte del directivo o el administrador que por un mero empleado o colaborador. Ello porque estos, en consideración a su cargo, pueden ostentar especiales deberes de lealtad.¹¹³⁴ Ello nos haría preguntarnos si, de ser acertada esta tesis, la especial protección de los deberes de lealtad del directivo o administrador se predicen hacia la competencia o hacia el empresario o titular del ente mercantil o sociedad.¹¹³⁵

En línea con lo anterior, la doctrina mayoritaria que ha profundizado en este aspecto ha venido a coincidir en que la apreciación de este privilegio punitivo se explicará mejor en los casos en que el corrupto sea

¹¹³³ BOLEA BARDON, C.: "El delito de corrupción privada...", *op. cit.*, pp. 25-26.

¹¹³⁴ *Ibid.*, p. 25; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "V. El delito de corrupción entre particulares...", *op. cit.*, p. 432.

¹¹³⁵ En nuestra opinión, apostar por la segunda de las posibilidades descritas, podría introducir un elemento distorsionador en la interpretación del delito en clave competencial. Dicho esto, considerar que quien no infringe deberes con el empleador está desarrollando una conducta menos lesiva, podría ser una vía de escape para aquellos que todavía consideran que deben tutelarse las obligaciones de lealtad. Así, estas no forman parte de la configuración típica básica del delito, pero sí podrían influir en una menor lesividad del mismo.

un colaborador –que presentaría características comunes al caso general de un cómplice–¹¹³⁶ o un empleado de bajo nivel,¹¹³⁷ que tenga capacidad limitada en las decisiones de la empresa.¹¹³⁸

La crítica a esta circunstancia va en la línea a la del anterior: no es fácil hallar elementos de conexión con el injusto ni, sobre todo, saber en qué medida las concretas funciones desempeñadas facilitan o dificultan el acuerdo corrupto.¹¹³⁹

2.3. Críticas al delito atenuado.

Son varios los argumentos contrarios o precisiones normativas que se han vertido sobre la modalidad prevista en el tercer párrafo del artículo 286 bis CP. De un lado, se ha afirmado que los criterios seleccionados para llevar a cabo la rebaja no son claros ni adecuados.¹¹⁴⁰ De otro lado, se ha dicho que tras la atenuación –con pena de prisión de hasta seis meses y de inhabilitación de hasta un año, junto con la reducción de la multa al prudente arbitrio del juzgador– la comisión del delito se hace soportable y rentable.¹¹⁴¹ En tercer lugar, a pesar de optar por la tutela de la competencia, el tipo privilegiado en ningún momento hace alusión a la entidad de la distorsión o del peligro para la misma, como criterio para proceder a la rebaja de la pena.¹¹⁴² Por último, el precepto ha sido criticado por su problemática aplicación a la

¹¹³⁶ BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada...”, *op. cit.*, p. 25.

¹¹³⁷ BAÑERES SANTOS, F. y NIETO MARTÍN, A.: “Corrupción entre privados”, *op. cit.*, p. 224.

¹¹³⁸ MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 18.

¹¹³⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E. “Artículo 286 bis...”, *op. cit.*, p. 412. GILI PASCUAL realiza un esfuerzo apreciable para tratar de justificar este criterio de privilegio punitivo en conexión con el objeto de tutela. Afirma, pues, que “las decisiones comerciales en las que se puede influir resultan de mayor entidad cuanto más elevada es la posición del dependiente”. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 267.

¹¹⁴⁰ MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 127.

¹¹⁴¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “§ 17 Delitos societarios, resistencia a las agencias de control...”, *op. cit.*, p. 628.

¹¹⁴² ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 355; OLAIZOLA NOGALES, I.: “Algunas reflexiones sobre la corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 69. Se ha expuesto que los parámetros utilizados en el tercer párrafo del artículo 286 bis CP “nada tienen que ver con el bien jurídico de la competencia”. En

modalidad de corrupción deportiva.¹¹⁴³ En suma a todas estas ideas, QUERALT JIMÉNEZ realiza una aseveración a tener en cuenta: establecer una modalidad privilegiada puede llevar a jueces y tribunales a aplicarla como moneda común –precisamente por lo desorbitado de las penas del tipo básico–; es decir, se corre el riesgo de que la apreciación de la atenuación potestativa se convierta en práctica habitual en sede judicial.¹¹⁴⁴

3. Los supuestos agravados del artículo 286 quater CP.

No existía este precepto al tiempo de la introducción de la figura delictiva de corrupción entre particulares en el año 2010, sino que la incorporación de estos casos agravados se produjo con la entrada en vigor de la LO 1/2015. El artículo se encuentra dividido en tres incisos: un primero expositivo de la configuración de la agravante, el segundo que recoge las circunstancias que serán aplicables tanto a las dos tipologías delictivas del artículo 286 bis CP –corrupción privada y deportiva–

MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12094. Como vimos anteriormente, también se hace eco de esta cuestión GILI PASCUAL, aunque suaviza el alcance de esta crítica. *Vid.* nota al pie 475. En sentido contrario a quienes ven esta ausencia como un motivo contrario a la tutela competencial, ENCINAR DEL POZO mantiene que las dos circunstancias descritas en el apartado tercero del artículo 286 bis CP pueden ser interpretadas sobre la base de este interés jurídico. Indica el citado autor que “cuanto menor sea la cuantía de la dádiva y menos importante sean las funciones del sujeto, menor será la incidencia del hecho en la distorsión de la competencia. (...) Si su aplicación viene condicionada a dos factores (...), entonces es factible pensar que se aplicará, precisamente, a supuestos en los que el ataque contra la competencia y la distorsión de la misma sea de menor entidad”. En ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 399.

¹¹⁴³ ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 576.

¹¹⁴⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La corrupción privada. Apuntes a la novela...”, *op. cit.*, p. 809; PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 921.

como a la figura de la corrupción en las relaciones comerciales internacionales –artículo 286 ter CP– y un tercer apartado que prevé circunstancias agravatorias específicas de la corrupción en el deporte.¹¹⁴⁵

3.1. Mecánica del tipo agravado.

Dice el primero de los apartados del artículo 286 quater CP que las penas se impondrán en su mitad superior, pudiéndose llegar a las respectivas superiores en grado cuando los hechos descritos en los artículos 286 bis y ter CP resulten “de especial gravedad”. No se trata de una cláusula desconocida en nuestro ordenamiento penal y se caracteriza por su carácter valorativo, debiendo ser el órgano jurisdiccional el que habrá de calibrar cuándo el hecho delictivo reviste especial gravedad.¹¹⁴⁶

Expongamos algunas premisas. Primera: se configura el artículo en dos escalones de intensificación punitiva: la agravación –prevista con carácter imperativo–, consistente en aplicar las penas en su mitad superior, y la hiperagravación –de carácter potestativo–, determinando la aplicación de las penas superiores en un grado. Segunda: recuérdese que las circunstancias enumeradas en las cuatro letras del segundo inciso del precepto serán de aplicación a las dos tipologías delictivas de la Sección 4ª, mientras que las dos enumeradas en el inciso tercero son de apreciación exclusiva en el contexto del fraude deportivo. Y tercera: centrándonos en el segundo inciso del artículo –aunque este comentario es predicable a la totalidad de la norma–, respecto de la relación de circunstancias, se ha dicho que se trata únicamente de ejemplos,¹¹⁴⁷ aunque nuestra opinión se acerca más a quienes piensan que el propio

¹¹⁴⁵ GARCÍA ALBERO, R.: “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, *op. cit.*, p. 576.

¹¹⁴⁶ PUENTE ABA, L.M.: “Tipos agravados en relación con los arts. 286 bis y ter (art. 286 quáter)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (*dir.*); MATA LLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (*coords.*): *Comentarios a la reforma del Código Penal...*, *op. cit.*, p. 931; MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12131. Aunque ANARTE BORRALLÓ entiende que, a pesar de que la agravación sea valorativa, el propio legislador proporciona en el precepto reglas de interpretación auténtica a las que debe someterse el juzgador. En ANARTE BORRALLÓ, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 86.

¹¹⁴⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, LaLey, Madrid, 2015, p. 259; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 4. Tipos agravados”, en OLIVA-AYALA Abogados: *Memento Práctico Francis Lefebvre*, *op. cit.*, p. 676.

legislador ha tasado los supuestos de intensidad punitiva al acotarlos en las cuatro letras definidas legalmente.¹¹⁴⁸

La siguiente cuestión que debe traerse a colación es determinar si la agravación –o hiperagravación, en su caso–, se aplica a todas las consecuencias jurídicas del artículo 286 bis CP o únicamente a la pena privativa de libertad. En esta última posición parece situarse ENCINAR DEL POZO pues, en su exposición, solo lleva a cabo la determinación de la pena de prisión, resultando esta de 2 años, 3 meses y 1 día a 4 años en su escalón agravado y de 4 años y 1 día a 6 años en su modo hiperagravado.¹¹⁴⁹

Desde nuestro punto de vista, no obstante, nada se opone a comprender que tanto la multa proporcional como la inhabilitación especial pueden ser objeto de incremento. En el primer caso, la consecuencia agravada supondría una pena de multa del duplo al triplo de la cuantía del beneficio o valor de la ventaja, y la hiperagravada, del triplo al cuádruplo y medio de dicha cuantía o valor. Por su parte, la inhabilitación especial vendría determinada de 3 años, 6 meses y 1 día a 6 años –en la escala agravada–, y de 6 años y 1 día a 9 años –en la modalidad hiperagravada–.¹¹⁵⁰

La crítica fundamental que se ha expresado frente a este tipo agravado radica, de una mano, en que los criterios utilizados para incrementar la respuesta punitiva no guardan relación con el bien jurídico protegido –la competencia leal– y, de otro, en que la aplicación de este artículo es absolutamente ajena a la normativa supranacional de la que trae causa este delito de corrupción entre particulares.¹¹⁵¹

¹¹⁴⁸ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., p. 400; ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, op. cit., p. 87; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, op. cit., p. 272.

¹¹⁴⁹ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *ibid.*

¹¹⁵⁰ ANARTE BORRALLO parece admitir únicamente el incremento de la pena de prisión y de la inhabilitación especial, no así de la multa. En ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, op. cit., p. 88.

¹¹⁵¹ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Artículo 286 quater”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, op. cit., p. 438; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, op. cit., p. 271.

3.2. Circunstancias “de especial gravedad”.

Siguiendo el segundo inciso del artículo 286 quater CP, procederá la apreciación del tipo agravado cuando:

- a) El beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado.

Podría decirse que supone el contrapunto a la primera de las circunstancias que dan lugar a la atenuación, de las previstas en el párrafo tercero del artículo 286 bis CP. Habrá de atenderse a la cuantía y a la significación de la dádiva objeto de pacto corrupto.¹¹⁵² La referencia al “valor especialmente elevado” constituye un elemento valorativo que, a diferencia de lo acaecido en otros tipos penales –por ejemplo, la estafa o la apropiación indebida–, no aparece normativamente determinado, por lo que será deseable que sean los órganos jurisdiccionales los que proclamen el límite o importe a partir del cual el beneficio o ventaja será considerado especialmente elevado.¹¹⁵³

Precisamente en atención de lo previsto por el legislador en otros delitos económicos, concretamente refiriéndose a la estafa, aboga CASTRO MORENO por entender que el valor especialmente elevado “nunca podrá darse por debajo de los 50.000 euros”.¹¹⁵⁴

- b) La acción del autor no sea meramente ocasional.

¹¹⁵² PUENTE ABA, L.M.: “Tipos agravados en relación con los arts. 286 bis y ter...”, *op. cit.*, pp. 931-932.

¹¹⁵³ *Ibid.*, p. 932; ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 401; ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 87; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “Capítulo X. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 222.

¹¹⁵⁴ Aunque, como él mismo reconoce posteriormente, esta extrapolación debe hacerse con cautela, pues en el delito de estafa la víctima no tiene por qué dedicarse profesionalmente a los negocios; mientras que, en esta clase de corrupción, puede ocurrir que la capacidad económica, en general, del posible perjudicado sea mayor, por lo que la cuantía del beneficio o valor de la ventaja también habría de ser “sustancialmente superior”. En CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 4. Tipos agravados”, *op. cit.*, p. 676.

Este criterio forma parte de una clara directriz de la modificación del Código de 2015; así, la propia reforma proporciona un patrón para concretar su alcance: la profesionalidad.¹¹⁵⁵ Su fundamento se centra en punir de forma más severa a quienes de forma habitual o, al menos, en varias ocasiones, hayan sido autores de estas prácticas corruptas.¹¹⁵⁶ Correlativamente, el tipo básico se reservará a los autores puntuales de conductas de corrupción entre particulares.¹¹⁵⁷

- c) Se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

Nos encontramos aquí ante una agravante de técnica legislativa realmente inadecuada y problemática, pues parece obviar que ya existen en el Código –artículos 570 bis y ter CP– dos preceptos específicos para castigar, en concreto, la pertenencia a una organización o grupo criminal.¹¹⁵⁸ Se ha argumentado que, si la intención del legislador era reaccionar de modo más contundente ante comportamientos delictivos cometidos en el ámbito de estas estructuras criminales, debió haberse planteado una respuesta uniforme, “en vez de configurar en diferentes tipos delictivos una agravación específica que da lugar a reacciones punitivas bien dispares”. Se critica, por ello, la técnica legislativa casuística y falta de armonización.¹¹⁵⁹

La clave estará, entonces, en cómo resolver la situación concursal entre el artículo 286 quater y los citados 570 bis y ter CP. En este sentido, apunta ENCINAR DEL POZO que podría optarse por la aplicación del

¹¹⁵⁵ ANARTE BORRALLA, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, pp. 87-88.

¹¹⁵⁶ PUENTE ABA, L.M.: “Tipos agravados en relación con los arts. 286 bis y ter...”, *op. cit.*, p. 932.

¹¹⁵⁷ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, p. 401.

¹¹⁵⁸ ANARTE BORRALLA, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 88.

¹¹⁵⁹ PUENTE ABA, L.M.: “Tipos agravados en relación con los arts. 286 bis y ter...”, *op. cit.*, p. 932; MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12132.

precepto que tenga asignada una mayor pena, en atención a la regla 4ª del artículo 8 CP.¹¹⁶⁰

- d) El objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

Este criterio estaba ya previsto, como agravación, en el ámbito de la regulación anterior del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, en el viejo artículo 445 CP.¹¹⁶¹ Este parámetro cuenta con cierta tradición en nuestro Código penal, en concreto en los delitos de hurto y estafa,¹¹⁶² si bien se ha insistido en la crítica general, anteriormente mencionada, referida a que la vinculación de este elemento con el resto de formas de la corrupción en los negocios resulta chocante.¹¹⁶³

Sea como fuere, para la concreción de su significado habrá de estarse a las normas de Derecho humanitario en relación con los conflictos armados internos e internacionales.¹¹⁶⁴ Se viene entendiendo como tales bienes básicos como alimentos, medicamentos, vestido, productos de limpieza, agua, luz, gas, etc.; excluyéndose, eso sí, el dinero.¹¹⁶⁵ En este sentido, por último, se ha afirmado que, a pesar de la redacción utilizada, “la agravación es única, porque el objeto del negocio versa sobre bienes o servicios de primera necesidad, en los que están incluidos los bienes o servicios humanitarios”.¹¹⁶⁶

¹¹⁶⁰ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., pp. 401-402.

¹¹⁶¹ ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, op. cit., p. 88; PUENTE ABA, L.M.: “Tipos agravados en relación con los arts. 286 bis y ter...”, op. cit., p. 932; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, op. cit., p. 274.

¹¹⁶² PUENTE ABA, L.M.: “Tipos agravados en relación con los arts. 286 bis y ter...”, op. cit., pp. 932-933.

¹¹⁶³ ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, op. cit., p. 88.

¹¹⁶⁴ PUENTE ABA, L.M.: “Tipos agravados en relación con los arts. 286 bis y ter...”, op. cit., p. 933.

¹¹⁶⁵ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 4. Tipos agravados”, op. cit., pp. 676-677.

¹¹⁶⁶ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., p. 402. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia 1307/2006, de 22 de diciembre, ha entendido por bienes de primera necesidad todos aquellos “que resulten imprescindibles para la subsistencia o salud de las personas, y respecto a las medicinas

XII. APUNTES SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Acotación del objeto de estudio.

El debate en torno a la posibilidad de prever responsabilidad penal directa para las personas jurídicas viene existiendo desde antiguo. En España, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, se mantenía vigente el aforismo *societas delinquere nec punere potest* por el cual no era posible prever reproche penal directo ante acciones cometidas por personas jurídicas. La teoría del delito, hasta la reforma de 2010, estaba construida tomando como referencia exclusiva a la persona humana. Sin embargo, la aparición de nuevas formas de criminalidad, con el devenir del tiempo, vinculada a la delincuencia económica, cometida en el seno de empresas o sociedades, puso de manifiesto la insuficiencia de la teoría clásica del delito,¹¹⁶⁷ hasta el punto de afirmarse la importancia de las personas jurídicas, “en el espacio común europeo, con especial relevancia en el ámbito de la delincuencia económica, en el derecho penal de los negocios y de la empresa” donde gran parte de los operadores jurídicos que pueden incurrir en infracciones penales son, precisamente, esta clase de entes jurídicos.¹¹⁶⁸

Ello explica que, desde la vigencia de la nueva regulación de 2010, en la que se prevé expresamente la responsabilidad penal directa de la persona jurídica –objeto de modificación sustancial a través de la LO 1/2015– haya aparecido una prolífica literatura al respecto, tanto

no cabe duda de que cualquier engaño que afecte a los medicamentos que una persona precisa para su salud debe tener respuesta en esta agravante específica”, y en la sentencia 232/2012, de 5 de marzo, añade en tal consideración aquellas cosas “de las que no se puede prescindir”.

¹¹⁶⁷ DEL CASTILLO CODES, E.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en la web de Noticias Jurídicas, Madrid, 1 de diciembre de 2011. Fuente: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4722-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹¹⁶⁸ AGUDO FERNÁNDEZ, E.; JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A.L.: *Derecho Penal de las personas jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 11.

desde el panorama general como específicamente enfocada en la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de corrupción entre particulares.¹¹⁶⁹ Por ello, nos centraremos en estudiar tres aspectos que, por su especial interés, pueden servir para complementar el análisis llevado a cabo en esta Segunda Parte de este trabajo doctoral: i) concretar la actuación corrupta de qué personas físicas da lugar a la transferencia de responsabilidad penal hacia la persona jurídica; ii) determinar si el concepto de “beneficio o ventaja” del artículo 286 bis CP es el mismo que el de “provecho” manejado en el artículo 31 bis CP y, en concreto, valorar si existe responsabilidad penal de la persona jurídica por la actuación de un dependiente, cuando se derive un perjuicio de aquella por la incorrecta actuación de este; y iii) examinar el rol de los programas de cumplimiento o *compliance* en el contexto del delito de corrupción entre particulares.

Con carácter previo, no obstante, puede resultar aclaratorio elaborar un esquema general sobre el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación al delito de corrupción entre particulares.

¹¹⁶⁹ A mayor abundamiento a las fuentes que se referenciarán en lo sucesivo, pueden consultarse, entre otras, algunas obras de referencia en la materia. Con carácter general, sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, *vid.*: AGUDO FERNÁNDEZ, E.; JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A.L.: *Derecho Penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*; BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2016; DEL CASTILLO CODES, E.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *op. cit.*; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (dir.); DE LA MATA BARRANCO, N.J. (coord.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013; GÓMEZ TOMILLO, M.: *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2015; ONTIVEROS ALONSO, M. (coord.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; ROMA VALDÉS, A.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Manual sobre su tratamiento penal y procesal*, Rasche, Madrid, 2012. En relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito del delito de corrupción privada, *vid.*: ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares...*, *op. cit.*, pp. 55 y ss; ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, pp. 457-511; OBSERVATORIO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO 2012 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS-KPMG: “El delito de corrupción entre particulares respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Diario La Ley*, nº 7920, Sección Dictamen, LaLey, Madrid, 2012.

2. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación al delito de corrupción privada.

La posibilidad de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica por delitos de corrupción en los negocios, entre los que se encuentra el tipo de corrupción entre particulares, se encuentra legalmente prevista en el segundo párrafo, número 1º, inciso segundo del artículo 288 CP.

Artículo 288.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

(...)

En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284 y 286 bis al 286 quater:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

2.º Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Del mismo modo, acudiendo al artículo 31 bis.1. CP, al que se remite el precepto, encontramos una doble vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus

representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

La interpretación coherente de ambas disposiciones podría dar como resultado la siguiente pauta:¹¹⁷⁰

Las personas jurídicas serán penalmente responsables:

De los delitos de corrupción entre particulares cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

De los delitos de corrupción entre particulares cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

¹¹⁷⁰ Este texto surge de la interpretación integrada de lo dispuesto en los artículos 31 bis 1. y 288 CP. Elaboración propia.

A la persona jurídica responsable de un delito de corrupción entre particulares le será impuesta la pena de multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las siguientes penas:

- a) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- b) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- c) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- e) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- f) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

3. Examen de algunas cuestiones de interés.

Sentadas las bases anteriores, estamos en disposición de abordar los tres asuntos enunciados anteriormente; temas que serán planteados de forma interrogativa a continuación.

3.1. ¿La actuación de qué personas físicas da lugar a la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica?

Las dudas, en este aspecto, surgen debido a la distinta redacción del artículo 286 bis y del 31 bis CP –al que se remite el artículo 288 CP, que recoge la responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos de corrupción privada–. La controversia se manifiesta, concretamente, en la modalidad pasiva de corrupción privada:¹¹⁷¹ se pretende aclarar si la actuación de todos o solo de parte de los sujetos activos enumerados en el primer párrafo del artículo 286 bis CP genera responsabilidad penal para la persona jurídica.¹¹⁷²

Y ello porque, como se vio, en la modalidad pasiva podían ser autores del delito el directivo, administrador empleado o colaborador de la empresa mercantil o sociedad, y la letra a) del artículo 31 bis. 1 CP recoge la responsabilidad directa de la sociedad o empresa, respecto de la actuación de “sus representantes legales” o de “aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”.

A tenor de la doctrina, ello plantea una doble incongruencia: por un lado, no se entiende que el tipo penal del artículo 286 bis CP excluya, de entre los sujetos activos de la modalidad pasiva, al titular de la empresa o socio de la misma y, por otro lado, se extienda la responsabili-

¹¹⁷¹ La redacción abierta de la modalidad activa, considerada además como un delito común, lleva al acuerdo general de entender que nada obsta para que la persona jurídica, siempre que se cumplan los presupuestos del artículo 31 bis, pueda ser responsable penalmente, como sujeto activo, de esta cara de la corrupción entre particulares.

¹¹⁷² ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., p. 463.

dad penal a las personas jurídicas en cuya representación o administración actúen las personas físicas “corruptibles”.¹¹⁷³ Esta crítica, a nuestro entender, puede tener un cierto fundamento.

Por otro lado, se ha dicho que, respecto de las personas físicas debido a cuya actuación se puede transferir responsabilidad al ente mercantil o social, la referencia del artículo 31 bis 1. a) CP a los representantes legales o a aquellos estén autorizados para tomar decisiones u ostenten facultades de organización y control, limitaba la citada transferencia – cuestión calificada de incomprensible¹¹⁷⁴ a los comportamientos del directivo o del administrador, dejando fuera los supuestos en los que el tipo penal “lo consume un «empleado» o un «colaborador» de la persona jurídica, aunque actúe *en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho*”.¹¹⁷⁵

Defiende ENCINAR DEL POZO que esta limitación realmente no existe pues, de la actuación del empleado o del colaborador podría derivarse responsabilidad para la empresa o sociedad en tanto en cuanto respecto de estos, estando sometidos a la autoridad de directivos o administradores, se hayan incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control.¹¹⁷⁶ Sin embargo, para CASTRO MORENO, admitir esta posibilidad implicaría considerar penalmente responsable al ente social a título de imprudencia –la derivada del incumplimiento grave de las obligaciones de supervisión, vigilancia y control– por un delito para el que las personas físicas solamente pueden responder a título de dolo. Ello carecería –concluye el autor– de justificación y resultaría técnicamente discutible.¹¹⁷⁷ Desde nuestro punto de vista, la

¹¹⁷³ VENTURA PÜSCHEL, A.: “Capítulo 37. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 324-325.

¹¹⁷⁴ OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*

¹¹⁷⁵ VENTURA PÜSCHEL, A.: “Capítulo 37. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 324-325. De idéntica opinión, CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 625; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*

¹¹⁷⁶ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, *op. cit.*, pp. 463-464.

¹¹⁷⁷ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 625; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, pp. 661-662.

opinión de CASTRO MORENO no está exenta de fundamento por lo que sería deseable que el legislador revisara la coherencia interna de la norma, para concordar los presupuestos de responsabilidad por delitos de corrupción privada de personas físicas y jurídicas.

3.2. ¿Puede atribuirse responsabilidad penal a la persona jurídica, aunque sea perjudicada por la incorrecta actuación de la persona física?

Parece evidente que, desde la óptica de la corrupción activa, si el corruptor actúa en nombre o por cuenta de una empresa o sociedad, soborna buscando el provecho de esta, materializado en el favorecimiento frente a otros en el mercado.¹¹⁷⁸ Sin embargo, en la modalidad pasiva esto resulta problemático. Se sostiene que, del favorecimiento indebido que requiere el tipo, se desprende una cierta infracción de deberes de lealtad hacia la empresa para la que el corrupto trabaja; aspecto incompatible con el requisito de actuar en provecho de la persona jurídica, elemento que requiere el artículo 31 bis CP para poder transferir responsabilidad a la entidad social o empresarial.¹¹⁷⁹

Pero es que, además de la referida infracción de obligaciones, lo habitual es que, en la modalidad pasiva, sea la empresa la que acabe siendo perjudicada por la actuación corrupta de su empleado, pues será esta sobre la que acabará repercutiendo el soborno entregado personalmente a la persona física, vía incremento –o no reducción– del precio final del contrato. No resultaría adecuado, entonces, que la sociedad perjudicada –principal víctima, con carácter general, del comportamiento del corrupto– se vea además sometida a responsabilidad penal.¹¹⁸⁰ Por esto se insiste en que la extensión de responsabilidad penal

¹¹⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 426; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 625; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 661.

¹¹⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *ibid.*; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares...*, *op. cit.*, p. 57; BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada: bien jurídico...”, *op. cit.*, pp. 103-104.

¹¹⁸⁰ GIL NOBAJAS, M.S.: “Capítulo XI. Corrupción en los negocios privados...”, *op. cit.*, p. 253.

a las personas jurídicas por delitos de corrupción entre particulares “resulta operativa” para la modalidad activa, pero no para la pasiva.¹¹⁸¹

3.3. ¿Qué rol cumplen los programas de *compliance*, en relación a los delitos de corrupción privada, en el nuevo sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas diseñado en 2015?

Debemos situar el punto de partida en la importancia concedida a los programas de organización y gestión –conocidos también como programas o códigos de cumplimiento o *compliance*– en la reforma de 2015 del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En atención a lo dispuesto en los párrafos 2, 4 y 5 del artículo 31 bis CP, la persona jurídica podrá quedar exenta de responsabilidad si, por un lado, se han “adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión” y si, por otro, “la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica” y con ello “no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del [citado] órgano”. Incluso en caso de que estas circunstancias solo puedan ser objeto de acreditación parcial en el proceso, servirán para atenuar la pena a imponer a la empresa mercantil o sociedad –artículo 31 bis.2 *in fine* del Código–.

Lo cierto es que la importancia de los programas de *corporate compliance* se ha visto reforzada con la reforma de la LO 1/2015. En la redacción original de 2010, el establecimiento de estos códigos solo podía invocarse para atenuar la respuesta penal a la persona jurídica –artículo 31 bis 4. d) CP, en la literalidad fruto de la LO 5/2010–; esto,

¹¹⁸¹ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 625; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 661; OBSERVATORIO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO 2012 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS-KPMG: “El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 10.

además, era considerado correcto por un cierto sector doctrinal.¹¹⁸² Ahora, sin embargo, la sola existencia de los códigos y su cumplimiento razonable pueden dar lugar a la exención completa de responsabilidad.

Los programas o protocolos de prevención delictiva incluyen no solamente reglas de conducta, sino también sistemas de control, para asegurar el cumplimiento de las normas que son aplicables a las empresas y sus empleados, así como la denuncia y eventual sanción ante la comisión de infracciones. Ello es saludable, pero hacer depender la completa exención de responsabilidad de la mera implantación formal de un programa de cumplimiento –y el consiguiente diseño de una estructura en el organigrama empresarial– no parece adecuado y de esto tampoco “se puede inferir sin más el cumplimiento del deber jurídico de vigilancia” por parte de directivos y administradores.¹¹⁸³

La relación entre programas de *compliance* y responsabilidad penal de las personas jurídicas desprende, añadido a lo anterior, algunas otras cuestiones que son merecedoras de consideración –como, por ejemplo, la determinación y nombramiento del responsable de cumplimiento¹¹⁸⁴ o la responsabilidad penal del mismo,¹¹⁸⁵ el diseño del concreto programa de cumplimiento,¹¹⁸⁶ etc.–, pero cuyo estudio desborda el propósito de esta investigación. Sí puede decirse, no obstante, que todos estos elementos hacen imprescindible, a nuestro entender, clarificar criterios y conceptos a fin de que la regulación sea eficaz y no se convierta en una mera declaración de intenciones fácilmente eludibles mediante el establecimiento de meros estándares formales.

¹¹⁸² ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares...*, op. cit., p. 59.

¹¹⁸³ BOLEA BARDON, C.: “Deberes del administrador y prácticas...”, op. cit., p. 21.

¹¹⁸⁴ ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares...*, op. cit., pp. 61 y ss.

¹¹⁸⁵ BOLEA BARDON, C.: “Deberes del administrador y prácticas...”, op. cit., p. 22.

¹¹⁸⁶ ENCINAR DEL POZO, M.A.: *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito...*, op. cit., pp. 480 y ss.

TERCERA PARTE.

**EL TIPO DE CORRUPCIÓN EN EL DEPORTE EN EL
DERECHO PENAL ESPAÑOL**

Enfrentamos, a partir de ahora, la última Parte de esta investigación doctoral. Tras el estudio dogmático del delito de corrupción entre particulares –tipificado en los párrafos 1 a 3 y 5 del artículo 286 bis CP–, se requiere, en este momento, poner el foco sobre el ilícito de corrupción en el deporte –conocido también como fraude en el deporte o deportivo–¹¹⁸⁷, recogido en el párrafo 4º del citado precepto. Inicialmente, debe decirse que, motivado por las abundantes similitudes entre las dos figuras típicas previstas en el artículo 286 bis CP, para el análisis del tipo de fraude deportivo se seguirá un esquema similar al utilizado en el contexto de la corrupción privada, que únicamente variará en aquellos aspectos genuinos de la corrupción deportiva, persiguiendo siempre conectar ambos delitos en aras a conseguir la mayor

¹¹⁸⁷ Así, es denominado “fraude deportivo” en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.* Por su parte, es conocido como “fraude en el deporte” en CARDENAL CARRO, M.; GARCÍA CABA, M.M. y GARCÍA SILVERO, E.A. (coords.): *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, Laborum, Murcia, 2009. Por último, ha sido referido también como “fraude y corrupción en el deporte”, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, en MILLÁN GARRIDO, A. (coord.): *La reforma del régimen jurídico del deporte profesional*, Reus, Madrid, 2010, p. 381. Sobre la alusión indistinta en España a “corrupción” o “fraude deportivo”, *vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, *op. cit.*, p. 498. A este respecto, conviene, sin embargo, poner de relieve que, a pesar de que en el contexto español ambas denominaciones vienen siendo utilizadas de manera equivalente, no es así en otros contextos jurídicos. Así, en Italia, utilizando un criterio fenomenológico, se distingue entre conductas de corrupción y de fraude en el deporte. Las primeras estarían conformadas por la alteración de un resultado fruto del ofrecimiento de una ventaja o utilidad -soborno-, mientras que el fraude correspondería a un concepto más amplio, en el que se incluirían cualesquiera “otros actos fraudulentos” -no constitutivos de un soborno- tendentes a tal fin. Puede profundizarse en la distinción en MUSCO, E.: “El fraude en la actividad deportiva”, en *Revista Penal*, nº 7, 2001, pp. 83 a 87. En la literatura española, GARCÍA SILVERO elabora una diferenciación siguiendo un parámetro subjetivo, distinguiendo entre fraude exógeno -aquel un sujeto ajeno a la competición deportiva corrompe o intenta corromper a los participantes para conseguir un resultado irregular- y endógeno -supuesto en que es un propio participante en la competición el que induce la consecución de tal resultado irregular-. En GARCÍA SILVERO, E.A.: “Capítulo 6. Iniciativas para la reforma del deporte profesional y la represión del fraude deportivo en España”, en CARDENAL CARRO, M.; GARCÍA CABA, M.M. y GARCÍA SILVERO, E.A. (coords): *¿Es necesaria la represión penal...?*, *op. cit.*, p. 149.

coherencia expositiva posible. Dicho esto, al igual que hicimos en la Segunda Parte de esta tesis doctoral, comenzamos por reflejar la literalidad vigente de la modalidad de corrupción en el deporte:

Artículo 286 bis.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminedar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquélla en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate.

Artículo 286 quater.

Si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando:

- a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado,*
- b) la acción del autor no sea meramente ocasional,*
- c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o*

d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

En el caso del apartado 4 del artículo 286 bis, los hechos se considerarán también de especial gravedad cuando:

a) tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o

b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional.

XIII. INTRODUCCIÓN

Con carácter previo al examen del bien jurídico protegido y de los elementos típicos que integran esta modalidad, consideramos necesario tratar algunos aspectos que servirán para contextualizar la concreta regulación contenida en el Código penal, así como para precisar su fundamentación político-criminal, en aras a una mejor comprensión del resto de los ítems que se desarrollarán a continuación.

1. Relevancia social y económica del deporte.

El deporte, en sus múltiples manifestaciones y disciplinas, se ha convertido en una de las actividades con mayor arraigo y capacidad de movilización y convocatoria.¹¹⁸⁸ Así, es concebido como un fenómeno social y económico en expansión¹¹⁸⁹ que se caracteriza, además, por irradiar modelos de comportamiento y valores culturales y educativos – como la promoción de la salud, el espíritu de equipo, la solidaridad, la tolerancia y el juego limpio– que traspasan todo tipo de límites y fronteras territoriales, sociológicas y económicas.¹¹⁹⁰ La práctica deportiva fomenta la contribución activa de los ciudadanos y posibilita el desarrollo y la realización personales,¹¹⁹¹ tanto desde el plano individual

¹¹⁸⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, op. cit., p. 13.

¹¹⁸⁹ *Libro Blanco sobre el Deporte*, de la Comisión de las Comunidades Europeas, elaborado en Bruselas, el 11 de julio de 2007 – COM (2007) 391 final, p. 2. En el mismo sentido, GARCÍA CABA, M.M.: “Las conductas fraudulentas en el deporte y su hipotética represión penal. A propósito del proyecto de ley de la LFP”, en *Revista Jurídica de Derecho de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 22, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 332; ASTIAZARÁN IRIONDO, J.L.: “Capítulo 1. Introducción general”, en CARDENAL CARRO, M.; GARCÍA CABA, M.M. y GARCÍA SILVERO, E.A. (coords): *¿Es necesaria la represión penal...?*, op. cit., p. 17; GARCÍA CABA, M.M.: “Capítulo 4. ¿Hacia una (necesaria) presencia del Derecho penal para garantizar la integridad de la competición profesional? A propósito del Proyecto de Ley de la LFP contra el fraude en el deporte”, en CARDENAL CARRO, M.; GARCÍA CABA, M.M. y GARCÍA SILVERO, E.A. (coords): *¿Es necesaria la represión penal...?*, op. cit., p. 74.

¹¹⁹⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos” ...*, op. cit., p. 15.

¹¹⁹¹ *Libro Blanco sobre el Deporte*, op. cit., p. 2.

como colectivo. Su presencia e importancia es global y son escasas las comunidades sociales en las que no se den estas premisas.¹¹⁹²

En lo que aquí nos interesa, desde finales del siglo XX, el deporte en su conjunto ha visto incrementada exponencialmente la dimensión de los intereses económicos que involucra,¹¹⁹³ llegando a generarse una importante polémica social derivada de las repercusiones comerciales que se han seguido de la práctica de algunas modalidades, hasta el punto de devaluar algunos de los principios y valores aludidos anteriormente¹¹⁹⁴ y llegando a convertirse en un factor criminógeno.¹¹⁹⁵

¹¹⁹² MORENO CARRASCO, F.: "Panorama de la corrupción en el mundo del deporte. Realidad global y elementos a considerar", en *Revista Jurídica de Derecho de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 53, 2016, p. 26.

¹¹⁹³ FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la actividad deportiva: estudio comparativo de los sistemas jurídico-penales italiano y español", en MORILLAS CUEVA, L. y MANTOVANI, F. (dirs.); BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (coord.): *Estudios sobre Derecho y Deporte*, op. cit., p. 295. En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: "Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional. El tratamiento penal de la violencia y el fraude en el deporte", en PALOMAR OLMEDA, A. (dir.); TEROL GÓMEZ, R. (coord.): *Derecho del deporte profesional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2017, p. 792. En torno a la relevancia económica del deporte, en el *Informe Global contra la Corrupción de 2015*, elaborado por Transparencia Internacional y dedicado a la corrupción en el deporte, se aporta un dato revelador: el deporte es un fenómeno global que compromete a billones de personas en todo el mundo y genera ingresos anuales por valor de más de 145 mil millones de dólares. En SWEENEY, G.: "Executive summary", en *Global Corruption Report (2015): Sport*, Transparency International, 2016, p. xix. El texto del informe está disponible en la web de Transparencia Internacional España. Fuente: http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/02/igc_2015_ingles.pdf. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹¹⁹⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, op. cit., pp. 14 y 16. En idéntico sentido, ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: "Fraude en el deporte", en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 4, marzo-agosto 2013, p. 217.

¹¹⁹⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: "Fraude y corrupción en el deporte profesional", op. cit., p. 359; RÍOS CORBACHO, J.M.: "El fraude en el fútbol", en MILLÁN GARRIDO, A. (coord.): *Cuestiones actuales del fútbol profesional*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 155. En el mismo sentido, MARTÍN YESTE, C.: "El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015", en la web de Iusport, 29 de julio de 2015, p. 1. Fuente: <http://www.iusport.es/opinion/Carlos-Marin-Yeste-Fraude-deportivo-2015.pdf>. Consultado el 2 de noviembre de 2017. En palabras de MONROY ANTÓN, "los delitos de corrupción suelen aparecer allá donde se manejan o se distribuyen cantidades ingentes de dinero". En MONROY ANTÓN, A.J.: "El nuevo Código Penal, contra los corruptos en el deporte", en *Diario La Ley*, nº 7534, Sección Tribuna, LaLey, Madrid, 23 de diciembre de 2010.

Lo hasta expuesto en líneas anteriores dota al deporte de un innegable interés y notoriedad públicos¹¹⁹⁶ –ello a pesar de que, en determinadas instancias, esté delegado en entidades privadas, tales como clubes, federaciones, ligas, asociaciones, etc.–¹¹⁹⁷ por lo que este sector de actividad no puede permanecer ajeno a la intervención de los poderes públicos.¹¹⁹⁸ Hasta tal punto es así que, en nuestro contexto constitucional, se ha forjado una auténtica Administración deportiva especializada, encargada de instrumentalizar una completa e integral “política deportiva”.¹¹⁹⁹ La trascendencia pública del hecho deportivo es hoy una cuestión no discutida ni discutible, al constituir un fenómeno social, no solamente como actividad física, sino también debido al ya referido insoslayable carácter económico, que ha conducido a considerar el deporte como un bien o servicio más en el mercado.¹²⁰⁰ Se ha llegado

¹¹⁹⁶ VALLS PRIETO, J.: “La protección de bienes jurídicos en el deporte”, en MORILLAS CUEVA, L. y MANTOVANI, F. (dirs.); BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (coord.): *Estudios sobre Derecho y Deporte*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 31; VALLS PRIETO, J.: “La intervención del Derecho penal en la actividad deportiva”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 11, artículo 14, 2009, p. 2.

¹¹⁹⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, op. cit., p. 108. Es comúnmente aceptado, en la sociedad actual, que el deporte ha adquirido una dimensión de interés público relevante. Así se reconoce, por ejemplo, en una noticia recogida en la web del Consejo General de Colegios Profesionales de la Educación Física y del Deporte en España, titulada: “El creciente interés público por el fenómeno deportivo y la fuerte incidencia de las actividades deportivas en la salud y la seguridad de las personas que la practican, hace necesaria una regulación del ejercicio de las profesiones del deporte”. Disponible en internet. Fuente: <http://www.consejo-colef.es/single-post/plano-ley-catalunya-profesiones/plano-ley-catalunya-profesiones>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹¹⁹⁸ Información obtenida de la página titulada “Régimen jurídico del deporte”, disponible en la web del Consejo Superior de Deportes. Fuente: <http://www.csd.gob.es/csd/legislacion/01RegJurDep/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017. Coincide VALLS PRIETO al argumentar que “debido a la evolución social y económica del deporte como espectáculo surge un interés público por regular dicha actividad”. En VALLS PRIETO, J.: “La intervención del Derecho penal en la actividad...”, op. cit., p. 24.

¹¹⁹⁹ GARCÍA CABA, M.M.: “Las conductas fraudulentas en el deporte...”, op. cit., p. 332.

¹²⁰⁰ IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, op. cit., p. 581.

a decir, incluso, que el deporte ha quedado secuestrado por los negocios y los intereses personales hasta dentro de mucho tiempo.¹²⁰¹

Todo lo anterior ha favorecido la aparición de un mercado que ha llevado al legislador a regular jurídicamente los extremos de la actividad deportiva en todos sus ámbitos,¹²⁰² en la búsqueda de establecer reglas y límites dentro de un sector de actividad que se ha revelado como propicio para el desarrollo de la corrupción.¹²⁰³

El deporte, en suma, representa un fenómeno transversal que, en nuestros días, debe afrontar nuevos retos y amenazas¹²⁰⁴ que han surgido en las sociedades modernas –especialmente la europea– a los que el Derecho debe dar respuesta, tales como la presión comercial, la explotación de los jugadores jóvenes, el dopaje, el racismo, la violencia, la corrupción y el fraude o el blanqueo de dinero,¹²⁰⁵ entre otros. Puede decirse, como corolario a lo anterior, que es, esencialmente, la vertiente económica del deporte la que ha atraído a diversos actores dis-

¹²⁰¹ MORENO CARRASCO, F.: “Panorama de la corrupción en el mundo del deporte...”, *op. cit.*, p. 31.

¹²⁰² DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, *op. cit.*, p. 16. En el mismo sentido, DE URBANO CASTILLO, E.: “Capítulo 2. ¿Están tipificados actualmente los fraudes deportivos? Compras de partidos, primas a terceros y sobornos arbitrales ante el Código Penal vigente”, en CARDENAL CARRO, M.; GARCÍA CABA, M.M. y GARCÍA SILVERO, E.A. (coords): *¿Es necesaria la represión penal...?*, *op. cit.*, p. 23. Este interés público en el deporte viene derivado de su notable importancia social, política y económica. En GARCÍA CABA, M.M.: “Capítulo 4. ¿Hacia una (necesaria) presencia del Derecho penal...?”, *op. cit.*, p. 78; PRAT WESTERLINDH, C.: “El delito de corrupción en el deporte”, en *La Ley Penal*, nº 81, LaLey, Madrid, abril 2011.

¹²⁰³ MORENO CARRASCO identifica determinados elementos, que caracterizan el fenómeno deportivo, y que pueden favorecer la aparición de la corrupción. Estos podrían determinarse en la autonomía del deporte, la autorregulación, la influencia con escasos niveles de control o de rendición de cuentas y la falta de transparencia en la toma de decisiones. De esta manera, los niveles de gobernanza en el deporte se encontrarían muy por debajo de los estándares de otras organizaciones públicas o privadas. En MORENO CARRASCO, F.: “Panorama de la corrupción en el mundo del deporte...”, *op. cit.*, p. 33.

¹²⁰⁴ REYES RODRÍGUEZ, A.D.: *Fraudes en el deporte. Los avatares de la disciplina entre una “cultura” de la hipocresía y el cosmopolitismo mundano*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2012, p. 35.

¹²⁰⁵ *Libro Blanco sobre el Deporte*, *op. cit.*, p. 2.

puestos a lucrarse y obtener réditos personales, aunque para ello deban recurrir a prácticas ilícitas.¹²⁰⁶ De hecho, el creciente carácter de negocio que posee el deporte, auspiciado por el incremento de poder en manos de ciertas instituciones deportivas –gracias a la entrada en el “mercado del deporte” de grandes multinacionales y medios de comunicación–¹²⁰⁷ hace aflorar cuestiones y problemas jurídicos similares a los acaecidos en el mundo de la delincuencia económica, como demuestra lo que concierne a la extensión e intensidad de los efectos de estos hechos ilícitos.¹²⁰⁸

Ello implica que también la corrupción deportiva, como expresión delictiva, vendrá caracterizada –al igual que vimos con la corrupción privada– por la fisonomía de la mundialización y el consiguiente carácter transnacional,¹²⁰⁹ así como la afectación a sujetos e intereses multinacionales y supranacionales –como consecuencia de la internacionalización de las competiciones deportivas y la globalización de las apuestas–. Esta clase de corrupción se vincula, de igual modo y por lo anteriormente subrayado, con la delincuencia organizada.¹²¹⁰ La consecuencia

¹²⁰⁶ GARCÍA SILVERO, E.A.: “Capítulo 6. Iniciativas para la reforma del deporte profesional...”, *op. cit.*, p. 145. En el mismo sentido, MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 31; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, *op. cit.*, p. 485.

¹²⁰⁷ MORENO CARRASCO, F.: “Panorama de la corrupción en el mundo del deporte...”, *op. cit.*, p. 30. Respecto a la repercusión en los medios de comunicación de los casos de fraude en el deporte, también ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: “Fraude en el deporte”, *op. cit.*, p. 217.

¹²⁰⁸ DE URBANO CASTILLO, E.: “Capítulo 2. ¿Están tipificados actualmente los fraudes deportivos? ...”, *op. cit.*, p. 23; ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva. Aspectos metodológicos, dogmáticos y político-criminales”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14, artículo 20, 2012, p. 5.

¹²⁰⁹ Sobre el carácter transnacional de la manipulación de resultados deportivos, ANDRÉS ALVEZ, R.: “Análisis del Convenio del Consejo de Europa sobre la manipulación de las competiciones deportivas”, en *Revista Jurídica de Derecho de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 44, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 101.

¹²¹⁰ ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 4. En el mismo sentido, MORENO CARRASCO, F.: “Panorama de la corrupción en el mundo del deporte...”, *op. cit.*, p. 51. Respecto a los vínculos con la criminalidad organizada, dice BARRENA CRESPO que “el deporte en general y el fútbol en particular se ven salpicados por el amaño de partidos, existiendo en la actualidad redes

fundamental de ello es que los efectos perniciosos de estos comportamientos delictivos afectarán, en mayor o menor medida, a toda la experiencia deportiva, a todos los participantes, a todas las categorías y en todas las latitudes del planeta.¹²¹¹

De este modo, en conclusión, la relevancia económica y social del deporte se convierte en premisa para abordar la intervención penal en este sector,¹²¹² debiendo exigirse que –como ocurre en cada ocasión que entra en juego el *ius puniendi* estatal– la concreta tipificación venga precedida de una fase de discusión y reflexión político-criminal, tanto en lo que concierne al objeto de tutela y su legitimidad, como en la propia necesidad de la respuesta criminal.¹²¹³ Como se verá a continuación, este no ha sido el caso de España –como habría sido deseable–, por lo que el ulterior estudio deberá clarificar y desentrañar aquellos

de delincuencia organizada cuyo fin último es el de blanquear dinero y el de obtener jugosas ganancias, estando probablemente esta lacra más extendida de lo que se cree". En BARRENA CRESPO, L.: "El delito de corrupción deportiva", en la web de Iusport, 16 de enero de 2014. Fuente: <https://iusport.com/not/1447/-i-el-delito-de-corrupcion-deportiva-del-286-bis-del-codigo-penal-i-/>. Consultado el 25 de julio de 2017. En los mismos términos se expresa el Preámbulo del Convenio del Consejo de Europa sobre Manipulación de Competiciones. Sobre la relación entre fútbol, delincuencia organizada y apuestas, LEÓN LLEÓ, A.: "Comentario al laudo del caso TAS 2014/A/3475 Charline Van Snick c. Federación Internacional de Judo (FIJ)", en *Revista Jurídica de Derecho de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 45, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 481-482.

¹²¹¹ MALEM SEÑA, J.F.: "La corrupción en el deporte", *op. cit.*, pp. 106-107. En un sentido similar, MORILLAS CUEVA y BENÍTEZ ORTÚZAR sostienen que las consecuencias de los fraudes deportivos son múltiples, tanto desde el punto de vista sociológico -por el número de seguidores, las pasiones y emociones que despiertan determinados deportes en la sociedad- como económico -por las elevadas cuantías que pueden revestir los propios fraudes o el elenco innumerable de potenciales perjudicados; *ad intra* y *ad extra* de los propios deportistas, entidades y organizaciones deportivas-. En MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: "Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional...", *op. cit.*, pp. 792-793.

¹²¹² Con esta clara afirmación, el Consejo de Estado dio por justificada la incorporación de esta figura delictiva a nuestro ordenamiento. *Dictamen nº 1.404/2009 del Consejo de Estado al Anteproyecto...*, *op. cit.* De opinión concordante, MUÑOZ RUIZ, J.: "El nuevo delito de corrupción en el deporte", *op. cit.*, pp. 47 y 53; MALEM SEÑA, J.F.: "La corrupción en el deporte", *op. cit.*, p. 120.

¹²¹³ SCHMITT DE BEM, L.: *Responsabilidad penal en el deporte*, Juruá, Lisboa, 2015, p. 23.

aspectos y controversias que se plantean como resultado de una incriminación opaca,¹²¹⁴ falta del necesario debate en torno a su necesidad, lesividad y proporcionalidad.¹²¹⁵

2. *Ratio legis* del tipo de corrupción deportiva.

La primera gran tarea que cualquier estudioso que se acerca a este delito debe acometer, a la vista de las circunstancias, es precisamente indagar acerca de la razón de ser del mismo; escudriñar qué argumentos hay detrás de su inclusión en el ordenamiento penal. Ello cobra un especial interés en la figura ante la que nos encontramos, en la medida en que, a diferencia de lo que acontecía con la corrupción privada, la previsión de la corrupción deportiva en España no vino inducida por la necesidad de cumplir mandatos comunitarios¹²¹⁶ –téngase presente que su criminalización no viene impuesta en la Decisión Marco

¹²¹⁴ En efecto, ANARTE BORRALLLO y ROMERO SÁNCHEZ enumeran las razones por las que se considera que la tipificación de la corrupción deportiva adolece de ausencia de claridad. En primer término, contiene términos ambiguos y conceptos vagos -como la enumeración de sujetos activos de la modalidad pasiva-; de otro lado, utiliza expresiones y giros equívocos y, por último, se insiste en la inadecuación del recurso a la técnica de la remisión -ya en sí misma problemática-, que convierte en “una especie de ruleta rusa” las bases pragmáticas, sintácticas y semánticas de esta norma. En ANARTE BORRALLLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, pp. 47-48.

¹²¹⁵ Acerca de la insuficiente observancia de estos principios clásicos del Derecho penal, CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, pp. 29-30.

¹²¹⁶ *Ibid.*, p. 21; BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada: bien jurídico...”, *op. cit.*, p. 104.

2003/568/JAI¹²¹⁷ ni, en general, supraindividuales¹²¹⁸. Esta última afirmación se sustenta en el hecho de que, al tiempo de la entrada en vigor del delito en España, no existía instrumento supranacional alguno en vigor que impusiera la necesidad de criminalizar la corrupción deportiva.¹²¹⁹

Siendo ello así, los argumentos político-criminales que fundamentaron la consideración de la corrupción deportiva como delito se alejan de la eventual necesidad de cumplir obligaciones supranacionales –en tanto en cuanto estas no existían–, de forma que no es posible más que decir que la decisión de castigar penalmente estos hechos responde a la sola voluntad del legislador penal nacional, insistimos, sin interferencias supranacionales expresas y directas.¹²²⁰

¹²¹⁷ Así lo recuerda SÁNCHEZ MELGAR quien, a pesar de que la norma comunitaria no prevea la criminalización de estas conductas, considera positiva la decisión del legislador español. En SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 32. También, CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, en *Revista Jurídica de Derecho de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 28, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 18; MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 446; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*; GONZÁLEZ BLESÁ, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, *op. cit.*, p. 549; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 33; MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, *op. cit.*, p. 20.

¹²¹⁸ ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS utiliza el término “internacional”. En ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares...*, *op. cit.*, p. 67.

¹²¹⁹ Debe tenerse presente que el primer texto normativo supranacional sobre la materia ha sido elaborado por el Consejo de Europa en 2014, y a fecha de redacción de estas líneas, este aún no ha entrado en vigor ni de forma general ni para España. En atención a lo dispuesto en el artículo 32.4 del propio Convenio, este entrará en vigor de forma general el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha en que cinco signatarios, entre ellos al menos tres Estados miembro del Consejo de Europa, hayan expresado su consentimiento en quedar obligados por la norma. A este respecto, a fecha 1 de agosto de 2017, momento de redacción de esta nota al pie, solamente tres Estados –todos ellos miembros del Consejo de Europa– han ratificado el Convenio: Noruega (09/12/2014), Portugal (29/09/2015) y Ucrania (10/01/2017). En el concreto caso español, la firma se produjo el 7 de julio de 2015, no habiéndose procedido, todavía, a su ratificación. La información detallada y actualizada sobre esta cuestión puede consultarse en la web del Consejo de Europa. Fuente: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/215/signatures>. Consultado el 1 de agosto de 2017.

¹²²⁰ Hace notar CORTÉS BECHIARELLI que ello debió ser resultado, probablemente, de las divulgaciones periodísticas de algunos supuestos de compraventa de partidos en

En este sentido, se ha reconocido que la incorporación de esta figura al Código penal se derivó de las reiteradas peticiones de los organismos deportivos para eliminar la impunidad de estos comportamientos ilícitos, como consecuencia de la dificultad de perseguirlos sin la existencia de una regulación penal específica.¹²²¹ En concreto, la demanda de intervención punitiva nació de un texto enviado al Consejo Superior de Deportes por parte de la Liga de Fútbol Profesional –a la que después se sumaron otras entidades–, en el que se detallaba una propuesta de una ley especial para sancionar penalmente las conductas de corrupción en el deporte.¹²²²

Esta institución deportiva fundamentó su pretensión en la ineficacia del ordenamiento administrativo disciplinario a la hora de sancionar las conductas de “compraventa de partidos”; argumento que sustentó en la experiencia observada en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Concretamente, se adujo la ineficacia de la disciplina deportiva y del procedimiento administrativo común para erradicar este tipo de conductas, especialmente dada la dificultad de obtener elementos probatorios relevantes;¹²²³ ligado todo ello a la existencia de

nuestras divisiones deportivas profesionales y a la repercusión del llamado *Caso Brugal*. En CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, pp. 52-53. MENDOZA BUERGO, por su parte, señala que fue debido a la revelación de la existencia de iniciativas y organizaciones dedicadas a amañar resultados; esto es, por su vinculación con la delincuencia organizada. En MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 446.

¹²²¹ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “El delito de corrupción privada”, *op. cit.* En el mismo sentido, MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 35.

¹²²² BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 109.

¹²²³ ASTIAZARÁN IRIONDO, J.L.: “Capítulo 1. Introducción general”, *op. cit.*, p. 19. Esta opinión fue refrendada por la doctrina, así ROMA VALDÉS, A.: “Los delitos con ocasión del deporte. Por una mejora en su tipificación en el derecho penal español”, en *Revista Jurídica de Derecho de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 16, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 66; VENTAS SASTRE, R.: “El nuevo delito de fraude en las competiciones deportivas profesionales”, en *Revista Jurídica de Derecho de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 31, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 88. MORILLAS CUEVA y BENÍTEZ ORTÚZAR, sin embargo, consideran este argumento insuficiente para justificar, por sí mismo, la legitimidad de la intervención penal. En MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional...”, *op. cit.*, p. 793.

mayores garantías para el investigado en el marco del proceso penal.¹²²⁴

Sobre la idoneidad del Derecho penal para conocer y castigar supuestos de fraude deportivo, se dijo también que eran la realidad y demandas sociales las que fundamentaban la incriminación penal de un fenómeno que “se repite y ataca a la médula del deporte”, revistiendo toda lógica la previsión en el ordenamiento de conductas que forman parte de lo que podría denominarse “Derecho penal deportivo”.¹²²⁵ No obstante a esto, quizás pueda resultar interesante profundizar en la cuestión de si el Derecho penal es la rama idónea para castigar conductas ilícitas de esta naturaleza.

2.1. Pertinencia de la intervención penal para sancionar la corrupción en el deporte.

Conocida la iniciativa de la Liga de Fútbol Profesional, un sector doctrinal se mostró a favor de que el Derecho penal se involucrase en la tarea de sancionar la corrupción en el deporte, en la línea de lo expuesto en el epígrafe anterior. De entre esos autores, encontramos dos posturas diferenciadas: aquellos que entendían que podía combatirse esta clase de fraude con la sola aplicación de delitos ya existentes en el Código y aquellos otros que apostaban por la creación de un tipo nuevo específico al respecto, ya fuera mediante su incorporación al Código o a través de la aprobación de una Ley penal especial.¹²²⁶

En la primera posición se encontraron opiniones que abogaban por la aplicación de delitos ya existentes en nuestro Derecho, en especial de la estafa¹²²⁷ –respecto de la que se criticó, sin embargo, la inseguridad jurídica de aplicar ese tipo penal a la “multitud y poliédricas actuaciones fraudulentas que pueden ser susceptibles de ser cometidas en el

¹²²⁴ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, op. cit., pp. 59-60.

¹²²⁵ DE URBANO CASTILLO, E.: “Capítulo 2. ¿Están tipificados actualmente los fraudes deportivos? ...”, op. cit., p. 24.

¹²²⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, op. cit., p. 534. Un profuso estudio sobre este particular se encuentra en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, op. cit., pp. 59-87.

¹²²⁷ AGUIAR, A.: “Sobre la compra de partidos de fútbol”, en la web de Iusport, 10 de mayo de 2007. Fuente: http://www.iusport.es/php2/index.php?option=com_content&task=view&id=305&Itemid=33. Consultado el 19 de julio de 2017.

ámbito deportivo para falsear la competición, por parte de muy distintos sujetos”¹²²⁸ o, desde otra perspectiva, de los delitos de cohecho.¹²²⁹

Por el contrario, otra serie de estudiosos abogó por adoptar una solución penal específica para conocer de estos hechos ilícitos. Así, un sector pareció proclive a la creación de un tipo concreto en el Código penal,¹²³⁰ “dada la especial gravedad de este tipo de hechos y la circunstancia de que en los mismos intervienen en ocasiones personas ajenas a la organización deportiva”¹²³¹ y, del mismo modo, “a la vista de la gravedad y complejidad de los intereses afectados, y (...) la insuficiencia de figuras penales” existentes hasta ese momento.¹²³²

Desde otro punto de vista, en este segundo sector doctrinal, se defendió la idoneidad, por existir base jurídica y variedad de supuestos suficiente, de articular una Ley específica de lucha contra el fraude en el deporte. Una Ley penal especial que pudiera aglutinar en un solo texto todas las conductas censurables y sus respectivas sanciones, así como un adecuado catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes.¹²³³

Sin embargo, no han faltado las voces que han defendido la falta de legitimidad del Derecho penal para conocer de supuestos de corrupción deportiva. Así se manifiesta DE VICENTE MARTÍNEZ para quien estamos en presencia de una intervención penal oportunista. Sostiene que el hecho de que la disciplina administrativa deportiva sea insuficiente para poner freno a la corrupción deportiva no es fundamento suficiente para la intervención penal en este ámbito. Por todo ello, alerta

¹²²⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, *op. cit.*, p. 535.

¹²²⁹ GARCÍA SILVERO, E.A.: “Capítulo 6. Iniciativas para la reforma del deporte profesional...”, *op. cit.*, p. 151. También en DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, *op. cit.*, p. 501.

¹²³⁰ DE URBANO CASTILLO, E.: “Capítulo 2. ¿Están tipificados actualmente los fraudes deportivos? ...”, *op. cit.*, p. 37.

¹²³¹ GARCÍA CABA, M.M.: “Las conductas fraudulentas en el deporte...”, *op. cit.*, p. 336; GARCÍA CABA, M.M.: “Capítulo 4. ¿Hacia una (necesaria) presencia del Derecho penal...?”, *op. cit.*, pp. 88-89.

¹²³² ROMA VALDÉS, A.: “Los delitos con ocasión del deporte...”, *op. cit.*, p. 67.

¹²³³ GARCÍA SILVERO, E.A.: “Capítulo 6. Iniciativas para la reforma del deporte profesional...”, *op. cit.*, pp. 151-152.

de que el recurso al Derecho penal para sancionar la corrupción en el deporte puede llegar a ser únicamente simbólico.¹²³⁴

En tal sentido se pronunció KINDHÄUSER quien, en el contexto de la modalidad futbolística, entendió que los encuentros son placeres privados que, a lo máximo, si son manipulados, podrían constituir delitos patrimoniales como la estafa si se produce una lesión de intereses financieros pero que, en todo caso, las reglas de orden público no son infringidas en estos casos, por lo que “la corrupción tampoco debería sancionarse penalmente en estos ámbitos de la vida”.¹²³⁵

2.2. Incorporación al Código penal y ubicación sistemática del delito.

2.2.1. Incorporación al Código penal.

La incorporación al ordenamiento penal de esta figura no estuvo inicialmente prevista en los Anteproyectos de reforma del Código de 21 de noviembre de 2006 ni de 14 de noviembre 2008; aparece por primera vez en el Anteproyecto de 11 de julio de 2009,¹²³⁶ donde se ofrece una escueta información al respecto, al considerar necesaria la tipificación “en línea con las distintas legislaciones de nuestro entorno, como Francia e Italia”.¹²³⁷

¹²³⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, op. cit., pp. 558 y 560; IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, op. cit., p. 578.

¹²³⁵ KINDHÄUSER, U.: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía...”, op. cit., p. 16.

¹²³⁶ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 38. Corrupción en el deporte”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dirs.): *Comentarios a la Reforma penal...*, op. cit., p. 331.

¹²³⁷ OTERO GONZÁLEZ incide en que la inicial referencia a Francia se debió a un lapsus de nuestro prelegislador, ya que en la fecha del Anteproyecto de 2009, en el país galo no estaba tipificada la corrupción en el deporte. En OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, op. cit. Quizás por ello, en el Proyecto de Reforma de 2009, de 27 de noviembre, se elimina la referencia a Francia y se señala, únicamente, que “se ha considerado conveniente tipificar penalmente las conductas más graves de corrupción en el deporte, en línea con distintas legislaciones de nuestro entorno (Italia). En este sentido se castigan todos aquellos sobornos llevados a cabo tanto por los miembros y colaboradores de entidades deportivas como por los deportistas, árbitros o jueces, encaminados a predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una competición deportiva”.

Más allá de lo expuesto anteriormente, en relación a la iniciativa legisladora de la Liga de Fútbol Profesional, el legislador penal no ofrece apenas motivación acerca de la concreta decisión de convertir en delito estos comportamientos ilícitos.¹²³⁸ En este punto, acudir a las Exposiciones de Motivos de las LO 5/2010 y 1/2015 –relativas a la introducción y modificación del tipo en el Derecho penal, respectivamente– no aporta dato alguno ni resulta especialmente útil para, al menos, orientar la política criminal hacia alguna línea determinada. En la norma Orgánica de 2010 únicamente se señala que:

Se ha considerado conveniente tipificar penalmente las conductas más graves de corrupción en el deporte. En este sentido se castigan todos aquellos sobornos llevados a cabo tanto por los miembros y colaboradores de entidades deportivas como por los deportistas, árbitros o jueces, encaminados a predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva, siempre que estas tengan carácter profesional.

2.2.1.1. Justificación de la reforma de 2015.

Por su parte, el Preámbulo de la LO 1/2015 no realiza ninguna referencia expresa a la corrupción en el deporte, por lo que deja la cuestión aún más indefinida si cabe. Únicamente se ofrece la motivación general respecto de la modificación de los delitos de corrupción en los negocios, ya referida anteriormente,¹²³⁹ y que nada aporta respecto de la corrupción deportiva.

Quizá por ello la doctrina ha tratado de esbozar los argumentos que justificaron la reforma. MORILLAS CUEVA y BENÍTEZ ORTÚZAR han indicado que los cambios tratan de solucionar los problemas planteados en una primera dicción caótica, de tal forma que, aun manteniendo

¹²³⁸ MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, pp. 41-42.

¹²³⁹ *Vid. supra* V. 3.2.

la ubicación inicial, el delito experimenta, en 2015, una reestructuración de gran calado.¹²⁴⁰ IBARS VELASCO, por su parte, ha tratado de buscar el sustento partiendo de la insuficiencia del tipo original de 2010 para convertir a “los tramposos en el deporte” en delincuentes. De esta forma, las modificaciones introducidas con la entrada en vigor de la LO 1/2015 buscan “ampliar el abanico de sujetos activos del tipo de injusto a la par que castigar más severamente las conductas más graves” de soborno tendentes a alterar los resultados de una prueba, encuentro o competición deportiva.¹²⁴¹

Sea como fuere, y a pesar de los esfuerzos teóricos, la ausencia de aclaraciones por parte del legislador penal, unidas a otras cuestiones, tendrá un relevante efecto negativo en el ulterior estudio del tipo penal, especialmente a la hora de determinar cuál es el bien jurídico protegido por la norma; aspecto que se tratará en un epígrafe posterior.

Continuando con la génesis de este delito, conviene ahora explorar cuál es la situación topográfica de la figura en el Código penal.

2.2.2. Ubicación sistemática del delito.

La corrupción en el deporte, recogida en el apartado 4º del artículo 286 bis CP, fue concebida por el legislador de 2010 –y, de igual modo, por el de 2015– como una forma de corrupción entre particulares.¹²⁴² Ello se ha explicado en atención al tipo de sujetos y entidades que partici-

¹²⁴⁰ MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional...”, *op. cit.*, p. 800.

¹²⁴¹ IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, pp. 577 y 584.

¹²⁴² MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1100; RUIZ RODRÍGUEZ, L.R.: “Lección 4ª. Delitos relativos al mercado...”, *op. cit.*, p. 137. TORRES ha llegado a considerar la figura del artículo 286 bis. 4 CP como una modalidad más de corrupción privada, sin mayores particularidades. En TORRES, L.: “El TAS declara ilegales las primas a terceros por ganar”, en la web de Iusport, 12 de octubre de 2014. Fuente: <https://iusport.com/not/3187/el-tas-declara-ilegales-las-primas-a-terceros-por-ganar/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017. Por su parte, GILI PASCUAL califica las conductas en el deporte como “corrupción privada impropia”. En GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, *op. cit.*, p. 125. A pesar del consenso general en vincular las figuras de corrupción privada y de fraude en el deporte, se ha sostenido también que esta última modalidad “presenta notables particularidades, tanto normativas como materiales” respecto de la corrupción privada y, más aún, respecto a los delitos de corrupción pública. Así, ANARTE BORRALLÓ, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 3.

pan en los eventos deportivos. En tal sentido parece concordar el Consejo de Estado quien llama la atención, sin embargo, acerca de “que también pueden intervenir en estas prácticas irregulares personas y entidades que no pertenezcan al sector privado, de modo que sus eventuales actuaciones quedarían fuera” de la redacción típica.¹²⁴³ Por su parte, NIETO MARTÍN reconoce que, a pesar de que la corrupción deportiva pueda proteger un bien jurídico distinto al tutelado en la corrupción privada, “el castigo de [la corrupción en el deporte] (...) tiene un importante trasfondo económico, que justifica la equiparación de estas conductas a la corrupción privada”.¹²⁴⁴

En efecto, la ubicación sistemática elegida hace pensar que el fraude en el deporte debe ser considerado como un subtipo de corrupción entre particulares¹²⁴⁵ y, por tanto, una modalidad más de delito contra el mercado y, más genéricamente, de crimen contra el patrimonio y el orden socioeconómico.¹²⁴⁶ En acertadas palabras de CORTÉS BECHIARELLI, el tipo es “concebido como una manifestación más, pero distinta, de los delitos de soborno privado genéricos”. Para el legislador, entonces, el fraude deportivo es una forma de corrupción entre particulares, tanto desde el punto de vista auténtico como sistemático.¹²⁴⁷ También

¹²⁴³ Dictamen n^o 1.404/2009 del Consejo de Estado al Anteproyecto..., *op. cit.*

¹²⁴⁴ NIETO MARTÍN, A.: “Lección XXVIII. Protección penal de la competencia...”, *op. cit.*, p. 480. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 314; NIETO MARTÍN, A.: “Lección X. Protección penal de la competencia...”, *op. cit.*, pp. 237-238.

¹²⁴⁵ ANARTE BORRALLLO afirma que “la configuración del injusto (...) de la corrupción deportiva queda subordinada a la de la corrupción entre particulares”. En ANARTE BORRALLLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 77. Sin embargo, este entendimiento no es pacífico. El propio autor, en un trabajo anterior, parecía mostrar sus reservas, afirmando “se puede inferir que [el fraude en el deporte,] antes que un subtipo de la corrupción privada (...), se trata de un tipo autónomo”. En ANARTE BORRALLLO, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 580. En opinión de PÉREZ GÓMEZ, el delito de fraude en el deporte se concibe como una especialidad de corrupción privada. En PÉREZ GÓMEZ, R.: “La regulación en el nuevo código penal...”, *op. cit.*

¹²⁴⁶ MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, *op. cit.*, p. 23.

¹²⁴⁷ La corrupción deportiva es también considerada una *subespecie* de la corrupción privada. En CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, pp. 25 y 29. Ha sido concebida, así mismo, como una modalidad específica de corrupción entre

CARUSO FONTÁN se muestra conforme cuando indica que “la compra-venta de competiciones deportivas encaja indiscutiblemente dentro del concepto de corrupción en el sector privado”.¹²⁴⁸

Sin embargo, esta pretendida voluntad legislativa ha encontrado diversas voces discordantes, que han defendido que la corrupción en el deporte nada tiene que ver con el soborno entre particulares¹²⁴⁹ ni tampoco está enfocada a la tutela del mercado.¹²⁵⁰ El punto común a todas ellas es considerar que la ubicación sistemática del fraude deportivo es aún más discutible si cabe que el de la corrupción privada, hecho al que se le suma el entender que el Derecho penal no debe sancionar toda clase de corrupción únicamente por ser indebida o inmoral, sino centrarse en proteger especialmente ciertos intereses frente a los casos más graves de ataque a los mismos a través de estas modalidades delictivas.¹²⁵¹

particulares. En MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 33; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.* Para GILI PASCUAL ambas modalidades se relacionan en una conexión género-especie, considerándose la corrupción privada la primera de ellas y la deportiva, la segunda de las referidas. En GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas. Problemas técnicos y aplicativos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 8, UNED, julio 2012, p. 15. PUENTE ABA defiende que la corrupción en el deporte es “una manifestación muy específica de corrupción en el ámbito privado”. En PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en el deporte (arts. 286 bis 4 y 286 quater *in fine*)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (*dir.*); MATA LLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (*coords.*): *Comentarios a la reforma del Código Penal...*, *op. cit.*, p. 936.

¹²⁴⁸ Continúa afirmando la autora que “se trata de la entrega de un soborno para que la persona que tiene poder de decisión sobre circunstancias que influyen en el resultado de la competición favorezca injustamente a uno de los equipos o participantes. Se verifican, por tanto, todos los elementos necesarios, a saber: violación de un deber posicional, un sistema normativo de referencia y la intención de obtener una ganancia personal”. En CARUSO FONTÁN, M.V.: “El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito...”, *op. cit.*, p. 168.

¹²⁴⁹ GONZÁLEZ BLESA, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*

¹²⁵⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “§ 17 Delitos societarios, resistencia a las agencias de control...”, *op. cit.*, p. 628. En el mismo sentido, GONZÁLEZ BLESA, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 63.

¹²⁵¹ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 446.

En los mismos términos se expresa CORTÉS BECHIARELLI quien, a pesar de reconocer que “la identidad formal [entre los delitos de corrupción privada y de fraude deportivo] es obvia”, “no es procedente asimilar el cohecho privado al deportivo”.¹²⁵²

En estos dos primeros epígrafes del Capítulo XIII de esta tesis hemos tratado de apuntar brevemente algunas de las cuestiones más incididas por la doctrina en relación al origen y razón de ser del delito de fraude en el deporte. En este punto, antes de comenzar con el estudio de elementos más concretos, puede ser conveniente apuntar algunas de las valoraciones críticas que, con carácter general, se han hecho a la criminalización de la corrupción deportiva.

3. Críticas en torno a la figura de fraude deportivo.

A pesar de los esfuerzos de algunas de las instituciones mencionadas anteriormente en la búsqueda de sustentar jurídicamente con la suficiente fuerza la consideración de estas conductas como un ilícito penal, la aprobación y consiguiente incorporación del delito de corrupción en el deporte no ha estado exenta de críticas.

La mayoría de voces contrarias a la tipificación del fraude deportivo han incidido en que no se ha comprobado la necesidad de prever reproche penal para estos ilícitos,¹²⁵³ incidiendo en el hecho de que el origen de la incriminación se revelaba confuso.¹²⁵⁴ Además, se ha manifestado que la técnica legislativa utilizada genera serias dudas, considerándose que el producto normativo final remitía de un modo demasiado genérico a los apartados anteriores,¹²⁵⁵ por lo que se ha llegado a asegurar del delito que fue incluido entre los tipos de corrupción

¹²⁵² CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 61.

¹²⁵³ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “§ 17 Delitos societarios, resistencia a las agencias de control...”, *op. cit.*, p. 628.

¹²⁵⁴ GONZÁLEZ BLES, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*

¹²⁵⁵ *Ibid.*

privada “con calzador”.¹²⁵⁶ Se ha defendido, por último también, la insignificancia del bien jurídico, identificado como la “pureza deportiva” por un sector de la doctrina.¹²⁵⁷ Sobre este último particular volveremos más adelante.

3.1. Ausencia de necesidad de intervención penal en la materia.

No han sido infrecuentes las valoraciones negativas realizadas a este delito que han puesto el énfasis en que no ha existido una verdadera demanda social que solicitase su inclusión en el Código.¹²⁵⁸ La premisa de estas consideraciones críticas está basada en la constatación de que, a partir de las últimas décadas del siglo XX, se ha instaurado una política criminal difundida en los ordenamientos jurídicos occidentales tendente a la creación de nuevos tipos penales sin antes haber valorado el alcance preventivo general de las sanciones administrativas y vulnerando el principio de *ultima ratio* del Derecho penal.¹²⁵⁹ En el concreto supuesto de la corrupción deportiva –reflejo de la llamada política criminal de tolerancia cero contra la corrupción– indican que la previsión de este delito es resultado de la discrecionalidad normativa del legislador penal que respondió, como se ha visto, a las inquietudes particulares de algunas entidades deportivas, sin que la regulación venga requerida por el ordenamiento europeo¹²⁶⁰ o las organizaciones supranacionales.

En conexión con la consideración del fraude deportivo como un subtipo de corrupción privada, algún autor ha añadido que, de ser así, no existen argumentos que justifiquen la tipificación específica de la primera, toda vez que la sanción penal de estos comportamientos en el

¹²⁵⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, *op. cit.*, pp. 387-388; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte, op. cit.*, p. 549; GONZÁLEZ BLESÁ, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*

¹²⁵⁷ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva, op. cit.*, p. 53.

¹²⁵⁸ GONZÁLEZ BLESÁ, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*

¹²⁵⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, *op. cit.*, p. 394.

¹²⁶⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva, op. cit.*, p. 21.

deporte podría encontrar suficiente acomodo en el delito de corrupción entre particulares genérico.¹²⁶¹

Desde otra perspectiva, se ha dicho también que los supuestos de fraude en el deporte pueden ser reconducidos al delito de estafa, revelándose como innecesaria una tipificación específica. La previsión de respuesta criminal ante estos ilícitos –ha sostenido algún autor– “conduce a una pérdida de la fuerza y efectividad del Derecho penal” como *ultima ratio* de la intervención estatal, “al utilizar el mismo (...) de manera inflacionaria”.¹²⁶²

La falta de necesidad de criminalizar las conductas de corrupción deportiva se une, además, a juicio de la doctrina, a las oscuridades que contiene la concreta literalidad prevista –cuestión que se valorará a continuación– y todo ello da como resultado, para los que sostienen esta argumentación, que la norma contenida en el apartado 4º del artículo 286 bis CP conculca varios de los principios clásicos en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho; se ven comprometidos, en suma, el principio de lesividad –como se verá más adelante por la dificultad de concretar el bien jurídico protegido–¹²⁶³, de proporcionalidad –en relación a la entidad de la pena prevista–, de eficacia y eficiencia de la norma y, por último, de subsidiariedad de la intervención penal –justificada en aras a la supuesta ineficiencia de la disciplina administrativa deportiva–.¹²⁶⁴

3.2. Argumentos referidos a deficiencias de técnica legislativa.

Esta es, quizás, la crítica más contundente que se ha vertido en relación al delito de corrupción en el deporte. En este sentido, los autores han

¹²⁶¹ El único razonamiento posible para entender la decisión del legislador podría ser, según indican, se focalizaría en la necesidad de concretar estas conductas corruptas en el ámbito privado, con contornos excesivamente amplios, para facilitar la persecución de estos ilícitos en el deporte. En OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado...”, *op. cit.*

¹²⁶² DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, *op. cit.*, p. 368.

¹²⁶³ IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 580.

¹²⁶⁴ ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, pp. 47 a 53.

puesto de manifiesto que la técnica legislativa elegida por el redactor penal español para definir las conductas típicas de corrupción en el deporte es confusa y deficiente.¹²⁶⁵ Sostienen que el mayor reflejo de ello es la cláusula de remisión o reenvío a los apartados 1, 2, 3 y 5 a la hora de definir los elementos típicos de la figura, que puede conllevar especiales problemas de interpretación en aspectos como la determinación de la conducta punible o los supuestos de autoría.¹²⁶⁶ Debido a ello se ha categorizado como una ley penal en blanco.¹²⁶⁷ Junto a esto, además, se ha insistido en que el delito incorpora términos ambiguos y conceptos vagos, así como expresiones y giros equívocos.¹²⁶⁸

En estos términos se pronuncian BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y CERINA, quienes tildan la literalidad normativa de “francamente infeliz”, sosteniendo su opinión en la “parsimonia [del legislador] en la utilización de las palabras que desemboca en una innecesaria síntesis que resulta poco apropiada para la tipificación de una conducta tan compleja” como es la corrupción en el deporte. El resultado es una técnica tosca, que adolece de la falta de reflexión necesaria que demanda el empleo de las penas.¹²⁶⁹

En el conjunto de estas consideraciones negativas podríamos incluir aquellas que parten de la premisa de que, en el contexto de predeterminación de resultados deportivos, no existe ningún bien jurídico merecedor de sanción penal, si bien sobre ello se profundizará más adelante. Para quienes así opinan, lo único que ha valorado el legislador ha

¹²⁶⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, *op. cit.*, p. 384.

¹²⁶⁶ MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 47.

¹²⁶⁷ SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 636; GONZÁLEZ BLESÁ, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*; GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...”, *op. cit.*, p. 61. Ello obliga necesariamente a remitirse a la regulación administrativa, en particular la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte y al Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, de Disciplina Deportiva. En MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte. Reformas de 2010 y 2015”, en *Revista Foro FICP. Tribuna y Boletín de la FICP*, nº 2015-3, Fundación Internacional de Ciencias Penales, Madrid, noviembre 2015, p. 417.

¹²⁶⁸ ANARTE BORRALLÓ, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 47.

¹²⁶⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y CERINA, G.: “Algunos problemas del nuevo delito corrupción en el deporte”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 18, Iustel, Madrid, 2012, pp. 14-15 y 19.

sido incluir la compraventa de resultados deportivos en el artículo 286 bis CP, “porque, en definitiva (..) encaja en el concepto de corrupción al tratarse de un soborno para que la persona que tiene poder de decisión sobre circunstancias que influyen en el resultado de la competición favorezca injustamente a uno de los equipos o participantes”. Pero, precisamente por la deficiente técnica legislativa utilizada, este delito de corrupción deportiva “no cumple con los elementos que requiere el artículo 286 bis”.¹²⁷⁰

Una de las consecuencias que la doctrina atribuye a la deficiente técnica legislativa y la consiguiente falta de claridad del precepto es el más que probable solapamiento de la norma penal con técnicas de protección extrapenal, particularmente la normativa deportiva; en especial, la Ley del Deporte –en adelante, también, LD– y el Real Decreto de Disciplina Deportiva –en adelante, también, RDD–. Ello puede generar problemas derivados de la vigencia del principio de *ne bis in ídem* y, con ello, afectarse principios como el de legalidad y el de seguridad jurídica.¹²⁷¹

Señala DE VICENTE MARTÍNEZ, a propósito de estas críticas, que las carencias de técnica legislativa se revelan tanto en la propia redacción del tipo del apartado 4º como en su mala relación respecto de los preceptos anteriores, destinados a la previsión de la corrupción privada. En el período prelegislativo de 2010 se esperaba que, durante la tramitación parlamentaria, pudieran hacerse retoques que salvaran estas incongruencias, pero ciertamente los parlamentarios pasaron por alto esta necesaria tarea.¹²⁷² Además, en relación a la modificación de la redacción con la reforma de 2015, esta tampoco aportó coherencia en la conexión entre el subtipo de corrupción deportiva y el tipo general de corrupción entre particulares.

¹²⁷⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, op. cit., p. 557.

¹²⁷¹ ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, op. cit., pp. 6-7 y 48.

¹²⁷² DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, op. cit., p. 384.

XIV. EL DELITO DE CORRUPCIÓN DEPORTIVA EN LA NORMATIVA SUPRANACIONAL Y EN EL DERECHO COMPARADO

1. Introducción.

Siguiendo el esquema utilizado en esta investigación para el tipo de corrupción privada, tras los aspectos introductorios comentados en el Capítulo anterior, resulta de recibo llevar a cabo un pequeño recorrido por las herramientas normativas emanadas de instituciones supranacionales y por las incriminaciones contenidas en otros ordenamientos de nuestro entorno. Sin embargo, a diferencia de los motivos esgrimidos en aquel momento para emprender esta tarea, en este caso no se trata de establecer distintos modelos de incriminación pues, tanto el texto supranacional que se examinará como cada uno de los referentes jurídicos comparados, no reflejan una orientación político-criminal concluyente¹²⁷³ ni respuestas diferenciadas entre sí.¹²⁷⁴

Respecto al primero de los propósitos, la visión supranacional vendrá referida únicamente al ya citado *Convenio del Consejo de Europa sobre Manipulación de Resultados Deportivos*. Debe hacerse notar, así mismo, que el análisis que se va a llevar a cabo posee una intención meramente expositiva, por cuanto, en el momento de elaboración de esta tesis doctoral, como ya se ha referido en un momento anterior, dicho texto legal no se encuentra en vigor, ni de forma general ni para España.¹²⁷⁵

Siendo ello así entonces, en un segundo paso, la utilidad de acudir al Derecho comparado se explica en la medida en que puede ayudar a comprender mejor la concreta regulación contenida en España. No olvidemos que el prelegislador de 2010 –concretamente en el Proyecto

¹²⁷³ ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 8.

¹²⁷⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y CERINA reconocen que “una breve ojeada a las respuestas en otros países de nuestro entorno pone de relieve la pluralidad de modelos” respecto de la tipificación de la corrupción deportiva. En BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y CERINA, G.: “Algunos problemas del nuevo delito...”, *op. cit.*, p. 7.

¹²⁷⁵ *Vid.* nota al pie 1219.

de reforma de 2009– alude a la regulación italiana para justificar el abordaje de la reforma en nuestro país.¹²⁷⁶ De este modo, examinaremos a continuación aquellas legislaciones de mayor interés, ya sea por el contenido de sus propuestas o por el contexto desde el que se criminalizó esta clase de corrupción;¹²⁷⁷ en concreto, las previsiones contenidas en el ordenamiento penal italiano y en el portugués.

2. Normativa supranacional.

2.1. El Convenio del Consejo de Europa sobre Manipulación de Competiciones Deportivas.

El Convenio sobre Manipulación de Competiciones Deportivas, número 215 del Consejo de Europa –en adelante, en este momento, “Convenio sobre Manipulación de Competiciones Deportivas” o, simplemente, “Convenio”–, fue elaborado en Macolin, Suiza, el 18 de septiembre de 2014.¹²⁷⁸ Como se dijo anteriormente, fue firmado por España el 7 de julio de 2015, pero aún no ha sido ratificado. En suma, el mismo aún no ha entrado en vigor, ni de forma general, ni para nuestro país.

Como adelantamos, en un afán exclusivamente expositivo, merecen mención, en este punto, aquellas previsiones de naturaleza penal relativas a los ilícitos de corrupción deportiva consistente en la manipulación de competiciones. En esta línea, dentro del Capítulo IV –denominado “normas de Derecho penal sustantivo y cooperación en la vigilancia de su cumplimiento”– encontramos el artículo 15 que dispone lo siguiente:

1. Cada Parte se cerciorará de que su legislación nacional permite imponer sanciones penales a la manipulación de competiciones deportivas cuando lleve consigo

¹²⁷⁶ Vid. nota al pie 1237.

¹²⁷⁷ MORILLAS CUEVA, L.: “Capítulo 3. El tratamiento jurídico del fraude en el deporte en el Derecho comparado. Las experiencias de Italia, Portugal y Alemania”, en CARDENAL CARRO, M.; GARCÍA CABA, M.M. y GARCÍA SILVERO, E.A. (coords): *¿Es necesaria la represión penal...?, op. cit.*, p. 54.

¹²⁷⁸ Una versión no auténtica del Convenio en español puede encontrarse en la web del Consejo de Europa. Fuente: https://www.coe.int/t/dg4/sport/Source/TMC/CETS%20215_ES.pdf. Consultado el 1 de agosto de 2017.

prácticas coercitivas, corruptas o fraudulentas, según las definan las leyes nacionales.

A renglón seguido, debemos poner en relación este precepto con las definiciones de “competición deportiva” y de “manipulación de competiciones deportivas”, recogidas en los párrafos 1 y 4 del artículo 3 del Convenio, destinado a recoger algunas “definiciones”.

Empezando por el final, por “manipulación” de una competición deportiva:

(...) se entenderá un acuerdo, una acción o una omisión de carácter intencional cuya finalidad sea alterar ilegalmente el resultado o el curso de una competición deportiva a fin de eliminar, total o parcialmente, el carácter imprevisible de dicha competición con objeto de obtener una ventaja indebida para sí o para otros.

En añadidura a lo anterior, esta alteración debe darse en:

(...) cualquier acontecimiento deportivo que se ajuste a las normas de una de las organizaciones deportivas comprendidas en la relación elaborada por el Comité de Seguimiento del Convenio de conformidad con el artículo 31.2 y reconocido por una organización deportiva internacional o, si procede, por otra organización deportiva competente.

De todo lo expuesto en relación al Convenio, puede derivarse la conclusión de que, para el Consejo de Europa, deben adquirir relevancia penal las conductas activas u omisivas tendentes a la alteración no solamente del resultado de una competición deportiva –como veremos que sucede en el tipo español– sino, en general, de la imprevisibilidad del propio desarrollo de la misma. Este último apunte puede tener alguna incidencia en sede de bien jurídico, que será desarrollada en su momento.

3. Derecho comparado.

3.1. Italia.

El ejemplo italiano es, quizás, el que cuenta con mayor tradición; estamos ante el país en el que más casos se han perseguido y donde este tema ha gozado de una mayor preocupación doctrinal.¹²⁷⁹ La razón de ser de la regulación penal de estas conductas en el ordenamiento italiano viene determinada por los escándalos relacionados con las apuestas deportivas, sucedidos en los años 80 del siglo pasado en aquel país.¹²⁸⁰ En especial, son destacables los casos de corrupción acaecidos en el fútbol –modalidad deportiva muy popular para los italianos, con gran arraigo social–. Ya en diciembre de 1980, el Tribunal de Roma resolvió sobre un asunto relacionado con las quinielas, en el que se vieron involucrados futbolistas de la selección nacional italiana, aunque, sin duda, los hechos con mayor relevancia a nivel mundial fueron los relativos al denominado caso *Calciopoli* o *Mogigigate*, descubierto en 2006, y que derivó en la pérdida de varios títulos de liga para la Juventus, su descenso a la Serie B italiana y una multa de 120.000 euros, así como el descenso de categoría, también, para Lazio y Fiorentina.¹²⁸¹

El legislador italiano recurre a una ley penal especial impropia –con un contenido mayoritariamente penal, pero incorporando también disposiciones de índole administrativa y procesal–¹²⁸² para regular el delito de corrupción en el deporte, con la intención de “salvaguardar la limpieza en el desarrollo de las competiciones, racionalizar la disciplina penal de los juegos de lotería y de las apuestas (...) y tutelar el orden público”.¹²⁸³ La iniciativa italiana cristalizó en la Ley nº 401, de 13 de diciembre de 1989, sobre intervenciones en el sector del juego y de las

¹²⁷⁹ MORILLAS CUEVA, L.: “Capítulo 3. El tratamiento jurídico del fraude en el deporte...”, *op. cit.*, p. 55; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, *op. cit.*, p. 504; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 76.

¹²⁸⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 76.

¹²⁸¹ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, pp. 40-41. A mayor abundamiento sobre este particular, el lector puede consultar: COLANTUONI, L.: “Capítulo 4. Fraude y apuestas deportivas en el fútbol profesional: Casos recientes en Italia y análisis comparativo”, en BOSCH CAPDEVILA, E. y FRANQUET SUGRAÑES, M.T. (coords.): *Dopaje, fraude y abuso en el deporte*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 179-232; GIUNTA, F.: “Deporte y Derecho penal: a propósito de la «Calciopoli»”, en MORILLAS CUEVA, L. y MANTOVANI, F. (dirs.); BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (coord.): *Estudios sobre Derecho y Deporte*, *op. cit.*, pp. 359-366; MORILLAS CUEVA, L.: “Capítulo 3. El tratamiento jurídico del fraude en el deporte...”, *op. cit.*, pp. 55-56; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, *op. cit.*, pp. 504-506.

¹²⁸² BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, pp. 75-76.

¹²⁸³ COLANTUONI, L.: “Capítulo 4. Fraude y apuestas deportivas...”, *op. cit.*, p. 197.

apuestas clandestinas y tutela del correcto desenvolvimiento de las competiciones deportivas; norma que ha sido modificada a través del Decreto-Ley nº 119, de 22 de agosto de 2014, sobre Medidas urgentes en contraste a los fenómenos de ilegalidad y violencia en los espectáculos deportivos, de reconocimiento de la protección internacional, así como para asegurar la funcionalidad del Ministerio del Interior.

El artículo 1 de la citada Ley 401/1989, con las modificaciones introducidas en 2014, es el encargado de tipificar el delito de corrupción deportiva en Italia. Reza como sigue¹²⁸⁴:

Artículo 1.

El que ofrece o promete dinero u otra utilidad o ventaja a alguno de los participantes de una competición deportiva organizada por las federaciones reconocidas por el Comité Olímpico Nacional Italiano (CONI), por la Unión Italiana para el desarrollo de la raza equina (UNIRE) o por otras entidades deportivas reconocidas por el Estado y por las asociaciones a ellas adheridas, con el fin de conseguir un resultado distinto al que se seguiría del correcto y leal desarrollo de las competiciones, o bien realice otros actos fraudulentos dirigidos al mismo fin, será penado con la reclusión de dos a seis años y con multa de 1.000 a 4.000 euros.

Las mismas penas se aplicarán al participante de la competición que acepta el dinero u otra utilidad o ventaja, o acepta su promesa.

Si el resultado de la competición es relevante respecto al desarrollo de los concursos de pronósticos y apuestas ejercidos regularmente, respecto de los hechos descritos

¹²⁸⁴ El texto de esta Ley puede consultarse en la web de Normattiva. Fuente: <http://www.normattiva.it/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017. [Texto original en italiano. Para la traducción, se ha utilizado como base la realizada por CORTÉS BECHIARELLI, en CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, op. cit., pp. 42-43. La traducción de las modificaciones introducidas en el delito, en 2014, es propia].

en los apartados en los apartados 1 y 2, la pena de reclusión es aumentada hasta la mitad y se aplica la pena de multa de 10.000 a 100.000 euros.

3.1.1. Algunos comentarios: bien jurídico y modalidades delictivas.

Con respecto a la redacción legal en Italia, pueden observarse dos cuestiones especialmente relevantes, en comparación con el texto español que se analizará posteriormente. De una parte, es interesante acercarse al objeto de tutela penal que sustenta la norma italiana. Así, según reconoce la doctrina el bien jurídico se cifra en la “rectitud y en la lealtad del desarrollo de la actividad deportiva como tal”¹²⁸⁵, manifestado en la corrección del resultado de la misma; o, desde otro punto, pero con idéntico fundamento, “los valores de lealtad, probidad y corrección, o los principios fundamentales de cada disciplina deportiva”.¹²⁸⁶

En relación a dicho bien jurídico protegido, es reseñable una diferencia respecto del modelo político-criminal seguido en España. Como hemos avanzado anteriormente, la ubicación sistemática del fraude deportivo en el Código lleva a la mayoría de la doctrina española a considerar esta figura como una clase de corrupción privada¹²⁸⁷ por lo que, entre otras cuestiones que se verán más adelante, es esperable que el objeto de tutela entre ambas deba ser, cuanto menos, cercano. En el ordenamiento italiano, sin embargo, los intereses dignos de protección penal divergen, de manera clara –como se ha tratado de mostrar al respecto en cada momento–, entre ambas clases de corrupción. A ello favorece que la tipificación de las dos se encuentre en cuerpos normativos distintos –recuérdese, la corrupción privada en el Código civil y la deportiva en una ley penal especial impropia– y se prevean, además, sin una conexión concreta de especialidad –como puede venir determinada, en el caso español, por la cláusula de remisión del artículo 286 bis. 4 CP–.

Por otra parte, el segundo asunto que merece ser resaltado versa acerca de las modalidades típicas previstas en el precepto. En efecto, el delito italiano recoge las dos modalidades de ilícito, abrigadas en el tér-

¹²⁸⁵ MUSCO, E.: “El fraude en la actividad deportiva”, *op. cit.*, p. 83.

¹²⁸⁶ MORONI, M.: “La frode sportiva tra diritto, etica e storia”, en *Revista Internacional de Derecho y Ética del Deporte*, vol. 1, nº 1, 2014, p. 44.

¹²⁸⁷ *Vid. supra* XIII. 2.2.2.

mino “corrupción”, enunciadas por MUSCO: primeramente, la corrupción basada en el esquema de la oferta o promesa de soborno con el fin de conseguir un resultado distinto al que devendría del correcto y leal desarrollo del evento deportivo y, en segundo término, la realización de cualquier otro acto fraudulento con idéntica pretensión.¹²⁸⁸

Por lo demás, el tipo italiano recoge, como el español, las modalidades de corrupción deportiva activa y pasiva, destacándose que se restringe de modo importante el elenco de sujetos susceptibles de ser corrompidos, a diferencia de la configuración típica en nuestro ordenamiento penal.¹²⁸⁹

3.2. Portugal.

Nos adentramos en la revisión del segundo de los ordenamientos europeos propuestos al inicio de este Capítulo: Portugal. En el caso del país vecino, la previsión penal de la corrupción deportiva fue consecuencia del importante impacto del caso *Silbato Dorado*, escándalo que, en 2004, salpicó a dirigentes de los conjuntos futbolísticos del Boavista y Oporto. Específicamente, fue investigada la compra de voluntades arbitrales por parte de directivos de ambos clubes.¹²⁹⁰ Se saldó con la detención de árbitros, representantes y del presidente de la Liga Portuguesa de Fútbol Profesional.¹²⁹¹

De igual modo a lo que sucede en el caso italiano, la previsión portuguesa se contiene en una ley penal especial –considerada, eso sí, “propia” en este caso, pues solo recoge normas de carácter penal–.¹²⁹² En

¹²⁸⁸ Vid. nota al pie 1187.

¹²⁸⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos” ...*, op. cit., pp. 79-81; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, op. cit., pp. 43-46.

¹²⁹⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, op. cit., pp. 46-47.

¹²⁹¹ GARCÍA CABA, M.M.: “Breve comentario a la lei portuguesa 50/2007, de 31 de agosto, por la que se establece un nuevo régimen de responsabilidad penal por comportamientos susceptibles de afectar a la verdad, la lealtad y la corrección de la competición deportiva y sus resultados y su posible extrapolación al ordenamiento español”, en *Revista Jurídica de Derecho de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, n.º 25, 2009, p. 322.

¹²⁹² BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos” ...*, op. cit., p. 62.

concreto, en la *Lei 50/2007, de 31 de agosto*, por la que se establece un régimen de responsabilidad penal por comportamientos antideportivos; norma que ha sido modificada en dos ocasiones, a raíz de las leyes 30/2015, de 22 de abril, y 13/2017, de 2 de mayo.

Descendiendo a la literalidad de la norma, los delitos de corrupción deportiva se encuentran regulados en los artículos 8 y 9 de la citada *Lei 50/2007*, cuya regulación es la siguiente¹²⁹³:

Artículo 8. Corrupción pasiva.

El agente deportivo que, por sí, o por persona interpuesta, con su consentimiento o ratificación, solicite o acepte, para sí o para tercero, sin que le sea debida, ventaja patrimonial o no patrimonial, o su promesa, para realizar cualquier acto u omisión destinados a alterar o falsear el resultado de una competición deportiva, aunque estos sean anteriores a dicha solicitud o aceptación, será castigado con pena de prisión de 1 a 8 años.

Artículo 9. Corrupción activa.

1. Quien, por sí o por persona interpuesta, con su consentimiento o ratificación, dé o prometa a un agente deportivo, o a terceros con conocimiento de aquel, ventaja patrimonial o no patrimonial, que no le sea debida, con el fin indicado en el artículo anterior, será castigado con pena de prisión de 1 a 5 años.

2. Es punible la tentativa.

3.2.1. Algunos comentarios: bien jurídico y modalidades delictivas.

Son dos los aspectos relativos al bien jurídico protegido por la norma portuguesa que merecen ser traídos a colación, a los efectos de esta investigación. De un lado, son perfectamente extrapolables las observaciones realizadas para el caso italiano en referencia a la divergencia de objetos de tutela penal entre la corrupción privada y la deportiva. En el supuesto del ordenamiento portugués, debe hacerse notar que ambas

¹²⁹³ El texto de la *lei 50/2017* puede consultarse en la web de la Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Fuente: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1085&tabela=leis. Consultado el 26 de julio de 2017. [Texto original en portugués, traducción propia].

clases de corrupción se encuentran tipificadas penalmente en dos leyes especiales, sin relación alguna entre ellas. Es más, la norma destinada a criminalizar la corrupción deportiva es cronológicamente anterior a la que contiene el reproche penal de la corrupción privada, por lo que es también difícil sostener aquí que el fraude deportivo sea un subtipo de corrupción entre particulares.

De otro lado, la *lei 50/2007*, en sentido distinto a lo que ocurre con otros textos normativos examinados en esta investigación, recoge expresamente cuál es el interés digno de protección penal que justifica la incorporación de los delitos contenidos en el texto, entre ellos, los tipos de corrupción.¹²⁹⁴ En efecto, el propio texto legislativo reconoce que su fundamento es el de atribuir responsabilidad penal a comportamientos susceptibles de afectar “a la verdad, la lealtad y la corrección de la competición y de su resultado en la actividad deportiva”. Debe concordarse con la doctrina en entender que, a pesar del esfuerzo del legislador portugués por determinar el objeto de tutela, este resulta excesivamente amplio y, consecuentemente, vago e impreciso.¹²⁹⁵ A pesar de ello, no está de más reconocer la utilidad de que sea el propio legislador el que ponga a los intérpretes de la norma sobre la pista de los intereses que pretende salvaguardar con la previsión de estos delitos, a diferencia – como ya se ha adelantado en un momento anterior– de la indefinición que rodea al delito de corrupción deportiva en España.

Las modalidades delictivas tipificadas en Portugal también merecen un comentario detenido. En efecto, las versiones de vigencia hasta 2017 reconocían reproche penal tanto para la corrupción deportiva activa como pasiva, pero siendo ambas concretadas en lo que, en el ámbito público, podríamos llamar corrupción antecedente; es decir, solamente era considerado delito el soborno cuya finalidad era la alteración fraudulenta posterior del resultado de una competición deportiva. Sin embargo, la reforma operada en la ley 50/2007 portuguesa por la ley

¹²⁹⁴ GARCÍA CABA, M.M.: “Breve comentario a la lei portuguesa 50/2007...”, *op. cit.*, p. 322; MORILLAS CUEVA, L.: “Capítulo 3. El tratamiento jurídico del fraude en el deporte...”, *op. cit.*, pp. 60-61; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 47.

¹²⁹⁵ MORILLAS CUEVA, L.: “Capítulo 3. El tratamiento jurídico del fraude en el deporte...”, *op. cit.*, p. 61; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 63.

13/2017, introduce, en el contexto de la corrupción deportiva pasiva, la criminalización de lo que podría denominarse corrupción subsiguiente, en la medida en que se prevé atribuir responsabilidad penal al agente deportivo que haya realizado un acto u omisión anterior tendente a la alteración fraudulenta del resultado para el que, posteriormente, solicita o acepta una ventaja patrimonial o no patrimonial, o su promesa.

Esta última previsión comentada supone una verdadera novedad en comparación con otras legislaciones, en particular con las dos que son estudiadas en esta tesis; la italiana y la española.

XV. ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1. Introducción.

El punto de partida de la doctrina más clásica era considerar que deporte y Derecho eran dos mundos muy diferentes. En palabras de ESER, “deporte y justicia, pelota y balanza, parecen ser instituciones y símbolos que a primera vista no se asocian con facilidad”. Sin embargo, el paso de los años y el ya referido aumento de la importancia social y económica de esta actividad llevó a aquellos autores a asumir que el ordenamiento jurídico debía, cuanto menos, señalar las líneas externas que no debe rebasar la práctica deportiva.¹²⁹⁶

Fruto de esta evolución, y una vez aceptada la intervención penal en el deporte, se reconoció que, desde el punto de vista de la lesión de bienes jurídicos, la actividad deportiva, como cualquier otra tarea humana, no es inocua.¹²⁹⁷ Sentadas estas bases, la racionalidad de la norma penal debe venir motivada –como ya expusimos a la luz del análisis del bien jurídico en la corrupción pasiva– por la detección de aquel valor o valores que la sociedad considera más importantes para la convivencia;¹²⁹⁸ labor que cobra especial importancia en este ámbito, el deporte, y en este momento histórico concreto, en el que el legislador penal no acostumbra a detallar con claridad el objeto de protección de los nuevos delitos y por cuya causa los órganos jurisdiccionales, en ocasiones, “los inauguran o reinventan alternativamente de modo tan libérrimo como censurable, desoyendo el mandato sistemático del redactor de la norma”.¹²⁹⁹

Debe dejarse apuntado, en este momento, que, a nuestro entender, son dos las coordenadas que deben localizar y clarificar el concreto bien jurídico que está detrás de la tipificación de la corrupción en el deporte. En primer lugar, trayendo de nuevo a escena la función sistemática del

¹²⁹⁶ ESER, A.: “Deporte y Justicia Penal”, en *Revista Penal*, nº 6, 2000, p. 53.

¹²⁹⁷ VALLS PRIETO, J.: “La protección de bienes jurídicos...”, *op. cit.*, p. 43.

¹²⁹⁸ *Ibid.*, p. 33.

¹²⁹⁹ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, pp. 59-60.

bien jurídico, la ubicación del delito en el Código debe ser utilizada como indicador que nos ayude a resolver el asunto propuesto,¹³⁰⁰ y, en segundo lugar, la dotación de lesividad material a este interés protegido debe venir sustentada en la nueva realidad asociada al deporte y sobre la que estamos incidiendo desde el inicio de esta Tercera Parte de la tesis doctoral: en nuestros días, el deporte –fundamentalmente el de carácter profesional, pero no únicamente este– se ha convertido en algo más que una práctica saludable. La influencia de los medios de comunicación y las consabidas repercusiones económicas han colocado al deporte como parte de la industria del espectáculo,¹³⁰¹ de tal modo que “la explotación comercial de los acontecimientos deportivos ha llegado a tal grado que se requiere de una infraestructura empresarial”¹³⁰² propia de cualquier actividad económica. Tanto es así que es indudable que la legislación en materia de competencia y las disposiciones comunitarias sobre mercado interior se aplican también al deporte, precisamente por el volumen económico de este.¹³⁰³ Todo esto se traduce en que, más allá del juego limpio o *fair play* que debiera caracterizar toda práctica deportiva, la confianza de los espectadores en el gran entretenimiento que constituye el deporte se rompe si la competencia no es justa y no se mantiene el respeto a las normas que rigen la competición.¹³⁰⁴

Sobre estas bases aportaremos nuestra definición, en el final de este Capítulo, del bien jurídico tutelado por el tipo de corrupción deportiva en nuestro ordenamiento, una vez estudiadas a continuación las distintas corrientes doctrinales de opinión existentes al respecto hasta el momento de redactar esta investigación doctoral.

2. El interés tutelado según el Convenio del Consejo de Europa.

¹³⁰⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 114.

¹³⁰¹ Sobre la consideración del deporte como espectáculo, FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, *op. cit.*, p. 265; ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: “Fraude en el deporte”, *op. cit.*, p. 218.

¹³⁰² VALLS PRIETO, J.: “La protección de bienes jurídicos...”, *op. cit.*, p. 32.

¹³⁰³ *Libro Blanco sobre el Deporte*, *op. cit.*, p. 14.

¹³⁰⁴ VALLS PRIETO, J.: “La protección de bienes jurídicos...”, *op. cit.*, pp. 31-32.

Antes de entrar en el debate doctrinal al respecto, debemos centrar nuestra atención en los textos normativos con incidencia en este aspecto. Antes de abordar la legislación interna, con la intención de enriquecer los contenidos de este Capítulo, consideramos relevante poner de relieve algunos de los elementos contenidos en el Preámbulo del Convenio del Consejo de Europa, en la medida en que, conectadas a ellos, podemos encontrar algunas de las propuestas doctrinales que se estudiarán en líneas sucesivas.

En un primer término, los firmantes del Convenio consideran que la manipulación de competiciones se revela como una amenaza global a la integridad del deporte, exigiéndose una respuesta mundial para su combate.¹³⁰⁵ Ello reforzaría las tesis de bien jurídico de autores como BENÍTEZ ORTÚZAR, que se valorarán más adelante. En segundo término, los Estados reconocen que las prácticas corruptas de manipulación van en contra de “una competición justa e igualitaria” y, así mismo, “imprevisible por naturaleza”.¹³⁰⁶ Esta última aseveración podría enlazarse a las tesis de bien jurídico basadas en la ética o la moral, y aquellas que inciden sobre la imprevisibilidad de los eventos deportivos y sus resultados.

Como se ha visto, el Convenio del Consejo de Europa parece transitar en la línea de protección de los valores deportivos, una de las grandes categorías de bien jurídico que se explorarán en adelante, haciéndose hincapié en el texto supranacional en los valores de la “ética deportiva” y de la “buena gobernanza en el deporte”.¹³⁰⁷

3. Referencias al bien jurídico en las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015.

Ya se han referido en este trabajo las alusiones a la corrupción deportiva que se contienen en los respectivos Preámbulos de las LO 5/2010 y 1/2015, introductora y reformadora, respectivamente, de esta figura

¹³⁰⁵ *Convenio del Consejo de Europa sobre Manipulación de Competiciones Deportivas*, p. 1.

¹³⁰⁶ *Ibid.*, p. 3.

¹³⁰⁷ *Ibid.*, pp. 1-2.

delictiva en nuestro ordenamiento penal.¹³⁰⁸ La levedad de las mismas tiene su primer reflejo, precisamente, en la dificultad de determinar cuál es el bien jurídico protegido.¹³⁰⁹ En efecto, ni en las normas citadas ni con la redacción del artículo 286 bis. 4 CP –en cualquiera de las dos versiones de vigencia– queda claro el interés jurídico-penalmente relevante, siendo que, entonces, es tarea del intérprete adivinar la intención del legislador, algo habitual en los tipos penales de nuevo cuño.¹³¹⁰

Siendo contextualizadas así las cosas, resulta más sencillo comprender lo que tratamos de exponer a continuación; el porqué de posturas doctrinales tan encontradas, y del mismo modo, la falta de un consenso general entre los autores que marque una línea interpretativa concreta.

4. Opiniones doctrinales en torno al bien jurídico protegido en el delito de fraude deportivo.

En efecto, la cuestión en torno a la determinación del bien jurídico del delito aquí estudiado ha generado un profundo debate entre la doctrina, siendo diversas las posturas y las argumentaciones ofrecidas; tesis que recorren un amplio espectro, desde la negación absoluta de cualquier interés digno de tutela penal hasta la elaboración de complejas construcciones aglutinadoras de diversos valores, en apariencia, con poco en común.

Este panorama ha sido propiciado, probablemente, porque hasta hace fechas recientes no ha existido una preocupación real del Derecho penal por el fenómeno deportivo y, consecuentemente, no existe una legislación penal específica en este ámbito que haya sido capaz de diseñar un objeto de protección con cierta autonomía. La respuesta del Derecho penal ante el deporte, hasta la década de los 2000, se enfocaba en el castigo de conductas que se podían regular a través de preceptos penales clásicos –como, por ejemplo, delitos contra la vida, integridad física, amenazas, coacciones, entre otros–.¹³¹¹ Solo en la actualidad

¹³⁰⁸ *Vid. supra* XIII. 2.2.1.

¹³⁰⁹ De esta opinión, MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 39.

¹³¹⁰ MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, *op. cit.*, pp. 24-25.

¹³¹¹ RÍOS CORBACHO, J.M.: “El fraude en el fútbol”, *op. cit.*, pp. 158-159.

puede comenzarse a hablar de un Derecho penal deportivo y, por ende, de delitos deportivos.¹³¹²

4.1. Ausencia de un bien jurídico relevante.

Esta primera corriente doctrinal se caracteriza por sostener que no existe bien jurídico idóneo alguno para justificar y dotar de contenido la criminalización de la corrupción deportiva.¹³¹³ En este punto se situó CARUSO FONTÁN cuando defendió que “el deporte es una actividad privada donde no es posible hallar un bien jurídico a proteger más allá del patrimonio”; interés que la propia autora desechó al reconocer que la figura se concibe como de mera actividad, lo que supone que “el ilícito tendrá lugar independientemente del éxito y de las consecuencias de la conducta”,¹³¹⁴ lo que supone que no se exige, para la consumación del mismo, daño patrimonial alguno. La consecuencia de este planteamiento es, entonces, que no existe un valor socialmente relevante con suficiente entidad para ser idóneo a la tutela penal o, dicho de otro modo, que ninguno de los ensayos realizados por la doctrina para concretar este importante aspecto dogmático posee entidad lesiva suficiente para actuar de acuerdo a los principios limitadores del *ius puniendi* estatal. Es inevitable, entonces, para quienes siguen estos postulados, afirmar que el tipo de fraude en el deporte se revela como un delito sin bien jurídico.¹³¹⁵

¹³¹² DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, *op. cit.*, p. 362. Recuérdese, en este punto, que el delito de dopaje se incorpora a nuestro ordenamiento en 2006 y, como estamos viendo, el tipo de corrupción deportiva no es introducido en el Código hasta 2010.

¹³¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 510; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 313; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, *op. cit.*, p. 555; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, *op. cit.*, p. 392.

¹³¹⁴ CARUSO FONTÁN, M.V.: “El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito...”, *op. cit.*, pp. 171-172. En idénticos términos, DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, *op. cit.*, p. 557.

¹³¹⁵ ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, pp. 11-12.

Quienes así piensan, deslegitiman las tres grandes posturas en las que se han bifurcado los intentos de concretar el interés penalmente relevante: las que ponen el acento en aspectos deportivos, las que lo hacen en aspectos económicos y las eclécticas entre las dos anteriores. Dicen de ellas que se tratan de construcciones vacías y retóricas y que, en todo caso, no quedan reflejadas en el injusto, por lo que debería descartarse toda justificación de la intervención penal en estos casos.¹³¹⁶ Para este elenco de autores, ni siquiera las modificaciones introducidas con la reforma de 2015 mejoran o clarifican esta cuestión,¹³¹⁷ sosteniéndose que, tras la vigencia de la LO 1/2015 el bien jurídico “sigue adoleciendo de oscuridad y de falta de legitimidad”.¹³¹⁸

4.2. Tutela de valores deportivos: el *fair play* o juego limpio.

El primer gran grupo de autores que ha tratado de localizar el bien jurídico protegido por la norma penal española ha cifrado la tutela en el interés del *fair play* o juego limpio, también conceptualizado como el “espíritu deportivo”¹³¹⁹ o la “pureza en el desarrollo de las competiciones deportivas”, siguiéndose el modelo portugués propuesto en la materia¹³²⁰ y, *a priori*, acorde también a la filosofía presente en el Convenio del Consejo de Europa, tendente a la preservación de la “ética deportiva”.

En realidad, la concreción del bien jurídico en el “juego limpio” supone el estandarte de una serie de posturas doctrinales que fijan su atención en la preservación de aspectos diversos ligados al deporte,¹³²¹ cuyo núcleo de lesividad está en proteger la igualdad de armas que debe reinar

¹³¹⁶ ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, pp. 579-580; ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 11.

¹³¹⁷ MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 407.

¹³¹⁸ ANARTE BORRALLA, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 80.

¹³¹⁹ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: “Corrupción privada y corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 366.

¹³²⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, pp. 64-65.

¹³²¹ ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 10; MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 406.

entre los contendientes de todo evento deportivo y que se ve claramente debilitada cuando ha existido una adulteración fraudulenta de la competición.¹³²²

El fundamento de esta línea de tutela se centra en el correcto funcionamiento de las competiciones deportivas¹³²³ –de especial relevancia económica o deportiva, según la redacción típica vigente–, en la búsqueda de su integridad, pureza y credibilidad¹³²⁴ o, expresado de otro modo, “la regularidad de las competiciones deportivas y la autenticidad de sus resultados”.¹³²⁵ Consecuentemente, se pone en valor, según esta doctrina, la verdad, la lealtad y la corrección de los resultados, susceptibles de ser alterados fraudulentamente debido a actos de corrupción.¹³²⁶ Visto desde otro ángulo, se atiende también a criterios que acentúan la dimensión social del deporte, y, anudado a ella, “el interés público en que las competiciones no resulten amañadas”.¹³²⁷

Una postura particular dentro de este sector es la mantenida por NIETO MARTÍN y por RÍOS CORBACHO. Estos autores parten de considerar que la estructura del bien jurídico preservado por el párrafo 4º del artículo 286 bis CP es similar a la lealtad competitiva que fundamenta la incriminación de la corrupción privada, prevista en los dos primeros numerales del citado precepto.¹³²⁸ Con ello, la premisa es que el bien jurídico protegido por el delito de corrupción deportiva se concreta en el juego limpio de las competiciones deportivas como forma

¹³²² MALEM SEÑA, J.F.: “La corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 112.

¹³²³ SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 636.

¹³²⁴ GARCÍA CABA, M.M.: “Las conductas fraudulentas en el deporte...”, *op. cit.*, p. 331. En el mismo sentido, pero alterando levemente su propuesta, para hablar de salvaguardar “la lealtad y corrección en el ámbito deportivo”, también en GARCÍA CABA, M.M.: “Capítulo 4. ¿Hacia una (necesaria) presencia del Derecho penal...?”, *op. cit.*, p. 81.

¹³²⁵ BLANCO CORDERO, I.: “La reforma de los delitos de corrupción...”, *op. cit.*; BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1114.

¹³²⁶ GARCÍA CABA, M.M.: “Capítulo 4. ¿Hacia una (necesaria) presencia del Derecho penal...?”, *op. cit.*, p. 90.

¹³²⁷ BAÑERES SANTOS, F.: “La corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 250.

¹³²⁸ NIETO MARTÍN, A.: “Lección XXVIII. Protección penal de la competencia...”, *op. cit.*, p. 480.

de preservar el resultado que derive del respeto a dichas reglas. Lo interesante de su aportación es que, según afirma, la tutela de este juego limpio no se justificaría únicamente en criterios deportivos, “sino también por la importancia de género económico que desprenden los espectáculos deportivos”;¹³²⁹ aspecto que supone que deportistas y clubes de élite son en realidad empresarios deportivos y que se acrecienta con la importancia de las apuestas.¹³³⁰

El principal punto novedoso de esta construcción teórica es introducir motivaciones económicas en la protección del *fair play*. La opinión de NIETO MARTÍN, compartida con RÍOS CORBACHO, en efecto, abre camino a las posturas eclécticas en sede de bien jurídico que serán estudiadas más adelante, pero, téngase por expresado ahora que, en nuestra opinión, la diferencia fundamental entre este autor y los eclécticos radica en que, mientras el primero únicamente encuentra una justificación económica a la tutela de un bien jurídico de naturaleza exclusivamente deportiva, los últimos dotan al bien jurídico mismo, precisamente, de un doble matiz económico-deportivo.

4.2.1. La “integridad deportiva” como bien jurídico.

De entre quienes sitúan el interés penalmente relevante en el contexto de los aspectos propios del deporte, destaca la construcción de aquellos autores que conceptúan el bien jurídico en la noción de “integridad deportiva”. El primero en hacer uso de este concepto, innovador en su momento, fue MORILLAS CUEVA, quien abogó por crear un espacio de tutela penal propio del deporte, en el que se pretendiera la preservación aquellos valores inherentes al mismo, bajo un bien jurídico “de naturaleza colectiva que engloba fundamentalmente aquellas actividades que adulteren y conculquen los valores esenciales inmanentes al concepto de deporte”. A juicio del citado autor, bajo esta perspectiva tendrían cabida no solamente supuestos de fraude, sino también de dopaje, delito “ahora discutiblemente ubicado como delito contra la salud pública”.¹³³¹

¹³²⁹ RÍOS CORBACHO, J.M.: “El fraude en el fútbol”, *op. cit.*, p. 192.

¹³³⁰ NIETO MARTÍN, A.: “Lección X. Protección penal de la competencia...”, *op. cit.*, p. 237.

¹³³¹ MORILLAS CUEVA, L.: “Capítulo 3. El tratamiento jurídico del fraude en el deporte...”, *op. cit.*, p. 69.

De esta argumentación toma BENÍTEZ ORTÚZAR su propuesta de bien jurídico, también denominado “integridad deportiva”. Comparte con el autor anterior, así mismo, la idea de perfilar un bien jurídico autónomo, con entidad propia, y de naturaleza colectiva. En su opinión, bajo el paraguas de esta noción jurídica, habrían de confluír, por un lado, la tutela del juego limpio –especificado igualmente como la igualdad en la competición y la ética deportiva– y, por otro, de todos aquellos valores específicos del deporte –sociales, educativos y económicos– que habrían de concretarse entre los intereses de los propios deportistas participantes –aquí se incluiría la propia salud de los mismos–, del resto de intervinientes en el evento deportivo y de terceros sujetos ajenos al hecho deportivo en sí –espectadores, apostantes, socios, abonados o aficionados, y también de terceras personas físicas o jurídicas con expectativas sociales o económicas en el correcto desarrollo del evento deportivo; patrocinadores, derechos de emisión audiovisual, medios de comunicación, etc.– A modo de idea central, para el autor mencionado la “integridad deportiva” vendría a salvaguardar “todos los valores sociales inherentes al deporte”.¹³³²

4.2.2. Críticas a la tutela de valores deportivos.

Más allá de los argumentos esgrimidos por quienes entienden que no hay un bien jurídico susceptible de protección penal tras la incriminación de la corrupción deportiva, las construcciones doctrinales centradas en la supremacía de los valores deportivos también han sido foco de objeciones particulares. Véanse a continuación algunas de las más relevantes:

a) Críticas a la protección del juego limpio o *fair play*.

En este primer grupo, destacan sobre todo las tesis de CORTÉS BECHIARELLI. Ya cuando el autor escribía sobre el delito de dopaje, antes incluso de la entrada en vigor del tipo de fraude deportivo, sostenía que la lealtad o pureza deportivas, por más que puedan ser consideradas “edificantes y recomendables valores para el ejercicio del deporte, sobre todo de competición”, en ningún caso “alcanzan entidad suficiente como para ser tutelados por el Derecho penal, por aplicación elemental

¹³³² BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos” ...*, op. cit., pp. 118-120.

del principio de intervención mínima”;¹³³³ entiende que tal bien jurídico, *per se*, es demasiado endeble para justificar el reproche criminal.¹³³⁴

De igual forma se expresa ESCUEDERO MUÑOZ, para quien el “juego limpio en el deporte” es un bien irrelevante desde el punto de vista penal y, por ello, debería ser sancionado por otras disciplinas jurídicas extramuros del Derecho penal¹³³⁵ –singularmente, desde el Derecho deportivo disciplinario–. También ROCA AGAPITO¹³³⁶ sostiene que el interés “pureza de la competición deportiva (...) no tiene entidad suficiente como para constituirse en bien jurídico protegido” y, por su parte, DE VICENTE MARTÍNEZ, subrayando el carácter de actividad privada del deporte, insiste en la ilegitimidad de la intervención penal para la protección de dicho valor.¹³³⁷

Por su parte, MUÑOZ RUIZ afirma que “ni la (...) autenticidad de los resultados, ni la ética profesional se podrían erigir en bienes jurídicos susceptibles de protección penal”, resultando la intervención de esta disciplina del ordenamiento –para el refuerzo de estos valores–, utópica, innecesaria e insuficiente.¹³³⁸

¹³³³ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de dopaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 56-57.

¹³³⁴ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 239; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, pp. 64-65. De idéntica opinión, BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada: bien jurídico...”, *op. cit.*, pp. 104-105.

¹³³⁵ ESCUEDERO MUÑOZ, M.: “El delito de corrupción en el deporte: el delito de dopaje”, en *Revista Foro FICP. Tribuna y Boletín de la FICP*, nº 2017-1, *op. cit.*, p. 927.

¹³³⁶ ROCA AGAPITO, L.: “La política criminal frente al dopaje. Análisis político criminal de la reforma del Código Penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte”, en *Diario La Ley*, nº 6660, Sección Doctrina, LaLey, Madrid, 27 de febrero de 2007.

¹³³⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, *op. cit.*, p. 557. El bien jurídico es también conceptualizado por la autora, en otro trabajo, como “la autenticidad de los resultados y la organización normal de los acontecimientos deportivos”, mostrando las mismas discrepancias en cuanto a la eventual legitimidad de la intervención penal. En DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, *op. cit.*, p. 393.

¹³³⁸ MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 40.

En último lugar, merece ser resaltada la objeción planteada por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y CERINA quienes, acertadamente a nuestro entender, indican que el interés penalmente relevante no puede situarse en la protección de aspectos puramente deportivos, pues “este supuesto bien jurídico choca con la ubicación del (...) delito”.¹³³⁹

b) Críticas al bien jurídico “integridad deportiva”.

Lo que, en su día, supuso una teoría innovadora, iniciada por MORILLAS CUEVA y desarrollada por BENÍTEZ ORTÚZAR también ha sido, más recientemente, objeto de oposición por algún sector de los estudiosos en la materia. Así, GILI PASCUAL afirma la falta de legitimidad del referido bien jurídico, a pesar de reconocer que el mismo es una cómoda traslación del bien jurídico “competencia leal” preservado en el tipo de corrupción privada y que, además, resulta acorde con la voluntad del legislador de “dar un salto cualitativo en la protección de las reglas del juego”.¹³⁴⁰

4.3. Protección de la dimensión económica del deporte.

La segunda gran línea hermenéutica referida al delito de fraude en el deporte apunta a la tutela de intereses económicos derivados del acontecimiento deportivo. Ya hemos avanzado que, incluso para quienes defienden la tutela del *fair play* o juego limpio, este interés “tiene hoy día una importante vertiente económica, habida cuenta de la importancia económica de los espectáculos deportivos, y de la importancia de las apuestas”.¹³⁴¹ Teniendo esto presente, algunos autores van más allá llegando a sostener que el valor penalmente relevante que justifica la

¹³³⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y CERINA, G.: “Algunos problemas del nuevo delito...”, *op. cit.*, p. 8.

¹³⁴⁰ GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...”, *op. cit.*, pp. 40-41.

¹³⁴¹ NIETO MARTÍN, A.: “Lección XXVIII. Protección penal de la competencia...”, *op. cit.*, p. 480.

tipificación de estas conductas no es otro que “la relevancia económica de los resultados de las competiciones deportivas”.¹³⁴²

El desarrollo teórico más pormenorizado, dentro de esta corriente doctrinal, es el elaborado, a nuestro entender, por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y CERINA. Los autores se sirven de la premisa, acertada desde nuestro punto de vista, de que la ubicación sistemática del tipo lo configura como un delito socioeconómico, en línea de preservar “el correcto funcionamiento del sistema económico fundado sobre la economía de mercado”, por lo que la relevancia de la competición deportiva debe valorarse “desde una perspectiva económica, en la que los resultados deportivos se vinculan a efectos económicos”; se trata por tanto de limitar el alcance del injusto a la distorsión de los resultados de eventos deportivos “que suponga una significativa alteración para el funcionamiento del mercado”¹³⁴³ deportivo; causando con ello una puesta en peligro, al menos, de las expectativas económicas de los intervinientes en el evento deportivo –directivos, administradores, empleados y colaboradores de una entidad deportiva, deportistas, árbitros o jueces– y también de terceros cuyos intereses puedan verse afectados en virtud de la consecución de un determinado resultado –socios o abonados, espectadores, patrocinadores, medios de comunicación, apostantes, etc.– Sobre esta argumentación volveremos al perfilar nuestro concepto de bien jurídico protegido.

Así mismo, poniendo el acento en las repercusiones económicas de los espectáculos deportivos, pero desde otro ángulo, se ha dicho también que el tipo de corrupción en el deporte está orientado a preservar los intereses patrimoniales y económicos relacionados con el deporte;¹³⁴⁴

¹³⁴² SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 433.

¹³⁴³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y CERINA, G.: “Algunos problemas del nuevo delito...”, *op. cit.*, p. 10.

¹³⁴⁴ SCHMITT DE BEM, L.: “Corrupção (e fraudes) no esporte. Novamente sobre a corrupção no cenário esportivo”, en la web Emporio do Direito, 5 de febrero de 2016. Fuente: <http://emporiiododireito.com.br/backup/novamente-sobre-a-corrupcao-no-cenario-esportivo-por-leonardo-schmitt-de-bem/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

o bien el patrimonio de los apostantes,¹³⁴⁵ la probidad de las apuestas¹³⁴⁶ o el propio mercado de las mismas, necesitado de igualdad y simetría informativa entre los apostantes.¹³⁴⁷

4.3.1. Críticas a la preservación de la vertiente económica del deporte.

El argumento más utilizado en contra de este posicionamiento doctrinal es aquel que sostiene que las determinaciones económicas o patrimoniales¹³⁴⁸ expuestas “no quedan reflejadas en el injusto”.¹³⁴⁹ Y ello, sostienen los autores que así se manifiestan, a pesar de que es innegable que el deporte ha experimentado una notable y creciente mercantilización en los últimos años, a la que no ha sido ajeno el nuevo mundo de las apuestas. Para reforzar su crítica respecto a la imposibilidad de focalizar el núcleo del injusto en la vertiente económica del deporte, estos autores recuerdan que “las normas extrapenales concordantes con el número 4 del artículo 286 bis no son las relativas a la competencia desleal y a la libre competencia”, sino, entre otras, la Ley del Deporte, el Reglamento de Disciplina Deportiva y las disposiciones sectoriales de cada modalidad deportiva.¹³⁵⁰

También la protección de las apuestas y los apostantes ha sido foco de objeciones, básicamente al entender que “la probidad y fiabilidad de

¹³⁴⁵ Protegido, de forma mediata, según BAÑERES SANTOS. En BAÑERES SANTOS, F.: “La corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 251.

¹³⁴⁶ SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 636.

¹³⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 434.

¹³⁴⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 511; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 314.

¹³⁴⁹ ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 11.

¹³⁵⁰ ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 579.

las apuestas que se realizan sobre los resultados de tales competiciones” supone un valor del que resulta “discutible que deba elevarse a la categoría de bien jurídico protegido penalmente”.¹³⁵¹

Sin embargo, a esta postura podría contra-argumentarse que la relevancia económica del fraude deportivo sí aparece, como elemento típico, tras la reforma del delito en 2015, por lo que no es posible desconocer la voluntad del legislador de orientar la tutela penal de esta clase de corrupción a la vertiente económica del deporte, de acuerdo a lo estudiado en este epígrafe.

4.4. Corrientes eclécticas.

El principal exponente de estas teorías mixtas, IBARS VELASCO,¹³⁵² al que han seguido después autores como MUÑOZ COMPANY,¹³⁵³ establece como punto de partida que el delito de fraude en el deporte protege algo más que el juego limpio o la pureza de los acontecimientos deportivos. Como se ha dicho en un momento anterior, este grupo de autores entiende que el hecho deportivo es, en sí mismo, un bien o servicio más en el mercado y, por ello, el interés jurídicamente relevante debe ir más allá a la mera observación de valores deportivos.

Se apoyan en la propia redacción del delito tras la reforma de 2015 e insisten en que, ni siquiera la incorporación del elemento “especial relevancia deportiva” puede abortar este planteamiento, en la medida en que incluso una competición así definida tendrá, directa o indirectamente, trascendencia económica. Por tanto, si bien el objeto directo de protección puede establecerse en el *fair play*, este solo podrá alcanzar categoría de bien jurídico penal cuando comprometa, si quiera en términos de peligro abstracto, intereses económicos vinculados a la prueba, encuentro o competición deportiva. Coincidiendo con BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y CERINA, defienden que el delito de corrupción deportiva posee carácter socioeconómico, aunque no estrictamente patrimonial.

¹³⁵¹ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 446-447.

¹³⁵² IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 581.

¹³⁵³ MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, pp. 407-408.

Siguiendo una línea similar, MORALES PRATS defiende que el bien jurídico no es otro que la pureza, integridad y transparencia del deporte, matizadas desde la constante connotación económica que impregna la descripción de la conducta típica. Ello aderezado con las expectativas que albergan los consumidores de deporte en que las competiciones se desarrollen bajo una lógica de pureza.¹³⁵⁴ Por su parte, MENDOZA BUERGO, al definir el bien jurídico, al que denomina “libre competencia en el ámbito deportivo”, también hace referencia a los dos elementos de lesividad que estamos observando en esta corriente doctrinal: por un lado, una protección *a priori* del *fair play* y del “espíritu propio de la limpia competición deportiva” y, por otro lado, la afectación ineludible de intereses socioeconómicos –que pueden relacionarse con la leal competencia entre entidades deportivas con intereses económicos y comerciales, al igual que con intereses de particulares participantes en los sistemas de apuestas–.¹³⁵⁵

Este posicionamiento mixto o ecléctico será de especial interés en la construcción de bien jurídico que plantearemos a continuación. Con ello avanzamos, por tanto, que nuestra propuesta de interés jurídico-penalmente relevante para el tipo de fraude en el deporte también poseerá un carácter mixto, o dual, con un objeto de protección directo o inmediato y la exigencia, al menos, de haberse verificado la puesta en peligro de intereses económicos, con carácter mediato.

5. Toma de postura.

Antes de finalizar este Capítulo, creemos imprescindible posicionarnos en lo relativo a la naturaleza del bien jurídico protegido en el delito de corrupción en el deporte y, con ello, perfilar una propuesta de interés relevante que sea acorde con las directrices que se han ido apuntado anteriormente, a fin de dotar de lesividad suficiente la incriminación contenida en el artículo 286 bis. 4 CP.

¹³⁵⁴ MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, op. cit., p. 414.

¹³⁵⁵ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, op. cit., núm. marg. 12100. Concuerdan con esta construcción RÍOS CORBACHO y RASTRILLO LÓPEZ. En RÍOS CORBACHO, J.M.: “El fraude en el fútbol”, op. cit., p. 193; RASTRILLO LÓPEZ, P.: “Los delitos de corrupción tras la reforma...”, op. cit.

Como indicamos *supra*, deben tenerse presentes dos coordenadas a la hora de concretar la propuesta de bien jurídico. De un lado, siguiendo lo señalado por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y CERINA, la ubicación sistemática del tipo en el Código penal, que lo caracteriza como delito socioeconómico, contra el mercado. De otro lado, la tutela del resultado íntegro de prueba, encuentro o competición deportiva, demandada por la dicción literal del tipo, debe ser justificada, precisamente, por el crecimiento exponencial de la relevancia de la vertiente económica del deporte en nuestros días, incluso preponderante a los valores sociales inmanentes a la práctica deportiva. El deporte es, en efecto, una actividad privada –coincidimos en este punto con la doctrina–,¹³⁵⁶ pero dotada de una gran proyección social en la que se adivina un bien jurídico más allá de la ética o la pureza del juego, focalizado en la referida dimensión económica de la competición deportiva.¹³⁵⁷

Por todo lo anterior, en nuestra opinión el interés jurídico-penal relevante que debe fundamentar la tipificación del fraude deportivo debe configurarse como un bien jurídico colectivo, de naturaleza bifronte. Desde un primer plano, de forma inmediata, el tipo está orientado –así lo reclama la propia redacción legal– a la preservación de la imprevisibilidad del resultado de la prueba, encuentro o competición deportiva, sucedido libre de predeterminaciones o alteraciones deliberadas y fraudulentas. Por tanto, lo que se tutela no es, en sí mismo, el juego limpio o las reglas de la modalidad deportiva de que se trate, sino el resultado íntegro –o correcto– que debe derivarse de la observancia de tales criterios.

En un segundo plano, de tuición mediata, se sitúan las expectativas económicas de varios grupos de personas: de un lado, los intervinientes en el hecho deportivo –definidos en el tipo penal como “los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces”– y, de otro, aquellos terceros directa o indirectamente interesados en la obtención de un resultado conforme a las reglas de juego –desde los aficionados, socios o abonados de un club, hasta los titulares de derechos audiovisuales, medios de comunicación

¹³⁵⁶ *Vid.* nota al pie 1314.

¹³⁵⁷ MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 53.

y, singularmente, por la protección reforzada del artículo 286 quater, los apostantes–.¹³⁵⁸

En conclusión, podríamos definir el bien jurídico propuesto, respecto del que no vemos inconveniente en denominar “lealtad deportiva”, como la *integridad e imprevisibilidad del resultado obtenido mediante el respeto de las reglas de la modalidad deportiva, como medio de tutela de las expectativas económicas derivadas del correcto y leal desarrollo del acontecimiento deportivo*.

¹³⁵⁸ Sobre la necesidad de protección de los apostantes, por las repercusiones económicas derivadas de las apuestas, CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 240.

XVI. LOS SUJETOS DEL DELITO

1. Apunte introductorio.

Entramos en el estudio de uno de los elementos típicos más controvertidos del delito de corrupción deportiva. La deficiente técnica legislativa utilizada por el redactor de la norma penal –ya puesta de relieve en este trabajo– trae como consecuencia la aparición de dificultades interpretativas, cuyo primer reflejo es determinar el alcance semántico de la expresión legal “lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos...”, que preside el apartado 4º del artículo 286 bis CP. En nuestra opinión, debe entenderse que la estructura del delito de corrupción privada, prevista en los dos primeros apartados, será de aplicación al fraude deportivo en todo lo que no esté expresamente contrapuesto a la redacción propia de la figura; así, en particular, la remisión efectuada por dicha cláusula legal se extenderá a los sujetos activos, las conductas típicas –bifurcadas en modalidad activa y pasiva de corrupción deportiva– y, evidentemente, a las consecuencias jurídicas.¹³⁵⁹ También a la aplicabilidad del tipo atenuado del apartado 3º. Sin embargo, esta postura –en particular, en lo que se refiere a los sujetos activos de la modalidad activa– no es compartida unánimemente. Por ello, se hace necesario estudiar todas las posibilidades hermenéuticas ofrecidas por la doctrina, posicionándonos, en cada caso, con la corriente que consideremos más coherente con lo desarrollado en esta tesis doctoral.

¹³⁵⁹ Conforme a esta idea, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 512; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, pp. 314-315. Discrepa SILVA SÁNCHEZ, que entiende que “el art. 286 bis 4. no circunscribe de forma específicamente precisa ni al sujeto corruptor ni las conductas que éste ha de llevar a cabo para que la conducta de corrupción activa deportiva pueda entenderse producida. Tampoco tiene lugar una remisión expresa a las modalidades de conducta de los referidos números 1 y 2, pues no parece que la expresión (...) haya de tener un alcance tan preciso. Más bien parece ceñirse a las penas (...) y a la regla especial de determinación de la pena que se contiene en el art. 286 bis 3.” En SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 435.

Del mismo modo, es necesario advertir que el estudio de todos los elementos típicos que se abordarán en adelante se hará únicamente en la medida en que presenten alguna particularidad con respecto a lo expuesto para el delito de corrupción privada, analizado en la Segunda Parte de esta investigación. Evitaremos, en la medida de lo posible, por tanto, redundar en ideas o conceptos que ya hayan sido suficientemente tratados con anterioridad. Por lo demás, seguiremos el mismo índice de contenidos desarrollado previamente para el delito de corrupción entre particulares.

2. Los sujetos activos en el delito de corrupción en el deporte.

Como hemos sostenido hace unas líneas, la cláusula de reenvío que preside el párrafo 4º del artículo 286 bis CP afecta, en primer término, a los eventuales sujetos activos del tipo y, también, a las modalidades típicas. Precisamente, esta técnica legislativa –como ya hemos mencionado con anterioridad– trae consigo especiales problemas de interpretación en lo referente a la determinación de los posibles autores del hecho ilícito.¹³⁶⁰ Por ello, en un primer acercamiento, si ponemos ello en conexión con lo dispuesto en los dos primeros párrafos del precepto, podría convenirse que el delito de corrupción deportiva se compone de una modalidad pasiva, cometida por quienes recibe, solicitan o aceptan el soborno, que revestirá carácter de delito especial, y una modalidad activa, consistente en prometer, ofrecer o conceder el beneficio no justificado, que podrá ser cometido por cualquiera y, así, calificado como tipo común.

Sin embargo, como se estudiará a continuación, en el particular caso de la corrupción deportiva activa esta afirmación no es sostenida por la generalidad de la doctrina y, ni siquiera, defendida de forma mayoritaria. Siguiendo el esquema de la corrupción privada, comenzaremos con el examen de la vertiente pasiva.

2.1. Los sujetos en la modalidad pasiva.

Si nuestro estudio ha sido acertado, podría decirse que la opinión unánime de los autores, en lo que concierne a la corrupción deportiva pasiva, identifica la modalidad como delito especial. Las pequeñas discre-

¹³⁶⁰ MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, pp. 36 y 47; GONZÁLEZ BLESA, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*

pancias que pondremos de relieve, en lo que sigue, suponen únicamente la existencia de dos hipótesis distintas: una, mayoritaria, que entiende el elenco de sujetos activos de un modo amplio, y otra, seguida apenas por algún autor, que reduce los sujetos capaces de ser sobornados a los deportistas, árbitros o jueces participantes en una prueba, encuentro o competición deportiva.

2.1.1. Teoría mayoritaria: directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva y deportistas, árbitros o jueces.

El punto común a las dos corrientes que veremos es que consideran, como se ha dicho, la modalidad pasiva como delito especial, en la medida en que solo podrán ser corrompidos quienes, efectivamente, tengan capacidad para predeterminar o alterar el resultado del evento deportivo,¹³⁶¹ siendo suficiente, *a priori*, advertir dicha capacidad *ex ante* de influir en el resultado de la prueba, encuentro o competición deportiva.¹³⁶²

Este primer posicionamiento se basa en una interpretación amplia del párrafo 4º, y afirma que el soborno podrá ir dirigido a “los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva (...), así como a los deportistas, árbitros o jueces”.¹³⁶³ La descripción de

¹³⁶¹ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 89.

¹³⁶² IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 581; MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 408.

¹³⁶³ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 32; BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1114; PRAT WESTERLINDH, C.: “El delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*; MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1101; MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12100; CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, pp. 20-25; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 38. Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, pp. 332-334; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 627; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, en OLIVA-AYALA Abogados: *Memento Práctico Francis Lefebvre*, *op. cit.*, pp. 663-665; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 637; ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 580; ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 16; GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...”, *op. cit.*, p. 29; PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p.

posibles autores es amplia y afecta a todos los que, de un modo u otro, pueden intervenir en el evento deportivo, antes, durante o después de la celebración de la misma.¹³⁶⁴

Respecto del primer grupo, el formado por directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, se describe como una enumeración amplia y omnicompreensiva –como sucedía en el delito de corrupción privada–, que deberá ser concretada por la legislación sectorial respectiva del deporte; en relación al segundo –deportistas, árbitros o jueces–, esta sucesión de sujetos se establece en función de la disciplina deportiva de que se trate.¹³⁶⁵ En suma, la modalidad pasiva se caracteriza por establecer responsabilidad penal para dos tipos de autores: los gestores de la entidad deportiva –que intervienen fuera del espectáculo deportivo, *ad extra*– y aquellos que participan de forma directa dentro del mismo –intervinientes *ad intra*–.¹³⁶⁶

Una vez se han sentado estas bases, es momento de estudiar cada uno de los dos grupos a los que nos hemos venido refiriendo, destacando especialmente aquello que suponga una particularidad respecto del tipo de corrupción privada.

2.1.1.1. Directivos, administradores, empleados o colaboradores.

Tal como fue oportunamente señalado al analizar los sujetos del delito de corrupción entre particulares,¹³⁶⁷ las figuras del “directivo”, del “empleado” y “colaborador” fueron incluidas ya en los textos prelegislativos de 2006 y 2008, por extracción directa de la Decisión Marco

936; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, pp. 415-418; MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 128-131; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: “Corrupción privada y corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 367; MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, *op. cit.*; MAGRO SERVET, V.: “La corrupción en el deporte en la reforma del Código Penal (nuevo artículo 286 bis.4)”, en *Diario La Ley*, nº 8493, Sección Doctrina, La Ley, Madrid, 4 de marzo de 2015, p. 6; MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 408.

¹³⁶⁴ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 240; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: “Corrupción privada y corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 367.

¹³⁶⁵ SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 637.

¹³⁶⁶ MAGRO SERVET, V.: “La corrupción en el deporte en la reforma...”, *op. cit.*, p. 6.

¹³⁶⁷ *Vid. supra* VI. 2.1.2. b).

2003/568/JAI, mientras que la categoría de “administrador” fue incluida en 2009, para superar las objeciones hechas por el Consejo General del Poder Judicial sobre la redacción de 2008. Y de nuevo, como sucedía en el contexto de la corrupción privada, se señala que el orden lógico de la enumeración, en atención al mayor o menor grado de vinculación institucional con la entidad deportiva, debería haber sido la de administradores, directivos, empleados o colaboradores.¹³⁶⁸

Respecto de esta primera agrupación de sujetos, los estudiosos han puesto de manifiesto que la enumeración no presenta novedades destacables respecto a lo indicado en los supuestos de corrupción privada, más allá de afirmar que la incorporación de las figuras del “directivo” y del “administrador” resulta acorde con las disposiciones de la normativa sectorial deportiva.¹³⁶⁹

Constatado esto, una de las mayores críticas que se ha formulado a la traslación de estas categorías subjetivas al delito de corrupción en el deporte es que no existe una referencia comunitaria que contribuya a aclarar el significado específico ni el alcance de las mismas, al haber sido introducidas sin que la Decisión Marco impusiera la tipificación del fraude en este concreto ámbito de las competiciones deportivas.¹³⁷⁰ Por ello, seguidamente aportaremos algunos criterios interpretativos respecto de cada uno de los sujetos enumerados en el precepto.

a) Directivo.

¹³⁶⁸ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 20.

¹³⁶⁹ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 627; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 663. En concreto, el autor se refiere a la Ley 10/1990, del Deporte, y al Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, de Disciplina Deportiva. Las versiones consolidadas de ambas normas, que serán referidas de aquí en adelante, pueden ser consultadas en la web del BOE. Ley del Deporte. Fuente: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1990-25037>. Real Decreto sobre Disciplina Deportiva. Fuente: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1993-4678>. Consultados el 2 de noviembre de 2017.

¹³⁷⁰ En relación a la categoría del “directivo”, pero pudiendo ser extrapolado al resto de los sujetos de la enumeración, CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 96.

El término “directivo” goza de algún arraigo en la legislación deportiva, aunque, a pesar de ello, ha de reconocerse que adolece de una cierta indefinición, fomentada porque la propia normativa deportiva sectorial se abstiene de brindar un concepto preciso.¹³⁷¹ Siendo así, aun a riesgo de realizar una aseveración redundante, no está de más comenzar recordando que por tal categoría habremos de entender a toda persona que tenga capacidad para dirigir la entidad deportiva, en razón al organigrama interno establecido en la entidad deportiva.¹³⁷² Debemos considerar incluidos, en suma, a los integrantes de la cúpula de la entidad deportiva, determinados conforme a las reglas generales de distribución de competencias que rijan la entidad o, en su caso, las normas particulares que se hayan establecido.¹³⁷³ Con ello, en un primer acercamiento, ha de aludirse a todos “aquellos que ocupan un cargo en el consejo de dirección de la Sociedad Anónima Deportiva o en la Junta Directiva del club.”¹³⁷⁴ En todo caso, de modo coherente con la posición tomada en el delito de corrupción privada, hemos de resaltar que fuera de esta noción subjetiva han de quedar quienes puedan desarrollar labores de administración de la entidad deportiva.¹³⁷⁵

Más en detalle, comenzando por la estructura de dirección de un club, el artículo 15 LD impone, como primera premisa, que el reconocimiento a efectos deportivos de dicha entidad se acreditará mediante la certificación de la inscripción en el Registro de Asociaciones Deportivas. Para que dicho registro pueda efectuarse, la propia norma legal prevé, en los artículos 16 y 17 los requisitos necesarios para la constitución de los denominados clubes “elementales” y “básicos”, respectivamente, por lo que en estas entidades deportivas “se sabrá con nitidez quiénes son directivos”, pues resulta claro que el organigrama de directivos de un club que no sea Sociedad Anónima Deportiva ha de estar

¹³⁷¹ GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...”, *op. cit.*, p. 61.

¹³⁷² BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 137.

¹³⁷³ ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 17.

¹³⁷⁴ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 137.

¹³⁷⁵ No podemos concordar, por tanto, con la definición descriptiva de “directivo” que lleva a cabo GILI PASCUAL, en la que llega a abarcar dentro del concepto a los “administradores de hecho”. En GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...”, *op. cit.*, p. 61.

fijado con certeza.¹³⁷⁶ Y dicho organigrama, en no pocas ocasiones – como hemos aludido hace unas líneas–, se materializará en la constitución de una Junta o Comisión Directiva.

En lo que se refiere a la estructura de las Sociedades Anónimas Deportivas, lo habitual será la existencia de un Consejo de Administración – que, como se verá, tendrá su encuadre en la próxima categoría subjetiva analizada–, pero nada obsta a que directivos ajenos a dicho Consejo, posibilidad que parece quedar abierta en el artículo 24.3 LD, que recoge una prohibición concreta a “los miembros del Consejo de Administración y quienes ostenten cargos directivos en una Sociedad Anónima Deportiva...”, deslindando claramente una categoría y otra.

En todo caso, a efectos de aplicabilidad del delito de corrupción deportiva, puede ser acordado considerar “directivo” de una Sociedad Anónima Deportiva “aquellos que tienen atribuida esa función (...) en atención a algún título reconocido como válido a tales efectos por las disposiciones sobre este concreto particular”, pudiendo ser incluidos también los “directivos de hecho”; posibilidad atribuible tanto a los clubes elementales como a los básicos.¹³⁷⁷

b) Administrador.

Como hemos adelantado, nos referimos ahora a un grupo de sujetos distinto a los que pueden abrigar el concepto de “directivo”. Al igual que en la categoría anterior, podríamos definir esta, integrando a aquellos con capacidad para “administrar la entidad dentro del organigrama organizativo” previsto. Y, de igual modo a como afirmamos en el momento de estudiar la corrupción entre particulares, nada obsta a entender comprendidos en esta categoría tanto al administrador de hecho como al de Derecho, siendo lo esencial ostentar las facultades de administración por delegación del órgano directivo del ente deportivo.¹³⁷⁸

¹³⁷⁶ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, op. cit., p. 97.

¹³⁷⁷ *Ibid.*, pp. 97-98.

¹³⁷⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, op. cit., p. 137. Existen, no obstante, posturas en contra de considerar comprendido al administrador de hecho. Debe decirse que, los autores que lo entienden excluido, reconocen que esta es una conclusión político-criminalmente indeseable. Por ello, llegan a encuadrar esta figura

Esta categoría ha sido considerada por algún autor como una especie dentro del género “directivo”.¹³⁷⁹ Más allá de argumentaciones divergentes, se celebra de modo casi unánime su inclusión en el tipo, en primer lugar, por considerarse concordante al tenor de la regulación deportiva y al propio párrafo 1º del artículo 286 bis CP¹³⁸⁰ y, en segundo lugar, por cubrir posibles lagunas de punición, puesto que no todos los directivos tienen por qué ostentar, también, la condición de “administrador”.¹³⁸¹ Descendiendo al concreto supuesto de las Sociedades Anónimas Deportivas, parece que debería entenderse por “administrador” a cada uno de los miembros del Consejo de Administración de la entidad deportiva, lo que podría significar la exclusión *a priori* de otras formas de administración alternativas previstas para otras sociedades por la legislación mercantil.¹³⁸²

c) Empleado.

La inclusión de esta figura en el tipo se infiere, al igual que sucede con el “directivo”, de las previsiones de la Decisión Marco respecto de la corrupción privada genérica, que imponía sancionar penalmente a la “persona que desempeñe funciones laborales” en el marco del ente social. En el concreto supuesto del fraude deportivo, sostiene la doctrina que deben ser abarcados todos aquellos sujetos que, no perteneciendo

en la categoría del “directivo”. Así, CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, pp. 20-21; GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...”, *op. cit.*, pp. 17 y 61.

¹³⁷⁹ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 90.

¹³⁸⁰ ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 17. En el mismo sentido, CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, pp. 90-91.

¹³⁸¹ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 90.

¹³⁸² *Ibid.*, pp. 90 y 95.

a alguna de las restantes categorías, trabajen por cuenta ajena en la entidad deportiva,¹³⁸³ con independencia del carácter temporal o permanente de la prestación,¹³⁸⁴ siempre que el sujeto posea alguna capacidad de decisión en el seno de la misma.¹³⁸⁵

Con estas premisas, la doctrina parece concordar en que, dentro de la figura del “empleado” podrían incluirse, esencialmente, los integrantes del cuerpo técnico –con especial significación de los entrenadores–, los miembros de los servicios médicos y terapéuticos¹³⁸⁶ e, incluso, los directores deportivos –sujetos que, sin pertenecer a la Junta Directiva o

¹³⁸³ ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 17. Otros autores abren el abanico de actividades laborales, indicando que estas pueden ser desarrolladas por cuenta ajena o por cuenta propia, como autónomo vinculado por una relación mercantil con la entidad deportiva. En BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 137.

¹³⁸⁴ Se interroga sobre este aspecto particular, CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 98. A nuestro entender, la clave reside en que, en el momento de comisión del hecho fraudulento, el empleado se encuentre efectivamente vinculado a la entidad deportiva, más allá de la propia naturaleza que pueda revestir dicho vínculo.

¹³⁸⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 137.

¹³⁸⁶ ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 17. La figura del “entrenador” merece un examen más detallado. Por un lado, resulta conveniente especificar en qué se concreta su capacidad para manipular el resultado de una competición deportiva. El entrenador cuenta con la posibilidad de influir en el desarrollo del evento, por ejemplo, en el momento en que diseña una determinada alineación o decide los cambios en el desarrollo del evento, si nos situamos en el contexto de disciplinas deportivas de equipo. Del mismo modo, puede afectar el devenir de un deporte individual cuando planifica una específica rutina de entrenamientos o, incluso, al aportar al deportista indicaciones técnicas y tácticas erróneas antes de que este participe en la competición. En CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, pp. 100-101. De otro lado, hemos de hacernos eco, en este punto, de un debate relevante entre la doctrina, atinente a dónde encuadrar, a efectos del tipo estudiado, al “entrenador”. La controversia se centra en determinar si debe este incluirse dentro de la categoría del “empleado” o en la del “deportista”. En el primer grupo, pueden referirse los siguientes autores: BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1114; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 315; ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 17; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 100. En el segundo grupo, por su parte, los siguientes: BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 141; CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 22; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 628. Debe

Consejo de Administración, tiene atribuidas una serie de competencias deportivas delegadas en razón a su función-.¹³⁸⁷ También se han citado algún otro tipo de empleado,¹³⁸⁸ si bien respecto de estos últimos existen serias dudas respecto de su capacidad para propiciar la manipulación deliberada y fraudulenta de un resultado deportivo.¹³⁸⁹

d) Colaborador.

Esta es, junto con el “directivo”, la categoría subjetiva de más compleja determinación, por su inexactitud. La excesiva amplitud que atesora aconseja, por tanto, una interpretación prudente¹³⁹⁰ y restrictiva,¹³⁹¹ en la línea de lo expuesto para el tipo general de los párrafos 1 y 2 del artículo estudiado. Lo aquí mencionado lleva a algún autor a afirmar que, la inclusión en el tipo del “colaborador”, desvirtúa el sesgo de delito especial que se presupone a la modalidad de corrupción deportiva pasiva, precisamente por la extrema vaguedad del grupo de personas aludido.¹³⁹²

resaltarse, sin embargo, que los autores de este segundo grupo reconocen la posibilidad de encajar a los entrenadores en la figura del “empleado” e, incluso, en la de “colaborador”. Desde nuestro punto de vista, una interpretación teleológica del precepto debe llevarnos a considerar, como mejor opción, la consideración de estos en la categoría de “empleado”.

¹³⁸⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 137.

¹³⁸⁸ Singularmente, CORTÉS BECHARELLI se refiere a los garantes del control de las entradas, recuperadores, encargados del material o personal administrativo.

¹³⁸⁹ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, pp. 99-100. A pesar de que esta conclusión parece lógica, debe tenerse en cuenta la argumentación que realiza el autor a renglón seguido. Defiende que, si bien estos y otros “empleados” pueden carecer de aptitud para lesionar el bien jurídico, en la medida en que el tipo se configura como de mera actividad y de peligro, podría significarse que estas personas sí puedan concebirse como *peligrosas* para dicho interés penalmente tutelado. Tras esto, no obstante, recuerda que la mínima lesividad que debe exigirse a toda infracción típicamente antijurídica, debe alejarnos de castigar meros quebrantamientos formales de la norma. En esto último, concordamos con este autor, en aplicación también del principio de intervención mínima que rige el Derecho penal de un Estado democrático.

¹³⁹⁰ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “El delito de corrupción privada”, *op. cit.*

¹³⁹¹ GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...”, *op. cit.*, p. 62.

¹³⁹² CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 101.

Las dificultades interpretativas se acentúan ante la complejidad de delimitar, así mismo, qué debemos entender por “empleado” a efectos del tipo. Parece, por tanto, que esta última tipología de sujetos mencionada en la norma penal surge con la intención de actuar como categoría residual –ampliando el círculo de *intraanei*– para evitar posibles lagunas punitivas¹³⁹³ y, de esta forma, abrigaría a aquellas personas que, no reuniendo las determinaciones de los otros sujetos –directivos, administradores y empleados– mantienen relaciones, más o menos inciertas, de prestación de servicios con la entidad deportiva.¹³⁹⁴ Así, esta línea hermenéutica permitiría descartar supuestos que no revistan una significación deportiva interna mínimamente relevante.¹³⁹⁵

2.1.1.2. “De una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de esta”.

A diferencia de lo que sucede en el delito de corrupción privada, la entidad del sector privado en la que deban desarrollar sus funciones los directivos, administradores, empleados o colaboradores, en lo que al

¹³⁹³ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 38. Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 332.

¹³⁹⁴ ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, pp. 17-18. De modo similar, BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1114; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 415. Para BENÍTEZ ORTÚZAR, se trata de sujetos vinculados a la entidad deportiva por una relación distinta a la laboral -lo que los distingue de los empleados-, cuya prestación de servicios no tiene por qué ser habitual. En BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 137. De similar opinión, CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 38. Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 332. Sin embargo, CORTÉS BECHIARELLI afirma que la indefinición que preside esta categoría puede suponer que se entiendan comprendidas, incluso, personas no vinculadas, en sentido estricto, a la entidad deportiva. En CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 101.

¹³⁹⁵ Esta postura permitiría descartar la tipicidad de comportamientos cometidos -por su prácticamente nula lesividad a efectos de la modalidad de corrupción pasiva- por un representante de la marca patrocinadora del club o de los productos que se despachan en el interior del recinto deportivo, o bien de los responsables de las clínicas médicas externas frecuentadas por los deportistas. También resultaría forzada la inclusión, según esta interpretación, de los socios, abonados o asesores de la entidad deportiva. En GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...”, *op. cit.*, p. 62.

tipo de fraude deportivo se refiere, ya no será cualquier empresa mercantil o sociedad,¹³⁹⁶ sino que el párrafo 4º concreta que la estructura en la que estos deben incardinarse ha de ser una “entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de esta”.

Para delimitar el alcance de este elemento, habremos de acudir, en un primer momento, a la legislación deportiva y, en concreto, a la Ley del Deporte.¹³⁹⁷ En concreto, su artículo 12.1 define, como asociaciones deportivas, a “Clubes, Agrupaciones de Clubes de ámbito estatal, Entes de Promoción deportiva de ámbito estatal, Ligas Profesionales y Federaciones deportivas españolas”.

La Ley del Deporte nos ofrece varios criterios definatorios de un “Club” deportivo. De un lado, el artículo 13 los define como “asociaciones privadas, integradas por personas físicas o jurídicas que tengan por objeto la promoción de una o varias modalidades deportivas, la práctica de las mismas por sus asociados, así como la participación en actividades y competiciones deportivas”. Señala la doctrina, también, que habitualmente carecen de ánimo de lucro.¹³⁹⁸ Añadido a ello, el artículo 14 clasifica los clubes en “elementales” y “básicos”. Los primeros están integrados exclusivamente por personas físicas, habilitados únicamente para participar en competiciones locales o autonómicas; en ellos, el deporte no tiene por qué ser el objeto exclusivo de los mismos, pudiendo compaginarlo con actividades juveniles o culturales. Los segundos pueden estar compuestos tanto por personas físicas como jurídicas y pueden participar en todo tipo de competición, salvo las de carácter profesional –reservadas a las Sociedades Anónimas Deportivas, según dispone el artículo 19 LD– y, por ello, la legislación exige que su objeto social sea exclusivamente deportivo.¹³⁹⁹

El precepto habla, así mismo, de “Agrupaciones de Clubes de ámbito estatal”. Estas se producirán con el objeto de desarrollar actuaciones

¹³⁹⁶ En este sentido, aunque refiriéndose a la redacción del tipo original de 2010, CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 21; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 627.

¹³⁹⁷ BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1115; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, pp. 130 y ss.

¹³⁹⁸ DE LA PLATA CABALLERO, N.: “Tema 5. La organización deportiva del sector privado”, en GAMERO CASADO, E. (coord.): *Fundamentos de Derecho Deportivo (adaptado a estudios no jurídicos)*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 147.

¹³⁹⁹ *Ibid.*, pp. 147-148.

deportivas en aquellas modalidades y actividades no contempladas por las Federaciones deportivas españolas. Habrá de existir una por cada modalidad deportiva y estarán coordinadas, en su caso, por las Federaciones autonómicas que tengan contemplada esa disciplina deportiva.¹⁴⁰⁰

En relación a las “Ligas Profesionales”, una interpretación integrada de los artículos 12.2 y 41 de la citada Ley nos aporta el siguiente concepto: se trata de “asociaciones de Clubes, con personalidad jurídica propia y autonomía para su organización interna y funcionamiento respecto de la Federación deportiva española correspondiente de la que formen parte, que se constituirán, exclusiva y obligatoriamente, cuando existan competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal”.

Los “entes de promoción deportiva” se encuentran recogidos en el artículo 42 LD, entendiéndose por tales “las asociaciones de Clubes o entidades que tengan por finalidad exclusiva la promoción y organización de actividades físicas y deportivas, con finalidades lúdicas, formativas o sociales”. Lo fundamental de este tipo de entidades es que cumplen una función similar a la de las Ligas, pero fuera del ámbito profesional, reservado para estas.¹⁴⁰¹

Por su parte, las “Federaciones” deportivas aparecen definidas en el artículo 30.1 LD, como “entidades privadas, con personalidad jurídica propia, cuyo ámbito de actuación se extiende al conjunto del territorio del Estado, en el desarrollo de las competencias que le son propias, integradas por Federaciones deportivas de ámbito autonómico, Clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros, Ligas Profesionales, si las hubiese, y otros colectivos interesados que promueven, practican o contribuyen al desarrollo del deporte”. En opinión de la doctrina, con la que concordamos, habrán de entenderse comprendidas en el precepto penal tanto las Federaciones estatales como las autonómicas.¹⁴⁰² A todo lo anterior, sostenemos que, en añadidura a este conjunto de

¹⁴⁰⁰ FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, *op. cit.*, pp. 283-284.

¹⁴⁰¹ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 22.

¹⁴⁰² *Ibid.*; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 664.

instituciones deportivas reseñadas, nada obstaría a la posibilidad de incluir dentro del ámbito delictivo aquellas conductas descritas en el tipo y cometidas por directivos, administradores, empleados o colaboradores de Federaciones de ámbito continental –sirvan de ejemplo la UEFA o la CONMEBOL– o internacional –por mencionar algunas, la FIFA en el fútbol o la FIBA en baloncesto–.

Tras el paso por la Ley del Deporte, la expresión “cualquiera que sea la forma jurídica de esta”, nos obliga a detenernos, en un segundo momento, en el artículo 297 CP; precepto al que expresamente se remite el párrafo 5º del artículo 286 bis CP y aplicable “a los efectos de este artículo”, en referencia a los cuatro párrafos anteriores y que, por tanto, habrá de servir también para definir –con las salvedades que ahora veremos– las entidades deportivas.¹⁴⁰³ Antes de descender al contenido de dicha remisión, ha de ponerse de manifiesto que, incluso antes de la reforma de 2015, aun cuando no existía la remisión expresa del artículo 286 bis al 297 CP, la doctrina entendió que la expresión comentada –“cualquiera que sea la forma jurídica de esta”– hacía “una especie de resumen del concepto penal de sociedad que recoge el artículo 297 CP para los delitos societarios”. Ello suponía interpretar la expresión integrando los entes de los párrafos anteriores y entender que “entidad deportiva” es un concepto que también abarcaba a las “sociedades, asociaciones, fundaciones y organizaciones deportivas”.¹⁴⁰⁴

Si ello era comúnmente aceptado antes de la inclusión del párrafo 5º en el artículo 286 bis CP, ninguna duda resta, en la actualidad, acerca de la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 297 CP respecto del

¹⁴⁰³ Así, ANARTE BORRALLA indica que, formalmente, podría sostenerse la aplicabilidad a la corrupción deportiva de la remisión al artículo 297 CP, aunque defiende, a renglón seguido, que las particularidades de las entidades deportivas las sitúan al margen del párrafo 5º del artículo 286 bis CP. Además de ello, dicha remisión resultaría innecesaria, en tanto en cuanto la propia referencia a las entidades deportivas engloba todas ellas, “cualquiera que sea la forma jurídica” que presenten. En ANARTE BORRALLA, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, pp. 78-79.

¹⁴⁰⁴ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 21; MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1101; MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12100. En este sentido, se hizo hincapié que las fundaciones deportivas, habituales en los grandes clubes de fútbol, podían ser consideradas como entidades a efectos del artículo 286 bis. 4 CP. En CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 21; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 627; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 663.

delito de corrupción deportiva. Siendo ello así, desde nuestro punto de vista, no es acertado suponer la aplicabilidad de todas las figuras enumeradas en el artículo 297 respecto de la corrupción en el deporte. Particularmente pertinentes para el supuesto que nos ocupa parecen las categorías de fundación –al hilo de lo referido unas líneas atrás– y de sociedad mercantil –como concepto continente de las Sociedades Anónimas Deportivas, mencionadas principalmente en los artículos 14 c) y 19 LD, como aquellas sociedades sujetas al régimen general de las Sociedades de Capital, pero cuyo objeto social ha de ser “la participación en competiciones deportivas de carácter profesional y, en su caso, la promoción y el desarrollo de actividades deportivas, así como otras actividades relacionadas o derivadas de dicha práctica”-.¹⁴⁰⁵

Podemos decir, sin embargo, respecto del resto de figuras descritas en el artículo 297 CP –“cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito”–, que parecen entidades alejadas de las especificidades propias del deporte, por lo que su idoneidad para marcar el ámbito de inclusión de los sujetos del delito de fraude deportivo es más que discutible.

2.1.1.3. Deportistas, árbitros o jueces.

La previsión, por parte del legislador de 2010, de los “deportistas, árbitros o jueces” como sujetos del delito de corrupción en el deporte conlleva, a todas luces, una extensión¹⁴⁰⁶ o especialización¹⁴⁰⁷ respecto de las hipótesis típicas en el delito de corrupción entre particulares. A pesar de que la Ley del Deporte no define expresamente qué entiende

¹⁴⁰⁵ Las Sociedades Anónimas Deportivas también han sido definidas como “asociaciones privadas, con ánimo de lucro, integradas por personas físicas y (...) jurídicas en forma de accionistas. (...) Se regirán por sus normas internas (los Estatutos y reglamentos), si bien tienen una regulación mucho más intensa vía Ley de Sociedades de Capital y Real Decreto sobre Sociedades Anónimas Deportivas. Su objeto social es participar en competiciones profesionales”. En DE LA PLATA CABALLERO, N.: “Tema 5. La organización deportiva...”, *op. cit.*, p. 160.

¹⁴⁰⁶ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 22; CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 240; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 416.

¹⁴⁰⁷ MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 51; GONZÁLEZ BLESA, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*

por “deportista”, “árbitro” o “juez”, esta enumeración sí aparece reflejada en algunos artículos. Con todo, su interpretación no debería revestir excesivas dificultades.¹⁴⁰⁸

a) Deportista.

El Convenio del Consejo de Europa sobre Manipulación de Competiciones Deportivas, antes aludido, da una definición de “deportista” en su artículo 6 a), entendiendo por tal “toda persona o grupo de personas que participe en competiciones deportivas”. En un similar sentido, también en el seno del Consejo de Europa, podemos acudir al Convenio contra el dopaje, elaborado en Estrasburgo el 16 de noviembre de 1989.¹⁴⁰⁹ En el artículo 2 c) de la citada norma supranacional se define “deportistas” a “las personas de los dos sexos que participen habitualmente en actividades deportivas organizadas”.

De estas nociones, puede extraerse que la condición fundamental para ser considerado “deportista” –también a los efectos del delito de fraude en el deporte– es participar de forma activa en el desarrollo de la prueba, encuentro o competición deportiva, compitiendo en calidad de protagonistas.¹⁴¹⁰ Se ha sostenido, también, la necesidad de que el sujeto deportista disponga de la licencia federativa correspondiente,¹⁴¹¹ requisito que puede cobrar su sentido en la medida en que el tipo penal se aplicará a eventos deportivos de especial relevancia económica o deportiva, pareciendo quedar fuera el deporte de recreo; esto es, aquel en que no se precisa de autorización administrativa para competir.

Parece obvio que todos los deportistas que desarrollan su actividad en el seno de un club o entidad deportiva tendrán la consideración de empleados, por lo que la aparente redundancia entre ambas categorías su-

¹⁴⁰⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 138. En el concreto caso de los deportistas, aduciendo ambigüedad en el concepto, opinan contrariamente ANARTE y ROMERO. En ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 19.

¹⁴⁰⁹ El Instrumento de Ratificación por parte de España, con el contenido del Convenio, puede consultarse en la web del BOE. Fuente: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1992-13447. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹⁴¹⁰ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 22. Concordante, PRAT WESTERLINDH, C.: “El delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*

¹⁴¹¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 139.

pone encuadrar en la figura del “deportista” a sujetos “que no se encuentran sometidos a la disciplina de ninguna suerte de grupo deportivo”.¹⁴¹² Piénsese, por ejemplo, en un tenista, en un boxeador o en un golfista, deportes netamente individuales donde es extraño que el practicante se incardine en estructuras organizativas en forma asociativa o societaria.

Algún sector doctrinal, liderado por CASTRO MORENO, ha defendido que, dentro de la figura del “deportista”, podría incorporarse también a los entrenadores y técnicos del equipo,¹⁴¹³ aunque como apuntamos en una nota al pie anterior,¹⁴¹⁴ a nuestro entender los técnicos y entrenadores tienen mejor encaje en la categoría del “empleado”. En todo caso, coincidimos en reconocer que habría sido deseable, quizás, que el propio tipo penal mencionara expresamente a estas personas, para evitar dudas interpretativas y armonizar la norma penal con las disposiciones administrativas deportivas.¹⁴¹⁵

b) Árbitro o juez.

La extensión subjetiva, a la que hemos hecho referencia, de la corrupción deportiva respecto de la privada se concreta en la inclusión de específico segundo grupo de sujetos: los árbitros o jueces. Para la mayoría de los estudiosos en la materia, ambas figuras deben ser tomadas

¹⁴¹² CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 104.

¹⁴¹³ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 33; CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 22. Concordante, PRAT WESTERLINDH, C.: “El delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*

¹⁴¹⁴ *Vid.*, nota al pie 1386.

¹⁴¹⁵ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 22.

como sinónimas,¹⁴¹⁶ de acuerdo a la normativa administrativa deportiva¹⁴¹⁷ y refiriéndose a aquellas personas que tienen la potestad disciplinaria durante el desarrollo de las pruebas o encuentros deportivos y cuya función es velar por el correcto desempeño de los mismos, con sujeción a las reglas y disposiciones de cada modalidad deportiva, de acuerdo a lo previsto en el artículo 74.2 a) LD. Su denominación concreta, número y funciones vendrán determinados por la Federación deportiva correspondiente.¹⁴¹⁸

Pone de relieve CORTÉS BECHIARELLI algo que puede parecer obvio pero que, a efectos aclaratorios, puede convenir resaltar. No todos los árbitros o jueces habilitados para ejercer su potestad serán eventuales sujetos de corrupción deportiva; solo podrán considerarse tales los que directamente participen en el evento sobornado y posean capacidad apriorística para manipular deliberada y fraudulentamente el resultado del mismo.¹⁴¹⁹

En otro orden de cosas, hemos sostenido que la mayoría de la doctrina considera los términos “árbitro” y “juez” como equivalentes, o sinónimos. Sin embargo, a juicio de SANTANA y GÓMEZ MARTÍN sí podría existir alguna diferencia entre ambos, aludiendo el término “árbitro” para designar al sujeto con potestad disciplinaria en deportes de equipo o de grupo y “juez” para los deportes de práctica fundamentalmente individual.¹⁴²⁰ Tampoco CORTÉS BECHIARELLI se muestra de acuerdo a considerar las expresiones “árbitro” y “juez” como similares. Aboga por considerar como “árbitro” al encargado de dirimir las cuestiones disciplinarias dentro del propio evento deportivo –aunque en algunas modalidades deportivas, como el tenis, se le denomine “juez de

¹⁴¹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, op. cit., p. 316; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, op. cit., pp. 139-140; MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, op. cit., p. 131; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, op. cit., p. 665.

¹⁴¹⁷ En efecto, sostiene CASTRO MORENO que “tanto la Ley del Deporte como el Reglamento de Disciplina Deportiva emplean siempre y de forma reiterada y conjunta ambas denominaciones (...). La propia legislación deportiva emplea ambas expresiones para referirse a una misma figura”. En CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, op. cit., p. 22.

¹⁴¹⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, op. cit., pp. 139-140.

¹⁴¹⁹ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, op. cit., p. 106.

¹⁴²⁰ SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, op. cit., p. 637.

silla”–, mientras que el concepto de “juez” estaría reservado para abarcar a los encargados de resolver, en el seno de la disciplina deportiva estricta, las reclamaciones presentadas por los competidores a título individual o los clubes, una vez finalizado el evento deportivo de que se trate¹⁴²¹ –en el ejemplo del fútbol, el Comité de Competición o el Juez Único, en su defecto, y el Comité de Apelación–.

En nuestra opinión, estas disquisiciones carecen de consecuencias prácticas determinantes a efectos de tipicidad penal –puesto que, como veremos al final de este epígrafe, todos los sujetos mencionados se entienden incluidos en el ámbito del delito–. Además de ello, seguir la teoría de CORTÉS BECHIARELLI –como él mismo acaba reconociendo– podría generar problemas para considerar típicas las conductas de soborno llevadas a cabo por quien él denomina “jueces”, en la medida en que carecen de un “visible y directo dominio del hecho para predeterminar o alterar el resultado” del acontecimiento deportivo.¹⁴²²

Por otro lado, hemos dicho también que la denominación que puedan ostentar dependerá de la modalidad deportiva de que se trate. Lo relevante será, entonces, “la función que como autoridad asume de cara al cumplimiento de las reglas durante el transcurso” del acontecimiento deportivo.¹⁴²³ Por ende, dentro de las categorías de “árbitro” o “juez”, en sus múltiples versiones, tendrán cabida, evidentemente, los árbitros principales o asistentes, los jueces de mesa, de silla o de línea, etc. Pero también otras personas como los directores de carrera en un evento ciclista o los comisarios de competición de una carrera automovilística.¹⁴²⁴

En este sentido, CORTÉS BECHIARELLI realiza una llamada de atención interesante en el contexto del fraude deportivo relacionado con las apuestas. Se interroga acerca de si los Comités encargados de designar a los árbitros de un evento deportivo pueden ser abrigados dentro del

¹⁴²¹ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, pp. 107-108.

¹⁴²² *Ibid.*, p. 108.

¹⁴²³ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, pp. 22-23.

¹⁴²⁴ *Ibid.*, p. 23. En el mismo sentido, SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 33.

tipo penal, en la medida en que discernir si la naturaleza de estos entes es pública o privada puede resultar, en ocasiones, perturbador. De ser así, podría suceder, hipotéticamente y en abstracto, que no pudiera pensarse ni por medio del artículo 286 bis CP ni a través de los delitos de cohecho, uno de los supuestos paradigmáticos de corrupción deportiva.¹⁴²⁵

En último lugar, a respecto de árbitros y jueces, surge la cuestión en torno a si pueden ser considerados como sujetos, a efectos del tipo penal en estudio, los miembros del Comité de Competición –o el Juez Único, si no existe Comité–, del Comité de Apelación o, incluso, los integrantes del Tribunal Administrativo del Deporte¹⁴²⁶ –sustituto del anterior Comité Español de Disciplina Deportiva–.¹⁴²⁷

Señala acertadamente CASTRO MORENO que la respuesta variará en función de que nos encontremos ante potestad disciplinaria emanada de órganos deportivos o potestad disciplinaria administrativa. En el primer caso, el tratamiento penal a los efectos de este delito que debe darse a los integrantes del Comité de Competición –o el Juez Único, en su caso– y del de Apelación, como miembros de un órgano federativo –recuérdese, también, que las propias Federaciones están sujetas al ámbito penal de la corrupción deportiva–, es el mismo que a los árbitros y jueces, entendiéndose comprendidos, de hecho, dentro de los términos típicos. En el supuesto del Tribunal Administrativo del Deporte,¹⁴²⁸ sin embargo, el planteamiento es distinto. Este órgano, de carácter administrativo, depende del Consejo Superior de Deportes y su función principal es la de “decidir en vía administrativa y en última instancia las cuestiones disciplinarias deportivas de su competencia, las señaladas en la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva y conocer del recurso administrativo especial regulado en el artículo 40 de

¹⁴²⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, op. cit., pp. 109-110.

¹⁴²⁶ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, op. cit., p. 33.

¹⁴²⁷ En relación al Tribunal Administrativo del Deporte, puede consultarse información de interés en la web del Consejo Superior de Deportes. Fuente: <http://www.csd.gob.es/csd/informacion/4TribAdminDep/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹⁴²⁸ La organización y funciones del Tribunal Administrativo del Deporte se regulan en el Real Decreto 53/2014, de 31 de enero. La versión consolidada de la norma puede consultarse en la web del BOE. Fuente: https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-1050. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

la citada Ley Orgánica”. Se trata, por tanto, de un órgano de naturaleza pública, cuyas resoluciones agotan la vía administrativa y que rige su funcionamiento por el procedimiento administrativo común, salvo en lo relativo a las reglas del juego. Por todo lo anterior, coincidimos con la doctrina en afirmar que, los miembros de un órgano administrativo, que ejercen funciones públicas por nombramiento de la autoridad competente, han de ser considerados funcionarios a efectos penales – artículo 24.2 CP– y, así, han de responder, por conductas de soborno, en calidad de responsables de un delito de cohecho.¹⁴²⁹

2.1.2. Teoría minoritaria.

Hasta aquí se ha estudiado la que constituye corriente doctrinal mayoritaria que, como se ha visto, entiende que cabe considerar, como eventuales autores del delito de corrupción deportiva pasiva, a todos los sujetos enumerados en el párrafo 4º del artículo 286 bis CP. Sin embargo, un pequeño grupo de estudiosos no concuerda con este sentir general y defiende que solo los deportistas, árbitros o jueces serán sujetos idóneos para responder penalmente por esta modalidad delictiva.¹⁴³⁰

La justificación que esgrimen es que solamente deportistas, árbitros y jueces pueden concebirse como los “sujetos de referencia de los que se espera una actuación conforme a sus capacidades y competencias concretas en el desarrollo de la prueba, encuentro o competición deportiva, según reglas de juego vigentes para una determinada modalidad

¹⁴²⁹ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, pp. 23-24; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 629. En el mismo sentido, SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 33; MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 52; MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 131. No obstante, ANARTE BORRALO y ROMERO SÁNCHEZ dudan sobre si los integrantes de los órganos federativos no podrían ser considerados, también, a efectos penales como autoridades, funcionarios públicos o asimilados. Coinciden con la demás doctrina en afirmar esta cualidad de los miembros del Comité Español de Disciplina Deportiva -ahora Tribunal Administrativo del Deporte-. En ANARTE BORRALO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 19.

¹⁴³⁰ NIETO MARTÍN, A.: “Lección XXVIII. Protección penal de la competencia...”, *op. cit.*, p. 480; NIETO MARTÍN, A.: “Lección X. Protección penal de la competencia...”, *op. cit.*, p. 238.

deportiva".¹⁴³¹ Como se ve, este argumento está muy vinculado a la idea del juego limpio como objeto jurídico de protección, de tal manera que la cualidad de sujeto activo la otorga el especial deber de cuidado en el respeto a las reglas del juego que deben observar los deportistas, árbitros y jueces.

Desde otro ángulo, pero con idéntica pretensión, se ha dicho también que únicamente los deportistas, árbitros y jueces son "las personas que están [en] condiciones de ostentar un dominio directo para conseguir la finalidad perseguida de predeterminedar o alterar el resultado deportivo de una competición, prueba o encuentro".¹⁴³² Este es, tal vez, el punto fuerte de esta corriente doctrinal, que identifica la lesividad delictiva en la capacidad real y directa de manipular el resultado, siendo que, en efecto, son estos sujetos quienes pueden influir de un modo más relevante en el resultado del acontecimiento deportivo; solo ellos "ostentan auténtico poder de decisión sobre las circunstancias que acaban influyendo en el resultado".¹⁴³³

Este planteamiento no está exento de críticas; objeciones que, en nuestra opinión, resultan acertadas. Los propios autores que siguen estos postulados reconocen que "el legislador debiera haber tenido en cuenta que, a pesar de su similitud, los casos de corrupción deportiva difieren en su fenomenología de los de corrupción entre privados".¹⁴³⁴ Se ha sostenido en contra de esta corriente que se trata de una propuesta voluntarista; una solución *praeter legem*, creadora de Derecho,¹⁴³⁵ más que un ejercicio hermenéutico de la norma existente en el Código.

Podríamos formular, para concluir, una crítica más. Decíamos que estos postulados se basaban en asegurar que solamente deportistas, árbitros o jueces poseen capacidad directa y real para manipular el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva. Sin embargo,

¹⁴³¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de "fraudes deportivos"...*, *op. cit.*, pp. 128-129.

¹⁴³² MORALES PRATS, F.: "Artículo 286 bis.4", *op. cit.*, p. 418.

¹⁴³³ GILI PASCUAL, A.: "La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...", *op. cit.*, p. 21.

¹⁴³⁴ NIETO MARTÍN, A.: "Lección X. Protección penal de la competencia...", *op. cit.*, p. 238.

¹⁴³⁵ GILI PASCUAL, A.: "La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...", *op. cit.*, p. 23.

no debemos olvidar que el entrenador, con sus decisiones técnicas, tácticas y de preparación, también puede influir efectivamente en el desarrollo del evento deportivo. Y si ello es así, y en la línea de considerar al entrenador como un empleado de la entidad deportiva –tesis defendida en esta investigación– no podemos considerar cierta la premisa: no únicamente los deportistas, árbitros y jueces pueden predeterminar o alterar el resultado de un acontecimiento deportivo.

2.1.3. Toma de postura.

No es difícil adivinar que, desde nuestro entender, de entre las dos posturas propuestas, referidas a los sujetos activos de la corrupción deportiva pasiva, nos alineamos a la corriente amplia; aquella que considera como eventuales autores a todas las figuras subjetivas enumeradas en el párrafo 4º del artículo 286 bis CP. Optar por la tesis minoritaria dejaría fuera del ámbito típico una buena colección de supuestos que, máxime tras la reforma de 2015, pueden suponer casos paradigmáticos de corrupción deportiva.¹⁴³⁶ Además de todo esto, no debemos olvidar que el legislador español configuró el fraude deportivo como una figura específica de corrupción privada, por lo que la remisión que efectúa el precepto debe llevarnos a la extrapolación de la estructura típica de la corrupción privada al tipo del párrafo 4º. Siendo ello así, no es difícil comprobar que la teoría minoritaria no encaja con la fórmula empleada en los dos primeros párrafos de la norma penal. Así, por tanto, reiteramos la adecuación de la tesis mayoritaria, de contenido amplio, para definir los sujetos activos de la modalidad activa de corrupción en el deporte.

2.1.4. Exclusiones del círculo de sujetos activos.

Tras lo estudiado en los apartados anteriores, debe ponerse de relieve que ambas posturas doctrinales dejan fuera de la relación de eventuales autores de un delito de corrupción privada pasiva a una serie de sujetos, que serán referidos a continuación.

¹⁴³⁶ Dice acertadamente GONZÁLEZ BLESA que esta opción interpretativa “rompe con la lógica interna del artículo 286 bis CP y, al tiempo, desatiende la realidad criminológica”. En GONZÁLEZ BLESA, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*

a) El empresario o titular de la entidad deportiva.

Ya expusimos en el contexto del estudio de la corrupción privada que el legislador había obviado incluir expresamente, en la enumeración de sujetos, al empresario persona física o jurídica, a pesar de ser la suya una de las conductas que más lesividad potencial presenta en términos de competencia.¹⁴³⁷ Ello nos obligó a examinar algunas posibilidades interpretativas que pudieran subsanar este aparente descuido del redactor de la norma. Pues bien, ha afirmado algún autor que esta elusión en el tipo genérico de corrupción privada “se traslada sin paliativos a la tipicidad del fraude deportivo, y resulta difícilmente eludible”.¹⁴³⁸ Ello se revela objetable, además, porque en el ámbito de la corrupción deportiva “ni siquiera hay una libertad de empresa que pueda servir de cobertura” a las acciones delictivas del principal o de los principales¹⁴³⁹ –argumento que se utilizó por algún autor para explicar esta exclusión en el caso de la corrupción privada–.

Puede resultar complejo, en el seno de una entidad deportiva, individualizar la figura del empresario o titular; especialmente, si se trata de un club deportivo, generalmente propiedad de los socios y en el que el cargo de presidente no implica la titularidad de la estructura asociativa. Sin embargo, deja constancia la doctrina de que eludir la responsabilidad penal del titular o empresario deportivo podría dejar sin sanción penal algunos supuestos como el caso en el que el accionista mayoritario de una Sociedad Anónima Deportiva –sujeto que por voluntad propia no forma parte de la Junta Directiva ni del Consejo de Administración de dicha Sociedad– ofrece un soborno de gran entidad a un portero del equipo contrario, al que se enfrenta, para dejarse ganar. Algo que no resultaría aceptable, en ningún caso, en el ámbito de los fraudes deportivos.¹⁴⁴⁰

b) Otras personas.

¹⁴³⁷ GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...”, *op. cit.*, p. 42.

¹⁴³⁸ *Ibid.*, p. 44.

¹⁴³⁹ ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 18.

¹⁴⁴⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 138.

También los autores que han estudiado el delito de corrupción en el deporte se han mostrado, de manera unánime, convencidos de que el tipo penal propuesto en el artículo 286 bis. 4 CP deja fuera las conductas, desde el punto de vista de la corrupción deportiva pasiva, de socios, abonados y aficionados¹⁴⁴¹ de los clubes que solicitan, aceptan o reciben un soborno; personas a las que no podemos considerar, ni siquiera, como “colaboradores” a efectos del precepto penal.¹⁴⁴² De esta forma, solo podrían ser inculcados por vía de la participación –inducción o cooperación necesaria, según de quién parta la iniciativa– en el delito especial del sobornado, con la atenuación recogida en el artículo 65.3 CP¹⁴⁴³ y, en su caso, dichos comportamientos tendrán respuesta en el ámbito de las sanciones deportivas.¹⁴⁴⁴

2.1.5. La persona interpuesta.

Como se ha indicado anteriormente, la remisión que inicia el párrafo 4º del artículo 286 bis CP alcanza a la relación de sujetos activos de las conductas de corrupción deportiva. Ello supone, necesariamente, entender que el hecho ilícito puede ser cometido, tanto directamente por los sujetos enunciados, como a través de una persona interpuesta.¹⁴⁴⁵ Así, se ha aseverado que el intermediario podrá ser castigado como partícipe, usualmente como cooperador necesario,¹⁴⁴⁶ pero, en todo caso, valgan aquí las consideraciones elaboradas sobre este particular al hilo del estudio del delito de corrupción privada.¹⁴⁴⁷

¹⁴⁴¹ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 240; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: “Corrupción privada y corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 367.

¹⁴⁴² BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1114; ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 18; MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, *op. cit.*, p. 27.

¹⁴⁴³ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 38. Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 332.

¹⁴⁴⁴ MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 415.

¹⁴⁴⁵ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “El delito de corrupción privada”, *op. cit.*

¹⁴⁴⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 316.

¹⁴⁴⁷ *Vid. supra* X. 2.2.

2.2. Los sujetos en la modalidad activa.

Pasamos ahora a analizar qué sujetos pueden cometer el delito de corrupción deportiva activa; esto es, qué personas pueden prometer, ofrecer o conceder el beneficio o ventaja no justificados con el fin de predeterminar o alterar, de forma deliberada y fraudulenta, el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva. A este respecto, en correlación con las teorías estudiadas al hilo de la modalidad pasiva, estudiaremos aquí tres corrientes diferenciadas: una mayoritaria, que considera la modalidad activa, también, como delito especial; una alternativa, que opta por entender la corrupción activa como delito común; y, finalmente, una minoritaria, que, partiendo de la consideración de delito especial, restringe el círculo de sujetos activos.

2.2.1. Teoría mayoritaria: delito especial con enumeración subjetiva amplia.

Estos postulados son correlato de la teoría mayoritaria examinada para la modalidad de corrupción deportiva pasiva. Como en aquel caso, quienes siguen esta idea, entienden que todos los sujetos enumerados en el párrafo 4º del artículo 286 bis CP muestran idoneidad para prometer, ofrecer o conceder el soborno en el ámbito deportivo.¹⁴⁴⁸

De nuevo aquí, este posicionamiento es seguido por una amplia mayoría de los autores que han dedicado atención al estudio de este delito.

¹⁴⁴⁸ Así, SÁNCHEZ MELGAR, J.: "La corrupción en el sector privado", *op. cit.*, pp. 32-33; BLANCO CORDERO, I.: "Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...", *op. cit.*, p. 1114; CASTRO MORENO, A.: "El nuevo delito de corrupción en el deporte", *op. cit.*, pp. 20-24; CASTRO MORENO, A.: "Capítulo 38. Corrupción en el deporte", *op. cit.*, pp. 332-334; MENDOZA BUERGO, B.: "Sección 17. Corrupción entre particulares", *op. cit.*, p. 1101; MENDOZA BUERGO, B.: "Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...", *op. cit.*, núm. marg. 12100; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: "Artículo 286 bis", *op. cit.*, p. 637; PRAT WESTERLINDH, C.: "El delito de corrupción en el deporte", *op. cit.*; DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: "El delito de corrupción privada", *op. cit.*; GONZÁLEZ BLESÁ, F.J.: "Delito de Corrupción entre particulares...", *op. cit.*; MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: "Capítulo 5. Corrupción entre particulares...", *op. cit.*, pp. 128-131; IBARS VELASCO, D.: "Corrupción en el deporte", *op. cit.*, p. 581; MARTÍN YESTE, C.: "El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015", *op. cit.*, p. 27; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: "Corrupción privada y corrupción en el deporte", *op. cit.*, p. 367; PUENTE ABA, L.M.: "Corrupción en el deporte...", *op. cit.*, p. 936; MUÑOZ COMPANY, M.J.: "El delito de corrupción en el deporte...", *op. cit.*, p. 408.

Este entendimiento parte de presuponer que también el delito de corrupción privada activa es un delito especial¹⁴⁴⁹ y, al trasladar ello al fraude deportivo, se indica que nadie ajeno a una entidad deportiva o al desarrollo directo de la prueba, encuentro o competición puede ser eventual autor de la modalidad activa de este delito.¹⁴⁵⁰

Para defender su postura, se acogen en primer lugar a la dicción literal del Preámbulo de la LO 5/2010 que, recuérdese, se expresaba en los siguientes términos: “se castigan todos aquellos sobornos llevados a cabo tanto por los miembros y colaboradores de entidades deportivas como por los deportistas, árbitros o jueces...”. Esta literalidad lleva a este grupo de estudiosos a afirmar que solo las personas enunciadas pueden ser posibles autores, “impidiendo así la extensión a sujetos distintos de los mencionados en el texto”.¹⁴⁵¹

La consecuencia de lo anterior es que cualquier otra persona que no esté referida en el párrafo 4º y prometa, ofrezca o conceda el soborno es, para estos autores, un *extraneus*. Siendo ello así, abogan por que la actuación corruptora de cualquier otro sujeto extraño a los mencionados en la norma –por ejemplo, los apostantes a los que les interese garantizarse un determinado resultado– debe resolverse por la vía de la participación en el delito especial que solo pueden cometer directivos, administradores, empleados o colaboradores; deportistas, árbitros o jueces, siéndole aplicadas las consecuencias punitivas del artículo 65.3 CP.¹⁴⁵² O piénsese, por ejemplo, en un magnate empresarial aficionado a un equipo que soborna a un equipo rival para que el suyo venza un determinado encuentro; la consecuencia, según estos autores, sería la

¹⁴⁴⁹ GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...”, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁵⁰ MONROY ANTÓN, A.J.: “El nuevo Código Penal, contra los corruptos...”, *op. cit.*

¹⁴⁵¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, *op. cit.*, p. 381; MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 51; MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 409.

¹⁴⁵² SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 33; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 627; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 663.

misma: solo podría responder como partícipe, bien como inductor, bien como cooperador necesario.¹⁴⁵³

Incluso los autores que sostienen la impunidad de las iniciativas corruptoras de los particulares ajenos al juego o a una entidad deportiva reconocen que habría sido más acertado tipificar la modalidad activa como delito común;¹⁴⁵⁴ ello porque sorprende que sea voluntad del legislador excluir del tipo los intereses de las mafias y organizaciones criminales, las cuales alcanzan un innegable arraigo en el deporte actual, esencialmente el de carácter profesional,¹⁴⁵⁵ cuyo dominio delictivo se intensifica en el ámbito de las apuestas.¹⁴⁵⁶ Esta restricción no se explica, en suma, si se pretende poner límites a las conductas fraudulentas que afectan a la vida económica que se genera alrededor del deporte.¹⁴⁵⁷

Esta interpretación, avalada por la presunta *mens legislatoris* y por el tenor literal del precepto resulta, a nuestro entender, poco razonable, tanto desde la perspectiva sistemática como teleológica. Rompe, por un lado, con la lógica interna del artículo 286 bis CP –tégase presente que hemos catalogado la corrupción privada activa como delito común– y desatiende la realidad criminológica,¹⁴⁵⁸ máxime tras la reforma de 2015, en la medida en que, la protección de la lealtad deportiva se prevé, de forma reforzada, cuando la manipulación del resultado tiene por objeto influir en juegos de azar y apuestas. En nuestra opinión, la protección penal de las apuestas abre un nuevo escenario criminológico que, necesariamente, ha de llevar a contemplar, como eventuales sujetos activos de la modalidad activa a personas o estructuras no

¹⁴⁵³ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, pp. 24-25.

¹⁴⁵⁴ VENTAS SASTRE, R.: “El nuevo delito de fraude en las competiciones...”, *op. cit.*, p. 89.

¹⁴⁵⁵ MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 51.

¹⁴⁵⁶ LEÓN LLEÓ, A.: “Comentario al laudo del caso TAS...”, *op. cit.*, p. 479.

¹⁴⁵⁷ ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: “Fraude en el deporte”, *op. cit.*, p. 223.

¹⁴⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 435; GONZÁLEZ BLESA, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*

enunciadas en el artículo 286 bis. 4 CP; especialmente si se quiere luchar eficazmente contra la llamada mafia deportiva.¹⁴⁵⁹

2.2.2. Teoría alternativa: delito común.

El sustrato de este postulado, disyuntivo al anterior, basa su razonamiento en considerar que podrá ser sujeto activo de la figura de corrupción deportiva activa “cualquier persona con aptitud en abstracto para conseguir poner en peligro”¹⁴⁶⁰ el bien jurídico protegido o, dicho de otro modo, “cualquier persona que realice la conducta típica”¹⁴⁶¹ y no solo los relacionados en el párrafo 4º del artículo 286 bis CP; esto es, cualquier persona puede prometer, ofrecer o conceder un soborno a los sujetos enunciados –directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva; deportistas, árbitros o jueces; ambos grupos cumulativamente, como posibles perceptores de la dádiva–,¹⁴⁶² persiguiendo el fin propuesto en la norma penal.

Lo dicho hasta ahora no nos parece incompatible con reconocer que lo más probable, en la práctica, será que los posibles autores de las conductas de corrupción deportiva activa vayan a ser personas también

¹⁴⁵⁹ Término utilizado por RÍOS CORBACHO. En RÍOS CORBACHO, J.M.: “De nuevo sobre el fraude en el deporte”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 119, Época II, Dykinson, Madrid, 2016, p. 61.

¹⁴⁶⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 89. SILVA SÁNCHEZ expone que este postulado no impone otra limitación para que un comportamiento sea típico que el ser objetivamente adecuado y subjetivamente orientado para influir sobre los *intraanei* en cuanto que estos realicen cualquier conducta tendente a predeterminar o alterar, de forma deliberada y fraudulenta, el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva. En SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 435-436.

¹⁴⁶¹ No debe olvidarse que el tipo de fraude deportivo, al igual que el de corrupción privada, es un delito de mera actividad, que se consuma con la mera realización de las conductas descritas en el precepto. Así, ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 27.

¹⁴⁶² GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...”, *op. cit.*, p. 29.

vinculadas, de alguna forma, al mundo del deporte e, incluso, a las propias entidades deportivas.¹⁴⁶³ Pero esta afirmación criminológica no nos parece suficiente para excluir *ex lege* la posibilidad de comisión delictiva por parte de otras personas físicas o jurídicas. Considerar la modalidad activa como delito especial es una solución político-criminal dudosamente aceptable, debido a que el “hecho de que el sobornador no pertenezca al círculo de sujetos mencionados por el artículo 286 bis [.4] en nada afecta a la gravedad del ataque”¹⁴⁶⁴ al interés penalmente relevante.

Si partimos de que el fraude deportivo comparte la estructura típica del delito de corrupción privada, y consideramos la modalidad activa de este como delito común, nada obsta a que fijemos los mismos criterios para la corrupción en el deporte. Concordamos con la doctrina en señalar que esta postura resulta más acorde con el principio de legalidad y con la rigurosa aplicación de los principios hermenéuticos generales, pero además resulta la opción político-criminalmente más ventajosa, al permitir hacer frente a un problema criminológico creciente: las apuestas deportivas y su vinculación con la criminalidad organizada.¹⁴⁶⁵

Hemos de ser conscientes de que esta propuesta no es, aún a día de hoy, la más dominante entre la doctrina,¹⁴⁶⁶ pero es, a todas luces, teleológica y sistemáticamente más razonable. La importante dimensión de criminalidad organizada que puede traslucirse tras los actos de corrupción deportiva, especialmente vinculados a las apuestas, deja claro que la literalidad del precepto –o, más bien, las interpretaciones que consideran la modalidad activa como un delito especial– ha sido insuficientemente meditada y corre un riesgo evidente de infrainclusión.¹⁴⁶⁷

¹⁴⁶³ ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 27.

¹⁴⁶⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y CERINA, G.: “Algunos problemas del nuevo delito...”, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴⁶⁵ GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...”, *op. cit.*, pp. 29-30.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 31.

¹⁴⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 436.

2.2.3. Teoría minoritaria: delito especial con restricción subjetiva.

Por último, al igual que sucedía en la corrupción deportiva pasiva, también aquí encontramos un pequeño conjunto de autores que apuesta por considerar la modalidad activa como un delito especial y, además, restringir el círculo de sujetos activos únicamente al primer grupo de los enunciados en el artículo 286 bis. 4 CP. Sostienen los afines a esta idea que, respecto de los comportamientos de prometer, ofrecer o conceder un beneficio no justificado para predeterminar o alterar el resultado de la prueba, encuentro o competición deportiva, el sujeto activo del delito se circunscribe a los directivos, administradores, empleados y colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de esta.¹⁴⁶⁸

2.2.4. Toma de postura.

Después de todo lo expuesto en este apartado, entendemos que la corriente alternativa, que considera la corrupción deportiva activa como un delito común, es la más coherente para asegurar un combate eficaz de la corrupción en el deporte. Coincidiendo con SILVA SÁNCHEZ, la lucha contra la criminalidad organizada vinculada al deporte y los nuevos retos surgidos a raíz de la proliferación de las apuestas, convierten a este postulado en el más rentable político-criminalmente.

En suma a lo anterior, también nos mostramos de acuerdo con los autores que señalan que esta alternativa es la que mejor colma las exigencias de los principios de legalidad y de coherencia intrasistemática dentro del artículo 286 bis CP. Téngase en cuenta, en último lugar, que –

¹⁴⁶⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de "fraudes deportivos"...*, *op. cit.*, p. 128. Concordeante, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: "4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...", *op. cit.*, p. 512; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 315; MORALES PRATS, F.: "Artículo 286 bis.4", *op. cit.*, p. 416. NIETO MARTÍN es consciente de que este posicionamiento excluiría la tipicidad de supuestos de fraude deportivo vinculados a la delincuencia organizada, como el caso en que el miembro de una organización criminal compra a los árbitros de la Liga de fútbol con el fin de influir en la competición para beneficiar a un determinado equipo o alterar las apuestas. En NIETO MARTÍN, A.: "Lección XXVIII. Protección penal de la competencia...", *op. cit.*, pp. 480-481; NIETO MARTÍN, A.: "Lección X. Protección penal de la competencia...", *op. cit.*, p. 238.

como acertadamente reconocen ANARTE BORRALLLO y ROMERO SÁNCHEZ- el hecho de concebir la modalidad activa como delito común únicamente persigue la finalidad de abarcar adecuadamente la amplia variedad de supuestos de corrupción deportiva vinculada a la manipulación de resultados que pueda existir, sin perjuicio de que pueda convenirse que, en la realidad práctica, lo más habitual podrá ser que los sujetos corruptores aparezcan vinculados -como ocurre con los sujetos sobornados-, de una forma u otra, a una entidad o al desarrollo de una concreta prueba, encuentro o competición deportiva.

XVII. LAS CONDUCTAS TÍPICAS

1. Introducción. Elementos comunes con la corrupción privada.

Una vez analizados los aspectos más notables en torno a los sujetos activos del delito de corrupción en el deporte, es momento ahora de delimitar las conductas típicamente delictivas. Ya dijimos en un momento anterior que el afán en esta Tercera Parte de investigación era resaltar aquellos elementos característicos de la figura delictiva en examen, evitando, en lo posible, incidir en aquellas cuestiones que fueran comunes con la corrupción privada y se hubieran estudiado al hilo de la misma. Por ello, la intención que nos proponemos aquí es relacionar brevemente esos ítems que comparten ambas figuras delictivas para, posteriormente, centrarnos en lo propiamente característico del fraude deportivo.

El punto de partida ha de ser, una vez más, la cláusula de remisión que da inicio al párrafo 4º del artículo 286 bis CP: “lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos...”. Reiterando lo que sostuvimos anteriormente, hemos de afirmar que dicha técnica legislativa de reenvío alcanza, también, a la estructura y descripción de las conductas típicas, de tal manera que el tipo de fraude deportivo se desdobra, por remisión a los dos primeros números del artículo 286 bis CP y, así, tipifica conductas de corrupción activa –por remisión al segundo numeral del precepto– y pasiva –en relación al primer párrafo de la norma–.¹⁴⁶⁹

¹⁴⁶⁹ BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1115; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 38. Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 335; MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 47; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 512; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 314; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 629; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 637; ANARTE BORRALLÓ, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 15; GONZÁLEZ BLESÁ, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*; NIETO MARTÍN, A.: “Lección X. Protección penal de la competencia...”, *op. cit.*, p. 238.

En consecuencia, una interpretación del párrafo 4º, integrando la estructura de los dos primeros números del artículo 286 bis CP, se traduciría en una redacción, del tipo básico de corrupción en el deporte, como la que sigue:

El directivo, administrador, empleado o colaborador de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como el deportista, árbitro o juez, que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro mediante la predeterminación o alteración, de manera deliberada y fraudulenta, del resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a deportistas, árbitros o jueces, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros mediante la predeterminación o alteración, de manera deliberada y fraudulenta, del resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquélla en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual

aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate.

Aportada nuestra interpretación del párrafo 4º, en conjunción con la integración de los dos primeros números del artículo, procedemos ahora al estudio de los diversos elementos típicos que conforman la figura de corrupción deportiva. En un primer momento, abordaremos el examen de algunos aspectos que se definirán por remisión a los dos primeros apartados del artículo 286 bis CP, por lo que, en general, no profundizaremos en su análisis, resaltando únicamente aquellas cuestiones que puedan resultar de interés a fin de seguir un esquema dogmático coherente. Posteriormente, nos detendremos en aquellos elementos propios del delito de corrupción deportiva; rasgos que sí requerirán una exploración más detallada.

2. Elementos típicos definidos por remisión a la corrupción privada.

2.1. Verbos rectores y conductas típicas.

Como hemos puesto de manifiesto hace unas líneas, las conductas típicas de corrupción deportiva se delimitan por remisión a los apartados 1 y 2 –corrupción pasiva y activa, respectivamente– del artículo 286 bis CP.¹⁴⁷⁰ Así, la forma activa consistirá en ofrecer, prometer o conceder un beneficio no justificado, mientras que la correlativa pasiva se consumará al recibir, solicitar o aceptar dicho incentivo indebido.¹⁴⁷¹ Por

¹⁴⁷⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 316; MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, pp. 1100-1101. ANARTE BORRALLO llega a aseverar, incluso, que existe una verdadera dependencia del fraude deportivo respecto de las formas de corrupción privada en la configuración del injusto. En ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 77.

¹⁴⁷¹ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 25; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, *op. cit.*, p. 382; NIETO MARTÍN, A.: “Lección XXVIII. Protección penal de la competencia...”, *op. cit.*, p. 480; ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, pp. 15-16; DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “El delito de corrupción privada”, *op. cit.*; MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, *op. cit.*, pp. 28-29; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en

cuanto la figura de fraude deportivo no presenta particularidad digna de mención a este respecto, nos remitimos a las consideraciones realizadas en el contexto del delito de corrupción privada.¹⁴⁷²

La consecuencia fundamental de lo aquí expresado es que el tipo de corrupción en el deporte, al igual de lo que acontecía con la figura de corrupción entre particulares, se concibe como un delito de mera actividad,¹⁴⁷³ de peligro abstracto¹⁴⁷⁴ y de encuentro, en el que, para la consumación típica, se requiere la participación potencial de dos sujetos:

los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 665; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 418.

¹⁴⁷² En sentido opuesto se manifiesta CORTÉS BECHIARELLI. En el contexto de la corrupción deportiva activa, el autor defiende que “no debe bastar la oferta u ofrecimiento, sino que, como mínimo, se añadiría la existencia del pacto peligroso para el bien jurídico”. Es decir que, en su opinión, la simple remisión a la descripción típica de la corrupción privada activa es inadecuada, debiéndose exigir, en el caso del fraude deportivo, un menor grado de adelantamiento de las barreras punitivas. En CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 241. Tampoco se muestra partidario de la fórmula de remisión QUERALT JIMÉNEZ, quien la tilda de “insuficiente e inadecuada”, por cuanto la corrupción privada “habla de comprar y vender mercancías y servicios” y la corrupción deportiva “lo propio con resultados deportivos”. En QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “§ 17 Delitos societarios, resistencia a las agencias de control...”, *op. cit.*, p. 629.

¹⁴⁷³ Recuérdese que esto implica que el delito se consuma con la mera realización de los verbos típicos, con independencia del éxito y de las consecuencias de la conducta, y sin necesidad de verificar un concreto resultado lesivo, cifrado en una concreta predeterminación o alteración de un resultado deportivo. Así, CARUSO FONTÁN, M.V.: “El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito...”, *op. cit.*, p. 171. En el mismo sentido, BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1115; CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 241; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 163; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, *op. cit.*, p. 384; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 512; MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 447; VENTAS SASTRE, R.: “El nuevo delito de fraude en las competiciones...”, *op. cit.*, p. 89; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 637; GONZÁLEZ BLESAS, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: “Corrupción privada y corrupción en el deporte”, *op. cit.*, pp. 367 y 372; MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, *op. cit.*, p. 28.

¹⁴⁷⁴ MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 48. Por tratarse de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, se ha dicho también que se trata de un delito de consumación anticipada. Así, JUANES PECES, A.: “Principios inspiradores de la reforma del Código Penal operada en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, en JUANES PECES, A. (*dir.*): *Reforma del Código Penal. Perspec-*

uno que promete, ofrece o concede la dádiva injustificada, y otro que la solicita, recibe o acepta.¹⁴⁷⁵ Del mismo modo, también la figura del párrafo 4º está diseñada para penalizar todas las posibles fases o formas de perfección del acuerdo corrupto y con independencia de quién tome la iniciativa corruptora y de que se llegue efectivamente a entregar o a obtener el beneficio o ventaja no justificados, o estos no se materialicen.¹⁴⁷⁶

De la naturaleza de delito de simple actividad y de peligro abstracto, junto con el carácter no estrictamente patrimonial del bien jurídico, se extrae la imposibilidad de apreciar el ilícito en comisión por omisión. Sostiene acertadamente CORTÉS BECHIARELLI que, de un lado, no es posible predicar la condición de garante de los sujetos activos en ninguna de las dos modalidades delictivas y que, de otro lado, los seis verbos rectores descritos por remisión a la corrupción privada suponen, en todos los casos, “dinámicas comisivas de naturaleza activa”. En resumen, al no exigirse un resultado concreto no puede defenderse la posibilidad de comisión por omisión.¹⁴⁷⁷

tiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario, El Derecho, Madrid, 2010, p. 55; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 317; ANARTE BORRALLLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 21; GONZÁLEZ BLESAS, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.* También categorizado como delito de resultado cortado, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 163.

¹⁴⁷⁵ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 629; ANARTE BORRALLLO, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 580; DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “El delito de corrupción privada”, *op. cit.*; GONZÁLEZ BLESAS, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*; MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional...”, *op. cit.*, p. 799. También considerado como delito de resultado cortado. En IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 582.

¹⁴⁷⁶ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 26; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 38. Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 335; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 629; GONZÁLEZ BLESAS, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 665.

¹⁴⁷⁷ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, pp. 142-144.

Y, por último, en semejanza con la corrupción privada, también el tipo de fraude deportivo castigará únicamente los comportamientos de soborno previos a la predeterminación o alteración del resultado deportivo, no estando prevista la tipicidad en supuestos de lo que podríamos denominar cohecho subsiguiente o por recompensa¹⁴⁷⁸ –es decir, aquel caso en que el soborno se pide o entrega con posterioridad al acto de manipulación del resultado de la prueba, encuentro o competición deportiva– ni el soborno en consideración a la función desempeñada.¹⁴⁷⁹ No se prevé, finalmente, reproche penal para casos de tráfico de influencias en el deporte.¹⁴⁸⁰ Así mismo, el carácter de delito de encuentro, potencialmente bilateral, antes expuesto, excluirá la tipicidad de determinados actos unilaterales; supuestos característicos de corrupción deportiva como la conducta de un deportista que, por iniciativa propia, se dopa tomando sustancias prohibidas para conseguir una ventaja económica o deportiva, o el caso de un árbitro que apuesta a un determinado resultado en el partido que arbitra o del deportista, respecto del resultado del equipo al que pertenece.¹⁴⁸¹

¹⁴⁷⁸ SÁNCHEZ MELGAR propone, como ejemplo de conducta no tipificada, los “sobornos pagados por actuaciones ya pasadas, como una recompensa por el «buen arbitraje» realizado”. En SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 35. De igual forma, CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 630; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 666.

¹⁴⁷⁹ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 630.

¹⁴⁸⁰ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: “Corrupción privada y corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 367.

¹⁴⁸¹ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, pp. 26-27; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, pp. 629-630; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 666; MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 49; PRAT WESTERLINDH, C.: “El delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*; MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional...”, *op. cit.*, p. 799. Sí tendrían cabida, por el contrario, supuestos en que el deportista o el árbitro son sobornados por un tercero apostante. Aquí sí existiría la dualidad potencial de intervinientes exigida por la norma penal. Respecto de este tercero, *extraneus*, sostiene CASTRO MORENO que, si no se trata de un directivo, administrador, empleado o colaborador de una entidad deportiva, no podrá ser considerado autor, sino como partícipe como inductor. En nuestra opinión, nada se opone a que este tercero apostante sea considerado autor de la modalidad activa del delito, como consecuencia de la concepción de la misma como delito común. En contrario, MORALES PRATS afirma que el tipo no alcanzará a los apostantes, aunque estos fueren terceras

2.2. Objeto material: beneficio o ventaja injustificados.

Tampoco merece mayor profundización el objeto material del delito. De idéntica manera a lo referido para el tipo de corrupción privada, la prestación corrupta se cifra en un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza.¹⁴⁸² Y, del mismo modo, dicha dádiva puede beneficiar tanto al sujeto corrupto –a quien se promete, ofrece o concede, o quien la solicita, recibe o acepta– como a un tercero, tanto en la modalidad activa como pasiva de fraude deportivo.¹⁴⁸³ A lo señalado en su momento nos remitimos.

3. Elementos característicos de la corrupción deportiva.

3.1. Finalidad específica: predeterminación o alteración deliberada y fraudulenta de un resultado deportivo.

La dicción literal del tipo prevé que la contraprestación corrupta pretendida, a realizar por un sujeto vinculado a una entidad privada o por un deportista, árbitro o juez, a cambio del beneficio o ventaja no justificados, habrá de ser cualesquiera conductas “que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado...” de un evento deportivo. Antes de estudiar cada aspecto de esta expresión por separado, es preciso apuntar algunas consideraciones en torno a la naturaleza misma de dicha locución.

3.1.1. Consideraciones previas.

En este primer punto, nos referiremos a dos cuestiones controvertidas en torno a la manipulación del resultado de un acontecimiento deportivo. En primer lugar, deberá determinarse si esta finalidad de la que

personas que actúen como testaferros o “personas pantalla” de deportistas o árbitros. En MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 421.

¹⁴⁸² CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 29; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 38. Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 336.

¹⁴⁸³ ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, pp. 22-24; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 421. De igual forma, NIETO MARTÍN, A.: “Lección XXVIII. Protección penal de la competencia...”, *op. cit.*, p. 481.

habla el tipo es, en realidad, un elemento del tipo subjetivo o, por el contrario, forma parte de la descripción del tipo objetivo del injusto. En realidad, es trasunto de la discusión que se abordó en el contexto del delito de corrupción privada,¹⁴⁸⁴ por lo que ya avanzamos que nuestro parecer concordará con lo dicho en aquel momento. En segundo lugar, abordaremos el valor dogmático mismo de dicha manipulación y, en concreto, su relación con el elemento típico del “favorecimiento indebido”, presente en la redacción del tipo de corrupción privada tras la reforma de 2015.

3.1.2. La manipulación del resultado: ¿aspecto subjetivo o elemento objetivo del tipo?

El delito debe cometerse con la finalidad de predeterminar o alterar, de manera deliberada y fraudulenta, un resultado deportivo.¹⁴⁸⁵ En este punto, un primer grupo de autores entiende, basándose en la dicción literal del tipo, que esta “finalidad” debe considerarse un elemento de la vertiente subjetiva del tipo. Existe un cierto acuerdo entre ellos, además, en concebir esta expresión como una finalidad específica requerida por el delito de corrupción en el deporte¹⁴⁸⁶ y, por ello, le atribuyen el carácter de elemento subjetivo del injusto,¹⁴⁸⁷ cuya verificación cumulativa al propio dolo, es necesaria para la consumación del delito.

¹⁴⁸⁴ Vid. VII. 2.3.1.

¹⁴⁸⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 241; ANARTE BORRALLO, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 580; DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “El delito de corrupción privada”, *op. cit.*

¹⁴⁸⁶ Se trata de la intención subjetiva que guía el comportamiento del sujeto corrupto. Así, DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, *op. cit.*, p. 382; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 631; MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1101; MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12103; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 422. También referida como una “intención específica”, en BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1115.

¹⁴⁸⁷ ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 24; GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...”, *op. cit.*, p. 44; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 637; IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 582; MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 412.

Para otros, no obstante, la finalidad de manipular el resultado no sería, en rigor, un elemento subjetivo del injusto a verificar exclusivamente en el ánimo del autor, sino un elemento que se predica de la conducta en sí misma considerada. Así, habrá de exigirse que el soborno se oriente objetivamente a conseguir el resultado pretendido o posea aptitud objetiva para ello.¹⁴⁸⁸

En una posición intermedia parece situarse otro sector doctrinal que, a pesar de considerar la finalidad de adulterar el resultado como un elemento subjetivo del injusto, reconoce que este componente proyecta también su naturaleza en la configuración del tipo objetivo, debiendo las conductas ser objetivamente idóneas para condicionar el resultado y estrechándose, así, la línea entre dolo y finalidad típica.¹⁴⁸⁹

Para unos y otros, en todo caso, no es necesario que el resultado llegue a predeterminarse o alterarse –ello, precisamente, por el carácter de delito de mera actividad–, siendo que, como se dijo anteriormente, la finalidad de adulterar el resultado es únicamente la finalidad rectora de la conducta del sujeto. Consecuentemente, resultará igualmente delictivo el supuesto en el que un sujeto recibe un beneficio o ventaja para adulterar un resultado y este se produce con independencia de la intervención del corrupto, por el mejor juego de quien se persigue que gane.¹⁴⁹⁰

Nuestra opinión va en la misma línea de lo que concluimos al albor del delito de corrupción privada. Es innegable que el término “finalidad” –previsto expresamente en el tipo penal– dota a esta adulteración del

¹⁴⁸⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 512-513.

¹⁴⁸⁹ ANARTE BORRALLLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 24; MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, *op. cit.*, p. 32.

¹⁴⁹⁰ MENDOZA BUERGO, B.: “Sección 17. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 1101; MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12103. De la misma forma, BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1115; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 631; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 667; IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 582; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 422.

resultado de un relevante contenido subjetivo, como aspecto tendencial específico del comportamiento del sujeto activo. Pero no puede desconocerse el valor objetivo de dicha dicción, en cuanto a que se requiere que el soborno esté destinado a conseguir, de la contraparte, la realización de una conducta que sea objetivamente idónea para prede-terminar o alterar el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva. Por tanto, podría decirse que, al igual que opinamos respecto de la corrupción privada, apostamos por una respuesta ecléctica a la pregunta planteada en este epígrafe.

3.1.3. Relación entre el elemento del “favorecimiento indebido” y la “finalidad de prede-terminar o alterar” el resultado.

El segundo aspecto debatido unido al significado dogmático de la expresión estudiada se focaliza en plantear si la remisión a los dos primeros números del artículo 286 bis CP supone que deban tenerse en cuenta o no las finalidades en ellos exigidas, cumulativamente a la de prede-terminar o alterar el resultado deportivo.¹⁴⁹¹ Dicho de otro modo, si a la finalidad de adulterar el resultado debe sumarse que el corruptor pretenda un favorecimiento indebido, para sí o para un tercero.

Para quienes optan por la acumulación, la razón de ser estriba en que la remisión que preside el párrafo 4º del artículo 286 bis CP obliga a integrar la finalidad de adulterar el resultado, específica del fraude deportivo, con el favorecimiento indebido para el corrupto o para un tercero, frente a otros, que prevé la figura de corrupción privada.¹⁴⁹² Así, un comportamiento sería considerado típico cuando tuviera la “finalidad de prede-terminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva (...), para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros (...)”.¹⁴⁹³ Este punto

¹⁴⁹¹ BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1115.

¹⁴⁹² CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 38. Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 336; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 630; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, pp. 666-667; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 316; MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 133; MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 413.

¹⁴⁹³ Todas las propuestas de interpretación integrada de las modalidades de corrupción deportiva activa y pasiva que elabora BENÍTEZ ORTÚZAR poseen en común esta

de vista, según GILI PASCUAL, “tiene la evidente consecuencia de estrechar el ámbito típico, al sumar exigencias”, pero según concluye el propio autor, no puede reprocharse la idoneidad penal de esta argumentación.¹⁴⁹⁴

Parece que se sitúa en un polo opuesto a lo anterior quien defiende que la finalidad de adulterar el resultado deportivo es, técnicamente, la especificación de en qué consiste el acto de favorecimiento indebido que debe realizar el destinatario del beneficio o ventaja; es decir, la diferencia entre el delito de corrupción privada y el de fraude deportivo es que este último concreta –lo describe el propio tipo penal– la clase de favorecimiento que constituye la contraprestación corrupta, en contraposición a la corrupción privada, cuya dicción literal nada detalla al respecto.¹⁴⁹⁵ Por tanto, para estos autores, no es de recibo acumular la pretensión del favorecimiento indebido a la finalidad de predeterminar o alterar el resultado deportivo¹⁴⁹⁶ pues, en realidad, ambas expresiones son manifestaciones de una misma cosa. En palabras de GILI PASCUAL, “el único elemento subjetivo que trasciende al tipo objetivo es el específicamente reseñado en el propio apartado 4.º”.¹⁴⁹⁷

redacción. En BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, pp. 123-127. También en GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...”, *op. cit.*, p. 44.

¹⁴⁹⁴ GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...”, *op. cit.*, p. 45.

¹⁴⁹⁵ MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 49; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 631; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 667; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 433.

¹⁴⁹⁶ Se expresa, en estos términos, PUENTE ABA, para quien, en el contexto del delito de corrupción deportiva, “el beneficio o ventaja injustificados no pretende favorecer a otro en la adquisición o venta de bienes o en la contratación de servicios, sino predeterminar o alterar el resultado de una prueba, encuentro o competición de carácter deportivo”. En PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 936.

¹⁴⁹⁷ GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...”, *op. cit.*, p. 34.

Desde nuestro punto de vista, es más acertada la segunda de las opciones planteadas. Concebir una integración cumulativa del favorecimiento indebido con la finalidad de adulteración del resultado puede suponer una interpretación que dificulte la aplicación de la figura y, en suma, puede ser, incluso, reiterativo. No vemos obstáculo a considerar que es precisamente la pretensión de favorecer a un sujeto frente a otros, la que está detrás de la predeterminación o alteración de un resultado. Es esa la utilidad que consigue el corruptor cuando se plantea poner en marcha la maquinaria del acuerdo corrupto. Por ello, en la propuesta integrada que hemos elaborado hace unas páginas, hemos sugerido entender que la contraprestación corrupta se traduce en “favorecer indebidamente a otro mediante la predeterminación o alteración, de manera deliberada y fraudulenta, del resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva...”. Por tanto, la adulteración del resultado es, en realidad, la especificación de la clase de favorecimiento indebido que se castiga en el artículo 286 bis. 4 CP.

3.1.4. “Predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta”.

Una vez explorada la naturaleza dogmática de la finalidad específica, es momento ahora de definir cada uno de los aspectos que la integran. Nos encontramos, en primer lugar, con dos verbos típicos: “predeterminar” y “alterar” y, en segundo término, con dos adjetivos que califican, por igual, cada una de las dos acciones: “deliberado” y “fraudulento”.

Comencemos por los términos que definen la contraprestación corrupta. En alguno de los primeros trabajos doctrinales sobre la materia se resaltaba la dificultad de delimitar el alcance de la expresión “predeterminar o alterar el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva”.¹⁴⁹⁸ Esta indefinición llevó a algún autor a considerar ambas nociones como equivalentes –en tanto en cuanto las dos acciones tienen el mismo efecto: impiden que el resultado del evento deportivo “quede fijado por la imparcialidad de los árbitros, la libre competencia y la limpieza en el juego”–,¹⁴⁹⁹ aunque, en nuestro entender, este punto de vista debe ser matizado en aras a diferenciar las conductas que pueden adquirir relevancia penal.

¹⁴⁹⁸ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 30.

¹⁴⁹⁹ SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 637.

El Diccionario de la Lengua Española define “predeterminar” como “determinar o resolver con anticipación algo”.¹⁵⁰⁰ En el contexto deportivo en el que nos encontramos, la doctrina lo ha categorizado como la “fijación del resultado con anterioridad a la celebración de la prueba o competición”.¹⁵⁰¹

Por su parte, “alterar” adquiere en el Diccionario una serie de significaciones más extensa. La que mejor podría amoldarse a nuestro propósito sería la primera acepción, que define dicho término como “cambiar la esencia o forma de algo”.¹⁵⁰² Para los distintos autores, este segundo verbo rector “puede suponer la modificación posterior de lo ya existente, en el sentido de la intención de modificar el resultado que resultaría del normal desarrollo” del evento deportivo.¹⁵⁰³

CASTRO MORENO realiza, así mismo, una distinción interesante entre aquellas conductas que tienden a predeterminar o alterar el resultado de forma directa –como, por ejemplo, sobornar a un futbolista para que meta un gol en propia puerta– cuya idoneidad en el delito de corrupción deportiva es indiscutible, y aquellas otras tendentes a adulterar un resultado de forma indirecta –así, por ejemplo, que un futbolista finja una lesión antes del inicio de un partido para no jugarlo– cuya lesividad puede resultar insuficiente para aplicar el delito y, por ende, para que se derive una respuesta desde el Derecho penal.¹⁵⁰⁴

En cualquier caso, lo relevante –y, en ello, existe general acuerdo entre los estudiosos– es que el tipo penal piensa en castigar todo el espectro

¹⁵⁰⁰ Definición consultada en la web del Diccionario de la Lengua Española. Fuente: <http://dle.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹⁵⁰¹ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 30; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 667.

¹⁵⁰² Definición consultada en la web del Diccionario de la Lengua Española. Fuente: <http://dle.rae.es/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹⁵⁰³ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 30; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 667.

¹⁵⁰⁴ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 632.

temporal, tanto previo, como coetáneo¹⁵⁰⁵ o posterior a la disputa deportiva.¹⁵⁰⁶ Algún otro autor, empero, ha tratado de ver la diferencia entre ambos conceptos en la existencia de un plan concreto y detallado de manipular el resultado –predeterminación– o de una finalidad más genérica –alteración–.¹⁵⁰⁷ Y, del mismo modo, debe recordarse en este caso que la pretensión de adulterar el resultado es puramente subjetiva, no exigiendo el tipo la real y cierta incidencia sobre la resolución del evento deportivo.¹⁵⁰⁸ Como tendremos ocasión de exponer más adelante, esta circunstancia es la que, a juicio de algunos autores, distingue el delito de corrupción deportiva del de estafa en el juego, de manera que el primero “incrimina un acto preparatorio que es incluso anterior a la mera tentativa de engaño”.¹⁵⁰⁹

Por otro lado, cualquiera de las dos formas de adulterar el resultado¹⁵¹⁰ –“predeterminar o alterar”– debe ser realizada “de manera deliberada y fraudulenta”. A pesar de que algún autor ha entendido que estos calificativos no añaden nada relevante a la descripción típica,¹⁵¹¹ en nuestra opinión, la incidencia de los dos calificativos aporta un contenido

¹⁵⁰⁵ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 38. Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 337; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 172; MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 413. También en IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 582.

¹⁵⁰⁶ Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ afirma que “la redacción típica engloba cualquier modificación del resultado, cualquiera que se[a] la fase en la que se produce”. En MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 316. De igual forma, en ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, pp. 24-25; MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, pp. 133-134.

¹⁵⁰⁷ MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 422.

¹⁵⁰⁸ Basta con que la conducta vaya dirigida a tal fin. En MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 316; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 422. De igual modo, CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 161.

¹⁵⁰⁹ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 30; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 631.

¹⁵¹⁰ En adelante, utilizaremos recurrentemente los términos “adulterar” y “modificar” para aglutinar los dos verbos rectores relativos a la contraprestación corrupta: “predeterminar” y “alterar”.

¹⁵¹¹ CASTRO MORENO indica que la referencia a la adulteración “deliberada y fraudulenta” no añade, ni siquiera, la exclusión de la punición imprudente, puesto que esta es ya incompatible con cualquier conducta defraudatoria y se encuentra prohibida por el artículo 12 CP. En CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 38. Corrupción en el deporte”, *op.*

semántico relevante a los verbos típicos. Debe señalarse, antes de continuar, que, en nuestra opinión, ambos calificativos –“deliberado” y “fraudulento”– deben predicarse tanto de la “predeterminación” como de la “alteración” del resultado.¹⁵¹² Igualmente, ha de reseñarse que ambos calificativos están unidos mediante una conjunción copulativa, por lo que debemos interpretar que la tipicidad exige que la adulteración del resultado sea, sumatoriamente, tanto deliberada como fraudulenta.

Para la doctrina, el adjetivo “deliberada” se conecta y refuerza el tipo subjetivo doloso,¹⁵¹³ debiendo probarse el impulso o energía criminal de la conducta.¹⁵¹⁴ Por su parte, la noción de “fraudulenta” relaciona las conductas típicas con “la concurrencia de un engaño o ardid” en la predeterminación o alteración del resultado deportivo;¹⁵¹⁵ no puede consistir, por tanto, en un entramado de adulteración burdo, ha de incorporar una cierta apariencia, de manera que el resultado manipulado “parezca una eventualidad normal del juego”.¹⁵¹⁶

cit., p. 336; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 630; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 667.

¹⁵¹² La disyuntiva que separa ambos verbos rectores, y la propia dicción literal del precepto aconsejan esta interpretación. En sentido contrario, BENÍTEZ ORTÚZAR concreta las conductas típicas en “predeterminar el resultado” o “alterar deliberada y fraudulentamente el resultado”. En BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 171.

¹⁵¹³ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 34. BENÍTEZ ORTÚZAR habla de adulteración “voluntaria” e “intencionada”. En BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, pp. 171-172.

¹⁵¹⁴ La conducta debe estar regida por esa misma finalidad de adulteración intencionada, lo que, en opinión de MORALES PRATS, aporta componentes de filtro. En MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 422; MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 133.

¹⁵¹⁵ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, p. 34.

¹⁵¹⁶ MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 422; MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 133.

Otros autores consideraban, no obstante, ambos términos como semejantes, desde el momento en que todo amaño deliberado deberá ser entendido, siempre, como fraudulento.¹⁵¹⁷ Tampoco podemos concordar con esta última posición, situándonos en línea con quienes encuentran diferencias semánticas entre ambos adjetivos.

En cuanto al resultado pretendido de la prueba, encuentro o competición deportiva, como objeto sobre el que recae la adulteración deliberada y fraudulenta, parece claro que este puede consistir en ganar, empatar o perder.¹⁵¹⁸ Lo importante, utilizando la expresión de MORALES PRATS y MORÓN LERMA, es “mutar el resultado deportivo natural”.¹⁵¹⁹ Nótese, además, algo que por obvio no debe dejar de resaltarse: el aspecto de la prueba, encuentro o competición deportiva que ha de ser objeto de adulteración es únicamente el resultado, descartándose, por atípicas, las modificaciones de otros aspectos carentes de incidencia inmediata en el mismo –como la calidad en el juego, la estrategia, la táctica, etc.–¹⁵²⁰

Estando lo anterior aceptado de forma prácticamente unánime, se plantean algunas cuestiones interesantes en torno a las *primas* que entregan los clubes –especialmente, en el mundo del fútbol– a final de temporada, cuando la resolución de los campeonatos depende de una determinada combinación de resultados. Debido a la importancia que estas cobran en los desenlaces de los torneos deportivos, realizaremos a continuación algunos breves comentarios en torno a las implicaciones de las mismas, siempre desde la óptica del Derecho penal.

¹⁵¹⁷ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 630; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 667.

¹⁵¹⁸ BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1115; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 38. Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 337; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 631; MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 413.

¹⁵¹⁹ MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 134. BENÍTEZ ORTÚZAR concuerda en que lo esencial es cambiar el normal desarrollo del evento deportivo, dirigido a un resultado concreto. En BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 171.

¹⁵²⁰ ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 25.

3.1.4.1. Controversia jurídico-penal en torno a las *primas*.

Aunque no existe un consenso general en torno a su definición, a los efectos de este trabajo podemos considerar una “prima” como aquel “aumento en modo artificial y deshonesto del rendimiento en la competición”¹⁵²¹ derivado del ofrecimiento de un aliciente, generalmente de carácter económico. Para situar el debate en sus justos términos, debemos diferenciar, primeramente, entre las primas que provienen del propio club o entidad del deportista; suplementos dinerarios generalmente entregados por ganar –y, como insistiremos a continuación, en no pocas ocasiones incluso pactado entre el propio club o entidad y el deportista o deportistas– y las que provienen de un tercer club o entidad interesado en que se produzca un determinado resultado en la prueba o encuentro donde el deportista o deportistas *primados* participan. Y dentro de estas últimas habrá que distinguir, en segundo lugar, entre las que se ofrecen por que el deportista o deportistas ganen y aquellas cuyo objetivo es que los *primados* empaten o pierdan un determinado encuentro o prueba deportiva.

Así las cosas, respecto de las “clásicas” primas por ganar un determinado torneo, entregadas a un deportista o deportistas por su propio club o entidad deportiva, coincidimos con quienes señalan que su legalidad, desde el punto de vista penal, no presenta mayores problemas,¹⁵²² incluso aunque puedan provenir de un simpatizante de dicha entidad.¹⁵²³ De hecho, en no pocas ocasiones estos incentivos son públicos y aceptados por todos.¹⁵²⁴ Tampoco debe resultar problemático

¹⁵²¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, *op. cit.*, p. 382.

¹⁵²² CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 31; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 631; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 668; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 165; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 637.

¹⁵²³ Así opina CORTÉS BECHIARELLI. En CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 165.

¹⁵²⁴ MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, *op. cit.*, p. 30.

entender que las primas ofrecidas por un tercer club o entidad deportiva a un deportista o deportistas por perder o, en su caso, empatar, adquieren relevancia penal a tenor de las previsiones del artículo 286 bis. 4 CP, por cuanto incentivar a un deportista para que se deje ganar supone una alteración deliberada y fraudulenta del resultado.¹⁵²⁵

La discusión doctrinal se ha originado, habitualmente, en las denominadas primas a terceros por ganar. Durante la primera versión de vigencia del delito, entre 2010 y 2015, la respuesta a la posible tipicidad o no de las mismas se resolvía integrando el elemento típico del “incumplimiento de obligaciones” –previsto para la figura de corrupción privada– en el delito de fraude deportivo. Así, las obligaciones que un deportista debe cumplir, en el seno de su actividad, nada tienen que ver con la compraventa de mercancías o contratación de servicios, sino con el respeto a las reglas del juego de cara a la consecución de un determinado resultado. Siendo esto así, el incentivo otorgado a un deportista por ganar no incumple obligación alguna en ese sentido pues vencer es, precisamente, en lo que consiste su deber.¹⁵²⁶ Por lo tanto, afirmaba la mayoría de autores que las primas por ganar carecen de la antijuridicidad material necesaria para lesionar el bien jurídico; y del mismo modo, una prima de un tercer club o entidad deportiva por ganar no

¹⁵²⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 241; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 166; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 637; MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, *op. cit.*, p. 30; MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12100. Además, ello puede causar efectos económicos lesivos a terceros, como, por ejemplo, a quienes como consecuencia de esta prima por empatar o perder descienden de categoría o no obtienen un título o la opción de participar en otra competición. En SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 434.

¹⁵²⁶ En esta línea, BLANCO CORDERO, I.: “Sección 4.ª De la corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 1115; NIETO MARTÍN, A.: “Lección XXVIII. Protección penal de la competencia...”, *op. cit.*, p. 481; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 172; ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 25; MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 134; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 637; NIETO MARTÍN, A.: “Lección X. Protección penal de la competencia...”, *op. cit.*, p. 238; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 668.

supondría una predeterminación o alteración fraudulenta del resultado deportivo.¹⁵²⁷ Careciendo estas de relevancia penal se remitía su eventual sanción, en consecuencia, a la regulación disciplinaria deportiva.¹⁵²⁸

Estos postulados no son, sin embargo, defendidos por la totalidad de los autores que se han pronunciado al respecto, habiéndose formulado

¹⁵²⁷ MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, pp. 413-414. Respecto de esta última cuestión, se señalaba que solo podía reputarse el carácter fraudulento de la adulteración cuando fuera el propio deportista el que solicita al tercero beneficiario la dádiva por ganar pues, de ese modo, el deportista está indicando implícitamente que de no entregarse el estipendio no hará lo posible por conseguir la victoria. En CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 31; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, pp. 631-632. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 317; DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “El delito de corrupción privada”, *op. cit.*; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “V. El delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 434.

¹⁵²⁸ CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 241; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 165; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: “Corrupción privada y corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 372; MAGRO SERVET, V.: “La corrupción en el deporte en la reforma...”, *op. cit.*, p. 6. A mero título ejemplificativo, el artículo 82 del Código Disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol sanciona, como infracción grave, la promesa o entrega, o bien la aceptación o recepción de incentivos extradeportivos para lograr obtener un resultado deportivo. El Código Disciplinario puede consultarse en la web de la Real Federación Española de Fútbol. Fuente: http://cdn1.sefutbol.com/sites/default/files/codigo_disciplinario_temporada.pdf. Consultado el 2 de noviembre de 2017. En este sentido, resulta especialmente de interés examinar el Laudo emitido por el TAS en 2014, en el caso UEFA frente al club turco del Eskisehirspor Kulübü (CAS 2014/A/3628), en el que determina que las primas por ganar también contravienen la normativa de la UEFA. Sostiene dicho laudo que, de entre “todas las actividades potenciales dirigidas a organizar o influir en el resultado de un encuentro”, prohibidas por el artículo 2.08 del Reglamento UEL entonces vigente, deben incluirse no solamente “aquellas actividades destinadas a determinar fraudulentamente el resultado de un partido (...), sino también aquellas actividades que conlleven una influencia ilegal en el partido”. Entre estas últimas, el texto incluye “motivar a los jugadores con incentivos de terceros”. Las ideas seleccionadas se encuentran en el numeral 114 del laudo, p. 34. El texto del laudo puede consultarse en la web de la UEFA. Fuente: https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/CASdecisions/02/44/19/35/2441935_DOWNLOAD.pdf. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

diversas objeciones en varios de los aspectos reseñados anteriormente. Así, formulando una primera crítica durante la versión original del delito, SÁNCHEZ MELGAR defendió la tipicidad tanto de las primas por perder o empatar, como de las ofrecidas a un deportista por ganar, pues “el tipo no discrimina la forma de predeterminar o alterar el resultado (...), sin que tal prima pueda juzgarse como un incentivo a los deportistas”.¹⁵²⁹

Desde una misma óptica observa la cuestión GILI PASCUAL. Este autor parte de la base de que la obligación del deportista –vinculando la tipicidad de las primas al elemento del “incumplimiento de obligaciones”– no es, en sí misma, el “salir a ganar”, sino más bien “velar para que el resultado deportivo se configure con arreglo a condicionantes públicos y convenidos al iniciar la competición, (...) sin interferencias externas no previamente estipuladas como rectoras del juego”. Se trata, por ende, de una obligación *ad extra*, “hacia la probidad del entramado de la competición”. Desde esta perspectiva, insiste en que no puede decirse que el correcto desarrollo del evento deportivo no se vea alterado a través del otorgamiento de una prima a terceros por ganar; el principio de confianza que se establece en que el juego se desarrolle conforme reglas públicas y convenidas se ve igualmente conculcado. Ello lleva a concluir que no existen razones para reputar atípicas cualesquiera primas, sea cual sea el sentido en el que se pretende adulterar el resultado con ellas. No obstante, sabedor de la importante extensión de respuesta penal que supondría su fundamentación, finaliza reconociendo que, si acaso, la razón para no castigar penalmente las primas por ganar sea que las mismas “no alteran significativamente el grado de indeterminación que caracteriza a todo evento deportivo”.¹⁵³⁰

En segundo lugar, la eventual tipicidad de las primas de terceros por ganar merece un comentario tras la reforma del delito de 2015. Si con la redacción original se había excluido su relevancia penal vinculada al elemento típico del “incumplimiento de obligaciones”, es generalmente entendido que, a pesar de que la LO 1/2015 suprime esta exigencia, estas primas por ganar debían seguir reputándose atípicas en atención a otros elementos de la figura delictiva, “como el carácter fraudulento

¹⁵²⁹ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, pp. 34-35.

¹⁵³⁰ GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...”, *op. cit.*, pp. 57-60.

de la pretensión o el carácter indebido del beneficio o ventaja”;¹⁵³¹ esto es, la necesidad de que la adulteración se lleve a cabo de manera fraudulenta y la naturaleza injustificada del beneficio o ventaja sirven, para la doctrina, de cobertura para declarar la ausencia de lesividad penal de dichas remuneraciones al deportista.

Coincidimos, para concluir, con la generalidad de los expertos en cada uno de los puntos tratados al hilo de las consabidas primas. Las otorgadas por ganar por el propio club o entidad deportiva en que desarrolla su labor el deportista deben considerarse, sin más, un incentivo económico, de similar naturaleza a los complementos salariales por objetivos, habituales en el mundo empresarial.

La idoneidad de sanción penal de las primas a terceros por empatar o perder tampoco plantean, desde nuestro punto de vista, debate en torno a su inclusión en el ámbito típico del artículo 286 bis. 4 CP. Cuando un deportista acepta un estipendio económico de una entidad ajena a la propia –generalmente competidora en el torneo en cuestión– está adulterando de forma deliberada y fraudulenta el resultado del mismo, en los términos expresados anteriormente. Y respecto de las primas a terceros por ganar, apostamos también por su atipicidad. Y ello también a pesar de la eliminación del elemento típico del “incumplimiento de obligaciones” tras la reforma de la norma en 2015. Se apoya esta conclusión, a nuestro entender, no tanto en el carácter injustificado del beneficio o ventaja –aspecto aludido por alguna doctrina– sino más bien –y aquí sí concordamos con lo expuesto– en la naturaleza fraudulenta que debe revestir la predeterminación o alteración del resultado. Además, ello se debe apuntalar por la necesaria aplicación restrictiva de todo tipo penal, con lo que –suscribiendo las palabras de GILI PASCUAL– no puede acreditarse que una prima por ganar posea la capacidad lesiva suficiente a la neutralidad de un resultado.

3.2. Ámbito del delito: prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

3.2.1. Prueba, encuentro o competición deportiva.

¹⁵³¹ ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 78; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, pp. 422-423.

El ámbito del delito, ya desde la redacción de 2010, viene referido a una “prueba, encuentro o competición deportiva”, en línea con las previsiones de la legislación deportiva.¹⁵³² Esta redacción permite aplicar el tipo penal a cualesquiera acontecimientos deportivos –bien en sistema de competición de todos contra todos, bien en sistemas competitivos eliminatorios, así como en el caso de pruebas deportivas puntuales o aisladas, etc.–,¹⁵³³ configurándose como una redacción omnicomprendensiva. Por “prueba” o “encuentro” entiende la doctrina cualquier “evento deportivo en el que personas compiten con el objetivo de ganar conforme unas reglas predeterminadas y establecidas”. Por su parte, la noción de “competición” hace referencia a un “conjunto de pruebas o encuentros deportivos que generalmente determinan una puntuación final y un ganador”. Además, aunque ello pueda parecer innecesario, el Código penal especifica que tales acontecimientos han de tener carácter “deportivo”.¹⁵³⁴

3.2.2. Naturaleza del acontecimiento deportivo.

El delito del párrafo 4º del artículo 286 bis CP no puede ser aplicado en cualquier evento deportivo. Tanto en la redacción original de 2010 como en la versión resultante de 2015, el legislador ha querido limitar el ámbito de aplicación típico,¹⁵³⁵ en los términos que veremos a continuación.

3.2.2.1. Restricción del ámbito de aplicación delictivo en 2010.

¹⁵³² CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 38. Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 337; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 632; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, *op. cit.*, p. 385; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 317. Así, los artículos 76.1 c) LD y 14 c) y 28 RDD distinguen entre “prueba” y “competición”. Por su parte, los artículos 79.1 b) LD y 28 RDD, contienen los términos “encuentro”, “prueba” y “competición”.

¹⁵³³ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 173.

¹⁵³⁴ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 632; PRAT WESTERLINDH, C.: “El delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*

¹⁵³⁵ BAÑERES SANTOS, F.: “La corrupción entre privados...”, *op. cit.*, p. 250.

El Proyecto de reforma del Código penal de 2009, primero en el que se recoge el fraude deportivo no contenía, en su redacción, ningún elemento de limitación del ámbito de aplicación del delito,¹⁵³⁶ reconociéndose la tipicidad del soborno en cualquier “prueba, encuentro o competición deportiva”. Sin embargo, en la tramitación parlamentaria de lo que derivaría en ser la LO 5/2010, la enmienda número 451 al apartado 4º del artículo 286 bis, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, añadió, por primera vez, el adjetivo “profesionales” para categorizar dichos eventos deportivos,¹⁵³⁷ descartándose, con él, la idoneidad de reproche penal en acontecimientos deportivos disputados entre deportistas aficionados o *amateurs*¹⁵³⁸ y constriñendo, consecuentemente, la esfera de acción del tipo penal.¹⁵³⁹

Esta limitación inicial del delito al deporte profesional encontró, en los autores, diversas justificaciones. Para BENÍTEZ ORTÚZAR era necesario acotar el ámbito delictivo debido al carácter de *ultima ratio* de la intervención penal y en aplicación del principio de intervención mínima de dicha disciplina jurídica.¹⁵⁴⁰ CORTÉS BECHIARELLI, por su parte, aporta razones de seguridad jurídica, taxatividad de los tipos penales e insiste en que trata de una “manifestación legislativa expresa del principio de intervención mínima”.¹⁵⁴¹ Como postura relevante, por último, en opinión de CASTRO MORENO la justificación de la limitación

¹⁵³⁶ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 632.

¹⁵³⁷ En efecto, el calificativo “profesionales” se predicaba, por igual, de la prueba, encuentro o competición deportiva. En MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 317.

¹⁵³⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, *op. cit.*, pp. 385-386; JUANES PECES, A.: “Principios inspiradores de la reforma...”, *op. cit.*, p. 55.

¹⁵³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 317; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 152; MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional...”, *op. cit.*, p. 798.

¹⁵⁴⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 141.

¹⁵⁴¹ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 155.

típica a los eventos deportivos profesionales se vinculaba con el elemento del “incumplimiento de obligaciones” presente en la figura de la corrupción privada en la dicción inicial de 2010.¹⁵⁴²

Entrando en materia, el informe de la Subcomisión sobre Deporte Profesional en España, presentado en la Comisión de Educación y Deporte del Congreso de los Diputados, el 26 de mayo de 2010, consideró que debía entenderse por “deporte profesional”, no solo a la Primera y Segunda División ‘A’ del fútbol español y a la Liga ACB de baloncesto, sino que apostaba por un concepto “abierto y flexible”, que incluyera “todos los deportes colectivos o individuales en una relación a realizar por el Consejo Superior de Deporte entre los que reúnan una serie de requisitos señalados legalmente”. Del mismo modo, abogaba por entender como “deportista profesional” a “aquella persona que haga del deporte su profesión, ya sea en un deporte individual o en un deporte en equipo o incluso las personas que actúan como entrenadores, preparadores físicos, árbitros u otros sujetos implicados en cada una de las modalidades deportivas”.¹⁵⁴³

Para apuntalar la naturaleza profesional de la prueba, encuentro o competición deportiva, en vinculación con la noción de “deportista profesional”, podría acudir también al Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales que, en su artículo 1.2 los define como “quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución.”¹⁵⁴⁴ Sin embargo, esta última posibilidad debía

¹⁵⁴² CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 632; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, pp. 668-669.

¹⁵⁴³ Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Educación y Deporte, IX Legislatura, nº 556, 26 de mayo de 2010, pp. 4 y ss. Este Diario puede consultarse en la web del Congreso de los Diputados. Fuente: http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/DS/CO/CO_557.PDF. Consultado el 2 de noviembre de 2017. Sobre esta cuestión, en extenso, DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, *op. cit.*, p. 386.

¹⁵⁴⁴ El Real Decreto 1006/1985 puede consultarse en la web del BOE. Fuente: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-12313>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

ser descartada pues, como acertadamente apuntaba CORTÉS BECHIARELLI, “según el tipo de corrupción deportiva, ha de ser [profesional] la prueba, encuentro o competición, y no el deportista”.¹⁵⁴⁵

En el ámbito teórico, los distintos estudiosos en la materia dedicaron esfuerzos relevantes a tratar de delimitar el alcance del elemento “prueba, encuentro o competición deportiva profesional”. BENÍTEZ ORTÚZAR entendió por tal aquel acontecimiento deportivo organizado por una Liga profesional, en aplicación del artículo 41.1 LD¹⁵⁴⁶ o, en su caso, aquel evento que esté calificado como “profesional” por el Consejo Superior de Deportes, en aplicación del artículo 46 LD.¹⁵⁴⁷

Una interpretación integrada de ambos preceptos podría arrojar que una prueba, encuentro o competición deportiva será calificada como “profesional” cuando esté organizada por una Liga profesional o, en su caso, cuando sea así considerada por el Consejo Superior de Deportes, en atención a su importancia y dimensión económica o a la existencia de ciertos requisitos, como la vinculación contractual laboral entre clubes y deportistas.¹⁵⁴⁸

¹⁵⁴⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, op. cit., p. 154. De igual modo, en ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, op. cit., p. 25.

¹⁵⁴⁶ Dice este precepto lo siguiente: Artículo 41.1. LD: “En las Federaciones deportivas españolas donde exista competición oficial de carácter profesional y ámbito estatal se constituirán Ligas, integradas exclusiva y obligatoriamente por todos los Clubes que participen en dicha competición.” En BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, op. cit., p. 143.

¹⁵⁴⁷ Artículo 46.2 LD: “2. Son competiciones oficiales de ámbito estatal aquellas que así se califiquen por la correspondiente Federación deportiva española, salvo las de carácter profesional, cuya calificación corresponderá al Consejo Superior de Deportes.

Los criterios para la calificación de las competiciones oficiales de ámbito estatal podrán ser establecidos en las disposiciones de desarrollo de la presente Ley o, de acuerdo con ellas, en los Estatutos federativos correspondientes.

Serán criterios para la calificación de competiciones de carácter profesional, entre otros, la existencia de vínculos laborales entre Clubes y deportistas y la importancia y dimensión económica de la competición.”

¹⁵⁴⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, op. cit., p. 144.

Aun con todo, esta consideración mantenía las dudas¹⁵⁴⁹ sobre si encajaban en el ámbito típico del artículo 286 bis CP competiciones de la relevancia de la Copa del Rey –organizada directamente por las Federaciones Españolas de las modalidades deportivas en que se disputa, y no por las respectivas Ligas– o, particularmente, todos aquellos torneos y competiciones tenísticos, ciclistas, motociclistas o automovilísticos en los que participan deportistas a los que podríamos catalogar como profesionales, en el sentido definido por la Subcomisión sobre Deporte Profesional, pero que, en sentido técnico, han sido consideradas competiciones oficiales, pero no profesionales.¹⁵⁵⁰

Se dijo de la restricción típica vigente en 2010 que podía cumplir “buen papel, en cuanto limita algo los atentados”¹⁵⁵¹ al bien jurídico protegido, aunque ello no pudo refrendarse en la práctica, ante la ausencia de resoluciones judiciales condenatorias firmes en que se aplicara el tipo penal en estudio. Sin embargo, las dudas que se mantenían sobre la idoneidad o no de incluir en la esfera del delito eventos tan relevantes como, singularmente, la Copa del Rey de cada modalidad deportiva,¹⁵⁵² así como las dificultades de delimitación del propio término que hemos tratado de evidenciar, llevaron a algún autor a mostrarse contrario a esta previsión¹⁵⁵³ y a demandar que se sustituyera el término “profesional” por la expresión “pruebas, encuentros o competiciones oficiales o profesionales”.¹⁵⁵⁴

3.2.2.2. Restricción del ámbito de aplicación delictivo desde 2015.

¹⁵⁴⁹ ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 25.

¹⁵⁵⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, pp. 143-144.

¹⁵⁵¹ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 156.

¹⁵⁵² CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 669. Según MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ la Copa del Rey debía considerarse “profesional” a efectos de este delito, por cuanto “es una competición de carácter oficial (...) en la que intervienen deportistas profesionales (no *amateurs*)”. En MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 317. Esta postura es, sin embargo, minoritaria.

¹⁵⁵³ PRAT WESTERLINDH, C.: “El delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*

¹⁵⁵⁴ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 38. Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 337; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 632.

El legislador penal de la LO 1/2015, consciente de las dificultades interpretativas que hemos expuesto someramente en el punto anterior y de las consiguientes objeciones formuladas por la doctrina, acometió, en dicha norma, una modificación sustancial¹⁵⁵⁵ del ámbito de aplicación del delito de corrupción en el deporte. El redactor del texto legal cambió el concepto “profesional”, hasta entonces vigente, por la expresión “de especial relevancia económica o deportiva”¹⁵⁵⁶ y, además, incluyó, en un segundo párrafo del apartado 4º del artículo 286 bis CP, una regla de interpretación auténtica¹⁵⁵⁷ de dicho elemento, de tal forma que, en la previsión vigente la naturaleza de la prueba, encuentro o competición deportiva se encuentra definida en el propio tipo penal.¹⁵⁵⁸

La primera consecuencia es una evidente ampliación del círculo de acontecimientos deportivos a los que será aplicable el delito, y con ello del propio margen de intervención penal.¹⁵⁵⁹ Con la reforma, además,

¹⁵⁵⁵ MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional...”, *op. cit.*, pp. 801-802. Para ANARTE BORRALLO constituye una auténtica redefinición del marco deportivo. En ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 79.

¹⁵⁵⁶ Esta mutación ha supuesto, en opinión de MORALES PRATS, descartar “una importante vía de recorte típico, que excluía del ámbito de incriminación las competiciones oficiales no profesionales, así como las prácticas del deporte de tipo amateur.” En MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 423.

¹⁵⁵⁷ ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 79; MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional...”, *op. cit.*, p. 802.

¹⁵⁵⁸ PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 936.

¹⁵⁵⁹ IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 582; MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, *op. cit.*, p. 36; PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 936; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, pp. 423-424. Esta ampliación ha generado adhesiones y críticas por parte de los expertos. En el primer polo, podríamos situar a MAGRO SERVET para quien la reforma clarifica mejor el objetivo de la tipificación “por entender que la mención de «competición profesional» no cerraba bien el arco donde se quería aplicar el precepto”. En MAGRO SERVET, V.: “La corrupción en el deporte en la reforma...”, *op. cit.*, p. 5. En el grupo de los autores contrarios, encontramos, en primer término, que, para ANARTE BORRALLO, la modificación empeora la delimitación precedente en función del carácter profesional del acontecimiento deportivo. En ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 79. Y, en segundo término, MARTÍN YESTE considera la nueva expresión un error, “pues la dimensión económica del deporte que

el carácter “profesional” de la prueba, encuentro o competición deportiva ha pasado a formar parte de una de las circunstancias específicas que dan lugar a la intensificación punitiva recogida en el actual artículo 286 quater CP.¹⁵⁶⁰ Ello va a suponer, según alguna doctrina, que, en la práctica, resulte más aplicado el delito privilegiado que el tipo básico, planteando objeciones en términos de técnica legislativa.¹⁵⁶¹

Anotadas estas consideraciones preliminares, abordamos ahora la definición conceptual de la expresión “especial relevancia económica o deportiva” centrando nuestro enfoque, como no puede ser de otro modo, en el contenido del nuevo segundo párrafo del artículo 286 bis. 4 CP.

a) “Especial relevancia económica”.

Por evento deportivo “de especial relevancia económica” debe entenderse “aquella en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad”. Lo fundamental será que en la competición participen, mayoritariamente, deportistas a cambio de una contraprestación económica, ya sean profesionales o aficionados. Con esta nueva dicción se acogen dentro del ámbito típico aquellas competiciones en las que pueden participar deportistas no profesionales, pero a cambio de una retribución,¹⁵⁶² como la Copa del Rey, los Juegos Olímpicos o las categorías de Segunda División B o, incluso, Tercera, en el fútbol.

Esta remuneración “mayoritaria” de los jugadores ha sido concretada por la doctrina. Según la opinión más extendida, se apreciará tal rele-

merece más protección sería la que puede afectar a la competencia” y los “clubes humildes (...) en poco o nada pueden perjudicar el orden económico general o la libre competencia”, por lo que la nueva dicción del delito “no parece lo más adecuado para perseguir a los grandes defraudadores”. En MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, *op. cit.*, p. 33.

¹⁵⁶⁰ MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional...”, *op. cit.*, p. 803.

¹⁵⁶¹ IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, pp. 581-582; MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 414.

¹⁵⁶² PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 937; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 424.

vancia económica cuando, al menos, la mitad más uno de los participantes reciban una retribución económica por el mero hecho de participar;¹⁵⁶³ estipendio que deberá ser abonado por el organizador del evento deportivo¹⁵⁶⁴ o, en su caso, por el club o entidad deportiva para el que el deportista desarrolle su labor.

Surge la duda en torno a si la retribución, compensación o ingreso ha de revestir, necesariamente, índole económica o si, por el contrario, se trata de un criterio cualitativo.¹⁵⁶⁵ En nuestra opinión, la redacción presente en el párrafo segundo del apartado 4º nos lleva a considerar que, en efecto, la “retribución” o la “compensación” pueden ser de “cualquier tipo”; esto es, pueden ostentar naturaleza económica o de cualquier otra índole; mientras que, por el contrario, el calificativo “económico” que acompaña al “ingreso” le dota, con carácter exclusivo, de tal naturaleza.

No parecen concordar con esta interpretación, centrada en la retribución a los participantes del evento deportivo, MORILLAS CUEVA y BENÍTEZ ORTÚZAR. Para ellos, lo fundamental, para poder calificar una prueba, encuentro o competición deportiva como de “especial relevancia económica” es que la mayor parte de los contendientes sean considerados deportistas profesionales de acuerdo al Real Decreto 1006/1985.¹⁵⁶⁶

¹⁵⁶³ No por otros conceptos como el resultado, los derechos de imagen, los desplazamientos y las dietas. En IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 582; MAGRO SERVET, V.: “La corrupción en el deporte en la reforma...”, *op. cit.*, p. 5; MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 414; ANARTE BORRALLLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 79; RUIZ RODRÍGUEZ, L.R.: “Lección 4ª. Delitos relativos al mercado...”, *op. cit.*, pp. 137-138; MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional...”, *op. cit.*, p. 804.

¹⁵⁶⁴ IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 582. En el mismo sentido, MAGRO SERVET, V.: “La corrupción en el deporte en la reforma...”, *op. cit.*, p. 5; MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 414.

¹⁵⁶⁵ Este parece el sentido que le otorga a la expresión ANARTE BORRALLLO. En ANARTE BORRALLLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 79.

¹⁵⁶⁶ MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional...”, *op. cit.*, p. 803.

Se ha criticado este elemento típico por “extenso e innecesario”, en la medida en que “se va a conformar como un auténtico cajón de sastre” y, en su seno, va a poder “incluir cualquier expresión deportiva con gratificación, de cualquier tipo y cantidad”, por lo que se corre el riesgo de aplicación hiperbólica del delito, para todo evento deportivo. Por ello, se ha objetado la necesidad de haber determinado el umbral mínimo de cuantía a partir del cual se considera un acontecimiento de “especial” relevancia económica.¹⁵⁶⁷ Precisamente para salvar este posible escollo, y optando por una interpretación restrictiva de esta figura delictiva, se mantiene que la remuneración recibida ha de ser significativa, pues de otro modo no podría hablarse de “especial relevancia”.¹⁵⁶⁸

No han sido las únicas objeciones vertidas a esta redacción legal. Se ha calificado de “no muy afortunada” en atención a la indeterminación que desprende respecto de algunos elementos que pueden influir en la inclusión o no de una conducta en el ámbito del delito. En este sentido, se ha criticado la imprecisión de los términos “retribución”, “compensación” e “ingreso económico”, así como la dificultad de delimitar el elemento de la “participación en la actividad”.¹⁵⁶⁹

b) “Especial relevancia deportiva”.

Una prueba, encuentro o competición poseerá, por otro lado, “especial relevancia deportiva” cuando “sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate”. Para aprehender el alcance de este elemento, será necesario acudir a la legislación deportiva, singularmente a la Ley del Deporte.¹⁵⁷⁰ Son dos los criterios que deben apreciarse, cumulativamente, para poder predicar la “especial relevancia deportiva” de una prueba, encuentro o competición: que se trate de un

¹⁵⁶⁷ IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 582. Parece concordar en el carácter extenso del elemento “especial relevancia económica”, PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 938.

¹⁵⁶⁸ ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 79.

¹⁵⁶⁹ MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional...”, *op. cit.*, pp. 804-805.

¹⁵⁷⁰ PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 937.

evento oficial, en primer término, y de la máxima categoría, en segundo lugar.

Comencemos por el carácter oficial de la prueba, encuentro o competición deportiva. El artículo 46.1 a) de la Ley del Deporte clasifica las pruebas y competiciones en oficiales y no oficiales, y de naturaleza profesional y no profesional. Así mismo, las competiciones oficiales pueden catalogarse, por su ámbito, en competiciones oficiales internacionales, estatales y de ámbito territorial inferior –que, generalmente, se identificará con el ámbito autonómico, artículo 46.1 b) LD–.

Serán competiciones oficiales de ámbito estatal aquellas así calificadas por la Federación deportiva correspondiente –si carecen, a su vez, de naturaleza profesional–, de acuerdo a una serie de criterios –artículo 46.2 LD– que aparecen reflejados en el artículo 4 del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, de Federaciones deportivas españolas y Registro de Asociaciones deportivas.¹⁵⁷¹ Tales criterios son el nivel técnico de la competición, la importancia de la misma en el contexto deportivo nacional, la capacidad y experiencia organizativa de la Entidad promotora, la tradición de la competición y, por último, la trascendencia de los resultados a efectos de participación en competiciones internacionales. En caso de tratarse de competiciones oficiales, de ámbito estatal y, además, de naturaleza profesional, la calificación como “oficial” corresponderá al Consejo Superior de Deportes.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 15.3 b) del RD 1835/1991, corresponde a la Federación deportiva la aprobación del calendario deportivo anual, que deberá especificar las competiciones y actividades oficiales de ámbito estatal. En el caso de las competiciones oficiales, de ámbito estatal y profesionales, habrá de ser la Liga profesional quien apruebe tal relación anual y la correspondiente Federación quien la ratifique.

En todo caso, en relación al segundo elemento exigido por el tipo, habrá de atenderse a dicho calendario de cada disciplina o modalidad deportiva para determinar cuándo estamos ante competiciones oficiales “de

¹⁵⁷¹ La versión consolidada de este Real Decreto puede consultarse en la web del BOE. Fuente: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-30862>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

la máxima categoría”; únicas sobre las que se puede predicar la “especial relevancia deportiva”.¹⁵⁷²

A modo meramente ilustrativo, podríamos citar, como competiciones oficiales, de ámbito estatal, de máxima categoría y naturaleza profesional, la Primera División en fútbol –actualmente conocida como “LaLiga Santander”, por cuestiones de patrocinio– y la Liga ACB de baloncesto –actualmente denominada “Liga Endesa”–. Como sostendremos en su momento, en caso de producirse la manipulación de un resultado en cualquiera de estas dos competiciones, será de aplicación el tipo cualificado previsto en el artículo 286 quater CP, precisamente porque poseen naturaleza profesional.¹⁵⁷³

Por su parte, podemos referir otras competiciones oficiales, de máxima categoría, de ámbito estatal, pero exentas de naturaleza profesional, como la Liga ASOBAL de balonmano, la Liga Femenina de fútbol –conocida como “Liga Iberdrola”– o de baloncesto y la División de Honor de modalidades como el fútbol sala o el waterpolo.¹⁵⁷⁴ Estas, por carecer de naturaleza profesional, entrarían en el ámbito del tipo básico de corrupción deportiva.

En ningún caso podrá aplicarse el tipo básico, por último, a las pruebas, encuentros o competiciones deportivas organizadas por Federaciones deportivas internacionales, puesto que los actos de adulteración de resultados en este ámbito han quedado integrados, por voluntad del legislador, como luego veremos, dentro de los supuestos agravados.¹⁵⁷⁵

c) Mecanismo de aplicación del tipo básico.

¹⁵⁷² PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 938.

¹⁵⁷³ MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional...”, *op. cit.*, p. 805.

¹⁵⁷⁴ Debe tenerse en cuenta que esta cuestión se encuentra en continuo debate y evolución. En este momento únicamente se pueden considerar competiciones oficiales, de máxima categoría y profesionales, la Primera División de fútbol y la Liga ACB de baloncesto, si bien se conciben la Liga ASOBAL de balonmano y la Liga Nacional de Fútbol Sala como competiciones “profesionalizadas”. En DE LA PLATA CABALLERO, N.: “Tema 5. La organización deportiva...”, *op. cit.*, p. 158.

¹⁵⁷⁵ IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 583.

Sostiene ANARTE BORRALLO que, a la hora de castigar un comportamiento ilícito con el tipo básico, habrá de comprobarse, en primer lugar, si la prueba, encuentro o competición deportiva ostenta “especial relevancia económica” y solo habiendo respondido negativamente, valorar si la especial relevancia es “deportiva”, por ostentar la máxima categoría. Siguiendo este proceder, concluye, que la apreciación de la especial relevancia deportiva “raramente entrará en liza respecto a deportes que no sean marginales”.¹⁵⁷⁶

Desde nuestro punto de vista, sin embargo, la dicción literal acoge ambos elementos con una disyuntiva simple: “especial relevancia económica o deportiva”. Por tanto, desde el momento en que se aprecie cualquiera de ellos, indistintamente, será de aplicación el tipo básico de corrupción en el deporte.¹⁵⁷⁷

d) Problemas interpretativos.

La nueva literalidad del precepto penal no está exenta de generar problemas interpretativos de importancia. Ello porque, en las previsiones del delito básico de corrupción deportiva y en la dicción de los supuestos calificados del artículo 286 quater CP, se entremezclan tres conceptos diferenciados pero que, en ocasiones, aparecen conectados: la oficialidad, la profesionalidad y el carácter de máxima categoría de la prueba o competición deportiva. Vamos a tratar de aclarar algunas cuestiones que puedan resultar oscuras a colación de estos tres elementos.

Como veremos más adelante, aunque hemos adelantado algo hace unas líneas, cuando se cometan cualesquiera actos de corrupción, tendentes a predeterminar o alterar el resultado de una prueba o competición profesional, será de aplicación el delito cualificado del artículo 286 quater. Ello incluye, a nuestro entender, competiciones como, por ejemplo, la Primera División de fútbol y la Liga ACB de baloncesto –que quedarían, directamente, fuera del ámbito típico del delito básico– o la

¹⁵⁷⁶ ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, pp. 79-80.

¹⁵⁷⁷ Parecen abogar por este entendimiento MORILLAS CUEVA y BENÍTEZ ORTÚZAR. En MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional...”, *op. cit.*, p. 803.

Segunda División de fútbol masculino –denominada, actualmente, Liga 1,2,3–.

El carácter profesional que se deriva de las tres competiciones mencionadas anteriormente, que llevarían a la aplicación prioritaria del delito agravado, puede suponer, en la práctica, divergencias incomprensibles de la respuesta penal. Así, el castigo sería más severo, por ejemplo, en el caso de la adulteración del resultado de un partido de la Segunda División futbolística masculina que en el supuesto de un partido de la Primera División futbolística femenina.

Por otro lado, de la dicción literal del tipo básico, en especial, del elemento “especial relevancia deportiva”, se desprenden dudas en torno a determinadas pruebas o competiciones. Piénsese en las competiciones futbolísticas organizadas por una Federación territorial autonómica,¹⁵⁷⁸ como pueden ser la Primera División Regional –de la Comunidad Autónoma que se trate– o la Copa regional –por ejemplo, la Copa de Castilla y León o la Copa Cataluña–.

En la medida en que son organizadas por una Federación deportiva, nadie puede negar su carácter oficial. Sin embargo, no parece que, de ellas, podamos predicar la “especial relevancia económica” pues no siempre serán verificables los requisitos que hemos relacionado para este elemento. Quizás, en el caso de las Primeras Divisiones Regionales podríamos aplicar el concepto de “máxima categoría” y, con ello, aplicar el tipo básico por la “especial relevancia deportiva”, pero, en todo caso, se trata de aspectos que son dados al debate y a la controversia y sobre los que habrá de estarse a la futura labor de delimitación de jueces y tribunales.

Estudiados los elementos del tipo objetivo, conviene ahora esbozar algún apunte en torno al tipo subjetivo del injusto y, para finalizar el análisis del tipo básico, realizar algunos breves comentarios sobre la penalidad atribuida al delito.

4. El tipo subjetivo del delito.

¹⁵⁷⁸ Expresa también sus dudas, respecto de las competiciones organizadas por las Federaciones autonómicas, IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 582.

El delito de corrupción en el deporte se concibe como de comisión exclusivamente dolosa, no siendo posible la forma imprudente, por no estar expresamente prevista en el Código penal –en virtud de lo establecido en el artículo 12 CP–.¹⁵⁷⁹ Así lo entiende la generalidad de la doctrina, y ello con independencia de que se considere la finalidad de pre-determinar o alterar el resultado como un elemento subjetivo del injusto o que se entienda que forma parte de los elementos objetivos que definen la conducta delictiva. Por nuestra parte, estamos de acuerdo con estas consideraciones. Opinamos, como quedó dicho en un momento anterior, que la finalidad de pre-determinar o alterar, de manera deliberada y fraudulenta, el resultado, debe entenderse como un elemento integrante del tipo objetivo, pero, antes bien, con influencia cierta sobre el tipo subjetivo. Y, a este respecto, ya sostuvimos que el término “deliberado” reforzaba el carácter doloso de este delito.¹⁵⁸⁰

Coincidimos en aseverar que la corrupción en sí misma, como tipología delictiva, con independencia del sector social en que se produzca, exige el conocimiento y voluntad dirigidos a desviar la posición de poder del sujeto de referencia,¹⁵⁸¹ pero es que, además, la forma tan contundente en que se describe la conducta típica, en relación a la intencionalidad subjetiva, entorpece seriamente la posibilidad de apreciación del dolo eventual –algo, por otro lado, plausible en delitos de peligro como con el que nos encontramos–, debiendo, quizás, optarse por exigir, consecuentemente, la prueba de dolo directo.¹⁵⁸²

¹⁵⁷⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 174; VENTAS SASTRE, R.: “El nuevo delito de fraude en las competiciones...”, *op. cit.*, p. 89; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 637; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 161; MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, *op. cit.*, p. 32; MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 412; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 421.

¹⁵⁸⁰ *Vid.* notas al pie 1513 y 1514.

¹⁵⁸¹ ENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 174.

¹⁵⁸² CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 161; PRAT WESTERLINDH, C.: “El delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*. Conducen ANARTE BORRALLÓ y ROMERO SÁNCHEZ que sostienen que “a la vista de la carga subjetiva que soporta la descripción típica, es descartable” la posibilidad de apreciar la comisión delictiva por dolo eventual. En ANARTE BORRALLÓ, E. y ROMERO SÁNCHEZ,

Puede ser útil recordar, en este momento, que el hecho de que la corrupción deportiva se construya como delito de mera actividad supone que la finalidad de adulterar el resultado es una simple intencionalidad subjetiva que guía la conducta de las partes en el acuerdo corrupto, no siendo necesaria, para la consumación, la efectiva incidencia sobre el resultado deportivo.¹⁵⁸³

C.: "El delito de corrupción deportiva...", *op. cit.*, pp. 25-26. Esto supone una ligera diferencia, justificada en la propia dicción típica, respecto del delito de corrupción privada en el que, como vimos, un cierto sector doctrinal, con el que concordamos, aceptaba la posibilidad de comisión por dolo eventual.

¹⁵⁸³ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *ibid.*, p. 163; RÍOS CORBACHO, J.M.: "El fraude en el fútbol", *op. cit.*, p. 201.

XVIII. CUESTIONES SOBRE PENALIDAD. TIPO ATENUADO Y TIPO AGRAVADO

1. Penalidad.

La pena prevista para el delito de corrupción deportiva es la misma que se expresa en el primero de los párrafos del artículo 286 bis CP, produciéndose, en virtud de la cláusula de remisión que da inicio al párrafo 4º, una extensión de las consecuencias jurídicas¹⁵⁸⁴ allí especificadas, a los sujetos activos del tipo de fraude en el deporte. Por tanto, a los autores de este delito les serán impuestas, cumulativamente, pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja.

Sostiene la doctrina más autorizada, respecto a la enumeración de consecuencias jurídicas del delito, que la traslación desde la corrupción privada a la deportiva de la pena de prisión y la pena de multa no plantea especiales problemas interpretativos y de aplicabilidad.¹⁵⁸⁵ En lo

¹⁵⁸⁴ BAÑERES SANTOS, F.: "La corrupción entre privados...", *op. cit.*, p. 250; NIETO MARTÍN, A.: "Lección XXVIII. Protección penal de la competencia...", *op. cit.*, p. 481; MENDOZA BUERGO, B.: "Sección 17. Corrupción entre particulares", *op. cit.*, p. 1100; MENDOZA BUERGO, B.: "Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...", *op. cit.*, núm. marg. 12100; CASTRO MORENO, A.: "El nuevo delito de corrupción en el deporte", *op. cit.*, p. 34; CASTRO MORENO, A.: "Capítulo 22. Corrupción entre particulares", *op. cit.*, p. 632; CASTRO MORENO, A.: "Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte", *op. cit.*, p. 669; RÍOS CORBACHO, J.M.: "El fraude en el fútbol", *op. cit.*, p. 202; ANARTE BORRALLA, E.: "Los delitos de corrupción en los negocios...", *op. cit.*, p. 77; ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: "El delito de corrupción deportiva...", *op. cit.*, p. 41; MARTÍN YESTE, C.: "El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015", *op. cit.*, p. 34. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ sostiene que la cláusula de reenvío del párrafo 4º remite a todos los elementos del tipo de corrupción privada activa y pasiva, salvo la enumeración de los sujetos activos y la intencionalidad subjetiva que motiva el soborno por lo que, también a su criterio, se efectúa la remisión a las penas. En MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 314.

¹⁵⁸⁵ Respecto de la pena de multa, MUÑOZ RUIZ duda también de su adecuación al delito de fraude deportivo. En MUÑOZ RUIZ, J.: "El nuevo delito de corrupción en el deporte", *op. cit.*, p. 50.

que refiere a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio se ha resaltado que dicha privación de derechos no casa demasiado bien respecto del fraude deportivo¹⁵⁸⁶ y que, tal vez, habría sido deseable prever una inhabilitación para ejercer funciones directivas o laborales en una entidad deportiva o para participar como deportista o como árbitro o juez en cualesquiera acontecimientos deportivos.¹⁵⁸⁷

Por nuestra parte, esta crítica nos parece, de todo punto, razonable. En lo atinente a la coherencia intrasistemática de la inhabilitación especial, nos parece que la única interpretación que permitiría aplicar esta pena al delito de fraude deportivo pasaría por considerar que lo que prohíbe la consecuencia jurídica es participar, en calidad de cualquiera de las categorías subjetivas descritas en el tipo penal, en la “industria del deporte”.¹⁵⁸⁸

Las objeciones a la aplicación de la pena de inhabilitación especial al tipo de corrupción en el deporte no acaban aquí. Para BENÍTEZ ORTÚZAR habría sido preferible que, en la medida en que pueden concurrir

¹⁵⁸⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, op. cit., p. 558; MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, op. cit., p. 50; ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, op. cit., p. 44; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, op. cit., p. 198; MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, op. cit., p. 34; RÍOS CORBACHO, J.M.: “De nuevo sobre el fraude en el deporte”, op. cit., p. 69.

¹⁵⁸⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, op. cit., pp. 175-176; RÍOS CORBACHO, J.M.: “El fraude en el fútbol”, op. cit., p. 203; MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, op. cit., p. 34; RÍOS CORBACHO, J.M.: “De nuevo sobre el fraude en el deporte”, op. cit., p. 69.

¹⁵⁸⁸ La expresión “industria del deporte” está ciertamente extendida en el argot propio de este ámbito social. Sirvan de ejemplo algunas referencias. Así, SCHAEFER, J.M.: “El deporte, los artículos deportivos y la industria del deporte”, en la web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, septiembre de 2012. Fuente: http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2012/05/article_0005.html. Consultado el 2 de noviembre de 2017; Artículo “La industria del deporte, el negocio de la emoción”, en la web de Expansión, 5 de julio de 2016. Fuente: <http://www.expansion.com/actualidad/economica/dossieres/2016/07/05/577a7e0d46163fbd478b4635.html>. Consultado el 2 de noviembre de 2017; MAZO, E.S.: “¿Hacia dónde avanza la industria deportiva desde la perspectiva de la consultoría?”, en la web de Expansión, 18 de marzo de 2017. Fuente: <http://www.expansion.com/directivos/deporte-negocio/2017/03/18/58cc3c3c46163f221d8b4596.html>. Consultado el 2 de noviembre de 2017. Por su parte, VALLS PRIETO llega a sostener que el deporte profesional “se ha convertido en parte de la industria del espectáculo”. En VALLS PRIETO, J.: “La intervención del Derecho penal en la actividad...”, op. cit., p. 2.

la responsabilidad penal con la administrativo-disciplinaria, la restricción de derechos se hubiera circunscrito, únicamente, al ámbito disciplinario.¹⁵⁸⁹ Por su parte, CORTÉS BECHIARELLI se plantea si la imposición cumulativa de la inhabilitación especial, en vía penal, y las eventuales sanciones deportivas previstas en la Ley del Deporte, el Reglamento de Disciplina Deportiva y la normativa de las respectivas Federaciones deportivas, no conculca el principio de *non bis in idem*. Entiende que podría llegar a darse la paradoja de que la imposición de la inhabilitación especial –consecuencia que, como estamos comentando, no parece muy adecuada al carácter deportivo que naturaliza a este delito– supondría la imposibilidad de aplicar las sanciones deportivas, precisamente por vulnerar el principio citado.¹⁵⁹⁰

En otro orden de cosas, parece ser una crítica extendida el considerar que las penas descritas para los delitos de corrupción privada activa y pasiva resultan muy graves¹⁵⁹¹ en el caso de la corrupción en el deporte, tanto cuantitativa como cualitativamente,¹⁵⁹² poniéndose de relieve la exacerbación de lo previsto en el artículo 286 bis CP respecto, incluso, a las previsiones en los delitos de estafa, apropiación indebida, los delitos societarios¹⁵⁹³ o el cohecho público. Esto justifica, en opinión de los autores, la pertinencia de la aplicabilidad del tipo atenuado del párrafo 3º también al fraude deportivo;¹⁵⁹⁴ cuestión que trataremos más adelante. También se ha objetado la equiparación de las penas entre el delito de corrupción privada y el de corrupción deportiva, por

¹⁵⁸⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de "fraudes deportivos"...*, *op. cit.*, p. 176.

¹⁵⁹⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, pp. 198-199.

¹⁵⁹¹ En palabras de DE VICENTE MARTÍNEZ, la pena, en el contexto de la corrupción en el deporte, resulta excesiva. En DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: "Fraude y corrupción en el deporte profesional", *op. cit.*, p. 387.

¹⁵⁹² ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: "El delito de corrupción deportiva...", *op. cit.*, p. 41.

¹⁵⁹³ CASTRO MORENO, A.: "El nuevo delito de corrupción en el deporte", *op. cit.*, p. 34.

¹⁵⁹⁴ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de "fraudes deportivos"...*, *op. cit.*, p. 176; PRAT WESTERLINDH, C.: "El delito de corrupción en el deporte", *op. cit.*

cuanto contradice la dimensión estricta del principio de autonomía de la segunda figura respecto de la primera, sostenida por algún autor.¹⁵⁹⁵

A mayor abundamiento a lo anterior, cabe destacar un último asunto de interés: la relación entre responsabilidad penal y responsabilidad administrativa disciplinaria. En este sentido, CASTRO MORENO refiere, acertadamente el artículo 5.1 RDD que dispone que el régimen deportivo disciplinario es independiente a la eventual responsabilidad civil o penal, así como la derivada de las relaciones laborales. Ello hace compatibles la instrucción y eventual sanción cumulativa en ambos órdenes, siendo que los órganos disciplinarios deportivos deben comunicar, de oficio o a instancia del instructor del expediente, al Ministerio Fiscal aquellos comportamientos que puedan ser constitutivos de delito. En tal supuesto, los órganos deportivos deberán suspender el procedimiento administrativo, a la espera de resolución judicial del órgano penal, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 83 LD y 34 RDD. Sea como fuere, no cabe duda de la absoluta compatibilidad entre el régimen disciplinario deportivo y la jurisdicción penal.¹⁵⁹⁶

2. El tipo atenuado del artículo 286 bis. 3 CP.

La excesiva gravedad de las penas previstas –aspecto mencionado anteriormente– ha sido el criterio fundamental utilizado por la doctrina para justificar la aplicabilidad del delito atenuado previsto en el tercer apartado del artículo 286 bis CP también a las conductas de fraude en el deporte. En efecto, la cláusula de reenvío del apartado 4º también alcanza para entender aplicable la rebaja punitiva potestativa que se contiene en el artículo 286 bis. 3 CP.¹⁵⁹⁷

¹⁵⁹⁵ ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 42.

¹⁵⁹⁶ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, pp. 35-36; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 633; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 669.

¹⁵⁹⁷ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *ibid.*, p. 34; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, pp. 632-633; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, p. 669; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 176; ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 42; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*,

Sin embargo, ello no ha sido opinado de manera unánime y no han faltado quienes han considerado problemática su aplicación al delito de corrupción deportiva.¹⁵⁹⁸ Se ha criticado por cierto sector doctrinal que los criterios de atenuación previstos en el apartado 3º tienen poco que ver con el fenómeno de la corrupción deportiva¹⁵⁹⁹ –viéndose ello, por algún autor, como un argumento confirmatorio de la diferente naturaleza de la corrupción deportiva respecto de la privada¹⁶⁰⁰ y, por consiguiente, se sostuvo que en la delimitación e interpretación de los mismos pueden aparecer obstáculos no menores en relación con la corrupción en el deporte. Expondremos, brevemente, alguno de estos inconvenientes resaltados por los expertos.

En lo atinente a la “cuantía del beneficio o valor de la ventaja” a pesar de que se ha llegado a decir que es indiferente atendida la finalidad específica que se persigue en el delito de corrupción en el deporte,¹⁶⁰¹ a juicio de MORALES PRATS la cuantía del soborno es un dato más a la hora de valorar las conductas que merecen reproche penal y delimitar, así, la frontera entre el artículo 286 bis. 4 CP y las infracciones administrativas.¹⁶⁰²

op. cit., p. 194; ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 77; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 425.

¹⁵⁹⁸ ANARTE BORRALLO, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 576; ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 43.

¹⁵⁹⁹ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 447; ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 43.

¹⁶⁰⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 513; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 317.

¹⁶⁰¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *ibid*; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 317. MUÑOZ RUIZ se interroga sobre la utilidad de este criterio si no se ha aceptado la dádiva ni se ha producido el efecto pretendido pues, en ese caso, sería difícil cuantificar el valor del beneficio o ventaja. En MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 50.

¹⁶⁰² MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 425.

Respecto de la segunda de las circunstancias mencionadas en el párrafo 3º, como criterio de atenuación, “la trascendencia de las funciones del culpable”, se han vertido diversas objeciones. Ha sostenido, en primer término, CORTÉS BECHIARELLI que parece más adecuada para ser aplicada a los sujetos que, de un modo u otro, se encuentran vinculados a una entidad deportiva, pues solo esta será la encargada de repartir dichas funciones.¹⁶⁰³ En nuestra opinión, sin embargo, nada obsta para que la rebaja punitiva pudiera aplicarse a deportistas, árbitros o jueces –en el marco de la corrupción deportiva pasiva– o, incluso, al eventual sujeto activo de la modalidad activa.¹⁶⁰⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en segundo lugar, va más allá e indica que este criterio es totalmente ajeno a la fenomenología del delito de fraude deportivo.¹⁶⁰⁵ En todo caso, parece que la justificación de la aplicabilidad de este criterio habría de estar en la diferente capacidad *ex ante* que ostenta el sujeto para predeterminar o alterar el resultado, correspondiendo la intensidad de la respuesta penal al grado de peligro hipotético o potencial de la conducta respecto del bien jurídico protegido.¹⁶⁰⁶

El resumen de lo aquí expuesto nos lleva a reconocer que, tal y como se encuentra redactado el artículo 286 bis CP, la aplicación de la modalidad privilegiada al delito de fraude en el deporte no encuentra obstáculo legal, si bien ello no es óbice para concordar con la doctrina en que existen problemas interpretativos que pueden conllevar futuras dificultades aplicativas.

3. Los supuestos agravados del artículo 286 quater CP.

Tal y como vimos en el apartado correspondiente en el estudio de la corrupción privada, una de las modificaciones de los tipos de corrupción en los negocios de mayor calado de entre las que se acometieron

¹⁶⁰³ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 195.

¹⁶⁰⁴ Aunque no tenemos reparos en reconocer que, en el contexto de la corrupción deportiva activa, su aplicabilidad podría desaconsejarse o actuar con un escaso margen de maniobra, respecto de quienes no ocupan roles dentro de la entidad deportiva. Así, ANARTE BORRALLÓ, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 44.

¹⁶⁰⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 317. Para ANARTE BORRALLÓ y ROMERO SÁNCHEZ es una circunstancia impropia respecto del fenómeno de la corrupción deportiva. En ANARTE BORRALLÓ, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 43.

¹⁶⁰⁶ MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 426.

en 2015 fue la incorporación de una figura agravada en el artículo 286 quater CP, para cuando los hechos delictivos descritos en la Sección 4ª –según la propia literalidad del precepto– “resultaran de especial gravedad”.

Del tenor literal del artículo, podemos concluir que las cuatro primeras circunstancias, enumeradas en el segundo párrafo, son de aplicación a todas las tipologías delictivas de los artículos 286 bis y ter CP;¹⁶⁰⁷ esto es, corrupción entre particulares y en el deporte¹⁶⁰⁸ y corrupción transnacional.¹⁶⁰⁹ Tanto respecto de la mecánica de funcionamiento de la agravación como de la delimitación de estos primeros cuatro criterios, nos remitimos a lo expuesto para el delito de corrupción entre particulares. De otro lado, a mayores, el tercer párrafo contiene dos circunstancias añadidas, aplicables exclusivamente al delito de corrupción en el deporte.¹⁶¹⁰ Dichas condiciones, enumeradas en el precepto alternativamente –es decir, que solo es necesario que se dé una de ellas para que estemos en presencia de un supuesto de “especial gravedad”–, son las siguientes:

a) Finalidad de influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas.

Este primer criterio parte de la base, como no puede ser de otra manera, de considerar que las conductas de corrupción en el ámbito de las apuestas deportivas encajan en la esfera típica del artículo 286 bis. 4

¹⁶⁰⁷ PUENTE ABA, L.M.: “Tipos agravados en relación con los arts. 286 bis y ter...”, *op. cit.*, p. 931; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 426.

¹⁶⁰⁸ IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 583; PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 938.

¹⁶⁰⁹ PÉREZ GÓMEZ, R.: “La regulación en el nuevo código penal...”, *op. cit.*; MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12130.

¹⁶¹⁰ PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 938; ANARTE BORRALLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, pp. 77-78; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 426.

CP.¹⁶¹¹ Con este nuevo paradigma surgido en 2015, el legislador solventa una cuestión que había suscitado un intenso debate con la redacción original de 2010, habiendo entendido la mayoría de la doctrina que las conductas ilícitas relacionadas con las apuestas quedaban fuera de la esfera de acción de la redacción original,¹⁶¹² estando relegadas, a lo sumo y sin que exista una opinión unánime, al delito de estafa.¹⁶¹³

En efecto, con la redacción vigente, no cabe duda ya de la tipicidad de aquellas conductas cuya finalidad es adulterar fraudulentamente el resultado de partidos, encuentros o competiciones objeto de apuesta;¹⁶¹⁴ comportamientos que tratan de influir, a través de un acto corrupto, en cualquier clase de juegos de azar o apuestas deportivas –quinielas,

¹⁶¹¹ PUENTE ABA, L.M.: *ibid.*, pp. 938-939. RÍOS CORBACHO desarrolla una interesante reflexión, en extenso, sobre la relación entre apuestas y corrupción deportiva. En RÍOS CORBACHO, J.M.: “De nuevo sobre el fraude en el deporte”, *op. cit.*, pp. 58-61.

¹⁶¹² Así, optaron por entender que el tipo de 2010 desconocía la realidad de las apuestas, dejándola fuera del ámbito típico, DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, *op. cit.*, p. 383; MONROY ANTÓN, A.J.: “El nuevo Código Penal, contra los corruptos...”, *op. cit.*; DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “El delito de corrupción privada”, *op. cit.* Ello a pesar de que la doctrina concordaba en sostener que las apuestas deportivas constituían un negocio, una realidad económica que genera un importantísimo flujo de dinero y recursos. En MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 511; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 313; DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “El delito de corrupción privada”, *op. cit.* También fue catalogado como el principal problema criminológico, en el marco de la economía globalizada, relacionado con la corrupción en el deporte. En BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, pp. 176-178. Por ello, algún autor, ya en 2010, demandaba que la conducta corrupta relacionada con las apuestas, por ser especialmente perniciosa, debería haber merecido una respuesta punitiva incluso más grave que los actos de corrupción deportiva “ordinarios”. En BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 181; DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “El delito de corrupción privada”, *op. cit.* Algunos autores, durante la vigencia de la redacción inicial del tipo, parecieron aceptar la tipicidad de las apuestas. Así, ANARTE BORRALLÓ y ROMERO SÁNCHEZ, basándose en la configuración de la corrupción deportiva activa como delito común -aspecto compartido en este trabajo- y en el entendimiento del favorecimiento indebido como ventaja de carácter no solo deportivo, sino también económico -postulado que también defendemos aquí-. En ANARTE BORRALLÓ, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, pp. 39-40. Parece concordar con ellos MAGRO SERVET. En MAGRO SERVET, V.: “La corrupción en el deporte en la reforma...”, *op. cit.*, p. 8.

¹⁶¹³ PRAT WESTERLINDH, C.: “El delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.* En torno al debate sobre la adecuación del delito de estafa, BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, pp. 178-181.

¹⁶¹⁴ ANARTE BORRALLÓ, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 39.

apuestas online y offline, etc.¹⁶¹⁵ Y no solo eso, sino que con la nueva dicción, la figura del apostante ha pasado de estar fuera del ámbito penal a estar protegido de manera privilegiada.¹⁶¹⁶ La justificación de la agravación, según se ha sostenido, se encuentra en que el sujeto activo actúa buscando una doble finalidad: de una parte, predeterminar o alterar, de manera deliberada y fraudulenta, el resultado; de otra, influir en apuestas deportivas o juegos de azar. Deben verificarse ambas intencionalidades subjetivas, si bien –de nuevo, debido a que nos encontramos ante un delito de mera actividad–, no es preciso que efectivamente se llegue a influir en los juegos de azar o las apuestas deportivas.¹⁶¹⁷ También se ha encontrado la razón de ser de esta exacerbación punitiva, primeramente, en la mayor trascendencia económica que puede ostentar un acto de corrupción deportiva cuando tenga por finalidad, además, influir en los juegos de azar y las apuestas¹⁶¹⁸ y, en segundo lugar, como una forma de luchar contra las redes de apuestas y

¹⁶¹⁵ PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 938; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 427. No parece de esta misma opinión ANARTE BORRALLLO, que sigue manifestando, tras la reforma de 2015, dudas sobre si todos los supuestos de apuestas pueden ser integrados en el tipo básico. Incluso insiste en que esta agravante específica “no puede servir para allanar los interrogantes que plantea” esta cuestión. En ANARTE BORRALLLO, E.: “Los delitos de corrupción en los negocios...”, *op. cit.*, p. 88.

¹⁶¹⁶ IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 584; MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 415. En contra, se posicionan MORILLAS CUEVA y BENÍTEZ ORTÚZAR. En efecto, desde su consideración del fraude deportivo como delito especial, en cualquiera de sus dos modalidades, sostienen que los únicos supuestos de apuestas deportivas que quedarán abrigados por el paraguas de la agravante serán aquellos en que “el directivo, administrador, empleado o colaborador de una entidad deportiva (...) ofrece, concede o promete un beneficio o ventaja (...) al deportista o al árbitro o juez deportivo con el objeto de amañar un resultado deportivo con capacidad de influir en los juegos de azar o las apuestas deportivas; o bien al deportista o al árbitro o juez deportivo que solicita, recibe o acepta de un tercero (...)” dicho beneficio o ventaja para adulterar el evento deportivo en el que directamente participa. En MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional...”, *op. cit.*, p. 806.

¹⁶¹⁷ MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 427. Ello excluiría la agravación en aquellos supuestos en los que influir en las apuestas no sea el fin directamente perseguido por el autor. Así, CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 4. Tipos agravados”, *op. cit.*, p. 677.

¹⁶¹⁸ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12131; RÍOS CORBACHO, J.M.: “De nuevo sobre el

las posibles connivencias con los apostantes; en suma, como un mecanismo de lucha frente a esta clase de criminalidad cuando se encuentre organizada.¹⁶¹⁹

Eso sí, coincidimos con la doctrina en algo ya señalado anteriormente. A pesar de la existencia de la agravante, han de seguir considerándose atípicas aquellas conductas de manipulación de resultados, relacionadas con las apuestas, en las que no existe una contraparte que ofrezca una contraprestación económica, como el supuesto en el que, para su propio beneficio, un deportista o un árbitro apuestan en un evento en el que participan.¹⁶²⁰

Esta circunstancia específica no ha estado, sin embargo, libre de críticas. CASTRO MORENO no se muestra de acuerdo con que los supuestos de influencia en las apuestas se hayan considerado por el legislador de “especial gravedad”, afirmando que estos casos podrían haber encajado, sin problemas, en el tipo básico.¹⁶²¹

- b) Actos cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional.

El segundo de los criterios de agravación de la pena, específicos para el delito de corrupción en el deporte, recoge, en realidad, dos circunstancias distintas conectadas disyuntamente,¹⁶²² ambas referidas a la prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva. Se trata, por tanto, de una intensificación punitiva centrada en la relevancia del propio evento deportivo.¹⁶²³ Con carácter

fraude en el deporte”, *op. cit.*, p. 71. Sobre la trascendencia económica de las apuestas deportivas, SÁNCHEZ-BOTE, J.A.: “El delito de corrupción deportiva en la reforma del código penal”, en la web de Iusport, 1 de abril de 2015. Fuente: <https://iusport.com/not/6131/el-delito-de-corrupcion-deportiva-en-la-reforma-del-codigo-penal/>. Consultado el 2 de noviembre de 2017.

¹⁶¹⁹ MAGRO SERVET, V.: “La corrupción en el deporte en la reforma...”, *op. cit.*, p. 7.

¹⁶²⁰ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: “Corrupción privada y corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 371; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, pp. 426-427.

¹⁶²¹ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 4. Tipos agravados”, *op. cit.*, p. 677.

¹⁶²² IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 584.

¹⁶²³ PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 939.

preliminar, es necesario sustentar un argumento importante: a pesar de que la agravante recoge solo el término “competición”, en cualquiera de sus dos circunstancias, por coherencia normativa, habrá de entenderse que el legislador ha querido referirse tanto a la “prueba” o “encuentro”, como a la “competición” deportiva. Hemos de decir también que se ha sostenido, acertadamente en nuestra opinión, que esta agravante se conforma como una norma penal en blanco –pues habremos de acudir a la normativa deportiva para delimitarla– y como una figura mixta alternativa.¹⁶²⁴

El primer aspecto contemplado es que se trate de una competición deportiva oficial, de ámbito estatal y profesional. Tratemos de desgranar estos tres calificativos paso a paso. Respecto de la oficialidad, no se requieren muchos comentarios, dado que ya era exigida en el tipo básico, cuando se definía el acontecimiento de “especial relevancia deportiva”. El ámbito estatal de la prueba, encuentro o competición deportiva no era un requisito indispensable del tipo del artículo 286 bis. 4 CP en el que caben, como dijimos, competiciones oficiales de carácter autonómico. Por tanto, podemos decir que el delito agravado descarta los eventos deportivos oficiales que sean de ámbito autonómico o local.¹⁶²⁵

Mayor detenimiento requiere el tercero de los adjetivos que incluye la expresión típica: la naturaleza “profesional” de la prueba, encuentro o competición deportiva. Lo cierto es que el legislador ha desplazado la profesionalidad del evento deportivo desde el tipo básico de 2010 hasta convertirlo en un supuesto calificado con la reforma de 2015¹⁶²⁶ –sin que la práctica haya mostrado, realmente, el motivo o la utilidad de tal intensificación de la pena–.¹⁶²⁷ A juicio de la doctrina –como ya

¹⁶²⁴ IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 584.

¹⁶²⁵ CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 4. Tipos agravados”, *op. cit.*, p. 677; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 427; MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional...”, *op. cit.*, p. 809.

¹⁶²⁶ MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, *op. cit.*, p. 36; MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, *op. cit.*, p. 427; IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 803.

¹⁶²⁷ IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 584; MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte...”, *op. cit.*, p. 416.

dijimos-, ello puede suponer en la práctica que el delito reforzado sea más aplicado que el básico, lo cual sería criticable en términos de técnica legislativa.¹⁶²⁸

En todo caso, como avanzamos en un momento anterior, esta agravante está pensada para ser aplicada, fundamentalmente, a la Primera y Segunda División de fútbol masculino y a la Liga ACB de baloncesto masculino, pues son las únicas competiciones oficiales, de ámbito estatal y de naturaleza profesional.¹⁶²⁹

El segundo elemento agravatorio se circunscribe a que nos encontremos ante una prueba, encuentro o competición deportiva internacional. Respecto a este se ha mencionado una objeción: la dicción típica no aclara si, además de internacionales, los eventos deportivos deben ser oficiales o, al menos, estar organizados por Federaciones deportivas.¹⁶³⁰ La respuesta a esta cuestión no es baladí: a nuestro entender, la oficialidad debe darse por entendida, desde el momento en que para que la agravante actúe, previamente debimos calificar el evento deportivo como “de especial relevancia económica o deportiva”. Para mayor claridad, puede ser conveniente desarrollar nuestro hilo argumental con un ejemplo. Pensemos en la adulteración del resultado de un partido amistoso entre selecciones nacionales de fútbol. Sería difícil calificar dicho encuentro como “de especial relevancia económica” pues, por regla general, un jugador no percibirá retribución económica por participar en dicho evento –sí podrá recibir compensaciones por acudir con la selección en concepto de derechos de imagen u otros emolumentos similares, pero ello queda fuera de la “especial relevancia económica”, según la definimos en su momento-. Por tanto, para que pudiera actuar la agravante, deberíamos poder calificar dicho partido como de “especial relevancia deportiva”. Y es en este punto donde fundamentamos nuestra opinión: la oficialidad del acontecimiento deportivo es requisito indispensable para poder apreciar la “especial relevancia deportiva”. Así las cosas, si nuestro parecer es acertado, para que opere

¹⁶²⁸ IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, pp. 581-582.

¹⁶²⁹ MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional...”, *op. cit.*, p. 798.

¹⁶³⁰ IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, *op. cit.*, p. 584.

la agravante, el acontecimiento deportivo merecedor de respuesta punitiva intensificada será aquel oficial e internacional.¹⁶³¹

Sin embargo, a nuestro juicio el creador del artículo 286 quater CP quiso excluir la naturaleza profesional de las pruebas, encuentros o competiciones internacionales. Y ello porque, si en la mente del redactor estaba intensificar la pena en caso de que se tratara de eventos deportivos oficiales, profesionales e internacionales, habría bastado con que la literalidad general de la agravación de la letra b) fuera similar a: *b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal o internacional, calificada como profesional*. El hecho de que el legislador haya diferenciado, alternativamente, competición oficial y profesional en el primer sintagma de la agravante y competición internacional en el segundo, nos lleva a concluir, necesariamente, lo aquí referido.

Respecto de la agravante específica contenida en la letra b) del tercer párrafo del artículo 286 quater CP, hemos de concluir que la literalidad elegida es indefinida, lo que puede derivar en problemas de compatibilidad con el principio de determinación de la ley penal.¹⁶³² De ahí que la labor del intérprete sea tratar de clarificar los distintos conceptos; tarea que también será de cargo de jueces y tribunales.

¹⁶³¹ MORALES PRATS, F.: "Artículo 286 bis.4", *op. cit.*, p. 427. En sentido contrario, MORILLAS CUEVA y BENÍTEZ ORTÚZAR, para quienes solo se exige que se trate de un acontecimiento deportivo internacional pero no "la cualificación de oficial, ni de profesional". En MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: "Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional...", *op. cit.*, p. 810.

¹⁶³² NIETO MARTÍN, A.: "Lección X. Protección penal de la competencia...", *op. cit.*, p. 245.

XIX. CONCURSOS

Han sustentado, con acierto, ANARTE BORRALLO y ROMERO SÁNCHEZ que la unidad de acción típica no se verá desbordada en caso de que el sujeto corrupto lleve a cabo varias conductas alternativas con la finalidad de predeterminedar o alterar un resultado, como tampoco si la dádiva se dirige a varios sujetos dentro de una misma entidad deportiva o a varios deportistas del mismo club o a varios integrantes del equipo arbitral. Por último, tampoco rebasará el umbral de la unidad de acción prometer, ofrecer o conceder beneficios o ventajas múltiples. Todos estos supuestos serían sancionados por un único delito de corrupción deportiva.¹⁶³³ Siendo ello así, al tratar de delimitar las relaciones concursales, resulta evidente que nos referiremos a hechos en los que, de cara a la sanción penal, confluyen varios tipos delictivos.

Algún autor ha indicado que la singularidad del delito de corrupción en el deporte, junto con la condición de particulares de los sujetos activos –en contraposición con las figuras de corrupción pública– supone que la aplicación acumulada de este delito resulte complicada, en atención a la realidad que sanciona.¹⁶³⁴ Aun así, existen una serie de supuestos de hecho en que se pueden apreciar determinadas relaciones concursales. Veremos las más significativas a continuación.

1. Concurso con el delito de estafa.

Refiere CORTÉS BECHIARELLI que la mayor parte de las controversias concursales que pueden surgir, respecto del delito de corrupción en el deporte, se darán, hipotéticamente, con el delito de estafa.¹⁶³⁵ Antes de desarrollar los aspectos concursales entre ambas figuras, parece adecuado reflejar, someramente, la opinión doctrinal que llegó a abogar

¹⁶³³ ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: "El delito de corrupción deportiva...", *op. cit.*, pp. 37-38.

¹⁶³⁴ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 184.

¹⁶³⁵ *Ibid.*, p. 187.

por reconducir los intereses patrimoniales derivados de estas conductas en el deporte, propiamente, al delito de estafa.¹⁶³⁶

El patrón paradigmático aducido por los autores es el concerniente a las apuestas deportivas, singularmente, aquel que, en un momento anterior, descartamos de la tipicidad de este delito: el hecho en el que un deportista o un árbitro apuestan, de modo unilateral y en su propio beneficio, en una prueba, encuentro o competición en el que ellos mismos participan. Dijimos, en su momento, que al no existir dos partes potenciales y, por ende, tampoco *pactum sceleris*, no podían catalogarse estas conductas como de corrupción deportiva. Así las cosas, se planteó la posibilidad de incriminar estos comportamientos mediante el delito de estafa.¹⁶³⁷

Algún sector, incluso, abogó por que los comportamientos potencialmente bilaterales, característicos del soborno en el deporte con el fin de predeterminar o alterar el resultado, pudieran tipificarse, también y en exclusiva, a través de la figura de estafa, sin que fuera necesario crear un nuevo delito de corrupción en el deporte.¹⁶³⁸ En contra de esta posibilidad, no obstante, se adujo la dificultad de probar la relación causal entre el comportamiento corrupto y la efectiva adulteración del resultado y, en concreto, si esta última se ha debido a un “engaño bastante”, elemento esencial que caracteriza el delito de estafa.¹⁶³⁹

Realizado este breve acercamiento al debate surgido entre los expertos –en especial, antes de la entrada en vigor del delito en estudio–, centrémonos, ahora, en el posible concurso entre estafa y corrupción deportiva. Nos ayudará a exponer la argumentación un ejemplo de fraude deportivo ligado a las apuestas, como aquella conducta de un sujeto que, con el fin de adulterar un juego de azar o apuesta deportiva, soborna a

¹⁶³⁶ MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares...”, *op. cit.*, p. 447.

¹⁶³⁷ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, pp. 26-27; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 178; PRAT WESTERLINDH, C.: “El delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.* En contra, parece situarse CORTÉS BECHIARELLI. En CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, pp. 187-190.

¹⁶³⁸ KINDHÄUSER, U.: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía...”, *op. cit.*, p. 16; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho Penal del Deporte*, *op. cit.*, p. 559.

¹⁶³⁹ VENTAS SASTRE, R.: “El nuevo delito de fraude en las competiciones...”, *op. cit.*, p. 86.

cualquiera de los sujetos enunciados en el párrafo 4º del artículo 286 bis CP. No cabe duda de que, si se dan los elementos típicos exigidos por el tipo, deberá aplicarse la figura de corrupción deportiva.

Pero yendo más allá, concordamos con la doctrina en afirmar que, si como consecuencia del acto corrupto, además, se materializa un daño patrimonial para terceros, podría apreciarse un delito de estafa que entraría en concurso, generalmente medial, con el tipo de fraude deportivo.¹⁶⁴⁰ Coincide en este parecer CASTRO MORENO, quien también establece la frontera entre ambas figuras delictivas en la existencia o no de un perjuicio económico o patrimonial. Según esta interpretación, el delito de corrupción deportiva incriminaría una suerte de acto preparatorio que es, incluso, anterior a la mera tentativa de engaño. Ello hace concluir al autor si, en realidad, el tipo del artículo 286 bis. 4 CP no contemplaría un supuesto de estafa en el juego, ya tipificado por otra vía. Sea como fuere, termina por abogar que, dada la especialidad del fraude deportivo respecto de la estafa y la mayor penalidad prevista para el primero, el eventual concurso de normas –que no, en su opinión, de delitos– debe resolverse en favor del fraude en el deporte, en atención a la regla del artículo 8.1ª CP –principio de especialidad–.¹⁶⁴¹

La adecuación de la consideración de la estafa se basa, según quienes siguen este postulado, en las siguientes premisas: el tercero que realiza una apuesta lo hace en el convencimiento de que el evento deportivo no será amañado. Pero si este lo está o se prevé que lo esté, se darán los dos primeros requisitos de la estafa: engaño y error. Fruto de estos, el apostante realiza un acto de disposición –al entregar el dinero de la apuesta– y es evidente que sufre un perjuicio patrimonial –pues el valor de la apuesta sería distinto o ni siquiera existiría si los perjudicados

¹⁶⁴⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 317; ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, pp. 39-41; RÍOS CORBACHO, J.M.: “El fraude en el fútbol”, *op. cit.*, p. 204; MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12103.

¹⁶⁴¹ CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *op. cit.*, pp. 30-31; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *op. cit.*, p. 631; CASTRO MORENO, A.: “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, *op. cit.*, pp. 667-668.

supiera de antemano que va a ser predeterminado o alterado el resultado-.¹⁶⁴² No es esto considerado de forma general por los expertos; cierto sector argumenta que la concatenación de exigencias que configuran la estructura típica de la estafa, dificultan la subsunción de los fraudes deportivos.¹⁶⁴³

Por su parte, BENÍTEZ ORTÚZAR que, recuérdese, considera ambas modalidades de corrupción deportiva como delitos especiales, afirma, en el caso anterior que, si quien ofrece el soborno –esto es, el corruptor– es un sujeto ajeno a los mencionados en el precepto legal, no podrá aplicarse, en ningún caso, el delito de corrupción en el deporte. De esta forma, solo cabría aplicar, eventualmente, el delito de estafa, siempre y cuando consiga probarse suficientemente el nexo de causalidad entre el engaño bastante y el acto de disposición patrimonial. Y, en todo caso, se exigiría la materialización de la predeterminación o alteración, deliberada y fraudulenta, del resultado.¹⁶⁴⁴

Como corolario a todo lo dicho hasta aquí, puede concluirse que, en la práctica, los jueces y tribunales podrán enfrentarse a supuestos de concurso medial de delitos entre corrupción deportiva y estafa, especialmente cuando se trate de apuestas deportivas y se haya producido y probado un daño patrimonial o económicamente evaluable.

2. Concurso con el delito de dopaje.

Se trata de la segunda realidad criminológica que puede darse con mayor frecuencia. El supuesto de hecho, en el que puede apreciarse con mayor claridad un concurso entre dopaje –previsto en el artículo 362 quinquies CP– y corrupción deportiva,¹⁶⁴⁵ es aquel en el que se utilizan sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, o bien métodos no reglamentarios, destinados a aumentar artificialmente las capacidades físicas de un deportista y, con ello, tratar de adulterar o modificar los

¹⁶⁴² NIETO MARTÍN, A.: “Lección XXVIII. Protección penal de la competencia...”, *op. cit.*, p. 481; NIETO MARTÍN, A.: “Lección X. Protección penal de la competencia...”, *op. cit.*, p. 238.

¹⁶⁴³ ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, pp. 38-39; GILI PASCUAL, A.: “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas...”, *op. cit.*, pp. 30-31.

¹⁶⁴⁴ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, pp. 177-179.

¹⁶⁴⁵ SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, *op. cit.*, p. 637.

resultados de una prueba, encuentro o competición deportiva.¹⁶⁴⁶ De cualquier forma, para poder apreciar la concurrencia de ilícitos, será necesario probar que la contraprestación del sobornado consiste en estimular la competitividad del deportista, a través de un acto subrepticio desconocido por el participante en el evento deportivo.¹⁶⁴⁷

Si bien excede a los propósitos de esta investigación, una de las cuestiones que puede plantear una mayor controversia es si, en la relación entre el delito de dopaje y el de fraude en el deporte podría aplicarse el principio de subsunción. Y ello porque, en atención a la redacción dada al tipo del artículo 362 quinquies CP, la administración al deportista de grupos farmacológicos prohibidos o de métodos no reglamentarios ha de hacerse siguiendo una de estas dos finalidades alternativas: aumentar sus capacidades físicas o modificar los resultados de las competiciones. La pregunta central sería, por tanto, si respecto del hecho de suministrar sustancias o métodos dopantes al deportista con el objeto de adulterar el resultado de una competición deportiva, sería bastante con sancionar por el delito de dopaje o cabría apreciar un concurso ideal entre los artículos 362 quinquies y 286 bis. 4 CP.

Algún autor ha expuesto algún ejemplo de esta clase de concurso. Así, supóngase, sin ir más lejos, que alguien que ha apostado por el triunfo de un determinado ciclista e introduce sustancias dopantes en el bidón contenedor de agua de sus competidores, para aminorar su rendimiento o en el del propio afectado por la apuesta, para aumentarlo. O aquellos empleados de un restaurante en el que comen habitualmente los integrantes de un equipo de fútbol o baloncesto, o los integrantes de la tripulación de las aerolíneas en las que viajan, que hacen uso de sustancias dopantes para mejorar las condiciones físicas de los jugadores.¹⁶⁴⁸

Para finalizar, podría establecerse, también, un concurso entre los delitos de corrupción deportiva, dopaje y falsedad documental en el caso en el que un médico receta a un deportista una sustancia prohibida, con el fin de aumentar sus capacidades físicas y con desconocimiento de

¹⁶⁴⁶ ROMA VALDÉS, A.: "Los delitos con ocasión del deporte...", *op. cit.*, p. 63.

¹⁶⁴⁷ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 186.

¹⁶⁴⁸ MONROY ANTÓN, A.J.: "El nuevo Código Penal, contra los corruptos...", *op. cit.*

este, en la búsqueda de una ulterior adulteración del resultado de un acontecimiento deportivo.

3. Otras situaciones concursales.

Reconociendo que los eventuales concursos con los delitos de estafa y dopaje pueden ser los que más sucedan en la práctica, no podemos dejar de mencionar algunos otros. En primer término, con el delito de lesiones de los artículos 147 y siguientes del Código penal. Piénsese en el médico de un equipo que, con el fin de impedir que un deportista dispute una prueba o competición y así comprometer el futuro resultado, le produce un menoscabo físico o le inyecta selectivamente en la comida un producto nocivo. Evidentemente, habría de probarse que esta actuación formaba parte del acuerdo corrupto como compensación por parte del sujeto corrompido, realizada a cambio del soborno. Así, en este supuesto, podríamos estar ante la existencia de un concurso entre un delito de lesiones y uno de corrupción en el deporte.¹⁶⁴⁹

Siguiendo con el mismo ejemplo del médico y el deportista, imaginemos ahora que el facultativo falsea un parte médico, en el que se asegura que un deportista se encuentra lesionado –encontrándose, sin embargo, el participante en perfectas condiciones físicas–, para impedirle participar en una prueba, encuentro o competición y, de esta forma, tratar de comprometer el futuro resultado de la misma.¹⁶⁵⁰ También podría darse un concurso con falsedades documentales en casos de alineaciones indebidas, o de distorsión de la información relativa a la edad, nacionalidad o transfer de un determinado jugador,¹⁶⁵¹ etc. O, incluso, supóngase el caso del médico que receta una sustancia perjudicial para el deportista, con los fines típicos del artículo 286 bis. 4 CP. Todos estos sucesos podrían llevar a la apreciación de un concurso entre un delito de falsedad documental y uno de fraude deportivo, sin

¹⁶⁴⁹ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, op. cit., p. 186.

¹⁶⁵⁰ Estos ejemplos se ven más claros en contextos de modalidades deportivas individuales. Imaginemos una final de *Grand Slam* de tenis en que, a fin de que uno de los contendientes se lleve la victoria, el médico del otro participante es sobornado para que impida la participación de este. No cabe duda que el futuro resultado, esto es el vencedor, del torneo será efectivamente predeterminado.

¹⁶⁵¹ SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: "Artículo 286 bis", op. cit., p. 637.

perjuicio de que, en el último de los comentados, también pudiera involucrarse una figura de lesiones.¹⁶⁵²

La doctrina resalta también la eventual relación concursal entre un delito contra la Hacienda Pública y uno de corrupción deportiva en aquellos casos en los que, a modo de ejemplo, el pago de una prima se lleve a efecto con el propósito de desviar dinero ante la Agencia Tributaria. En todo caso, parece difícil que tales distracciones dinerarias alcancen los umbrales típicos para apreciar un delito tributario –delimitado en 120.000 euros por el artículo 305 CP–.¹⁶⁵³

Por último, QUERALT JIMÉNEZ reconoce la posibilidad de apreciar concurso entre el delito de corrupción entre particulares, en el que debemos entender también referido el fraude deportivo, y delitos de estafa, falsedades o insolvencias, cuando la corrupción supone, también, la comisión de los mismos.¹⁶⁵⁴

¹⁶⁵² CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 186.

¹⁶⁵³ *Ibid.*, pp. 186-187.

¹⁶⁵⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “§ 17 Delitos societarios, resistencia a las agencias de control...”, *op. cit.*, p. 627.

XX. APUNTES SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Breves consideraciones.

Tal y como sucedía en el ámbito del delito de corrupción entre particulares, el artículo 288 –en conexión con el 31 bis– CP prevé sanción penal para la persona jurídica que realiza el tipo de corrupción deportiva,¹⁶⁵⁵ tanto en su modalidad activa como pasiva, siempre que, en provecho¹⁶⁵⁶ de esta, cometan fraude el directivo, administrador, empleado, colaborador o deportista de una entidad deportiva.¹⁶⁵⁷ En lo concerniente a las cuestiones penológicas,¹⁶⁵⁸ nos remitimos a lo anotado en el contexto del delito de corrupción privada y, de esta forma,

¹⁶⁵⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”...*, *op. cit.*, p. 176; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, *op. cit.*, p. 199. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 319; ANARTE BORRALLLO, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, p. 577; MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico...”, *op. cit.*, núm. marg. 12100.

¹⁶⁵⁶ El criterio de actuar en beneficio o en provecho de la persona jurídica se configura como una de las claves para poder atribuir responsabilidad penal. Así se reconoce, por ejemplo, en el Auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Pamplona, de 11 de enero de 2016, en el que, precisamente en el contexto de un delito de corrupción deportiva, se exonera al Club Atlético Osasuna, como entidad, de responsabilidad penal, por no haberse acreditado que las personas físicas actuaran en su beneficio; antes bien, el instructor consideró al club una “víctima de los ilícitos comportamientos que, indiciariamente, han protagonizado algunos de sus directivos y empleados. Y no pueden serle imputados dichos delitos por no apreciarse en su comportamiento, conforme a lo ya razonado, un actuar culpable”.

¹⁶⁵⁷ ANARTE BORRALLLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, pp. 45-46; MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, *op. cit.*, pp. 34-35. Sobre la aplicabilidad del régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas a las entidades deportivas, DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Administradores, directivos, entidades deportivas y *compliance* penal”, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, nº 40 (2017-2), Reus, Madrid, 2017, p. 100.

¹⁶⁵⁸ ANARTE BORRALLLO y ROMERO SÁNCHEZ comparten, respecto del fraude deportivo, nuestro proceder en la individualización de la pena para las personas jurídicas. En ANARTE BORRALLLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: *ibid.*, p. 46.

centraremos nuestra atención, ahora, en algunas peculiaridades¹⁶⁵⁹ que presenta el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de las entidades deportivas.

La primera cuestión resaltada por los estudiosos se focaliza en las posibles dificultades que presenta considerar a las entidades deportivas –tal como han sido definidas en esta investigación– como personas jurídicas, en el sentido descrito en el artículo 31 bis CP. MAGRO SERVET opina –y en este trabajo concordamos con su parecer– que siempre que la actuación de las personas físicas se lleve a cabo en provecho directo de la entidad deportiva dicha responsabilidad existirá, pues no existe argumento alguno para sostener que un club o federación no pueda ser considerado persona jurídica en el sentido del artículo 31 bis CP.¹⁶⁶⁰ Por otro lado, habrá de tenerse en cuenta que, en caso de que la agrupación o entidad deportiva careciera de personalidad jurídica, le serían de aplicación las consecuencias accesorias del artículo 129 CP.¹⁶⁶¹

Otro de los temas espinosos en este ámbito es el relativo a la posibilidad de sancionar un hecho ilícito de corrupción en el deporte cuando el sujeto activo no actúe por sí mismo, sino por persona interpuesta, y esta sea una persona jurídica. Se ha afirmado que la respuesta a este interrogante depende, en esencia, de si cabe englobar una sociedad mercantil u otra entidad jurídica en la expresión “persona interpuesta”. Y, así las cosas, para ANARTE BORRALLO y ROMERO SÁNCHEZ “entender que los supuestos de «sociedades intermediarias» pueden fundamentar la autoría por realización del tipo, fuerza la letra de la ley”, por lo que, para resolver esta controversia, habría de acudirse a las reglas generales de autoría y participación.¹⁶⁶²

A fin de cuentas, a pesar de los posibles aspectos oscuros que pueda presentar el régimen de atribución de responsabilidad penal a una entidad deportiva, está fuera de duda que el artículo 288 CP así lo exige,

¹⁶⁵⁹ MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, *op. cit.*, p. 35.

¹⁶⁶⁰ MAGRO SERVET, V.: “La corrupción en el deporte en la reforma...”, *op. cit.*, p. 7. De modo coincidente, DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Administradores, directivos, entidades deportivas...”, *op. cit.*, pp. 100-101.

¹⁶⁶¹ ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva...”, *op. cit.*, p. 46; MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, *op. cit.*, p. 35.

¹⁶⁶² ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: *ibid.*, pp. 46-47.

por lo que las consecuencias en él descritas serán también atribuibles a un club, Federación u otra entidad deportiva cuando, en su provecho y con los condicionantes previstos en el artículo 31 bis, se lleven a cabo ilícitos, por parte de una persona física, de corrupción en el deporte.

CONCLUSIONES

1. La corrupción es un fenómeno poliédrico, complejo, que muestra sus efectos lesivos en todos los sectores de una sociedad. Como manifestación delictiva, es concebida como una de las categorías típicas más características de la comunidad globalizada, destacando su transnacionalidad y sus vínculos con otras expresiones de criminalidad económica y delincuencia organizada. Por ello, en los últimos años, se ha intensificado la preocupación y concienciación respecto a la misma por parte de actores políticos y sociales, públicos y privados.

2. Una de las dificultades a la hora de abordar los comportamientos de corrupción viene dada por la ausencia de una definición universalmente válida, que acote las manifestaciones que han de ser consideradas como ilícitas. Así, las aproximaciones a un concepto realizadas desde diferentes disciplinas científicas han resultado insuficientes e incompletas. Tampoco desde el plano estrictamente jurídico ha sido posible, hasta el momento, llevar a término este propósito, en la medida en que se constata que la corrupción es una categoría delictiva cambiante: será entendida por tal lo que la norma determine en cada territorio, en cada momento histórico.

3. En el ámbito jurídico-penal, se ha experimentado una evolución de lo relevante desde el ámbito público a las manifestaciones en diversas esferas del sector privado. Por ello, –al menos a efectos de esta investigación–, la clave para definir la corrupción será el abuso o la utilización desviada de un poder de decisión, traducido en una actuación contraria a las normas o reglas que rijan el sector donde el sujeto desarrolle su actividad, con la expectativa de obtener una ganancia privada.

4. Un correcto tratamiento penal de las conductas de corrupción privada, objeto fundamental de esta investigación, requiere no solamente explorar la fenomenología de la corrupción, sino también acotar los parámetros de legitimidad de la intervención de dicha rama del ordenamiento en el ámbito socioeconómico, naturaleza que, a juicio de nuestro legislador, ostentan tales delitos.

En concreto, es tarea del jurista comprobar que existe un interés valioso para la sociedad y digno de tutela jurídica tras la incriminación de cualquier conducta. Y, tras ello, se precisa verificar que la concreta regulación cumple los más básicos principios limitativos del *ius puniendi* estatal, propios de un Estado social y democrático de Derecho. Debe procurarse que la descripción de conductas prohibidas satisfaga suficientemente los principios de lesividad, de proporcionalidad y de intervención mínima. En este sentido, se ha sostenido que la actuación del Derecho penal en el ámbito socioeconómico se justifica porque reacciona ante comportamientos altamente lesivos, que se incardinan en el contexto del provecho económico, realizados por sujetos que poseen una cierta cualificación –o, de otro lado, de los que se predicen especiales funciones y obligaciones para con la sociedad– y cuya comisión requiere la utilización de estructuras e instrumentos compartidos con la actividad económica lícita.

5. Respondiendo afirmativamente a lo anterior, es pertinente también, a fin de dotar de un mayor rigor a la investigación que presentamos, apreciar si posee legitimidad la sanción de los comportamientos de corrupción privada a través del Derecho penal. La clásica doctrina española sostuvo un debate aportando, como argumentos a favor de la tipificación, el cumplimiento de las obligaciones supranacionales contraídas por nuestro país y, así mismo, la ineficacia de otras disciplinas jurídicas para tutelar la competencia. En contra, sin embargo, se adujo la ausencia de un debate previo acerca del merecimiento y necesidad de pena de las conductas previstas en el artículo 286 bis CP, así como la falta de antijuridicidad material necesaria para considerar tales comportamientos como delito, en aplicación de los principios limitadores del *ius puniendi*.

En nuestra opinión, los argumentos expuestos son reflejo del intenso debate que suscitó la introducción de esta figura en nuestro Código, pero, tras siete años de vigencia del tipo en nuestro ordenamiento, solo cabría interrogarse ahora en torno a la legitimidad del bien jurídico protegido y a la adecuación de la concreta literalidad típica a los principios rectores del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho; aspectos sobre los que se desarrolla el núcleo de esta tesis doctoral.

6. A efectos de este trabajo, elaboramos una definición de corrupción entre particulares según la cual incluimos “toda utilización desviada o abusiva de facultades o poderes derivados de una posición, cargo o desempeño empresarial o mercantil que, mediante el quebranto de una relación de confianza o la infracción de lo obligado por el sistema normativo referente, persigue la obtención de un beneficio o ventaja indebidos, y lesiona intereses económicos y de mercado relevantes”. La configuración de estos delitos comparte, por un lado, algunos elementos con las clásicas conductas de cohecho y, por otro, presenta aspectos propios –destacando que circunscribe su ámbito típico a la competencia en el mercado y no al buen funcionamiento de las Administraciones públicas–.

7. Se han aducido, como causas que pueden explicar la aparición de comportamientos de corrupción en el sector privado, de una parte, la influencia de la globalización y la consiguiente relajación de las fronteras nacionales y, de otra, los conocidos como procesos de privatización y la derivada confusión, en ocasiones, de lo público con lo privado. Así mismo, la literatura científica y las instituciones y organizaciones sociales han constatado que la corrupción entre particulares provoca efectos perversos en todas las esferas de una sociedad, en especial en la economía y el sistema económico constitucional –por la distorsión de la competencia, la consolidación de monopolios, el favorecimiento del crecimiento de la economía sumergida o los desincentivos al crecimiento– y en el sistema democrático, minando su legitimidad.

8. Decíamos en la conclusión número 5 que uno de los argumentos utilizados para justificar la incriminación de estos ilícitos, refrendado por el propio legislador, fue la necesidad por parte de España de cumplir con las obligaciones que había suscrito con las instituciones supranacionales; en concreto, con Naciones Unidas, el Consejo de Europa y las derivadas del Derecho comunitario.

Cronológicamente, el primer instrumento en ser aprobado fue el Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa –que se complementa con el Convenio civil, ambos de 1999–, que incluyó la prescripción de tipificar las conductas de corrupción activa y pasiva en el sector privado en sus artículos 7 y 8, como modalidades de soborno en una actividad mercantil a cambio de una actuación u omisión de un acto

incumpliendo los deberes. Así, esta norma supranacional configura el ilícito como una infracción de los deberes del sujeto corrupto. Esta producción normativa se completa con la existencia del GRECO, cuya labor fundamental se centra en mejorar la capacidad de los Estados parte para combatir la corrupción a través del control de cumplimiento de las prescripciones anticorrupción del Consejo de Europa. Precisamente la labor de este Grupo de Estados contra la Corrupción justifica que los distintos modelos de tipificación de estos comportamientos en el Derecho comparado se hayan relajado, aproximándose todos ellos al patrón marcado por esta organización. En un sentido similar delimita la figura la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción –elaborada en 2003–, que recomienda a los Estados parte su incriminación en el artículo 21. Por su parte, la Decisión Marco 2003/568/JAI, texto comunitario de referencia –utilizado por nuestro legislador para fundamentar la reforma introducida en la Ley Orgánica 5/2010– se dedica en exclusiva a establecer medidas de carácter penal y, así, imponer a los Estados la necesidad de sancionar a personas físicas y jurídicas por delitos de corrupción entre particulares.

9. Tradicionalmente han sido tres los criterios de incriminación de la corrupción en el sector privado en el Derecho comparado europeo. En un primer caso, el ordenamiento holandés (1967), el belga (1999) y el francés (hasta 2005) se sitúan en la línea de los instrumentos supranacionales revisados –particularmente, el Convenio del Consejo de Europa y la Convención de Naciones Unidas– y tutelan los intereses del titular o propietario de la empresa; en concreto, se busca salvaguardar la relación entre empleador y empleado y, dentro de ella, la lealtad y el cumplimiento de los deberes del segundo respecto del primero, contraídos en virtud de la relación que los une. Es la denominada tutela de la *dimensión privada* de la corrupción entre privados y pone su énfasis, consecuentemente, en el elemento típico del incumplimiento de las obligaciones. En segundo término, el ordenamiento alemán (1997) –de forma pura cuanto menos hasta la reforma del StGB de 2015 y, en la actualidad, como una de las conductas tipificadas– enfocó su respuesta penal ante esta corrupción a la protección de la competencia en el mercado. Se definió por los estudiosos como el *modelo de tutela público* y su núcleo se sitúa en el favorecimiento desleal de uno de los intervinientes en un mercado, producto de un soborno, respecto de los demás competidores. Parece ser este el patrón que inspira la literalidad de la Decisión Marco 2003/568/JAI –a pesar de que esta incluye también el elemento del incumplimiento de obligaciones– y, por

ello, se ha sostenido que es el bien jurídico declarado por el legislador español para justificar la redacción del artículo 286 bis CP. Por último, el ordenamiento italiano (2002) –hasta la reforma del *Codice civile* de abril de 2017– recogía el tercer gran criterio de criminalización de estas conductas: la tutela del patrimonio de la empresa del corrupto y, en abstracto, la protección de los intereses patrimoniales del empresario. Es la conocida como *corriente clásica*, aunque su presencia en el Derecho comparado era minoritaria. La consecuencia fundamental de este entendimiento era configurar el tipo como un delito de resultado, que exigía la verificación de un daño patrimonial concreto para poder asegurar la tipicidad de una determinada conducta.

10. El delito de corrupción entre particulares, junto con el subtipo de corrupción en el deporte, fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico-penal a través de la reforma del Código obrada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Inicialmente previsto en la Sección 4ª –“De la corrupción entre particulares”– del Capítulo XI –“De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”– del Título XIII –“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”–. En esta versión de vigencia, la figura de corrupción entre particulares se preveía en los tres primeros apartados del artículo 286 bis CP, quedando reservado el párrafo 4º para la previsión de la corrupción en el deporte.

La falta de aplicación práctica del artículo pudo ser el motivo que llevó al legislador de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, a acometer una profunda modificación del paradigma jurídico en torno a estos delitos. En primer término, se alteró la intitulación de la Sección 4ª, pasando a ser denominada “Delitos de corrupción en los negocios” y a incluir, junto con los ilícitos de corrupción privada, el de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, antes acogido en el antiguo artículo 445 CP. En lo que respecta a la literalidad típica, se intercambió el orden de tipificación de las modalidades típicas de corrupción pasiva y activa en el sector privado. En la versión vigente, además, se incluye un apartado 5º al artículo 286 bis –encargado de definir, a través de una cláusula de remisión, el concepto de “sociedad”; aplicable a las dos figuras delictivas del precepto– y un nuevo artículo 286 quarter CP destinado a prever supuestos “de especial gravedad”, aplicables a todas las conductas descritas en la Sección 4ª.

11. Durante la vigencia de la redacción original del tipo de corrupción privada, la cuestión en torno al bien jurídico protegido suscitó un intenso debate entre la doctrina. Y ello a pesar de la voluntad declarada del legislador de la Ley Orgánica 5/2010 de salvaguardar la “competencia justa y honesta” como mecanismo de tutela de las “reglas de buen funcionamiento del mercado”. Las posiciones dominantes oscilaron entre considerar tutelada la relación de lealtad entre el empresario y el trabajador y la protección de la competencia leal en el mercado. La *mens legislatoris*, de un lado, y la presencia del elemento del incumplimiento de obligaciones, de otro, llevaron a cierto sector de expertos a apostar por la tutela de un modelo híbrido o mixto, según el cual los ataques a la competencia, para ser penalmente relevantes, debían traducirse, también, en una actuación en contra de los deberes de fidelidad propios de la relación laboral interna. En este sentido, gozó de un cierto éxito la construcción doctrinal que circunscribía el objeto de tutela a la competencia *ad intra* y *ad extra*.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 la tutela de la competencia leal sale reforzada. La nueva intitulación de la Sección 4^a, junto con la eliminación del elemento típico del incumplimiento de las obligaciones –sustituido por el del favorecimiento indebido frente a otros– refuerzan la protección del bien jurídico “competencia en el mercado”. La propia Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica sostiene que en la nueva Sección “se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas”.

En este sentido, el bien jurídico “competencia leal” que se defiende en este trabajo se conforma como un interés supraindividual y complejo, formado, de un lado, por un objeto de protección inmediato y otro de carácter mediato. El primero estaría conformado por los intereses y expectativas económicas de los competidores, concretados en la participación en el mercado sin desincentivos derivados de sobornos. Ello orientado a la salvaguarda de un interés más remoto, delimitado en el respeto a las reglas del buen funcionamiento de mercado; esto es, del orden concurrencial previsto en nuestra Constitución. Con todo, enunciamos esta “competencia leal” como “la protección de los intereses y expectativas económicas de los competidores a participar en un sector de actividad regido por los principios propios de la competencia leal, como medio para salvaguardar las reglas del funcionamiento del mercado derivadas del sistema económico constitucional”.

12. Los delitos de corrupción entre particulares se consideran ilícitos *de participación necesaria*, por cuanto, a pesar de que la consumación delictiva no requiere la perfección del acuerdo corrupto, sí se exige la intervención tendencial de varios sujetos: uno que promete, ofrece o concede el soborno; otro que lo solicita, acepta o recibe, así como otros posibles coexistentes –personas interpuestas, beneficiarios, etc.–. En ese punto, se puede afirmar que los tipos de corrupción –también los estudiados en esta tesis– son figuras plurisubjetivas. Así, por un lado, la modalidad de corrupción privada pasiva –prevista en el primer apartado del artículo 286 bis CP– está configurada como un delito especial impropio, que solo puede ser cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad, actuando por sí mismo o a través de una persona interpuesta. Por otro lado, la correlativa modalidad activa se concibe como un delito común, que puede ser perpetrado por cualquier persona, sin necesidad de que le sea exigible cualidad específica alguna. Esta última afirmación no obsta para reconocer que la realidad práctica puede poner de manifiesto que lo habitual será que el beneficio indebido sea prometido, ofrecido o concedido por una persona con alguna vinculación o interés en el mercado –singularmente el directivo, administrador, empleado o colaborador de una sociedad o empresa mercantil–, pero debe apostarse por considerar que el tipo penal no restringe, a priori, la cualidad de sujeto activo de la forma activa de corrupción en el sector privado.

13. En lo que respecta a las conductas típicas, la descripción contenida en los dos primeros apartados del precepto estudiado convierte el tipo de corrupción privada en un delito de mera actividad, de peligro abstracto y de encuentro, en la medida en que las acciones del sujeto corruptor y del corrupto tienden a encontrarse –aunque se insiste que, para la consumación delictiva no es preciso la efectiva entrega del beneficio indebido ni la realización del acto u omisión corrupta–, así como tampoco se exige la efectiva producción de un daño; basta con la sola realización de las acciones típicas. Es considerado también un tipo mixto alternativo, por cuanto la verificación de cualquiera de las conductas descritas supone la consumación de la figura. La forma pasiva se consume, en primer término, con la recepción, solicitud o aceptación de un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero. La cara activa, en segundo término, requiere la

promesa, ofrecimiento o concesión de tal beneficio o ventaja –que puede darse en provecho del sujeto activo o de terceros–.

14. La eliminación del elemento típico del incumplimiento de las obligaciones, con la reforma de 2015, fue sustituida por la dicción “como contraprestación para favorecer indebidamente a otro”, en la redacción del apartado primero y “como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros”, en el párrafo segundo. Esta alteración de la redacción típica no supone, sin embargo, potenciar el carácter sinalagmático de las prestaciones objeto del pacto corrupto –que, recuérdese, no es necesario que se agote para hablar de consumación delictiva–, sino que refuerza la relación causal entre el beneficio o ventaja no justificados y la actuación del corrupto. Dicho favorecimiento puede ir en provecho del corruptor o de un tercero, tanto en la modalidad activa como pasiva de corrupción privada, a diferencia de lo que sucedía con la redacción original del tipo en la que, dentro de la óptica de corrupción pasiva, la literalidad daba a entender que solo era reprochable el acto tendente a favorecer “a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja”.

15. El ámbito de aplicación típico, tras la modificación de 2015, se extiende a supuestos “en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales”. Con esta nueva previsión, que elimina el calificativo “profesionales” referido a los servicios e incorpora la expresión “relaciones comerciales” –respecto del texto producto de la Ley Orgánica 5/2010–, se amplía el contexto mercantil o comercial en el que se pueden verificar conductas de corrupción privada merecedoras de sanción penal, llegando a incluir cualquier relación que anticipe o que incluso no implique en sentido estricto la contratación de bienes y servicios, siempre que pueda quedar abrigada por la descripción típica.

16. El delito de corrupción entre particulares se consuma, exclusivamente, a través de una actuación dolosa, siendo posible, en principio, la apreciación del dolo en todas sus categorías, incluida el dolo eventual. Esta tesis se fundamenta en entender que el favorecimiento indebido objeto de la contraprestación corrupta no posee la condición de elemento subjetivo del injusto –pues, de lo contrario, solo podría aceptarse la comisión delictiva a título de dolo directo–. En este sentido, se reconoce a este elemento típico una cierta carga subjetiva, como agente motivador de la voluntad del corrupto, pero no se desconoce su potencial desde el punto de vista objetivo, como configurador de la conducta

típica. Esta forma de entender el favorecimiento encaja mejor con la redacción de la norma tras la reforma de 2015 y aporta, además, efectos procesales positivos al reducir la carga probatoria de aspectos subjetivos que pueden resultar de difícil acreditación.

Por otra parte, no es posible la sanción penal de la corrupción entre particulares a título de imprudencia, por no estar expresamente prevista esta posibilidad en el artículo 286 bis CP.

17. En sede de tipo del injusto, se hace difícilmente imaginable que a las conductas de corrupción privada le puedan ser de aplicación alguna de las causas de justificación genéricas, así como tampoco parece adecuado atribuir tal valor al instituto jurídico del consentimiento. Del mismo modo, tampoco el precepto prevé ninguna causa de justificación específica. De otro lado, la culpabilidad podría, hipotéticamente, verse afectada por algunos supuestos de error, en concreto, de prohibición. Sin embargo, el radio de acción del delito –recuérdese, el ámbito del mercado, la compraventa de mercancías y la contratación de servicios– hace complicado sostener el desconocimiento del ilícito penal con efecto exculpativo. En este sector de actividad participan personas generalmente con conocimientos; ámbito en el que, además, ya rigen normas sectoriales que prohíben, en sede administrativa, conductas muy similares a las sancionadas penalmente. En este punto, juegan un papel muy relevante también los códigos de buenas prácticas y de *compliance* adoptados por un cada vez mayor número de empresas.

18. Las consecuencias jurídico-penales derivadas de la comisión de este delito son, cumulativamente, la de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja. Resulta desmedida la atribución acumulada de tres consecuencias jurídicas severas, a todas luces desproporcionada en comparación con lo previsto en otros delitos socioeconómicos, como la estafa –en la que, además, se exige la producción de un concreto daño patrimonial, elemento ausente en la regulación de la corrupción entre particulares–.

De la horquilla de prisión recogida en el artículo 286 bis se destaca que excede de lo mandado por la Decisión Marco 2003/568/JAI, instru-

mento del que –según declara nuestro legislador– trae causa la introducción de esta figura delictiva en nuestro ordenamiento. Por otra parte, aunque se han resaltado las bondades de la pena de multa, en abstracto, para la lucha contra la delincuencia económica, la concreta elección por nuestro legislador de la multa proporcional puede revelarse como inadecuada –desde un punto de vista, por cuanto será de compleja aplicación en los casos en los que el beneficio o ventaja no revistan naturaleza económica y porque su aplicación puede convertir la figura en un delito de resultado y, desde otra óptica, por vincular la cuantía al valor del beneficio o ventaja y no a la entidad de la lesión irrogada al bien jurídico–, debiendo haberse optado por el sistema de días-multa. En lo que se refiere a la pena de inhabilitación especial, debe resaltarse que su inclusión en el tipo español fue derivada, de nuevo, por las obligaciones contenidas en la Decisión Marco comunitaria.

19. Estamos ante un delito perseguible de oficio, a tenor de lo que dispone, por exclusión, el artículo 287 CP, por lo que, para proceder, no será necesaria denuncia de la persona agraviada o perjudicada. Ello refuerza la idea de que el bien jurídico se conecta con los intereses generales en el mercado y, en concreto, con la competencia. En añadidura, el artículo 288 dispone que la sentencia se publicará en los periódicos oficiales y, si fuera solicitado por el perjudicado, se acordará su reproducción, total o parcial, por cualquier otro medio, a costa del condenado. Estas previsiones son igualmente aplicables al delito de corrupción en el deporte.

20. El apartado tercero del artículo 286 bis prevé una atenuación potestativa para el órgano jurisdiccional, de las conocidas como de “discrecionalidad reglada”, consistente en la posibilidad de aplicar la pena inferior en grado a la establecida en el artículo –tanto respecto a la prisión como a la inhabilitación especial– y reducir la multa a su prudente arbitrio, en atención a la cuantía del beneficio o valor de la ventaja o a la trascendencia de las funciones del culpable. El establecimiento de la rebaja punitiva se ha justificado, en un término, por la severidad de las penas previstas en este precepto y, de otro lado, porque trata de modular la respuesta penal a la actuación de sujetos con diferentes posiciones y capacidad de decisión dentro del ente empresarial y con relación al mercado. Sin embargo, resulta criticable que la menor afcción al bien jurídico no haya cristalizado como uno de los criterios de aplicación de la atenuante.

21. La reforma de los delitos de corrupción en los negocios introducida en 2015 incorpora un nuevo artículo 286 quater destinado a recoger algunos supuestos de “especial gravedad”, en los que las respectivas penas se impondrán en su mitad superior, pudiendo llegarse –de nuevo, se concede tal posibilidad a jueces y tribunales– a la pena superior en grado, siempre que se dé alguna de las cuatro circunstancias enunciadas en el inicio del segundo párrafo de la norma. Se ha criticado, con fundamento, la redacción de esta figura pues, por un lado, la necesidad de intensificar las penas no viene recogida en la Decisión Marco –y puede derivar en una exacerbación de la respuesta penal contraria a toda racionalidad– y, por otro, los criterios de agravación escogidos por el legislador guardan escasa relación con el bien jurídico protegido.

22. El artículo 288 CP prevé expresamente atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas por delitos de corrupción en los negocios. En la concreción del sistema de responsabilidad, cobra una especial importancia el papel de los mecanismos de *compliance*, así como de los códigos de conducta y de buenas prácticas en un sector tan relevante como el empresarial que desarrolla su actividad en el contexto del mercado.

23. Junto con la figura de corrupción entre particulares, fue voluntad del legislador penal de 2010, como se ha dicho, incorporar en el apartado cuarto del artículo en estudio el subtipo de corrupción en el deporte. A pesar de que ha generado cierta controversia, la intervención del Derecho penal en la esfera deportiva se explica por la exponencial importancia de los intereses económicos involucrados en la práctica de algunas modalidades y disciplinas deportivas. En este sentido, el deporte ha dejado de ser una mera actividad privada para pasar a ostentar un innegable carácter público que justifica la atención de los poderes públicos y la mayor presencia regulatoria y sancionadora del ordenamiento jurídico y, por ello, también, de la disciplina criminal.

24. A diferencia de lo que sucedía con la corrupción privada, la inclusión del fraude deportivo en nuestro sistema legal no respondió a la necesidad de cumplir obligación supranacional alguna. Es más, en el momento de producirse la reforma de 2010 en España, no existía instrumento normativo internacional alguno en la materia, siendo que en

la actualidad solo encontramos el Convenio del Consejo de Europa sobre Manipulación de las Competiciones Deportivas, que no se encuentra en vigor, ni de forma general, ni, aún menos, para nuestro país.

Tampoco el examen del Derecho comparado muestra distintos modelos de incriminación que puedan ayudar a acotar el interés jurídico relevante en nuestro ordenamiento. No existen, en el seno de los distintos países, corrientes uniformes y cada una de las regulaciones existentes parecen responder más a la alarma social provocada por el conocimiento de escándalos y casos particulares que a la intención de apostar por una armonización de la política criminal en la materia.

25. A la vista de lo anterior, la tarea de concretar y acotar el bien jurídico tutelado debe abordarse siguiendo otros parámetros. Las disquisiciones doctrinales han basculado desde la negación de la existencia de un valor digno de salvaguarda penal hasta optar por la protección de los valores deportivos –singularizados en el denominado “juego limpio” o *fair play*– o la puesta en tutela de criterios económicos derivados de la práctica del deporte. En nuestra opinión, deben tomarse en consideración dos variables a la hora de delimitar el bien digno de protección: la tutela del resultado deportivo, requerida por la propia literalidad típica, y la ubicación sistemática del delito –entre los delitos socioeconómicos–.

Por todo ello, apostamos por una construcción ecléctica que puede referirse como “lealtad deportiva” –denominación que permite dar coherencia a este bien jurídico respecto del de corrupción privada– y categorizarse, al igual que esta, como un bien jurídico complejo y colectivo, con un valor protegido inmediatamente –la integridad e imprevisibilidad del resultado, requerido por la redacción de la norma– y un objeto tutelado de forma mediata, vinculado a la dimensión económica del deporte y circunscrito en los intereses y expectativas económicas de todos los actores e intervinientes en el hecho deportivo. Así, definimos este bien jurídico como la *integridad e imprevisibilidad del resultado obtenido mediante el respeto de las reglas de la modalidad deportiva, como medio de tutela de las expectativas económicas derivadas del correcto y leal desarrollo del acontecimiento deportivo*.

26. Al igual que sucedía en la modalidad de corrupción privada, el fraude deportivo es un delito plurisubjetivo, en el que pueden intervenir, potencialmente, varias categorías personales. En paralelo al tipo

previsto en los dos primeros apartados del artículo 286 bis, consideramos que la norma recoge una modalidad pasiva, delimitada como un delito especial impropio, de la que solo pueden ser sujeto activo el directivo, administrador, empleado o colaborador de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de esta, o el deportista, árbitro o juez que participa en el evento cuyo resultado se busca manipular; y una modalidad activa, para la que no existe obstáculo legal en considerar como delito común –aunque concordamos en reconocer que, en la práctica, lo habitual será que sean sujetos activos los vinculados a la entidad deportiva o aquellos con un interés directo en la prueba, encuentro o competición–, siendo posible, en ambos casos, la comisión de forma directa o a través de persona interpuesta.

27. La cláusula de remisión que da inicio al apartado cuarto supone que las conductas típicas se definen de igual modo a la corrupción privada. Así, la forma pasiva podría describirse, integrando todos los elementos presentes en el primer apartado del precepto, como “recibir, solicitar o aceptar un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro” y la forma activa, por remisión al numeral segundo, como “prometer, ofrecer o conceder un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros”.

28. Una de las particularidades del tipo de corrupción deportiva radica en que especifica en qué consiste el acto de favorecimiento indebido, debiendo concretarse este en la finalidad de “predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva”. Paralelamente a lo sostenido en la tipificación de la corrupción entre particulares, debe considerarse que este elemento determina el tipo objetivo, si bien no puede desconocerse una cierta potencialidad subjetiva como aspecto tendencial específico del comportamiento del sujeto activo.

29. Respecto de la predeterminación o alteración deliberada y fraudulenta, adquiere especial significación el debate en torno a las *primas*. Desde el punto de vista jurídico-penal, no ofrece controversia la

falta de antijuridicidad de los incentivos por ganar entregados al deportista por el propio club o entidad deportiva en la que desarrolla su actividad; premios en numerosas ocasiones públicos y conocidos, y asimilables a un complemento salarial por objetivos, tan habitual en el mundo empresarial. Por su parte, tampoco ofrece dudas que las primas a terceros otorgadas por perder o empatar entran de lleno en el ámbito típico del artículo 286 bis. 4 CP. La discusión surgió en torno a las primas entregadas por terceros por ganar, encontrándose diversas posturas contrapuestas en relación a la adecuación o no del reproche penal. Según nuestro entender, estas no deben ser consideradas típicas, pues una prima por ganar, aunque sea dada por un tercero, no deriva en una adulteración fraudulenta del resultado y, en todo caso, porque apostamos por una aplicación restrictiva del delito.

30. No adquiere relevancia penal, sin embargo, la adulteración del resultado de cualquier evento deportivo, sino simplemente de aquellos que ostenten *“especial relevancia económica o deportiva”*. Esta expresión sustituye al calificativo “profesionales” que se incluía en la redacción inicial de 2010 y que ahora ha pasado a formar parte de uno de los supuestos agravados recogidos en el artículo 286 quater CP. Del mismo modo, en la literalidad vigente el cuarto apartado incorpora un segundo párrafo que incluye una definición auténtica de lo que debe entenderse por *“especial relevancia económica o deportiva”*. Ambas circunstancias deben ser interpretadas de forma alternativa, de modo que bastará que se verifique cualquiera de ellas para considerar típico un determinado hecho ilícito de corrupción deportiva.

De *“especial relevancia económica”* debe considerarse aquella prueba, encuentro o competición deportiva en que *“la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad”*, debiendo interpretarse tal como aquel evento en el que, al menos la mitad más uno de los intervinientes, perciban emolumentos económicos derivados directamente de la participación y otorgados por el club o entidad deportiva a que pertenecen o por los organizadores del acontecimiento deportivo. De *“especial relevancia deportiva”*, de su lado, se entenderá *“la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina”*. En este último caso, nos encontramos ante un elemento que con-

vierte al tipo en norma penal en blanco, al ser preciso acudir a la normativa administrativa deportiva para determinar el contenido del mismo. De acuerdo a nuestro parecer, habrá de entenderse como de “especial relevancia deportiva” la prueba, encuentro o competición deportiva oficial y de máxima categoría, organizadas por Federaciones o entidades de ámbito estatal, sin que exista obstáculo legal para considerar tales las organizadas por Federaciones autonómicas o, incluso, de ámbito territorial inferior.

31. De igual modo que la corrupción entre particulares, se concibe la comisión del tipo de fraude deportivo únicamente a título de dolo, no siendo posible la apreciación imprudente, por no estar expresamente prevista en el Código. A diferencia de la modalidad privada en el mercado, sin embargo, la contundencia con que la literalidad normativa expresa la finalidad en que se traduce el favorecimiento indebido –“predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta– entorpece la consideración, a efectos consumativos, del dolo eventual, si bien habrá de estarse a futuras interpretaciones jurisprudenciales al efecto.

32. Las penas previstas para la figura delictiva del apartado cuarto son las mismas, de nuevo por remisión, que las recogidas para la corrupción entre particulares. Son aplicables, en este sentido, las consideraciones vertidas en su momento. En añadidura, respecto de la corrupción en el deporte, se refuerzan las objeciones en lo relativo a la exacerbación de la respuesta punitiva –tanto cualitativa como cuantitativamente– y se plantean serios interrogantes en torno a la aplicabilidad de la inhabilitación especial, pues la redacción típica impide “*el ejercicio de industria o comercio*”; sectores que poco tienen que ver con el deporte, debiendo haberse optado por una consecuencia jurídica más acorde con el contexto en que se enmarca el subtipo al que nos referimos.

33. Resulta plenamente aplicable al fraude deportivo la atenuación potestativa del apartado tercero del artículo 286 bis CP. Su apreciación sigue la mecánica expuesta anteriormente, si bien se ha sostenido, respecto del tipo en el deporte, que la concreta elección de los criterios que dan lugar al privilegio punitivo puede derivar en problemas interpretativos, por no tener estos excesiva relación con la esfera del deporte.

34. Son predicables de la corrupción deportiva también los supuestos de “especial gravedad” recogidos en el artículo 286 quater. En el contexto que nos ocupa, serán aplicables no solamente las cuatro circunstancias previstas para la corrupción privada, sino que, además, el último inciso prevé dos específicas para el fraude en el deporte: que la adulteración tenga por finalidad influir en juegos de azar o apuestas deportivas, o bien que el evento deportivo sea calificado como oficial, profesional y de ámbito estatal o, en su caso, oficial y de ámbito internacional.

35. Respecto del fraude deportivo, la realidad práctica puede presentar interesantes relaciones concursales con otras figuras delictivas. A pesar de la singularidad de este delito, se muestra especialmente plausible la posibilidad de apreciar el concurso con el delito de estafa en supuestos de apuestas deportivas en las que, fruto de la adulteración del resultado, se verifica un daño patrimonial o económicamente evaluable. De la misma forma, no serán infrecuentes los casos de concurso entre la corrupción deportiva y el delito de dopaje, en la medida que se cometa este último para “modificar los resultados de las competiciones” en que participa el deportista al que se le suministren sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios.

36. También respecto de la corrupción en el deporte el artículo 288 CP prevé atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, siguiendo el esquema y el sistema de atribución de la misma predicable respecto del delito de corrupción entre particulares. Con ello, suscita los mismos interrogantes que en dicho supuesto y, en el concreto contexto de la figura del artículo 286 bis. 4 CP, se plantea si la literalidad típica ha tomado en consideración las peculiaridades de los entes jurídicos deportivos, que oscilan entre un club deportivo –cuyo régimen jurídico es equiparable a una asociación y cuyos estatutos, precisamente, se inspiran en los mandatos de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación– hasta una Sociedad Anónima Deportiva, pasando por las Federaciones deportivas –entidades que, a pesar de regirse por el Derecho privado, tienen delegadas determinadas funciones de carácter público; son consideradas agentes colaboradores de la Administración pública–.

INTRODUÇÃO

Realizar uma tese de doutoramento é ou, pelo menos, deve ser, algo mais do que uma simples aspiração académica. Não se trata apenas de conseguir a capacidade científica necessária para desenvolver uma investigação independente dentro do contexto universitário, mas de adquirir as competências e habilidades que permitem fazer-se perguntas e ser crítico para assim progredir numa concreta área do conhecimento. Em minha opinião, a investigação deve visar também a resolução de problemas da realidade; deve ser vista como uma ferramenta útil para a sociedade, capaz de detectar obstáculos ou deficiências e de contribuir, na medida do possível, com soluções adequadas.

Esta foi a motivação que me impeliu a iniciar os meus estudos de doutoramento e a decidir formar-me dentro do Programa de Doutoramento *“Estado de Derecho y Gobernanza Global”* da Universidade de Salamanca, focando o meu estudo em alguns aspetos jurídicos relacionados com a corrupção. E dentro dela, logo descobri que me atiçava uma especial curiosidade a chamada corrupção privada, corrupção no sector privado ou, segundo a redação original do Código Penal espanhol –após a reforma da Lei Orgânica 5/2010–, corrupção entre particulares. Uma categoria jurídica nova –daí que durante os meus estudos de Mestrado ainda não fizesse parte do acervo jurídico vigente no nosso país–, que era definida pela escassa doutrina existente em esse momento como condutas “com corpo de corrupção e alma de outra coisa”; comportamentos que partilham com os clássicos crimes de suborno a denominação genérica de “corrupção” mas cujo âmbito lesivo está fora da Administração pública, centrado no âmbito económico, comercial ou empresarial –e no caso espanhol, também no desportivo– e em cujos ilícitos não intervém, em nenhuma das duas caras do acordo corrupto, autoridade ou funcionário público nenhum.

No que diz respeito à tradicional corrupção administrativa –aquela baseada no abuso de um poder público para obter uma vantagem ilegítima em benefício privado– era naquela altura e continua a ser comumente conhecido e aceite –assim foi salientado, entre outras

instituições, pelas Nações Unidas- tratar-se de um fenómeno social, político e económico complexo que afecta todos os países do mundo. A preocupação por esta, como tipologia delitativa, é considerada prejudicial para as instituições democráticas; responsável pela desaceleração do desenvolvimento económico e meio de cultivo idóneo para a instabilidade política. Estes ilícitos relacionam-se no sector público com a destruição das instituições democráticas, a quebra do Estado de Direito e o império da lei e a deslegitimação da burocracia e das estruturas administrativas. Tudo isso supõe uma retração do investimento público e privado e um desincentivo à criação de tecido empresarial, pelas dificuldades de suportar os custos derivados do pagamento de subornos.¹

Efetivamente, a corrupção é uma das manifestações delitivas mais características das sociedades globalizadas, tendo adquirido nos últimos anos um incontestável carácter transnacional e relacionando-se, de forma evidente, com outras formas de delinquência económica organizada.² Os modelos de corrupção são copiados e transmitidos de uns países para outros e, do mesmo modo, os benefícios ilegais que esta gera, são transferidos para distintos territórios, implicando entidades, empresas e instituições financeiras de diferentes localizações. Por tudo isto, não é de estranhar que os governos, as organizações supranacionais e as não governamentais bem como as empresas transnacionais se preocupem pela dimensão global da corrupção.

Sendo isto assim, tal como supracitamos, nos últimos anos a inquietação dos diversos atores sociais pelos efeitos perversos da corrupção alargou-se também às condutas que se manifestam no âmbito privado. De novo por efeito da globalização, especialmente desde fins do século passado, o comércio transfronteiriço de bens e serviços, aumentou exponencialmente pelo que a corrupção no sector privado deixou de ser um problema meramente interno de um Estado para passar a ostentar relevância transnacional. É por isso que se trata

¹ Informação retirada da web do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes. Fonte: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/corruptcao/index.html>. Consultado a 2 de Novembro de 2017.

² CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: “Corrupción, globalización y delincuencia organizada”, em FABIÁN CAPARRÓS, E. A. e RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (coords.): *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, pp. 213-215.

mais eficazmente mediante uma atuação conjunta entre todos os países.³

Neste sentido, o oferecimento e a aceitação de benefícios indevidos no sector privado buscam predispor a decisão sobre um ato ou negócio – consistente na aquisição de bens ou serviços– a favor de quem os dá, em relação a quem os recebe, face aos restantes competidores, supondo isso uma distorção da competência; alteração que pode fazer com que a posição no mercado de determinados empresários dependa mais da concessão de um suborno do que das melhores prestações, qualidade ou preço dos seus produtos ou serviços.

Estes e outros reflexos do potencial lesivo destas condutas acentuaram a preocupação dos organismos supranacionais, focalizando a sua atuação –no âmbito da denominada “tolerância zero” contra a corrupção– à procura de uma política criminal comum,⁴ visando salvaguardar o correto funcionamento das Administrações públicas, de um lado, e dos sistemas de mercado, com especial atenção à tutela da competência, de outro. Destacam neste ponto, como iniciativas mais relevantes, os Convénios Civil e Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa de 1999 e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003. Entre os elementos fulcrais que contêm, é de salientar a necessidade de que os Estados prevejam como crime determinadas condutas de corrupção relacionadas com o pagamento de subornos, quer na esfera pública, quer na privada. Com isto, é reforçada a presença do Direito penal no âmbito económico, passando a castigar comportamentos que até há poucos anos ficavam fora da esfera de ação da mais contundente ferramenta do *ius puniendi* estatal. Também as instituições comunitárias elaboraram textos e normativas contra a corrupção. No âmbito de estudo que nos ocupa, é

³ RASTRILLO LÓPEZ, P.: “Los delitos de corrupción tras la reforma del Código Penal por LO 1/2015”,

na web de ElDerecho.com, 14 de Novembro de 2016. Fonte: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Delitos-corrupcion-reforma-Codigo-Penal_11_1021180001.html. Consultado a 2 de Novembro de 2017.

⁴ CAMPANER MUÑOZ, J.: “La corrupción entre particulares”, em *Lex Nova Online*, p. 1. Disponível na web da Revista *Penamiento Penal*. Fonte: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/04/doctrina38516.pdf>. Consultado a 2 de Novembro de 2017.

imprescindível referir a Decisão Marco 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de Julho de 2003, relativa à luta contra a corrupção no sector privado, que, tal como as anteriormente referidas, impõe a necessidade de os Estados criminalizarem os comportamentos corruptos para além do âmbito público. Esta é precisamente uma das razões de peso que levaram o legislador penal espanhol de 2010, tal e como é referido expressamente na Exposição de Motivos da lei Orgânica 5/2010, de 22 de Junho, a introduzir o crime de corrupção entre particulares no Código penal, nomeadamente no artigo 286 bis, como mais um crime contra o mercado e os consumidores.

Mas não só a nível normativo supranacional ou internacional foi posto em relevo a importância de combater, desde todos os frentes, os atos de corrupção. Nos últimos anos, especialmente desde o início da grave crise económica que o mundo suportou –e da qual ainda não nos recuperamos–, a cidadania tem-se mostrado mais consciencializada no que diz respeito aos danos que este fenómeno delitivo nos infringe a todos; ficamos a saber que nos afectam as consequências de unas práticas indesejáveis que, até há umas décadas, foram, no máximo, consideradas crimes sem vítimas. Não é assim atualmente: sabemos que todos, como cidadãos e como parte da sociedade, somos titulares de uma série de valores, de uns bens jurídicos de natureza colectiva, que são algo mais do que a simples soma de interesses particulares e respeito aos quais exigimos que os Estados se obriguem a tutelar.⁵ No caso espanhol, a importância que outorgamos a estes ilícitos, como um dos problemas mais graves que afligem a nossa sociedade, fica manifesto nos Barómetros que, periodicamente, realiza o Centro de Investigações Sociológicas; indicador no qual, ainda hoje, a corrupção e o fraude ocupam o segundo lugar como o principal problema que existe atualmente no nosso país, apenas por debaixo do desemprego,⁶ e cuja posição se mantém desde fins do ano 2012.

Focando a atenção na corrupção entre particulares, a repercussão de diferentes casos que fomos conhecendo ao longo dos últimos anos veio

⁵ PLANCHADELL GARGALLO, A.: “Las víctimas en los delitos de corrupción (panorama desde las perspectivas alemana y española)”, em *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 36, Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, 2016, pp. 70-71.

⁶ O dado foi retirado do Estudo nº 3183, incluído no Barómetro do CIS de Julho de 2017, disponível na web do CIS. Fonte: http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3180_3199/3183/es3183mar.pdf. Consultado a 2 de Novembro de 2017.

propiciada por uma maior atenção dos meios de comunicação. No contexto europeu, foram divulgados varios casos clássicos, alguns deles na Alemanha, como o de *Korkengeld* –um suposto no qual os representantes de uma marca de champanhe francês ofereceram 35 pfennigs por cada garrafa da sua marca vendida aos empregados de diferentes estabelecimentos, com a finalidade de estes recomendarem o seu produto, e tudo isso com o conhecimento do dono do negócio–, o escândalo do lixo em Colónia –no qual, no processo de adjudicação a envelope fechado do serviço de recolha de resíduos, uma das empresas subornou o representante do adjudicador para que lhe comunicasse a oferta mais económica para assim melhorá-la– ou o caso do *Allianz-Arena* de Munique –no qual foram pagas “comissões” a fim de conhecer informação relevante para a adjudicação da construção do referido estádio–, ou, de outro lado, o caso *Siemens* que destapou uma rede de pagamentos milionários por parte da dita empresa pelo mundo fora.

Em Espanha, apesar de a regulação penal deste crime –como já dissemos e poderá ver-se nesta tese de doutoramento– ser relativamente recente e não isenta de certas carências que trataremos de depurar ao longo do nosso trabalho, a expressão “corrupção privada” começou a ganhar certa notoriedade nos meios, graças, em grande parte, ao aparecimento de certos casos sobre os quais, não obstante, ainda não há sentença firme por parte de juízes e tribunais, embora alguns deles se encontre, no momento de redigir estas linhas, em fase de investigação. Podemos referir o caso *Rato* –em que se investigava o ex-vice-presidente do Governo por supostas irregularidades nos seus negócios privados e pelo que se observaram indícios de crime contra as Finanças Públicas, lavagem de dinheiro e corrupção entre particulares;⁷ processo atualmente arquivado de forma provisória–, o caso *Neymar* –no qual foram abertas diligências contra o ex-futebolista do F.C. Barcelona, o Santos e os presidentes de ambos clubes por fraude e corrupção entre particulares; nestes

⁷ Podem ser consultados alguns dados do caso na notícia intitulada “Las 9 claves del ‘caso Rato’”, publicada na web de El País, 6 de Outubro de 2015. Fonte: https://politica.elpais.com/politica/2015/10/05/actualidad/1444053279_203956.html. Consultado a 2 de Novembro de 2017.

momentos em fase de Julgamento Oral na Audiencia Nacional⁸ ou a operação *Soule* –conspiração que investiga o ainda presidente da Real Federação Espanhola de Futebol por crimes de administração desleal, apropriação indevida, corrupção entre particulares e falsidade documental⁹.

Se, como dizíamos anteriormente, o cumprimento das obrigações supranacionais ratificadas por Espanha se tornou o argumento principal do legislador penal para incorporar a corrupção privada ao elenco de crimes previstos na ordenação, diferente é o suposto da fraude no desporto, modalidade típica específica também incluída no artigo 286 bis do Código, nomeadamente no número 4^o. Neste caso, a iniciativa incriminatória partiu do poder legislativo interno e, nem a própria regulamentação nem a sua localização sistemática, foram suficientemente motivadas, requisito que teria sido desejável em base aos princípios reitores de um Direito penal democrático.

Deste modo, perante a falta de sustento normativo supranacional –o único instrumento existente é o Convénio do Conselho da Europa sobre Manipulação de Competições Desportivas, de data posterior à incorporação do tipo no nosso Código e ainda não ratificado por Espanha– e a insuficiente labor de justificação do nosso redator, teremos de procurar a razão de ser da figura no alarme social que geram os possíveis factos de corrupção num âmbito tão emblemático como o desporto. Neste contexto torna-se inteligível a iniciativa de Projeto de Lei contra a fraude no desporto de 2009 –que partiu da Liga de Futebol Profissional e à qual aderiram outras instituições como a Liga ACB de basquetebol–, que apostava pela previsão penal deste tipo de condutas ilícitas, seguindo a corrente político-criminal de “tolerância zero” contra a corrupção: o objetivo declarado era lutar contra a “manipulação de jogos”, as “gratificações a terceiros” e os

⁸ A situação atual do caso pode conhecer-se na notícia intitulada “*El juez abre juicio oral y fija fianza de más de 3 millones al Barça, al Santos y sus presidentes por Neymar*”, publicada na web de El País, 5 de Maio de 2017. Fonte: https://elpais.com/deportes/2017/05/04/actualidad/1493903711_548466.html. Consultado a 2 de Novembro de 2017.

⁹ O enfoque deste caso ppde ser consultado, entre outras fontes, na notícia intitulada “*Villar y su hijo, detenidos en una operación contra la corrupción en la Federación Española de Fútbol*”, publicada na web de El Economista, 18 de Julho de 2017. Fonte: <http://www.economista.es/empresasfinanzas/noticias/8504162/07/17/Macro-operacion-contra-la-corrupcion-en-la-Federacion-Espanola-de-Futbol-.html>. Consultado a 2 de Novembro de 2017.

subornos a futebolistas e árbitros tendentes a adulterar de modo fraudulento o resultado de um evento desportivo.

A entrada em vigor da modalidade de fraude desportiva coexistiu no tempo com um dos primeiros casos com maior transcendência mediática, o conhecido como caso *Brugal*, no qual, na sequência de uma investigação por crimes de suborno, extorsão e tráfico de influências na adjudicação de contratos públicos em concursos de gestão dos serviços de recolha de lixo em várias povoações de Alicante, foi descoberta uma conspiração de concessão massiva de dádivas para manipular resultados desportivos na temporada 2009-2010 e propiciar a promoção à Primeira Divisão do Hércules C.F.¹⁰ O titular do Tribunal de Instrução número 7 de Alicante decidiu, no entanto, não notificar a instrução às autoridades desportivas, contrariamente ao solicitado pelo Ministério Público Anticorrupção, por ser considerado uma intromissão na vida privada dos arguidos, na medida em que a figura delitiva não se encontrava ainda em vigor. Este facto foi utilizado pelos partidários da criminalização da corrupção no desporto para reforçar a sua posição, aludindo à ineficácia dos meios de investigação da disciplina desportiva e à necessidade de contar com mecanismos provatórios próprios do ordenamento penal.

Desde a vigência da figura, são salientadas três investigações judiciais que levaram à aplicação deste crime, duas delas relacionadas com o Futebol. A primeira, atualmente arquivada –se bem que o Ministério tenha recorrido esta decisão– no que diz respeito à manipulação do resultado do jogo Levante-Zaragoza, correspondente à 38ª jornada da Primeira Divisão da temporada de 2010-2011. A segunda, conhecida como o caso *Osasuna*, na qual se dirime se alguns dirigentes do clube “rojillo” subornaram varios futebolistas do Betis para que a equipa verde branca conseguisse determinados resultados que beneficiavam a equipa navarra durante o fim da temporada 2013-2014. Atualmente,

¹⁰ Para estudarmos a fundo o tratamento mediático deste caso, pode ser consultada a notícia intitulada “El 'caso Brugal' destapa el uso masivo de sobornos para ascender a Primera”, publicada na web de El País, 5 de Agosto de 2010. Fonte: https://el-pais.com/diario/2010/08/05/deportes/1280959202_850215.html. Consultado a 2 de Novembro de 2017.

o caso encontra-se em fase de Julgamento Oral.¹¹ Finalmente, deve também ser referida a denominada operação *Futures*, vinculada a supostas manipulações de resultados de ténis para apostas na internet, que saiu à luz em Dezembro de 2016 e pela qual, na altura, foram detidas 34 pessoas.¹²

Voltando ao plano jurídico, é preciso referirmos, neste momento, duas questões citadas anteriormente. De um lado, a inexistência de resoluções judiciais firmes, em forma de sentença, que apliquem nenhuma das previsões contidas no artigo 286 bis do Código Penal. Esta realidade foi percebida pelo redator da Lei Orgânica 1/2015, de 30 de Março, pela qual é modificado o Código Penal, para acometer uma reforma profunda dos tipos objeto desta investigação; mudanças que são analisadas em profundidade nos diferentes secções desta tese e cujo objetivo, segundo o próprio legislador, é “garantir a aplicação destes preceitos em todos os casos nos quais, mediante o pagamento de subornos, em benefício próprio ou de terceiros, se obtêm posições de vantagem nas relações económicas”.

Por outro lado, expomos o nosso propósito de que a investigação que apresentamos possa ser de utilidade na aplicação prática das duas figuras delitivas estudadas: os tipos de corrupção entre particulares e no desporto. É por isso que, no exame de cada um dos aspectos que compõem este trabalho, se parte, como não podia ser de outra maneira, da literalidade do artigo 286 bis atualmente vigente, mas sem deixar de lado a versão original, na medida em que o seu estudo sirva para dar luz a alguns dos pontos controversos de ambos tipos penais.

Tem sido salientado pela doutrina que os tipos do artigo 286 bis são fruto de uma política-criminosa versátil, na qual o legislador “não tem a certeza do que faz”, chegando a sustentar que “não há razão para [afirmar] que (...) uma tipificação ad hoc do suborno privado irá resolver um problema ainda mais complicado na sua vertente

¹¹ Mais informação na notícia intitulada “El juez abre juicio oral contra los 18 acusados en el caso Osasuna”, publicada na web de Iusport, 30 de Março de 2017. Fonte: <https://iusport.com/not/33676/eljuez-abre-juicio-oral-contra-los-18-acusados-en-el-caso-osasuna/>. Consultado a 2 de Novembro de 2017.

¹² Pode ser ampliado na notícia intitulada: “34 detenidos en una redada por amaños de partidos de tenis para apuestas en Internet”, publicada na web de El Mundo, 1 de Dezembro de 2016. Fonte: <http://www.elmundo.es/deportes/2016/12/01/583f70aee2704e75638b467c.html>. Consultado a 2 de Novembro de 2017.

indagatória, quer dogmática quer político-criminosa e processualmente”.¹³ É este ponto onde esperamos que esta tese possa ser de proveito e isso motivou os esforços por concretizar e clarificar os diferentes elementos típicos de ambas figuras delitivas.

Finalmente, devemos reconhecer algo que, não por evidente, deve deixar de ser referido aqui: a luta contra a corrupção, em qualquer dos seus âmbitos. No entanto, no que aquí nos interessa, nas esferas privadas da empresa e do desporto, não pode ser aplicado apenas desde a lei ou desde a lida de juízes e tribunais, nem tampouco exclusivamente desde a Universidade e o âmbito académico. É necessária uma política anterior educativa e preventiva, que possibilite a consciencialização e implicação da sociedade civil em seu conjunto para liderar a luta global anticorrupção. Na procura deste fim, é de salientar o trabalho de *Transparency International*, organização não governamental que tem em vista o combate contra este fenómeno ilícito, tanto a nível nacional como internacional, através da construção e o fortalecimento de sistemas de integridade e a comunicação de valores de integridade e rendição de contas.¹⁴ E, Neste sentido, tenho o privilégio de participar nesta tarefa como membro, desde a sua constituição em Maio de 2016, da Comissão de Integridade e Prevenção da Corrupção no Desporto de Transparência Internacional Espanha, capítulo nacional da dita organização.

Como tratamos de patentear na Primeira Parte desta tese de doutoramento, a fenomenologia da corrupção alarga os seus efeitos perniciosos em múltiplos sectores da nossa sociedade e é tarefa de todos –nomeadamente daqueles que dedicamos a combatê-la o nosso estudo ou desempenho profissional–, por um lado, consciencializar de que nos encontramos perante um problema que diz respeito à sociedade em seu conjunto– pelo desvio de recursos públicos e privados que leva consigo– e, por outro lado, educar, prevenir e, em seu caso, prever mecanismos de sanção proporcionados –sem renunciar a

¹³ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Notas sobre la corrupción privada en el Proyecto de Código Penal”, em *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho*, nº 147, Março 2010, pp. 15 y 17-18.

¹⁴ Informação obtida da seção “Misión y organización” de la web de Transparencia Internacional España. Fonte: <http://transparencia.org.es/mision-y-organizacion/>. Consultado a 2 de Novembro de 2017.

que estes possuam natureza penal-, sempre que estiverem orientados à luta eficaz contra estes ilícitos e forem respeitados os princípios e limites próprios de um Estado social e democrático de Direito.

RESUMO

A presente investigação de doutoramento visa a análise dogmática do crime de corrupção entre particulares -contido, em suas figuras atenuada e básica no artigo 286 bis e na sua forma agravada no artigo 286 *quater*, ambos do Código Penal-, tanto na sua modalidade de corrupção privada empresarial como na correspondente de corrupção no desporto.

Na curta trajetória de vigência do crime, incorporado ao Código em 2010 através da reforma obrada pela Lei Orgânica 5/2010, este não foi objeto de excessiva apreciação por parte de juízes e tribunais, não existindo, no momento de finalização desta tese, salvo erro ou omissão, nenhuma sentença firme que o aplique. Contamos apenas com algumas resoluções em forma de auto relativas aos escassos procedimentos incoados até à data. Esta quase total falta de aplicação do crime tem sido justificada, de um lado, pela ausência de um debate prévio sobre a necessidade de o incorporar ao nosso ordenamento jurídico -esta foi fundamentada apenas na necessidade de cumprir as obrigações comunitárias e internacionais contraídas por Espanha- e, de outro, pelas escuridades e deficiências que apresentava a redação original do tipo. Isto levou o nosso legislador penal a introduzir uma intensa reforma em 2015, quer do ponto de vista dogmático -com alterações de relevância na literalidade do artigo- quer político-criminal - procedendo a reorganizar a Seção 4ª do Capítulo XI do Título XIII, originariamente denominada “da corrupção entre particulares”, passou a intitular-se “Crimes de corrupção nos negócios” e a acrescentar à figura de corrupção privada a de corrupção nas operações comerciais internacionais, antes recolhida no artigo 445-.

Este contexto marca o objetivo fundamental do nosso trabalho: sendo a tarefa fundamental a análise dogmática dos diferentes elementos das duas figuras delitivas, a investigação incorpora considerações de política criminal que visam, de um lado, encontrar os argumentos que justificam a concreta incriminação prevista no nosso ordenamento penal e, de outro, facilitar a tarefa hermenêutica que possibilite esclarecer aqueles aspetos escuros que possa conter a redação vigente do artigo 286 bis do Código Penal.

Para a consecução dos objetivos propostos, a tese de doutoramento conta com uma estrutura dividida em três Partes bem diferenciadas, estando cada uma delas composta por Capítulos. A primeira delas, dedicada a aspetos preliminares e ao estudo da normativa supranacional na matéria e os modelos de tipificação da corrupção privada no Direito comparado. Nomeadamente, o primeiro dos Capítulos foi dedicado a estudar a fundo a relação entre corrupção e Direito penal e, mais concretamente, a ponderar a pertinência da intervenção desta disciplina jurídica no âmbito socioeconómico e, dentro dele, a considerar os argumentos para incriminar os comportamentos de corrupção privada.

O segundo Capítulo é destinado a explorar a corrupção privada como fenómeno delitivo. Deste modo, são estudados, por um lado, os caracteres que esta compartilha com as condutas tradicionalmente consideradas como de corrupção pública e, por outro lado, aqueles elementos singulares dos ilícitos que se manifestam no sector privado. Já o terceiro Capítulo contém uma análise dos instrumentos normativos supranacionais que vinculam Espanha e determinam a necessidade de prever penalmente a corrupção entre particulares e, no quarto, são examinadas diferentes regulações de ordenamentos jurídicos do nosso âmbito, a fim de se compreenderem os diferentes modelos de tipificação deste crime que coexistem no contexto europeu.

A Segunda Parte focaliza a análise dogmática dos diferentes elementos do crime de corrupção entre particulares em Espanha, tipificado nos três primeiros e o quinto parágrafos do artigo 286 bis e no início do 286 *quater* do Código Penal. No quinto Capítulo do nosso trabalho, primeiro desta Parte, concretiza-se qual o bem jurídico tutelado pela norma espanhola e, a seguir, são considerados os diferentes elementos típicos, tanto da modalidade de corrupção privada ativa como passiva. O Capítulo seis é dedicado aos sujeitos ativos e o número sete trata as condutas típicas. O número oito, por outro lado, visa o tipo subjetivo do crime e os Capítulos nove e dez, as restantes questões da teoria jurídica do crime: antijuridicidade, culpabilidade, punibilidade e condições objetivas de perseguibilidade, por um lado, e *iter criminis*, autoria e participação, por outro.

Esta Parte segunda é completada com mais dois Capítulos: o primeiro –undécimo da tese de doutoramento– examina o tipo atenuado e os tipos agravados de corrupção privada, e o duodécimo aponta alguns

aspectos interessantes referidos à responsabilidade penal das pessoas jurídicas em relação à figura objeto de estudo.

Finalmente, a nossa investigação apresenta uma Terceira Parte na qual procedemos ao exame da modalidade específica de corrupção no desporto, prevista no quarto e quinto parágrafos do artigo 286 bis e no 286 *quater* do Código Penal. O esquema de conteúdos é praticamente idêntico ao estabelecido para o crime de corrupção privada, se bem que sejam dedicados dois Capítulos a enfrentar brevemente questões prévias. Deste modo, o décimo terceiro contém notas introdutórias, referentes à relevância social do desporto e à pertinência da sanção penal da fraude desportiva e o décimo quarto examina, sucintamente, instrumentos supranacionais e Direito comparado.

Seguindo o esquema, como dissemos, o décimo quinto Capítulo estuda o bem jurídico protegido pelo tipo espanhol, o décimo sexto os sujeitos ativos e o décimo sétimo as condutas típicas. Posteriormente, o décimo oitavo expõe elementos de penalidade e analisa a aplicabilidade do tipo atenuado e dos tipos agravados, o décimo nono destina-se a examinar algumas situações de concursos de crimes e, finalmente, o vigésimo recolhe algumas notas relativas à responsabilidade penal das pessoas jurídicas vinculada à figura de corrupção no desporto.

A metodologia de investigação utilizada nesta tese de doutoramento é substancialmente teórica, focada no exame dogmático de cada um dos temas referidos anteriormente. Para tal, servimo-nos de fontes normativas, quer nacionais quer supranacionais, complementadas com as contribuições doutrinárias mais relevantes sobre a matéria. Da mesma forma, utilizamos diversos relatórios e documentos com um valor jurídico relevante. De outro lado, a quase nula aplicabilidade prática destes crimes no nosso país dificulta a referência a resoluções judiciais, sendo a maioria relativas aos clássicos crimes de corrupção.

A nossa investigação parte da premissa de reconhecer que as figuras delitivas contidas no artigo 286 bis do Código Penal são relativamente inovadoras no nosso sistema jurídico. Por isso, apesar de na exposição de cada um dos temas tratados se seguir uma linha argumental que pretende ser congruente, presta-se atenção às diferentes teses ou opiniões doutrinárias existentes, optando pela que consideramos mais

adequada conforme à legalidade vigente ou, incorporando elementos inovadores que, a nosso entender, possam completar e dar coerência aos diferentes elementos dos crimes de corrupção entre particulares e no desporto.

CONCLUSÕES

1. A corrupção é um fenómeno poliédrico, complexo, que mostra os seus efeitos lesivos em todos os sectores de uma sociedade. Como manifestação delitativa, é concebida como uma das categorias típicas mais características da comunidade globalizada, destacando a sua transnacionalidade e os seus vínculos com outras expressões de criminalidade económica e delinquência organizada. Por isso, nos últimos anos, tornou-se mais intensa a preocupação e consciencialização no que diz respeito à mesma por parte de atores políticos e sociais, públicos e privados.

2. Uma das dificuldades à hora de tratar os comportamentos de corrupção vem dada pela ausência de uma definição universalmente válida, que delimite as manifestações que devem ser consideradas como ilícitas. Assim, as aproximações a um conceito realizadas desde diferentes disciplinas científicas resultaram insuficientes e incompletas. Tão-pouco desde o plano estritamente jurídico foi possível, até ao momento, levar a cabo este propósito, na medida em que se constata que a corrupção é uma categoria delitativa cambiante: será entendida por tal aquilo que a norma determine em cada território, em cada momento histórico.

3. No âmbito jurídico-penal, houve uma evolução relevante desde o âmbito público às manifestações em diversas esferas do sector privado. Por isso, –pelo menos a efeitos desta investigação–, a chave para definir a corrupção será o abuso ou a utilização desviada de um poder de decisão, traduzido numa atuação contrária às normas ou regras que rijam o sector onde o sujeito desenvolva a sua atividade, com a expectativa de obter um lucro privado.

4. Um correto tratamento penal das condutas de corrupção privada, objeto fundamental desta investigação, requer não só explorar a fenomenologia da corrupção, mas também delimitar os parâmetros de legitimidade da intervenção da dita subdivisão do ordenamento no âmbito socioeconómico, natureza que, segundo o nosso legislador, ostentam tais crimes.

Concretamente, é tarefa do jurista comprovar que existe um interesse valioso para a sociedade e digno de tutela jurídica após a incriminação de qualquer conduta. E, depois disso, é necessário verificar que a concreta regulação cumpre os mais básicos princípios limitativos do *ius puniendi* estatal, próprios de um Estado social e democrático de Direito. Deve procurar-se que a descrição de condutas proibidas satisfaça suficientemente os princípios de lesividade, de proporcionalidade e de intervenção mínima. Neste sentido, tem-se afirmado que a atuação do Direito penal no âmbito socioeconómico é justificada porque reage perante comportamentos altamente lesivos, que se incardinam no contexto do proveito económico, realizados por sujeitos que possuem uma certa qualificação –ou, de outro lado, daqueles que se predicam especiais funções e obrigações para com a sociedade– e cuja comissão requer a utilização de estruturas e instrumentos compartilhados com a atividade económica lícita.

5. Respondendo afirmativamente ao anterior, é pertinente também, a fim de dotar de um maior rigor a investigação que apresentamos, apreciar se possui legitimidade a sanção dos comportamentos de corrupção privada através do Direito Penal. A clássica doutrina espanhola susteve um debate apresentando, como argumentos a favor da tipificação, a observância das obrigações supranacionais contraídas pelo nosso país e, assim mesmo, a ineficácia de outras disciplinas jurídicas para tutelar a competência. Em contra, não obstante, aduziu-se a ausência de um debate prévio acerca do merecimento e necessidade de pena das condutas previstas no artigo 286 bis CP, assim como a falta de antijuridicidade material necessária para considerar tais comportamentos como crime, em aplicação dos princípios limitadores do *ius puniendi*.

Em nossa opinião, os argumentos expostos são reflexo do intenso debate que suscitou a introdução desta figura em nosso Código, mas, depois de sete anos de vigência do tipo em nosso ordenamento, apenas caberia interrogar-se agora em torno à legitimidade do bem jurídico protegido e à adequação da concreta literalidade típica aos princípios reitores do Direito penal num Estado social e democrático de Direito; aspetos sobre os quais se desenvolve o núcleo desta tese de doutoramento.

6. A efeitos deste trabalho, elaboramos uma definição de corrupção entre particulares segundo a qual incluímos “toda utilização

desviada ou abusiva de faculdades ou poderes derivados de uma posição, cargo ou desempenho empresarial ou mercantil que, mediante o quebranto de uma relação de confiança ou a infração do obrigado pelo sistema normativo referente, visa a obtenção de um benefício ou vantagem indevidos, e lesiona interesses económicos e de mercado relevantes”. A configuração destes crimes compartilha, por um lado, alguns elementos com as clássicas condutas de corrupção e, por outro, apresenta aspetos próprios –destacando que circunscreve o seu âmbito típico à competência no mercado e não ao bom funcionamento das Administrações públicas–.

7. Foram apresentadas, como causas que podem explicar a aparição de comportamentos de corrupção no sector privado, de uma parte, a influência da globalização e o conseguinte relaxamento das fronteiras nacionais e, de outra, os conhecidos como processos de privatização e a derivada confusão, em ocasiões, do público com o privado. Do mesmo modo, a literatura científica e as instituições e organizações sociais constataram que a corrupção entre particulares provoca efeitos perversos em todas as esferas de uma sociedade, especialmente na economia e no sistema económico constitucional –pela distorção da competência, a consolidação de monopólios, o favorecimento do crescimento da economia submersa e os desincentivos ao crescimento– e no sistema democrático, minando a sua legitimidade.

8. Dizíamos na conclusão número 5 que um dos argumentos utilizados para justificar a incriminação destes ilícitos, referendado pelo próprio legislador, foi a necessidade por parte da Espanha de cumprir com as obrigações que tinha subscrito com as instituições supranacionais; nomeadamente, com as Nações Unidas, o Conselho da Europa e as derivadas do Direito comunitário.

Cronologicamente, o primeiro instrumento em ser aprovado foi o Convénio penal sobre a corrupção do Conselho da Europa –que se complementa com o Convénio civil, ambos de 1999–, que incluiu a prescrição de tipificar as condutas de corrupção ativa e passiva no sector privado nos seus artigos 7 e 8, como modalidades de suborno numa atividade mercantil em troca de uma atuação ou omissão de um ato incumprindo os deveres. Deste modo, esta norma supranacional

configura o ilícito como uma infração dos deveres do sujeito corrupto. Esta produção normativa é completada com a existência do GRECO, cuja tarefa fundamental visa melhorar a capacidade dos Estados parte para combater a corrupção através do controle do cumprimento das prescrições anticorrupção do Conselho da Europa. Precisamente o trabalho deste Grupo de Estados contra a Corrupção justifica que os diferentes modelos de tipificação destes comportamentos no Direito comparado se tenham relaxado, aproximando-se todos eles ao padrão marcado por esta organização. De maneira análoga delimita a figura a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção –elaborada em 2003–, que recomenda aos Estados parte a sua incriminação no artigo 21. Por outro lado, a Decisão Marco 2003/568/JAI, texto comunitário de referência –utilizado pelo nosso legislador para fundamentar a reforma introduzida na Lei Orgânica 5/2010– dedica-se em exclusiva a estabelecer medidas de carácter penal e, assim, impor aos Estados a necessidade de sancionar pessoas físicas e jurídicas por crimes de corrupção entre particulares.

9. Tradicionalmente três foram os critérios de incriminação da corrupção no sector privado no Direito comparado europeu. Num primeiro caso, o ordenamento holandês (1967), o belga (1999) e o francês (até 2005) situam-se na linha dos instrumentos supranacionais revistos –particularmente, o Convénio do Conselho da Europa e a Convenção das Nações Unidas– e tutelam os interesses do titular ou proprietário da empresa; concretamente, procura-se salvaguardar a relação entre empregador e empregado e, dentro dela, a lealdade e o cumprimento dos deveres do segundo em relação ao primeiro, contraídos em virtude da relação que os une. É a denominada tutela da *dimensão privada* da corrupção entre privados e salienta, conseqüentemente, o elemento típico do incumprimento das obrigações. Em segundo lugar, o ordenamento alemão (1997) –de forma pura pelo menos até à reforma do StGB de 2015 e, atualmente, como uma das condutas tipificadas– focou a sua resposta penal perante esta corrupção à proteção da competência no mercado. Foi definido pelos estudiosos como o *modelo de tutela público* e o seu núcleo situa-se no favorecimento desleal de um dos intervenientes num mercado, produto de um suborno, em relação aos restantes competidores. Parece ser este o padrão que inspira a literalidade da Decisão Marco 2003/568/JAI –apesar de esta incluir também o elemento do incumprimento de obrigações– e, por conseguinte, sustentou-se que é o bem jurídico declarado pelo legislador espanhol para justificar a

redação do artigo 286 bis CP. Finalmente, o ordenamento italiano (2002) –até à reforma do *Codice civile* de abril de 2017– recolhia o terceiro grande critério de criminalização destas condutas: a tutela do património da empresa do corrupto e, em abstrato, a proteção dos interesses patrimoniais do empresário. É a conhecida como *corrente clássica*, se bem que a sua presença no Direito comparado fosse minoritária. A consequência fundamental deste entendimento era configurar o tipo como um crime de resultado, que exigia a verificação de um dano patrimonial concreto para poder garantir a tipicidade de uma determinada conduta.

10. O crime de corrupção entre particulares, juntamente com o subtipo de corrupção no desporto, foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico-penal através da reforma do Código obrada pela Lei Orgânica 5/2010, de 22 de junho. Inicialmente previsto na Seção 4^a –“ da corrupção entre particulares”– do Capítulo XI –“Dos crimes relativos à propriedade intelectual e industrial, ao mercado e aos consumidores”– do Título XIII –“Crimes contra o património e contra a ordem socioeconómica”–. Nesta versão de vigência, a figura de corrupção entre particulares era prevista nos três primeiros parágrafos do artigo 286 bis CP, ficando reservado o parágrafo 4^o para a previsão da corrupção no desporto.

A falta de aplicação prática do artigo pode ter sido o motivo que levou o legislador da Lei Orgânica 1/2015, de 30 de Março, a empreender uma profunda modificação do paradigma jurídico em torno a estes crimes. Em primeiro lugar, foi alterada a intitulação da Seção 4^a, passando a ser denominada “Crimes de corrupção nos negócios” e a incluir, juntamente com os ilícitos de corrupção privada, o de corrupção nas transações comerciais internacionais, antes recolhido no antigo artigo 445 CP. No que diz respeito à literalidade típica, trocou-se a ordem de tipificação das modalidades típicas de corrupção passiva e ativa no sector privado. Na versão vigente, além do mais, é incluído um parágrafo 5^o ao artigo 286 bis –incumbido de definir, através de uma cláusula de remissão, o conceito de “sociedade”; aplicável às duas figuras delitivas do preceito– e um novo artigo 286 *quater* CP destinado a prever supostos “de especial gravidade”, aplicáveis a todas as condutas descritas na Seção 4^a.

11. Durante a vigência da redação original do tipo de corrupção privada, a questão em torno ao bem jurídico protegido provocou um intenso debate entre a doutrina. E isto apesar da vontade declarada do legislador da Lei Orgânica 5/2010 de salvaguardar a “competência justa e honesta” como mecanismo de tutela das “regras do bom funcionamento do mercado”. As posições dominantes oscilaram entre considerar tutelada a relação de lealdade entre o empresário e o trabalhador e a proteção da competência leal no mercado. A *mens legislatoris*, de um lado, e a presença do elemento do incumprimento de obrigações, de outro, levaram certo sector de expertos a apostar pela tutela de um modelo híbrido ou misto, segundo o qual os ataques à competência, para ser penalmente relevantes, deviam traduzir-se, também, numa atuação contra os deveres de fidelidade próprios da relação laboral interna. Neste sentido, gozou de um certo êxito a construção doutrinal que circunscrevia o objeto de tutela à competência *ad intra* e *ad extra*.

Com a entrada em vigor da Lei Orgânica 1/2015 a tutela da competência leal sai reforçada. A nova designação da Seção 4^a, juntamente com a eliminação do elemento típico do incumprimento das obrigações –substituído pelo do favorecimento indevido frente a outros– tornam mais forte a proteção do bem jurídico “competência no mercado”. A própria Exposição de Motivos da referida Lei Orgânica defende que na nova Seção “se incluem os crimes de pagamento de subornos para obter vantagens competitivas”.

Neste sentido, o bem jurídico “competência leal” defendido neste trabalho configura-se como um interesse supra-individual e complexo, formado, de um lado, por um objeto de proteção imediato e outro de carácter mediato. O primeiro estaria representado pelos interesses e expectativas económicas dos competidores, concretizados na participação no mercado sem desincentivos derivados de subornos. Isto orientado à salvaguarda de um interesse mais remoto, delimitado no respeito às regras do bom funcionamento de mercado; isto é, da ordem concorrencial previsto na nossa Constituição. Por enquanto, enunciamos esta “competência leal” como “a proteção dos interesses e expectativas económicas dos competidores a participar num sector de atividade regido pelos princípios próprios da concorrência leal, como meio para salvaguardar as regras do funcionamento do mercado derivadas do sistema económico constitucional”.

12. Os crimes de corrupção entre particulares são considerados ilícitos *de participação necessária*, pois apesar de a consumação delitiva não requerer a perfeição do acordo corrupto, exige sim a intervenção tendencial de vários sujeitos: um que promete, oferece ou concede o suborno; outro que o solicita, aceita ou recebe, assim como outros possíveis coexistentes –pessoas interpostas, beneficiários, etc.–. Nesse ponto, podemos afirmar que os tipos de corrupção –também os estudados nesta tese– são figuras plurissubjetivas. Assim, por um lado, a modalidade de corrupção privada passiva –prevista no primeiro parágrafo do artigo 286 bis CP– está configurada como um crime especial impróprio, que só pode ser cometido pelo diretivo, administrador, empregado ou colaborador de uma empresa mercantil ou de uma sociedade, atuando por si mesmo ou através de uma pessoa interposta. Por outro lado, a correlativa modalidade ativa é concebida como um crime comum, que pode ser perpetrado por qualquer pessoa, sem necessidade de lhe ser exigida qualidade específica alguma. Esta última afirmação não obsta para reconhecer que a realidade prática pode pôr de manifesto que o habitual será que o benefício indevido seja prometido, oferecido ou concedido por uma pessoa com alguma vinculação ou interesse no mercado –nomeadamente o diretivo, administrador, empregado ou colaborador de uma sociedade ou empresa mercantil–, mas deve apostar-se por considerar que o tipo penal não restringe, *a priori*, a qualidade de sujeito ativo da forma ativa de corrupção no sector privado.

13. No que diz respeito às condutas típicas, a descrição contida nos dois primeiros parágrafos do preceito estudado converte o tipo de corrupção privada num crime de mera atividade, de perigo abstrato e de encontro, na medida em que as ações do sujeito corruptor e do corrupto tendem a encontrar-se –se bem que se insista em que, para a consumação delitiva não é preciso a efetiva entrega do benefício indevido nem a realização do ato ou omissão corrupta–, assim como também não se exige a efetiva produção de um dano; basta apenas com a realização das ações típicas. É considerado também um tipo misto alternativo, por quanto a verificação de qualquer das condutas descritas supõe a consumação da figura. A forma passiva é consumada, em primeiro lugar, com a recepção, pedido ou aceitação de um benefício ou vantagem não justificados de qualquer natureza, para si ou para um terceiro. A cara ativa, em segundo lugar, requer a promessa,

oferecimento ou concessão de tal benefício ou vantagem –que pode dar-se em proveito do sujeito ativo ou de terceiros–.

14. A eliminação do elemento típico do incumprimento das obrigações, com a reforma de 2015, foi substituída pela dição “como contraprestação para favorecer indevidamente outrem”, na redação do parágrafo primeiro e “como contraprestação para que lhe favoreça indevidamente a ele ou a um terceiro perante outros”, no parágrafo segundo. Esta alteração da redação típica não supõe, no entanto, potenciar o caráter sinalagmático das prestações objeto do pacto corrupto –que, relembre-se, não é necessário que se esgote para se falar de consumação delitiva–, senão que vem reforçar a relação causal entre o benefício ou vantagem não justificados e a atuação do corrupto. Dito favorecimento pode ir em proveito do corruptor ou de um terceiro, tanto na modalidade ativa como passiva de corrupção privada, diferentemente ao que acontecia com a redação original do tipo na qual, dentro da óptica de corrupção passiva, a literalidade dava a entender que apenas era censurável o ato tendente a favorecer “a quem o outorga ou de quem espera o benefício ou vantagem”.

15. O âmbito de aplicação típico, após a modificação de 2015, alarga-se a supostos “Na aquisição ou venda de mercadorias, ou na contratação de serviços ou nas relações comerciais”. Com esta nova previsão, que elimina o qualificativo “profissionais” referido aos serviços e incorpora a expressão “relações comerciais” –em relação ao texto produto da Lei Orgânica 5/2010–, é ampliado o contexto mercantil ou comercial no qual podem ser verificadas condutas de corrupção privada merecedoras de sanção penal, chegando a incluir qualquer relação que antecipe o que inclusivamente não implique em sentido estrito a contratação de bens e serviços, sempre que possa ficar protegida pela descrição típica.

16. O crime de corrupção entre particulares é consumado, exclusivamente, através de uma atuação dolosa, sendo possível, em princípio, a apreciação do dolo em todas as suas categorias, incluído o dolo eventual. Esta tese fundamenta-se em entender que o favorecimento indevido objeto da contraprestação corrupta não possui a condição de elemento subjetivo do injusto –pois, caso contrário, só poderia ser aceite a comissão delitiva a título de dolo direto–. Neste sentido, reconhece-se a este elemento típico uma certa carga subjetiva, como agente motivador da vontade do corrupto, mas não se ignora o

seu potencial do ponto de vista objetivo, como configurador da conduta típica. Esta forma de entender o favorecimento condiz melhor com a redação da norma após a reforma de 2015 e acrescenta, aliás, efeitos processuais positivos ao reduzir a carga probatória de aspetos subjetivos que podem resultar de difícil acreditação.

Por outra parte, não é possível a sanção penal da corrupção entre particulares a título de imprudência, por não estar expressamente prevista esta possibilidade no artigo 286 bis CP.

17. No que diz respeito ao tipo de injusto, torna-se dificilmente imaginável que possam ser de aplicação às condutas de corrupção privada alguma das causas de justificação genéricas, assim como tampouco parece adequado atribuir tal valor ao instituto jurídico do consentimento. Do mesmo modo, o preceito também não prevê nenhuma causa de justificação específica. Por outro lado, a culpabilidade poderia, hipoteticamente, ver-se afetada por alguns supostos de erro, principalmente, de proibição. Não obstante, o raio de ação do crime –lembre-se, o âmbito do mercado, a compra-venda de mercadorias e a contratação de serviços– torna complicado manter o desconhecimento do ilícito penal com efeito exculpatório. Neste sector de atividade participam pessoas geralmente com conhecimentos; âmbito no qual, aliás, vigoram já normas sectoriais que proíbem, em sede administrativa, condutas muito similares às sancionadas penalmente. Neste ponto, jogam um papel muito relevante também os códigos de boas práticas e de *compliance* adoptados por um cada vez maior número de empresas.

18. As consequências jurídico-penais derivadas da comissão deste crime são, cumulativamente, a de prisão de seis meses a quatro anos, inabilitação especial para o exercício de indústria ou comércio por tempo de um a seis anos e multa do tanto ao triplo do valor do benefício ou vantagem. Resulta desmedida a atribuição acumulada de três consequências jurídicas severas, sem dúvida desproporcionada em comparação com o previsto em outros crimes socioeconómicos, como a estafa –na qual, aliás, é exigida a produção de um concreto dano patrimonial, elemento ausente na regulação da corrupção entre particulares–.

Da margem de prisão recolhida no artigo 286 bis é de salientar que excede do mandado pela Decisão Marco 2003/568/JAI, instrumento do qual –segundo declara o nosso legislador– traz causa a introdução desta figura delitiva no nosso ordenamento. Por outra parte, embora tenham sido destacadas as bondades da pena de multa, em abstrato, para a luta contra a delinquência económica, a concreta eleição por nosso legislador da multa proporcional pode revelar-se como inadequada –de um ponto de vista, uma vez que será de complexa aplicação nos casos nos quais o benefício ou vantagem não revistam natureza económica e porque a sua aplicação pode tornar a figura num crime de resultado e, desde outra óptica, por vincular a quantia ao valor do benefício ou vantagem e não à entidade da lesão irrogada ao bem jurídico–, devendo ter-se optado pelo sistema de dias-multa. No que diz respeito à pena de inabilitação especial, deve salientar-se que a sua inclusão no tipo espanhol foi derivada, novamente, pelas obrigações contidas na Decisão Marco comunitária.

19. Encontramo-nos perante um crime perseguível de ofício, conforme ao disposto, por exclusão, no artigo 287 CP, pelo qual, para proceder, não será necessária denúncia da pessoa agravada ou prejudicada. Isto vem reforçar a ideia de que o bem jurídico se encontra conectado com os interesses gerais no mercado e, nomeadamente, com a competência. Aliás, o artigo 288 dispõe que a sentença será publicada nos jornais oficiais e, se for solicitado pelo prejudicado, será acordada a sua reprodução, total ou parcial, por qualquer outro meio, e todo o custo ficará por conta do condenado. Estas previsões são igualmente aplicáveis ao crime de corrupção no desporto.

20. O parágrafo terceiro do artigo 286 bis prevê uma atenuação potestativa para o órgão jurisdicional, das conhecidas como de “discrecionabilidade regrada”, consistente na possibilidade de aplicar a pena inferior em grau à estabelecida no artigo –tanto no que diz respeito à prisão como à inabilitação especial– e reduzir a multa a seu prudente arbítrio, em atenção à quantia do benefício ou valor da vantagem ou à transcendência das funções do culpado. O estabelecimento da redução punitiva foi justificado, por um lado, pela severidade das penas previstas neste preceito e, por outro, porque trata de modular a resposta penal à atuação de sujeitos com diferentes posições e capacidade de decisão dentro do ente empresarial e com relação ao mercado. No entanto, resulta criticável que a menor afeção

ao bem jurídico não tenha cristalizado como um dos critérios de aplicação da atenuante.

21. A reforma dos crimes de corrupção nos negócios introduzida em 2015 incorpora um novo artigo 286 *quater* destinado a recolher alguns supostos de “especial gravidade”, nos quais as respetivas penas serão impostas em sua metade superior, podendo atingir-se –de novo, é outorgada tal possibilidade a juízes e tribunais– a pena superior em grau, sempre que concorrerem alguma das quatro circunstâncias enunciadas no início do segundo parágrafo da norma. Tem sido criticada, com fundamento, a redação desta figura pois, por um lado, a necessidade de intensificar as penas não vem recolhida na Decisão Marco –e pode derivar numa exacerbação da resposta penal contrária a toda racionalidade– e, por outro, os critérios de agravação escolhidos pelo legislador guardam escassa relação com o bem jurídico protegido.

22. O artigo 288 CP prevê expressamente atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas por crimes de corrupção nos negócios. Na concretização do sistema de responsabilidade, ganha uma especial importância o papel dos mecanismos de *compliance*, assim como dos códigos de conduta e de boas práticas num sector tão relevante como o empresarial que desenvolve a sua atividade no contexto do mercado.

23. Juntamente com a figura de corrupção entre particulares, foi vontade do legislador penal de 2010, como já foi dito, incorporar no parágrafo quarto do artigo em estudo o subtipo de corrupção no desporto. Apesar de ter originado certa controvérsia, a intervenção do Direito penal na esfera desportiva explica-se pela exponencial importância dos interesses económicos envolvidos na prática de algumas modalidades e disciplinas desportivas. Neste sentido, o desporto deixou de ser uma simples atividade privada para passar a ostentar um incontestável carácter público que justifica a atenção dos poderes públicos e a maior presença regulatória e sancionadora do ordenamento jurídico e, por conseguinte, também, da disciplina criminal.

24. De modo diferente ao que acontecia com a corrupção privada, a inclusão da fraude desportiva no nosso sistema legal não respondeu

à necessidade de cumprir obrigação supranacional alguma. Pelo contrário, no momento de se produzir a reforma de 2010 em Espanha, não existia qualquer instrumento normativo internacional na matéria, sendo que na atualidade apenas encontramos o Convénio do Conselho da Europa sobre Manipulação das Competições Desportivas, que não se encontra em vigor, nem de forma geral, nem, menos ainda, para o nosso país.

Tampouco o exame do Direito comparado apresenta diferentes modelos de incriminação que possam ajudar a delimitar o interesse jurídico relevante no nosso ordenamento. Não existem, no seio dos diferentes países, correntes uniformes e cada uma das regulamentações existentes parecem responder mais ao alarma social provocado pelo conhecimento de escândalos e casos particulares do que à intenção de apostar por uma harmonização da política criminal na matéria.

25. Tendo em conta o anterior, a tarefa de concretizar e delimitar o bem jurídico tutelado deve ser abordado seguindo outros parâmetros. As disquisições doutrinárias têm oscilado entre a negação da existência de um valor digno de salvaguarda penal e a proteção dos valores desportivos –singularizados no denominado “jogo limpo” ou *fair play*– ou o tutelado de critérios económicos derivados da prática do desporto. Em nossa opinião, devem ser tidas em conta duas variáveis à hora de delimitar o bem digno de proteção: a tutela do resultado desportivo, requerida pela própria literalidade típica, e a ubiquação sistemática do crime –entre os crimes socioeconómicos–.

Por tudo isto, apostamos por uma construção eclética que pode ser referida como “lealdade desportiva” –denominação que permite dar coerência a este bem jurídico em relação ao de corrupção privada– e ser categorizada, igualmente, como um bem jurídico complexo e coletivo, com um valor protegido imediatamente –a integridade e imprevisibilidade do resultado, requerido pela redação da norma– e um objeto tutelado de forma mediata, vinculado à dimensão económica do desporto e circunscrito nos interesses e expectativas económicas de todos os atores e intervenientes no facto desportivo. Desta maneira, definimos este bem jurídico como a *integridade e imprevisibilidade do resultado obtido mediante o respeito das regras da modalidade desportiva, como meio de tutela das expectativas económicas derivadas do correto e leal desenvolvimento do acontecimento desportivo.*

26. Tal como acontecia na modalidade de corrupção privada, a fraude desportiva é um crime plurissubjetivo, no qual podem intervir, potencialmente, várias categorias pessoais. De modo paralelo ao tipo previsto nos dois primeiros parágrafos do artigo 286 bis, consideramos que a norma recolhe uma modalidade passiva, delimitada como um crime especial impróprio, da qual apenas podem ser sujeito ativo o diretivo, administrador, empregado ou colaborador de uma entidade desportiva, qualquer que seja a forma jurídica desta, ou o desportista, árbitro ou juiz que participa no evento cujo resultado se pretende manipular; e uma modalidade ativa, para a qual não existe obstáculo legal em considerar como crime comum –se bem que concordemos em reconhecer que, na prática, o habitual será que sejam sujeitos ativos os vinculados à entidade desportiva ou aqueles com um interesse direto na prova, encontro ou competição–, sendo possível, em ambos os casos, a comissão de forma direta o através de pessoa interposta.

27. A cláusula de remissão que dá início ao parágrafo quarto supõe que as condutas típicas são definidas de igual modo à corrupção privada. Assim, a forma passiva poderia ser descrita, integrando todos os elementos presentes no primeiro parágrafo do preceito, como “receber, solicitar ou aceitar um benefício ou vantagem não justificados de qualquer natureza, para si ou para um terceiro, como contraprestação para favorecer indevidamente outrem” e a forma ativa, por remissão ao numeral segundo, como “prometer, oferecer ou conceder um benefício ou vantagem não justificados, de qualquer natureza, para eles ou para terceiros, como contraprestação para que ele ou um terceiro seja favorecido indevidamente frente a outros”.

28. Uma das particularidades do tipo de corrupção desportiva baseia-se em que especifica em que consiste o ato de favorecimento indevido, devendo concretizar-se este na finalidade de “predeterminar ou alterar de maneira deliberada e fraudulenta o resultado de uma prova, encontro ou competição desportiva”. Paralelamente ao estabelecido na tipificação da corrupção entre particulares, deve considerar-se que este elemento determina o tipo objetivo, não podendo ser ignorada uma certa potencialidade subjetiva como aspeto tendencial específico do comportamento do sujeito ativo.

29. No que diz respeito à predeterminação ou alteração deliberada e fraudulenta, ganha especial significação o debate em relação às *peitas*. Do ponto de vista jurídico-penal, não oferece controvérsia a falta de antijuridicidade dos incentivos por vencer entregados ao desportista pelo próprio clube ou entidade desportiva na qual desenvolve a sua atividade; prémios em inúmeras ocasiões públicos e conhecidos, e assimiláveis a um complemento salarial por objetivos, tão habitual no mundo empresarial. Por outro lado, tampouco oferece dúvidas o facto de as primas a terceiros outorgadas por perder ou empatar entrarem em cheio no âmbito típico do artigo 286 bis. 4 CP. A discussão surgiu em torno às peitas entregues por terceiros por vencer, encontrando-se diversas atitudes contrapostas em relação à adequação ou não do reproche penal. Segundo o nosso entender, estas não devem ser consideradas típicas, visto que uma peita por ganhar, embora seja dada por um terceiro, não deriva numa adulteração fraudulenta do resultado e, seja como for, porque apostamos por uma aplicação restritiva do crime.

30. Não adquire relevância penal, no entanto, a adulteração do resultado de qualquer evento desportivo, mas simplesmente daqueles que ostentem “*especial relevância económica ou desportiva*”. Esta expressão substitui o qualificativo “profissionais” que era incluída na redação inicial de 2010 e que agora passou a fazer parte de um dos supostos agravados recolhidos no artigo 286 *quater* CP. Do mesmo modo, na literalidade vigente o quarto parágrafo incorpora um segundo trecho que inclui uma definição autêntica daquilo que deve ser entendido por “especial relevância económica ou desportiva”. Ambas as circunstâncias devem ser interpretadas de forma alternativa, de modo que bastará que se verifique qualquer delas para considerar típico um determinado facto ilícito de corrupção desportiva.

De “especial relevância económica” deve considerar-se aquela prova, encontro ou competição desportiva na qual “a maior parte dos participantes na mesma recebam qualquer tipo de retribuição, compensação ou rendimento económico pela sua participação na atividade”, devendo interpretar-se tal como aquele evento no qual, pelo menos metade mais um dos intervenientes, receberem emolumentos económicos derivados diretamente da participação e outorgados pelo clube ou entidade desportiva à qual pertençam ou pelos organizadores do acontecimento desportivo. De “especial relevância desportiva”, por outra parte, deverá entender-se “aquela

que for qualificada no calendário desportivo anual aprovado pela federação desportiva correspondente como competição oficial da máxima categoria da modalidade, especialidade, ou disciplina”. Neste último caso, encontramos-nos perante um elemento que converte o tipo em norma penal em branco, ao ser preciso acudir à normativa administrativa desportiva para determinar o conteúdo do mesmo. De acordo com nosso parecer, deverá entender-se como de “especial relevância desportiva” a prova, encontro ou competição desportiva oficial e de máxima categoria, organizadas por Federações ou entidades de âmbito estatal, sem que exista obstáculo legal para considerar tais as organizadas por Federações autonómicas ou, inclusivamente, de âmbito territorial inferior.

31. De igual modo que a corrupção entre particulares, é concebida a comissão do tipo de fraude desportiva apenas a título de dolo, não sendo possível a apreciação imprudente, por não estar expressamente prevista no Código. Ao contrário da modalidade privada no mercado, no entanto, a contundência com que a literalidade normativa exprime a finalidade em que se traduz o favorecimento indevido – “predeterminar ou alterar de maneira deliberada e fraudulenta – estorva a consideração, a efeitos consumativos, do dolo eventual; não obstante será preciso estar atentos a futuras interpretações jurisprudenciais ao efeito.

32. As penas previstas para a figura delitiva do parágrafo quarto são as mesmas, de novo por remissão, que as recolhidas para a corrupção entre particulares. São aplicáveis, neste sentido, as considerações vertidas em seu momento. Por acréscimo, no que diz respeito à corrupção no desporto, são reforçadas as objecções em relação à exacerbação da resposta punitiva – tanto qualitativa como quantitativamente – e são expostos sérios interrogantes em torno à aplicabilidade da inabilitação especial, pois a redação típica impede “o *exercício de indústria ou comércio*”; sectores que pouco têm a ver com o desporto, devendo ter-se optado por uma consequência jurídica mais acorde com o contexto em que se insere o subtipo ao qual nos referimos.

33. Resulta plenamente aplicável à fraude desportiva a atenuação potestativa do parágrafo terceiro do artigo 286 bis CP. A sua apreciação

segue a mecânica exposta anteriormente, apesar de se ter dito, em relação ao tipo no desporto, que a concreta escolha dos critérios que dão lugar ao privilégio punitivo pode derivar em problemas interpretativos, por estes não terem excessiva relação com a esfera do desporto.

34. São predicáveis da corrupção desportiva também os supostos de “especial gravidade” recolhidos no artigo 286 *quater*. No contexto que nos ocupa, serão aplicáveis não só as quatro circunstâncias previstas para a corrupção privada, senão que, aliás, o último inciso prevê duas específicas para a fraude no desporto: que a adulteração tenha por finalidade influir em jogos de azar ou apostas desportivas, ou bem que o evento desportivo seja qualificado como oficial, profissional e de âmbito estatal ou, em seu caso, oficial e de âmbito internacional.

35. No que diz respeito à fraude desportiva, a realidade prática pode apresentar interessantes relações concorrentes com outras figuras delitivas. Apesar da singularidade deste crime, apresenta-se especialmente plausível a possibilidade de apreciar o concurso com o crime de estafa em supostos de apostas desportivas nas quais, fruto da adulteração do resultado, se verifica um dano patrimonial ou economicamente avaliável. Da mesma forma, não serão infrequentes os casos de concurso entre a corrupção desportiva e o crime de dopagem, na medida em que se cometa este último para “modificar os resultados das competições” em que participar o desportista ao qual forem subministradas substâncias ou grupos farmacológicos proibidos, assim como métodos não regulamentares.

36. Também em relação à corrupção no desporto o artigo 288 CP prevê atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas, seguindo o esquema e o sistema de atribuição da mesma, predicável no que diz respeito ao crime de corrupção entre particulares. Com isto, suscita os mesmos interrogantes que no referido suposto e, no concreto contexto da figura do artigo 286 bis. 4 CP, questiona-se se a literalidade típica tomou em consideração as peculiaridades dos entes jurídicos desportivos, que oscilam entre um clube desportivo –cujo regime jurídico é equiparável a uma associação e cujos estatutos, precisamente, se inspiram nos mandados da Lei Orgânica 1/2002, de 22 de Março, reguladora do Direito de Associação– até uma Sociedade Anónima Desportiva, passando pelas Federações desportivas –

entidades que, apesar de se regerem pelo Direito privado, têm delegadas determinadas funções de carácter público; são consideradas agentes colaboradores da Administração pública-.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA IMPRESA.

ABANTO VÁSQUEZ, M.A.: “Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia”, en SERRANO-PIEDRECASAS, J.R. y DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.): *Cuestiones actuales de Derecho Penal empresarial*, Colex, Madrid, 2010.

AGUDO FERNÁNDEZ, E.; JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A.L.: *Derecho Penal de las personas jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2016.

AGUIAR, A.: “Sobre la compra de partidos de fútbol”, en la web de Iusport, 10 de mayo de 2007.

ALCAIDE ZUGAZA, L.: “Corrupción: obstáculo al crecimiento y a la competitividad”, en *Economía exterior: estudios de la revista Política Exterior sobre la internacionalización de la economía española*, nº 31, 2004.

ALEMANY BELLIDO, J.I.: “OCDE y España: distintas listas de paraísos fiscales”, en la web de Cinco Días, 21 de junio de 2010.

ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: “Fraude en el deporte”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 4, marzo-agosto 2013.

ANARTE BORRALLA, E.: “Lección XXI. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (18). Corrupción entre particulares y corrupción deportiva”, en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II, Iustel, Madrid, 2012.

- “Los delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal de 2015: bases político-criminales y técnico-jurídicas”, en *Revista Jueces para la Democracia. Información y debate*, nº 87, noviembre 2016.

ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C.: “El delito de corrupción deportiva. Aspectos metodológicos, dogmáticos y político-criminales”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14, artículo 20, 2012.

ANDRÉS ALVEZ, R.: “Análisis del Convenio del Consejo de Europa sobre la manipulación de las competiciones deportivas”, en *Revista Jurídica de Derecho de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 44, Aranzadi, Navarra, 2014.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados (art. 286 bis CP)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A.; GÓMEZ PAVÓN, P.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A. (coords.): *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ARGANDOÑA, A.: “La corrupción en el sector privado”, Documento de Investigación, nº 531, Cátedra Economía y Ética, IESE Business School, diciembre 2003, p. 3. Disponible en la web del IESE Business School. Universidad de Navarra.

ARJONA TRUJILLO, A.M.: “La corrupción política: una revisión de la literatura”, Documento de trabajo 02-14, Serie de Economía 04, Universidad Carlos III de Madrid, julio 2002. Disponible en la web de la Universidad Carlos III.

ASTIAZARÁN IRIONDO, J.L.: “Capítulo 1. Introducción general”, en CARDENAL CARRO, M.; GARCÍA CABA, M.M. y GARCÍA SILVERO, E.A. (coords): *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, Laborum, Murcia, 2009.

BACIGALUPO, E.: *Teoría y práctica del Derecho penal*, tomo I, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset-Marcial Pons, Madrid, 2009.

- “Corrupción entre particulares (Artículo 286 bis del Código Penal)”, en BACIGALUPO, E.: *Compliance y Derecho Penal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2011.
- «Compliance» y derecho penal. *Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2012.

BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico*, 2ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.

BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2016.

BALDAN, E.L.: *Fundamentos do Direito Penal Económico*, Juruá Editora, Curitiba, 2010.

BAÑERES SANTOS, F.: “La corrupción entre privados (art. 286 bis, 287 y 288)”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2010.

- “El delito de corrupción entre particulares”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 110, nº 4, Barcelona, 2011.

BAÑERES SANTOS, F. y NIETO MARTÍN, A.: “Corrupción entre privados”, en *La Armonización del Derecho Penal español: Una evolución legislativa*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LX, suplemento al nº 2015, junio 2006.

BARRA GALLARDO, N.: *Fenómenos de corrupción en el mundo actual. Relación entre lo privado y lo público*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2007.

BARRENA CRESPO, L.: “El delito de corrupción deportiva”, en la web de Iusport, 16 de enero de 2014.

BENAVIDES SCHILLER, A.: “Acerca de la corrupción pública y privada en España a la luz de los delitos contra la Administración Pública (Título XIX del Libro II CP español)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 108, Época II, Dykinson, Madrid, 2012.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de “fraudes deportivos”. Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286bis.4 del Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2011.

BENITO SÁNCHEZ, C.D. y CERINA, G.: “Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectiva de reforma”, en DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.R., MATELLANES RODRÍGUEZ, N.P. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. (coords.): *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código Penal*, Ratio Legis, Salamanca. 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil*, 11ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2010.

- “Artículo 2. Ámbito objetivo”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (dir.): *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2011.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “La tutela de la competencia en la propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal”, en BARBERO SANTOS, M. (coord.): *Los delitos socio-económicos*, Universidad Complutense, Madrid, 1985.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y CERINA, G.: “¿Un delito de corrupción privada? Obligaciones internacionales y soluciones adoptadas en el Derecho Comparado”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 89, marzo-abril, 2011.

- “Algunos problemas del nuevo delito corrupción en el deporte”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 18, Iustel, Madrid, 2012.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: “Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 81, 2009.

BERGÉS TARILONTE, M.: “El delito de corrupción privada”, en la web de LegalToday, 15 de mayo de 2012.

BERNAL DEL CASTILLO, J.: “Los delitos de soborno en el Derecho Penal español y británico”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 116, Época II, Dykinson, Madrid, septiembre 2015.

BIDINO, C.: “O problema específico da corrupção no setor privado (no Brasil e em Portugal)”, en CRUZ SANTOS, C., BIDINO, C. y THAÍS DE MELO, D. (coords.): *A corrupção: reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

BLANCO CORDERO, I.: “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, en *Diario La Ley*, nº 7534, Sección Tribuna, LaLey, Madrid, 23 de diciembre de 2010.

- “Sección 4.^ª De la corrupción entre particulares. Artículo 286 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

BOLEA BARDON, C.: “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 2, Barcelona, marzo 2013.

- “Deberes del administrador y prácticas de *kick-back*”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17, artículo 17, 2015.

- “El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*”, en CASTRO MORENO, A. y OTERO GONZÁLEZ, P. (dirs.): *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Dykinson, Madrid, 2016.

BRODY, R.G. y KIEHL, K.A.: “From white-collar crime to red-collar crime”, en *Journal of Financial Crimes*, vol. 17, issue 3, 2010.

BUERBA PANDO, A. de: “El delito de corrupción entre particulares”, en *Pérez-Llorca. Newsletter*, enero-marzo 2011. Disponible en la web de Pérez-Llorca Abogados.

BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal* (aumentada y corregida por HORMAZÁBAL MALARÉE), 4ª ed., PPU, Barcelona, 1994.

BUSTOS RAMÍREZ, J.: “Principios fundamentales de un Derecho penal democrático”, en *Revista de Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, nº 8, marzo 2004.

CAÍNZOS, J.A.: “Aplicación extraterritorial de la Ley penal española a los delitos de corrupción entre particulares y en las transacciones económicas internacionales”, *Client briefing*, Clifford Chance, marzo 2014, p. 2. Disponible en la web de Clifford Chance.

CALVO CARAVACA, A.L.: *Derecho Antitrust Europeo. Parte General: la competencia*, tomo I, Colex, Madrid, 2009.

CALVO PELLICER, S.: “Corrupción entre particulares. De pícaro a delincuente”, en la web de LegalToday, 2 de mayo de 2017.

CAMPANER MUÑOZ, J.: “La corrupción entre particulares”, en *Lex Nova Online*. Disponible en la web de la Revista *Pensamiento Penal*.

CARBAJO CASCÓN, F.: “Aspectos jurídico-mercantiles de la corrupción”, en FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coord.): *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000.

- “Corrupción y derecho privado patrimonial”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. (coords.): *Corrupción y delincuencia económica*, Universidad de Santo Tomás-Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2008.

CARTIER-BRESSON, J.: “Les «réseaux de corruption et la stratégie des « 3S »”: Sleep-Silence-Smile, en M. BORGHI y P. MEYER-BISCH (eds.), *La*

corruption, l'envers des droits de l'homme, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Friburgo, 1995.

CARUSO FONTÁN, M.V.: “El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado”, en *Revista Foro. Nueva época*, nº 9, 2009.

CASTILLO CODES, E. del: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en la web de Noticias Jurídicas, Madrid, 1 de diciembre de 2011.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: “Corrupción, globalización y delincuencia organizada”, en FABIÁN CAPARRÓS, E. A. y RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (coords.): *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004.

CASTRO MORENO, A.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, en *Revista Jurídica de Derecho de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 28, Aranzadi, Navarra, 2010.

- “El nuevo delito de corrupción privada”, texto de la conferencia impartida en las *XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado. “El nuevo Código Penal”*, Ministerio de Justicia-Abogacía General del Estado, Madrid, 18 de noviembre de 2010. Disponible en la web del Ministerio de Justicia.
- “Capítulo 38. Corrupción en el deporte”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dirs.): *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.): *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa. 2011-2012*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011.
- “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 1. Contratación de mercancías y servicios”, en OLIVA-AYALA Abogados: *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa. 2016-2017*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016.
- “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 2. Deporte”, en OLIVA-AYALA Abogados: *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa. 2016-2017*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

- “Capítulo 23. Corrupción en los negocios. Sección 4. Tipos agravados”, en OLIVA-AYALA Abogados: *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa. 2016-2017*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

CERINA, G. y BRAVO, C.: “La Corrupción en el sector privado. Apuntes de derecho comprado e internacional”, en ROMERO GUZMÁN, J.J. (coord. y ed.), RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y OLIVARES, J.M. (eds. asociados), *Buen Gobierno y Corrupción. Algunas perspectivas*, cap. XI, Ediciones Derecho UC, Santiago de Chile, 2008.

CHAMBOST, E.: *Los paraísos fiscales*, Pirámide, Madrid, 1982.

COLANTUONI, L.: “Capítulo 4. Fraude y apuestas deportivas en el fútbol profesional: Casos recientes en Italia y análisis comparativo”, en BOSCH CAPDEVILA, E. y FRANQUET SUGRAÑES, M.T. (coords.): *Dopaje, fraude y abuso en el deporte*, Bosch, Barcelona, 2007.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M.: “Sección Cuarta. De la corrupción entre particulares”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.): *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia*, 3ª ed., Tomo 1, Bosch, Barcelona, 2012.

CONTRERAS ALFARO, L.H.: *Corrupción y principio de oportunidad penal. Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Ratio Legis, Salamanca, 2005.

CORTE IBÁÑEZ, L. de la, y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A.: *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*, Ariel, Barcelona, 2010.

CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de dopaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- “La llamada corrupción entre particulares”, en JUANES PECES, A. (dir.); ALBA FIGUERO, M.C.: (coord.): *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación Jurídico-Penal del Empresario*, El Derecho, Madrid, 2010.
- *El delito de corrupción deportiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CUESTA ARZAMENDI, J.L. de la: “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, en *Revista Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 17, 2003.

- “Armonización penal en la Unión Europea”, en DA COSTA ANDRADE, M.; ANTUNES, M.J. y AIRES DE SOUSA, S. (dirs.): *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, Coimbra Editora-Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009.
- “La corrupción ante el Derecho y la Justicia”, en *Diario La Ley*, nº 8153, Sección Tribuna, LaLey, Madrid, 20 de septiembre de 2013.

CUESTA ARZAMENDI, J.L. de la, y BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del Derecho Penal español?”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (coord.): *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002.

CUESTA ARZAMENDI, J.L. de la (dir.); DE LA MATA BARRANCO, N.J. (coord.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013; GÓMEZ TOMILLO, M.: *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2015.

CUGAT MAURI, M.: “Artículo 445”, en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M.: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004.

- “Corrupción privada”, en BOIX REIG, J. (dir.): *Diccionario de Derecho Penal Económico*, Iustel, Madrid, 2008.

DEMETRIO CRESPO, E.: “Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C. (ed.): *Fraude y corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. III, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.

- “La corrupción como freno decisivo a la consolidación del Estado de Derecho: respuesta penal”, en BERDUGO DE LA TORRE, I. y RIVERO ORTEGA, R. (eds.), *El Estado de derecho latinoamericano: integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003.

- “El significado político del Derecho penal económico”, en DEMETRIO CRESPO, E. (*dir.*) y MAROTO CALATAYUD, M. (*coord.*): *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

DIMITRIS ZIOUVAS, L.M.: “Alemania”, en el artículo “Sistemas penales comparados: Corrupción en el sector privado”, en *Revista Penal*, nº 11, 2003.

ENCINAR DEL POZO, M.A.: “La transparencia de las relaciones mercantiles y la reforma del Código Penal de 2010”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 103, Época II, Dykinson, Madrid, 2011.

- *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2016.

ESCUADERO MUÑOZ, M.: “El delito de corrupción en el deporte: el delito de dopaje”, en *Revista Foro FICP. Tribuna y Boletín de la FICP*, nº 2017-1, Fundación Internacional de Ciencias Penales, Madrid, mayo 2017.

ESER, A.: “Deporte y Justicia Penal”, en *Revista Penal*, nº 6, 2000.

ESTEVE PARDO, J.: “La regulación de la economía desde el Estado garante”, documento disponible en la web de la Universidad de Cantabria.

ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.: *Delito de corrupción entre particulares*, Fe d’erratas, Madrid, 2013.

FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: “La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio”, en FABIÁN CAPARRÓS, E.A. (*coord.*): *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000.

FARALDO CABANA, P.: “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, en *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 23, Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, 2001.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.: “Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares”, en

SILVA SÁNCHEZ, J.M. y MIRÓ LINARES, F. (dirs.): *La teoría del delito en la práctica penal económica*, LaLey, Madrid, 2013.

FERNÁNDEZ AJENJO, J.A.: *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y al a Intervención General de la Administración del Estado*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011.

FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “Capítulo X. El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis CP): una interpretación restrictiva”, en QUERALT JIMÉNEZ, J.J. y SANTANA VEGA, D.M. (dirs.): *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B.: “Corrupción en los negocios: el «favorecimiento indebido» como elemento nuclear del nuevo artículo 286 bis tras la reforma de 2015”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 117, Época II, Dykinson, Madrid, diciembre 2015.

FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la actividad deportiva: estudio comparativo de los sistemas jurídico-penales italiano y español”, en MORILLAS CUEVA, L. y MANTOVANI, F. (dirs.); BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (coord.): *Estudios sobre Derecho y Deporte*, Dykinson, Madrid, 2008.

FERRÉ OLIVÉ, J.C.: “Corrupción en el sector privado”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C. (ed.): *Korupcja w sektorze prywatnym: harmonizacja ustawodawstwa karnego w zakresie zwalczania przestępstw finansowych, wyludzen i korupcji, oszustwo informatyczne i przestępstwa w internecie: materiały z konferencji w Krakowie 10-13 lipca 2003 (Corrupción en el sector privado)*, Wydawnictwo Naukowe Acholar, Varsovia, 2004.

FLÓREZ, M.: “Prólogo”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. (coords.): *Corrupción y delincuencia económica*, Universidad de Santo Tomás-Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2008.

FOFFANI, L.: “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y de Derecho comparado”, en *Revista Penal*, nº 12, 2003.

- “La corrupción «privada»: hacia una armonización penal en Europa”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., PÉREZ MACHIO, A.I., UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (dirs.): *Armonización penal en Europa*, Instituto Vasco de Administración Pública, San Sebastián, 2013.

GARCÍA ALBERO, R.: “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2015.

GARCÍA CABA, M.M.: “Las conductas fraudulentas en el deporte y su hipotética represión penal. A propósito del proyecto de ley de la LFP”, en *Revista Jurídica de Derecho de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 22, Aranzadi, Navarra, 2008.

- “Breve comentario a la lei portuguesa 50/2007, de 31 de agosto, por la que se establece un nuevo régimen de responsabilidad penal por comportamientos susceptibles de afectar a la verdad, la lealtad y la corrección de la competición deportiva y sus resultados y su posible extrapolación al ordenamiento español”, en *Revista Jurídica de Derecho de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 25, 2009.
- “Capítulo 4. ¿Hacia una (necesaria) presencia del Derecho penal para garantizar la integridad de la competición profesional? A propósito del Proyecto de Ley de la LFP contra el fraude en el deporte”, en CARDENAL CARRO, M.; GARCÍA CABA, M.M. y GARCÍA SILVERO, E.A. (coords): *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, Laborum, Murcia, 2009.

GARCÍA GUTIÉRREZ, G.: “Protección de la competencia a través del derecho penal”, en *Con-texto. Revista de Derecho y Economía*, nº 37, Universidad Externado de Colombia, 2012.

GARCÍA MEXÍA, P.: *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

GARCÍA SILVERO, E.A.: “Capítulo 6. Iniciativas para la reforma del deporte profesional y la represión del fraude deportivo en España”, en CARDENAL CARRO, M.; GARCÍA CABA, M.M. y GARCÍA SILVERO, E.A. (coords): *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, Laborum, Murcia, 2009.

GARCÍA VICENTE, J.R.: “Corrupción y Derecho privado: notas generales”, en FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coord.): *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000.

GARZÓN VALDÉS, E.: “Acerca del concepto de corrupción”, en LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S. (eds.): *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.

GIL NOBAJAS, M.S.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, en *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 35, Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, 2015.

- “Capítulo XI. Corrupción en los negocios privados: ¿es posible responsabilizar penalmente al administrador de hecho, al titular de la empresa y a la persona jurídica?”, en QUERALT JIMÉNEZ, J.J. y SANTANA VEGA, D.M. (dirs.): *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GIL VILLA, F.: *La cultura de la corrupción*, Maia, Madrid, 2008.

GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 9, artículo 13, 2007.

- “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas. Problemas técnicos y aplicativos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 8, UNED, julio 2012.
- “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 109, Época II, Dykinson, Madrid, 2013.
- *El delito de corrupción en el sector privado*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

GIUNTA, F.: “Deporte y Derecho penal: a propósito de la «Calciopoli»”, en MORILLAS CUEVA, L. y MANTOVANI, F. (dirs.); BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (coord.): *Estudios sobre Derecho y Deporte*, Dykinson, Madrid, 2008.

GÓMEZ BERMÚDEZ, J.: “Prevención y sanción de la corrupción pública y privada”, texto de la conferencia impartida en las XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado. “El nuevo Código Penal”, Ministerio de

Justicia-Abogacía General del Estado, Madrid, 18 de noviembre de 2010. Disponible en la web del Ministerio de Justicia.

GÓMEZ GÓMEZ, C.M.: “El análisis económico de la corrupción”, en *Quórum: revista de pensamiento Iberoamericano*, Universidad de Alcalá, Madrid, nº 10, 2004.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”, en *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, mayo-agosto 2008.

GÓMEZ MARTÍN, V.: “¿Delitos de posición con infracción de deber? Reflexiones sobre el ejemplo de la corrupción médica privada”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 118, Época II, Dykinson, Madrid, mayo 2016.

GONZÁLEZ BLESA, F.J.: “Delito de Corrupción entre particulares: Comentarios y críticas al artículo 286 Bis CP”, en la web de Noticias Jurídicas, Madrid, 26 mayo 2012.

GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado y los consumidores y en los delitos societarios por el Proyecto de Ley LO 121/000119, de modificación del Código Penal”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (coord.): *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2008.

GOROSTIZA JIMENEZ, I.: “Delitos de corrupción entre particulares – en los negocios”, en *Boletín Jurídico Vaciero Abogados*, enero 2016. Disponible en la web de Vaciero Abogados.

GUÉREZ TRICARICO, P.: “Capítulo 7. Causas de justificación. V Consentimiento”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: “La responsabilidad penal del empresario en el Derecho español: aspectos generales y de aplicación práctica”, en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, nº 2, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, 2012.

HASSEMER, W.: “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en HEFENDEHL, R. (ed.): *La teoría del bien jurídico*.

¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid, 2007.

HEFENDEHL, R.: “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto” (trad. SALAZAR ORTUÑO, E.), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 4, artículo 14, 2002.

HEINE, G.: “Comparative Analysis”, en HEINE, G. y ROSE, T.O.: *Private Commercial Bribery. A comparison of National and Supranational legal structures*, Editions Iuscrim, Friburgo, 2003.

HERNÁNDEZ VIGUERAS, J.: *Los paraísos fiscales*, Akal, Madrid, 2005.

HINOJO GONZÁLEZ, P.: “Una aproximación económica a la corrupción”, en *Revista Jueces para la Democracia. Información y debate*, nº 85, marzo 2016.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., LexisNexis, Santiago de Chile, 2006.

IBARS VELASCO, D.: “Corrupción en el deporte”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2015.

IGLESIAS RÍO, M.A. y MEDINA ARNÁIZ, T.: “Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II, 2004.

IRIARTE IBARGÜEN, A. y MARTÍNEZ DÍAZ, C.: “Libertad de competencia”, en el la web del *Diccionario Económico* del Diario *Expansión*.

JAÉN VALLEJO, M.: “Delitos de corrupción en los negocios”, en la web de Lefebvre - El Derecho, 24 de junio de 2015.

JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Función Pública y corrupción”, en el blog *La Mirada Institucional*, 2 de marzo de 2016.

JUANES PECES, A.: “Principios inspiradores de la reforma del Código Penal operada en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, en JUANES PECES, A. (dir.): *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario*, El Derecho, Madrid, 2010.

KAHLO, M.: “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal”, en HEFENDEHL, R. (ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

KINDHÄUSER, U.: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, en *Política Criminal*, nº 3, 2007.

LAMO DE ESPINOSA, E.: “Corrupción política y ética económica”, en *Revista de Occidente*, nº 179, Madrid, 1996.

LEÓN LLEÓ, A.: “Comentario al laudo del caso TAS 2014/A/3475 Charline Van Snick c. Federación Internacional de Judo (FIJ)”, en *Revista Jurídica de Derecho de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 45, Aranzadi, Navarra, 2014.

LIZCANO ÁLVAREZ, J.: “Efectos económicos de la corrupción”, en la web de El País, 8 de septiembre de 2011.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2010.

- “Capítulo V. Del cohecho”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.): *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia*, 3ª ed., Tomo II, Bosch, Barcelona, 2012.

MAGRO SERVET, V.: “La corrupción en el deporte en la reforma del Código Penal (nuevo artículo 286 bis.4)”, en *Diario La Ley*, nº 8493, Sección Doctrina, LaLey, Madrid, 4 de marzo de 2015.

MALEM SEÑA, J.F.: *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa, Barcelona, 2000.

- *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002.
- “La corrupción en el deporte”, en *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, vol. 2, nº 2, 2014.
- *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017

MANES, V.: “La incidencia de las “decisiones marco” en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo. Comentario de la sentencia de 16 de junio 2005 -Causa C-105/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –Gran Sala-(demanda de pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento Pupino)” (trad. TORRES FERNÁNDEZ, M.E.), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 9, artículo 07, 2007.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, LaLey, Madrid, 2015.

MARTÍN YESTE, C.: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, en la web de Iusport, 29 de julio de 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “4. El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)”, en VIVES ANTÓN, T.S.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed. actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- “Lección 2ª. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (Capítulo XI del Título XIII: arts. 270-288)”, en PUENTE ABA, L.M. (coord.): *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: “Corrupción privada y corrupción en el deporte”, en MUÑOZ CONDE, F. (dir.): *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS, A.: “Aspectos más relevantes de la globalización económica”, en BARAÑANO CID, M. (dir.): *La globalización económica. Incidencia en las relaciones sociales y económicas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

MARTINS DOS SANTOS FIDALGO FONSECA, R.: “Da corrupção no sector privado”, en *Jusjournal*, nº 1657, 26 de marzo de 2013.

MATA BARRANCO, N.J. de la: “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de

Reforma del Código Penal de 2008”, en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos. Cuadernos penales José María Lidón*, nº 6, Deusto Publicaciones, 2009.

MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: “Lección 6. El tipo doloso de acción”, en DEMETRIO CRESPO, E. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Teoría del delito*, tomo II, 2ª ed. Revisada y actualizada, Iustel, Madrid, 2015.

- “Lección 11. Las causas de justificación”, en DEMETRIO CRESPO, E. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Teoría del delito*, tomo II, 2ª ed. Revisada y actualizada, Iustel, Madrid, 2015.
- “Lección 12. Las causas de justificación en el Código Penal español”, en DEMETRIO CRESPO, E. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Teoría del delito*, tomo II, 2ª ed. Revisada y actualizada, Iustel, Madrid, 2015.

MAZO, E.S.: “¿Hacia dónde avanza la industria deportiva desde la perspectiva de la consultoría?”, en la web de Expansión, 18 de marzo de 2017.

MELLA MÁRQUEZ, J.M.: “Los costes económicos de la corrupción”, en el blog EconoNuestra, 8 de marzo de 2013.

MENDOZA BUERGO, B.: “Capítulo XVIII. El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP)”, en DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J. (dirs.), RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (pr.): *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011.

- “Sección 17. Corrupción entre particulares”, en *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal 2011*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011.
- “Sección 18. Disposiciones comunes a los delitos contra la propiedad intelectual, industrial, delitos relativos al mercado y a los consumidores y la corrupción privada”, en *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal 2011*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011.

- “Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 18. Corrupción en los negocios”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Reppertor, Barcelona, 2004.

MIRÓ LLINARES, F.: “Capítulo vigésimo. Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva Reforma penal”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.): *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.

MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Montecorvo, Madrid, 1993.

MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Capítulo 7. Causas de justificación. I. Sistema de causas de justificación”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

- “Capítulo 8. Imputabilidad y causas de inimputabilidad. Sección 1. Estructura y fundamento de la culpabilidad”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

MONROY ANTÓN, A.J.: “El nuevo Código Penal, contra los corruptos en el deporte”, en *Diario La Ley*, nº 7534, Sección Tribuna, LaLey, Madrid, 23 de diciembre de 2010.

MORALES PRATS, F.: “Artículo 286 bis.4”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II (Artículos 234 a DF. 7ª), 7ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2016.

MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: “Capítulo 5. Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)”, en *La Corrupción a Examen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012.

MORÁN, G.M.: “El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 6, 2002.

MORENO CARRASCO, F.: “Panorama de la corrupción en el mundo del deporte. Realidad global y elementos a considerar”, en *Revista Jurídica de Derecho de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 53, 2016.

MORILLAS CUEVA, L.: “Capítulo 3. El tratamiento jurídico del fraude en el deporte en el Derecho comparado. Las experiencias de Italia, Portugal y Alemania”, en CARDENAL CARRO, M.; GARCÍA CABA, M.M. y GARCÍA SILVERO, E.A. (coords): *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, Laborum, Murcia, 2009.

MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “Capítulo 15. Derecho penal y deporte profesional. El tratamiento penal de la violencia y el fraude en el deporte”, en PALOMAR OLMEDA, A. (dir.); TEROL GÓMEZ, R. (coord.): *Derecho del deporte profesional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2017.

MORONI, M.: “La frode sportiva tra diritto, etica e storia”, en *Revista Internacional de Derecho y Ética del Deporte*, vol. 1, nº 1, 2014.

MUÑOZ COMPANY, M.J.: “El delito de corrupción en el deporte. Reformas de 2010 y 2015”, en *Revista Foro FICP. Tribuna y Boletín de la FICP*, nº 2015-3, Fundación Internacional de Ciencias Penales, Madrid, noviembre 2015.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 17ª ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CUESTA, F.J.: “La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8, Aranzadi, Navarra, diciembre 2011.

- “Capítulo 3. La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación”, en *La Corrupción a Examen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012.

MUÑOZ RUIZ, J.: “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, en *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, nº 9, diciembre 2010.

MURIEL PATINO, M.V.: "Economía, corrupción y desarrollo", en FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coord.): *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000.

MUSCO, E.: "El fraude en la actividad deportiva", en *Revista Penal*, nº 7, 2001.

- "Art. 2635", en MUSCO, E.: *I nuovi reati societari*, 3ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2007.

NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V.: "Corrupción entre particulares y tutela del mercado", en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 4/2011, Barcelona, octubre 2011.

- "El nuevo delito de corrupción entre particulares", en ROMEO CASABONA, C.M. y FLORES MENDOZA, F. (eds.): *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Marcial Pons, Granada, 2013.

NAVARRO MASSIP, J.: "El delito de corrupción entre particulares", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11/2011, Aranzadi, Navarra, marzo 2011.

- "Capítulo 4. El delito de corrupción entre particulares", en *La Corrupción a Examen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012.

NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: "Bases constitucionales del Derecho Administrativo" en *Notas sobre Derecho Administrativo I*, 2ª ed., Ratio Legis, Salamanca, 2003.

NEILA NEILA, J.M.: *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2012.

NIETO MARTÍN, A.: "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)", en *Revista Penal*, nº 10, 2002.

- "España", en el artículo "Sistemas penales comparados: Corrupción en el sector privado", en *Revista Penal*, nº 11, 2003.
- "Lección XXVIII. Protección penal de la competencia, los mercados financieros y los consumidores (I)", en GÓMEZ RIVERO, M.C. (coord.): *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (adaptado al EEES)*, Tecnos, Madrid, 2010.
- "La privatización de la lucha contra la corrupción", en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (dirs.): *El Derecho Penal*

- Económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “Lección X. Protección penal de la competencia, los mercados financieros y los consumidores (I)”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (dir.): *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II, 2ª ed. adaptada a las LO 1/2015 de reforma del Código Penal, Tecnos, Madrid, 2015.
 - “Lección XXI. Corrupción y abuso de poder (I)”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (dir.): *Nociones fundamentales de Derecho Penal*, vol. II, 2ª ed. adaptada a las LO 1/2015 de reforma del Código Penal, Tecnos, Madrid, 2015.
- NIÑO, L.F.: *El bien jurídico como referencia garantista*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E.: “Lección XII. Delitos societarios”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (dir.): *Nociones fundamentales de Derecho Penal*, vol. II, 2ª ed. adaptada a las LO 1/2015 de reforma del Código Penal, Tecnos, Madrid, 2015.
- OBSERVATORIO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO 2012 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS-KPMG: “El delito de corrupción entre particulares respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Diario La Ley*, nº 7920, Sección Dictamen, LaLey, Madrid, 2012.
- OLAIZOLA NOGALES, I.: “Algunas reflexiones sobre la corrupción entre privados (art. 286 bis CP español)”, en *Revista Foro FICP. Tribuna y Boletín de la FICP*, nº 2013-1, Fundación Internacional de Ciencias Penales, Madrid, mayo 2013.
- ONTIVEROS ALONSO, M. (coord.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- ORBEGOZO, X.: “El nuevo delito de corrupción entre particulares: un paso significativo contra el soborno de directivos de empresas”, en la web de Lefebvre - El Derecho, 1 de mayo de 2011.
- ORÚE CRUZ, J.R.: *Derecho de Competencia. Una introducción*, Lea Grupo Editorial, Managua, 2008.

OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado: El nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal”, en *La Ley Penal*, nº 78, noviembre 2011.

- “Corrupción entre particulares (Delito de)”, en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 3, septiembre 2012-febrero 2013.

PALOMO DEL ARCO, A.: “El delito de corrupción en el sector privado como ejemplo de incidencia del Derecho comunitario en el Derecho penal de los Estados miembros”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 1, mayo 2004.

PELÁEZ MARTOS, J.M.: *Blanqueo de Capitales. Obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley*, Edición Fiscal CISS. Wolsters Kluwer, Madrid, 2010.

PERALTA, J.: “Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 63, nº 1, Ministerio de Justicia – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2010.

PÉREZ FERRER, F.: “El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio”, en *La nueva regulación de la corrupción. Cuadernos Digitales de Formación*, nº 1, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012.

PÉREZ GÓMEZ, R.: “La regulación en el nuevo código penal del delito de corrupción en los negocios. Definición y elementos que lo integran”, en *Revista de Derecho vLex*, nº 136, septiembre 2015.

PÉREZ MOSTEIRO, A.M.: *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2011.

PLANCHADELL GARGALLO, A.: “Las víctimas en los delitos de corrupción (panorama desde las perspectivas alemana y española)”, en *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 36, Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, 2016.

PLATA CABALLERO, N. de la: “Tema 5. La organización deportiva del sector privado”, en GAMERO CASADO, E. (coord.): *Fundamentos de Derecho Deportivo (adaptado a estudios no jurídicos)*, Tecnos, Madrid, 2012.

PORRES ORTIZ DE URBINA, E. de: “El delito de corrupción privada”, en la web de Lefebvre - El Derecho, 15 de septiembre de 2012.

POZUELO PÉREZ, L.: “Capítulo 43. Delitos contra la Administración pública. Sección 6. Cohecho”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

PRAT WESTERLINDH, C.: “El delito de corrupción en el deporte”, en *La Ley Penal*, nº 81, LaLey, Madrid, abril 2011.

PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.); MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (coords.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- “Tipos agravados en relación con los arts. 286 bis y ter (art. 286 quáter)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.); MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (coords.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- “Corrupción en el deporte (arts. 286 bis 4 y 286 quater *in fine*)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.); MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (coords.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “§ 17 Delitos societarios, resistencia a las agencias de control, información privilegiada, corrupción privada”, en QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed. revisada y actualizada, Atelier, Barcelona, 2010.

- “La corrupción privada. Apuntes a la novela LO 5/2010”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A.; GÓMEZ PAVÓN, P.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A. (coords.): *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “Notas sobre la corrupción privada en el Proyecto de Código Penal”, en *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho*, nº 147, marzo 2010.

RASTRILLO LÓPEZ, P.: “Los delitos de corrupción tras la reforma del Código Penal por LO 1/2015”, en la web de Lefebvre - El Derecho, 14 de noviembre de 2016.

REDONDO ILLESCAS, S. y GARRIDO GENOVÉS, V.: *Principios de criminología*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

REIS BRAVO, J. dos: “Fraude e corrupção: repensar um modelo contemporâneo de prevenção e controlo da criminalidade económico-financiera”, en DE FARIA COSTA, J., FERNANDES GODINHO, I. y AIRES DE SOUSA, S. (org.): *Os crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

REYES RODRÍGUEZ, A.D.: *Fraudes en el deporte. Los avatares de la disciplina entre una “cultura” de la hipocresía y el cosmopolitismo mundano*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2012.

RIBAS JUNIOR, S.: *Corrupção pública e privada. Quatro aspectos*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014.

RÍOS CORBACHO, J.M.: “El fraude en el fútbol”, en MILLÁN GARRIDO, A. (coord.): *Cuestiones actuales del fútbol profesional*, Bosch, Barcelona, 2012.

- “De nuevo sobre el fraude en el deporte”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 119, Época II, Dykinson, Madrid, 2016.

ROCA AGAPITO, L.: “La política criminal frente al dopaje. Análisis político criminal de la reforma del Código Penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte”, en *Diario La Ley*, nº 6660, Sección Doctrina, LaLey, Madrid, 27 de febrero de 2007.

RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Capítulo VII. El nuevo delito de corrupción privada: luces y sombras”, en AGÚNDEZ, M.A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (dirs.); ALBIÑANA, C. (coord.): *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Cumplimiento normativo. Compliance*, 1ª ed., LaLey, Madrid, 2012.

- “Artículo 286 quater”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II (Artículos 234 a DF. 7ª), 7ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2016.

RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E. “Artículo 286 bis” en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II (Artículos 234 a DF. 7ª), 7ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2016.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: “El empresario (I). Concepto, clases y responsabilidad”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2006.

ROMA VALDÉS, A.: “Los delitos con ocasión del deporte. Por una mejora en su tipificación en el derecho penal español”, en *Revista Jurídica de Derecho de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 16, Aranzadi, Navarra, 2006.

- *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Manual sobre su tratamiento penal y procesal*, Rasche, Madrid, 2012.

ROS RAVENTÓS, I. de: “El delito de corrupción entre particulares”, en la web de Cinco Días, 6 de octubre de 2010.

ROSAS OLIVA, J.I.: “Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 99, Época II, Dykinson, Madrid, 2009.

ROSE, T.O.: “Introduction”, en HEINE, G., HUBER, B. y ROSE, T.O. (ed.): *Private Commercial Bribery. A comparison of National and Supranational legal structures*, Editions Iuscrim, Friburgo, 2003.

RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A.: *Manual de Derecho Mercantil*, 3ª ed., Universidad Pontificia de Comillas-ICAI-ICADE, Madrid, 2007.

RUIZ RODRÍGUEZ, L.R.: “Limitaciones técnicas, jurídicas e ideológicas para el conocimiento y sanción de la criminalidad económica”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 1, UNED, 2009.

- “Lección 4ª. Delitos relativos al mercado y a los consumidores, y la corrupción en los negocios”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Derecho Penal. Parte especial (Derecho Penal económico)*, tomo IV, 2ª ed. Revisada y actualizada, Iustel, Madrid, 2016.

SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES, J.: “La represión penal de la corrupción privada”, en *Revista El Notario del siglo XXI*, nº 27, Colegio Notarial de Madrid, septiembre-octubre 2009.

SAIZ VÉLEZ, J.E., MANTILLA BAUTISTA, S.I. y CÁRDENAS BELTRÁN, J.M.: “Corrupción: una descripción del concepto y de las limitaciones

metodológicas para su medición”, en *Revista Gestión & Sociedad*, vol. 4, nº 1, Universidad de LaSalle, enero-junio 2011.

SÁNCHEZ BLANCO, A.: *El sistema económico de la Constitución Española (Participación Institucional de las Autonomías Territoriales y dinámica social en la economía)*, Civitas, Madrid, 1992.

SÁNCHEZ-BOTE, J.A.: “El delito de corrupción deportiva en la reforma del código penal”, en la web de Iusport, 1 de abril de 2015.

SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La corrupción en el sector privado”, en *Revista Xurídica Galega*, nº 3, 2009.

SÁNCHEZ-OSTIZ, P., ÍÑIGO, E. y RUIZ DE ERENCHUN, E.: “Bien jurídico”, en *Crimina 3.4. Materiales docentes para la asignatura “El sistema español: los delitos”*, Área de Derecho Penal. Universidad de Navarra, enero 2012.

SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 286 bis”, en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (dirs.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

SANZ MULAS, N.: “Capítulo 12. Criminalidad y poder: política criminal frente a la corrupción y la delincuencia de cuello blanco”, en *Política Criminal. Actualizada a las reformas de 2015*, Ratio Legis, Salamanca, 2016.

- “Corrupción privada y administración desleal”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C. (ed.): *Korupcja w sektorze prywatnym: harmonizacja ustawodawstwa karnego w zakresie zwalczania przestępstw finansowych, wyludzen i korupcji, oszustwo informatyczne i przestępstwa w internecie: materiały z konferencji w Krakowie 10-13 lipca 2003 (Corrupción en el sector privado)*, Wydawnictwo Naukowe Acholar, Varsovia, 2004.

SCHAEFER, J.M.: “El deporte, los artículos deportivos y la industria del deporte”, en la web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, septiembre de 2012.

SCHLOSS, M.J.: “Gobernabilidad, corrupción y desarrollo. Experiencias internacionales para transitar del dicho al hecho”, en la web de Transparencia Internacional España.

SCHMITT DE BEM, L.: *Responsabilidad penal en el deporte*, Juruá, Lisboa, 2015.

- “Corrupção (e fraudes) no esporte. Novamente sobre a corrupção no cenário esportivo”, en la web Emporio do Direito, 5 de febrero de 2016.

SCHÜNEMANN, B.: “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, en HEFENDEHL, R. (ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

SCIUMBATA, G.: *I reati societari*, 2ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2008.

SEMINARA, S.: “Quale modello di intervento penale per l’ordinamento italiano?”, en ACQUAROLI, R. y FOFFANI, L. (eds.): *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di Riforma*, Giuffrè Editore, Milán, 2003.

SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M.J.: *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, 3ª ed., LaLey-Wolters Kluwer, Madrid, 2013.

SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 13ª ed., Dykinson, Madrid, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

- “V. El delito de corrupción entre particulares (artículo 286 bis)”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.): *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012.
- “¿Pueden los notarios pagar comisiones para captar clientes?”, en *Notario del Siglo XXI*, nº 41, Colegio Notarial de Madrid, enero-febrero 2012. Disponible en la web de El Notario del Siglo XXI.

SOTO NAVARRO, S.: “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 58, nº 3, Ministerio de Justicia – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005.

SWEENEY, G.: “Executive summary”, en *Global Corruption Report (2015): Sport*, Transparency International, 2016.

TAK, P.: "Il reato di corruzione privata in Olanda", en ACQUAROLI, R. y FOFFANI, L. (eds.): *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di Riforma*, Guiffrè Editore, Milán, 2003.

- "Introduction" en "The Netherlands", en HEINE, G., HUBER, B. y ROSE, T.O. (ed.): *Private Commercial Bribery. A comparison of National and Supranational legal structures*, Editions Iuscrim, Friburgo, 2003.

TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Lección 1. Delitos contra el orden socioeconómico", en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Derecho Penal. Parte especial (Derecho Penal económico)*, tomo IV, 2ª ed. Revisada y actualizada, Iustel, Madrid, 2016.

TIEDEMANN, K.: *Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

TORRES, L.: "El TAS declara ilegales las primas a terceros por ganar", en la web de Iusport. 12 de octubre de 2014.

ÜBERHOFEN, M.: "Germany", en en HEINE, G., HUBER, B. y ROSE, T.O. (ed.): *Private Commercial Bribery. A comparison of National and Supranational legal structures*, Editions Iuscrim, Friburgo, 2003.

URBANO CASTILLO, E. de: "Capítulo 2. ¿Están tipificados actualmente los fraudes deportivos? Compras de partidos, primas a terceros y sobornos arbitrales ante el Código Penal vigente", en CARDENAL CARRO, M.; GARCÍA CABA, M.M. y GARCÍA SILVERO, E.A. (coords): *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, Laborum, Murcia, 2009.

VALEIJE ÁLVAREZ, I.: "Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 7, 2003.

VALLS PRIETO, J.: "La protección de bienes jurídicos en el deporte", en MORILLAS CUEVA, L. y MANTOVANI, F. (dirs.); BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (coord.): *Estudios sobre Derecho y Deporte*, Dykinson, Madrid, 2008.

- "La intervención del Derecho penal en la actividad deportiva", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 11, artículo 14, 2009.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Código Penal comentado. (Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*, Atelier, Barcelona, 2015.

VEGA GUTIÉRREZ, J.Z.: “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis CP español)”, en *Revista Foro FICP. Tribuna y Boletín de la FICP*, nº 2017-1, Fundación Internacional de Ciencias Penales, Madrid, mayo 2017.

VENTAS SASTRE, R.: “El nuevo delito de fraude en las competiciones deportivas profesionales”, en *Revista Jurídica de Derecho de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 31, Aranzadi, Navarra, 2011.

VENTURA PÜSCHEL, A.: “Sobre la tipificación de la *mal llamada “corrupción entre particulares”* (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.): *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- “Capítulo 37. Corrupción entre particulares”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dirs.): *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

VERCHER NOGUERA, A.: “Introducción”, en FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coord.): *La corrupción: aspectos jurídicos...*, op. cit.

VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, 23ª ed., vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VICENTE MARTÍNEZ, R. de: *Derecho Penal del Deporte*, Bosch, Barcelona, 2010.

- “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, en MILLÁN GARRIDO, A. (coord.): *La reforma del régimen jurídico del deporte profesional*, Reus, Madrid, 2010.
- “Lección 4. La tipicidad”, en DEMETRIO CRESPO, E. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Teoría del delito*, tomo II, 2ª ed. Revisada y actualizada, Iustel, Madrid, 2015.

- “Administradores, directivos, entidades deportivas y *compliance* penal”, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, nº 40 (2017-2), Reus, Madrid, 2017.

VILLORIA MENDIETA, M.: *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Documentos de Seguridad y Defensa. Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Ministerio de Defensa, Madrid, abril 2012.

VON HIRSCH, A.: “El concepto de bien jurídico y el «principio del daño»”, en HEFENDEHL, R. (ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

FUENTES ELECTRÓNICAS.

Banco de España: <http://www.bde.es/>.

Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México: <http://www.juridicas.unam.mx/>.

Blog EconoNuestra. Diario Público: <http://blogs.publico.es/econonuestra/>.

Blog de Sage España: <http://blog.sage.es/>.

Blog La Mirada Institucional: <https://rafaeljimenezasensio.com/>.

Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/>.

Caixa Bank Research: <http://www.caixabankresearch.com/>.

Cinco Días. El País Economía: <https://cincodias.elpais.com/>.

Clifford Chance: <https://www.cliffordchance.com/>.

CMS: <https://cms.law/en/ESP/>.

Consejo de Europa: <http://www.coe.int/>.

Consejo General de Colegios Profesionales de la Educación Física y del Deporte: <http://www.consejo-colef.es/>.

Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/>.

- Consejo Superior de Deportes: <http://www.csd.gob.es/>.
- Convenios del Consejo de Europa: <http://conventions.coe.int/>.
- Diccionario del Español Jurídico: <http://dej.rae.es/>.
- Diccionario de la Real Academia Española: <http://dle.rae.es/>.
- DSQ Abogados: <http://dsqabogados.com/>.
- Eur-lex: <http://eur-lex.europa.eu/>.
- Expansión: <http://www.expansion.com/>.
- Gestión y Administración: <http://www.gestionyadministracion.com/>.
- IESE Business School. Universidad de Navarra: <http://www.iese.edu/>.
- Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/>.
- Intereconomia.com: <https://intereconomia.com/>.
- Iusport: <https://iusport.com/>.
- Lefebvre - El Derecho: <http://www.elderecho.com/>.
- LegalToday: <http://www.legaltoday.com/>.
- Max-Planck-Institut: <https://www.mpicc.de/>.
- Ministerio de Justicia de España: <http://www.mjusticia.gob.es/>.
- Normattiva. Il portale della legge vigente: <http://www.normattiva.it/>.
- Noticias Jurídicas: <https://noticias.juridicas.com/>.
- OCDE: <http://www.oecd.org/>.
- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: <http://www.unodc.org/>.
- Oficina de Publicaciones de la Universidad de La Salle (Colombia): <https://revistas.lasalle.edu.co/>.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: <http://www.wipo.int/>.

Parlamento Europeo: <http://www.europarl.europa.eu/>.

Pensamiento Penal: <http://www.pensamientopenal.com.ar/>.

Pérez-Llorca Abogados: <https://www.perezllorca.com/>.

Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa: <http://www.pgdlisboa.pt/>.

Pymerang: <http://www.pymerang.com/>.

Real Federación Española de Fútbol: <http://www.rfef.es/>.

Revista de Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica:
<http://www.cienciaspenalescr.com/>.

Transparencia Internacional España: <http://transparencia.org.es/>.

Transparency International: <https://www.transparency.org/>.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea: <http://curia.europa.eu/>.

UEFA: <http://www.uefa.com/>.

Unión Europea: <http://europa.eu/>.

Universidad Carlos III: <https://www.uc3m.es/>.

Universidad de Cantabria: <http://web.unican.es/>.

Universidad de Navarra: <http://www.unav.es/>.

Universitat de Valencia: <http://www.uv.es/>.

Vaciero Abogados: <http://www.vaciero.es/>.

DOCUMENTOS E INFORMES.

1. España.

Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, elaborado el 19 de noviembre de 2008.

Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, elaborado en Madrid, el 26 de febrero de 2009.

Dictamen nº 1.404/2009 del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado el 29 de octubre de 2009.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Educación y Deporte, IX Legislatura, nº 556, 26 de mayo de 2010.

2. Consejo de Europa.

Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption (European Treaty Series – nº 173) elaborado en Estrasburgo, el 27 de enero de 1999.

3. Grupo de Estados contra la Corrupción. Consejo de Europa.

Informe de Evaluación relativo a España, adoptado en la 42ª Reunión Plenaria, 15 de mayo de 2009. GRECO.

Informe de Cumplimiento relativo a España, adoptado en la 50ª Reunión Plenaria, 1 de abril de 2011. GRECO.

Segundo Informe de Cumplimiento, adoptado en la 60ª Reunión Plenaria, 21 de junio de 2013. GRECO.

Primer Apéndice al segundo Informe de Cumplimiento, adoptado en la 65ª Reunión Plenaria, 10 de octubre de 2014. GRECO.

Segundo Apéndice al segundo Informe de Cumplimiento, adoptado en la 70ª Reunión Plenaria, 4 de diciembre de 2015. GRECO.

Informe de Evaluación relativo a Italia, adoptado en la 54ª Reunión Plenaria, 23 de marzo de 2012. GRECO.

4. Naciones Unidas.

Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Segunda edición revisada, elaborado en Nueva York, 2012.

5. Unión Europea.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo. Una política global de la UE contra la corrupción, elaborado en Bruselas, el 28 de mayo de 2003 –COM (2003) 317 final.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13.9.05 dictada en el asunto C-176/03 (Comisión contra Consejo), elaborada en Bruselas, el 23 de noviembre de 2005 –COM (2005) 583 final.

Informe de la Comisión al Consejo basado en el artículo 9 de la Decisión marco del Consejo 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, elaborado en Bruselas, el 18 de junio de 2007 [SEC (2007) 808] –COM (2007) 328 final.

Libro Blanco sobre el Deporte, de la Comisión de las Comunidades Europeas, elaborado en Bruselas, el 11 de julio de 2007 – COM (2007) 391 final.

Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre Lucha contra la corrupción en la UE, elaborado en Bruselas, el 6 de junio de 2011 –COM (2011) 308 final.

Informe de la Comisión al Consejo basado en el artículo 9 de la Decisión marco del Consejo 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, elaborado en Bruselas, el 6 de junio de 2011 [SEC (2011) 663 final] –COM (2011) 309 final.

Informe al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE, elaborado en Bruselas, el 3 de febrero de 2014 – COM (2014) 38 final.

6. *Transparency International.*

Global Corruption Report (2015): Sport, Transparency International, 2016.

RESOLUCIONES ARBITRALES Y JUDICIALES.

1. *España.*

Auto Juzgado de Instrucción nº 2 de Pamplona, de 11 de enero de 2016.

1.1. España. Tribunal Supremo.

STS 3738/1993, de 6 de noviembre.

STS 705/2002, de 18 de abril.

STS 816/2006, de 26 de julio.

STS 1307/2006, de 22 de diciembre.

STS 362/2008, de 13 de junio.

STS 232/2012, de 5 de marzo.

STS 265/2015, de 29 de abril.

2. Portugal.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 6 de marzo de 2013.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STJCE de 3 de julio de 1997, Asunto C-296/95.

3. Tribunal de Arbitraje Deportivo.

Laudo TAS (CAS 2014/A/3628). UEFA vs. Eskisehirspor Kulübü.

