

**MESA REDONDA:** «Prevención y sanción de la corrupción pública y privada»

**PONENCIA:** «El nuevo delito de corrupción privada»

**PONENTE:** Abraham Castro Moreno (Catedrático de Derecho Penal UC3M)

## I. INTRODUCCIÓN

¡Muchas gracias, Lucía! Quisiera, en primer lugar, agradecer a la Organización la amable invitación que me ha cursado para formar parte de estas Jornadas. Es un honor y un placer para mí estar aquí hoy con ustedes para compartir algunas de las reflexiones que suscita este nuevo delito de corrupción entre particulares.

La presente ponencia no tiene por objeto la realización de un análisis exhaustivo de todos y cada uno de los elementos que integran el nuevo delito de corrupción en el ámbito privado. Por una parte, porque la redacción del nuevo artículo 286 bis del Código Penal es sobradamente conocida en este Foro en el que todos los asistentes son expertos juristas y, por otra, porque ello excedería del ámbito propio que caracteriza una ponencia en una Mesa Redonda.

Por ello, al objeto de optimizar la intervención, voy a centrarme en el comentario de algunos de los aspectos concretos que me parecen de mayor relevancia, tanto del delito genérico de corrupción entre particulares (artículo 286 bis 1 a 3 CP), como del delito específico de corrupción en el ámbito deportivo (artículo 286 bis 4 CP).

## II. DELITO GENÉRICO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

**1º.- Necesidad/oportunidad del delito.** Siempre que el Código Penal tipifica un nuevo delito, surgen inmediatamente las preguntas de si (i) realmente, se viene a tipificar como delito una conducta que antes no era penalmente sancionable a través de algunas de las infracciones penales ya existentes, y (ii) si, en caso de no ser aquélla ya delito anteriormente, cuál deba ser la razón que motive su tipificación penal.

Por lo que a la primera de esas dos preguntas se refiere, la respuesta debe partir de la distinción que prevé el artículo 286 bis CP entre los supuestos de corrupción activa (artículo 286 bis 1 CP) y los de corrupción pasiva (artículo 286 bis 2 CP). En el primer caso, la conducta de quien ofrece promete, ofrece o concede un beneficio o ventaja a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa para obtener a favor de éste en la adquisición o venta de mercancías o prestación de servicios profesionales, no podía ser considerada delictiva con anterioridad al artículo 286 bis 1 CP.

Esta conclusión se basa en que el directivo de la empresa que abona la comisión a otra para obtener un favorecimiento para su empresa (en perjuicio de la posible competencia), actúa indiscutiblemente en beneficio de su propia empresa. La obligación de todo administrador es, precisamente, pretender el mayor beneficio para su entidad, de forma que quien actúa de la forma descrita no puede estar incumpliendo sus obligaciones específicas. No está siendo

desleal con su propia empresa, que es la única con la que tiene obligaciones. Se podría decir que está ejerciendo una competencia desleal con terceras empresas o profesionales, pero esa deslealtad es genérica, es universal, mientras que las obligaciones penalmente contempladas deben ser de especial intensidad para justificar el recurso al Derecho Penal. En suma: ni se es desleal con la propia empresa (única con la que se tienen obligaciones especiales) porque se busca su beneficio, ni se es desleal con terceros competidores, porque el sujeto no tiene ninguna obligación de especial intensidad con estos terceros que legitime el recurso al *ius puniendi* estatal.

En este sentido, escribía recientemente que «No es desleal con su empresa quien realiza pagos ilícitos a terceros para conseguir la adjudicación de un contrato, operación o negocio que resulta beneficioso para su propia sociedad, lo que impediría aplicar a estos supuestos el delito de administración desleal o fraudulenta de sociedades que tipifica el CP art. 295, ni el delito de apropiación indebida del CP art. 252 por la disposición de los fondos que constituyen la dádiva, ya que en el plano objetivo su abono no supone perjuicio para la sociedad que los paga al conseguir gracias a ellos un beneficio superior ni, en el plano subjetivo, existe tampoco dolo de causar el perjuicio a la propia sociedad que ambos delitos requieren. Por tanto, en estos supuestos, no existe colisión entre la conducta realizada y el interés social, sino que el ofrecimiento o del soborno está encaminado a satisfacer precisamente aquél.»<sup>1</sup>

En esta línea, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000 (RJ 2000\107), dictada en el conocido «Caso Banesto», señaló que los pagos hechos por los administradores de una empresa con fondos sociales, aun cuando se hagan con fines ajenos al propio tráfico de la empresa administrada, redundan en provecho de ésta, no pueden dar lugar al delito de apropiación indebida, por tratarse de un delito contra el patrimonio de la sociedad administrada y haber resultado beneficioso para la misma los pagos realizados con los fondos sociales.

Es por eso que generalmente la doctrina penal viene considerando, casi de forma unánime, que el legislador no ha sido afortunado en la tipificación penal de esta conducta, hasta el punto de que se ha llegado a pedir su retirada ya del Proyecto de Ley de de 2009 de modificación del Código Penal.<sup>2</sup> Dicho en otras palabras: con anterioridad a la LO 5/2010, de 22 de junio, la corrupción privada activa no era punible, ni hay razón suficiente para que debiera serlo. Quizás, quien mejor ha expresado esta idea entre la doctrina penal, haya sido el profesor VENTURA PÜSCHEL<sup>3</sup>, al señalar que el nuevo delito de corrupción

---

<sup>1</sup> CASTRO MORENO, Abraham: «Corrupción entre particulares», en ORTIZ DE URBINA, Íñigo (Coordinador): *Memento Experto. Reforma Penal 2010*. Francis Lefebvre, 2010, Capítulo 13, p. 294, § 2746.

<sup>2</sup> VENTURA PÜSCHEL, Arturo: «Corrupción entre particulares (no deporte): art. 286 bis PCP» en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Directores): *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal. (Conclusiones del Seminario Interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 266.

<sup>3</sup> VENTURA PÜSCHEL, Arturo: «Corrupción entre particulares», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Directores): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 321.

privada viene a constituir un nuevo hito en la cada vez más profusa tendencia legislativa hacia un Derecho penal «simbólico», apartado de los principios de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos, manifestándose que el interés objeto de protección es la competencia en el mercado cuando, en realidad, se incriminan conductas escasamente lesivas de tal interés, so pretexto de la falta de ética en los negocios que dichas conductas evidencian. Por ello, prosigue el autor, se incrimina el comportamiento venal, principalmente de los administradores o empleados en el ámbito de sus responsabilidades en los negocios, por la mera concurrencia de la venalidad, y no por la lesividad de esas conductas venales respecto de la libre competencia. Para terminar resumiendo que, bajo la aparente pretensión de velar por un orden competencial no falseado o un buen funcionamiento del mercado, se introducen en realidad parámetros ajenos al concepto de bien jurídico y próximos a la ética en la decisión de extender el fenómeno de la corrupción a la incriminación del soborno entre particulares.

La cuestión resulta más discutible cuando se trata de la incriminación de las conductas de corrupción pasiva, en las que se incrimina la conducta de quien solicita, acepta o recibe un beneficio con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga tal ventaja. En estos casos, con carácter general, también debe predicarse su impunidad hasta el artículo 286 bis 2 CP. En efecto, hace ya 12 años, cuando todavía casi nadie en la doctrina habla del delito de corrupción entre particulares, ya escribí que *«La percepción por parte del administrador de comisiones entregadas por la sociedad beneficiaria a cambio de realizar la operación en nada varía la calificación de los hechos. Tal percepción, por sí sola, no es constitutiva de estafa (ni existe engaño, ni quien la entrega lo hace por error), ni de apropiación indebida (pues el dinero es entregado por su legítimo titular libre y voluntariamente). Tampoco pueden resultar constitutivas de un delito de administración desleal de sociedades, pues su entrega no es ni una disposición de bienes de la sociedad administrada ni por sí sola perjudica a la sociedad dirigida por el administrador que la recibe. Sólo será, en su caso, el móvil del autor, pero éste carece de relevancia jurídico-penal.»*<sup>4</sup>

Sin embargo de esa afirmación general, como he explicado en otro sitio<sup>5</sup>, hay casos concretos (incluso muy numerosos en la práctica), cuya tipificación penal sí resultaba posible mediante la aplicación de los tipos generales de defraudación y, en concreto, del delito de apropiación indebida. Así, en aquellos casos en los que el coste del soborno se integre en el precio final de la operación, aumentándose éste en el importe del beneficio o ventaja solicitado, aceptado o recibido, bien podríamos estar ante un delito de apropiación indebida, por cuanto la parte del precio incrementado que debe abonarse que se corresponde con la cuantía de la dádiva solicitada o aceptada, es abonada por la entidad sin contraprestación alguna. Cuando el administrador de una empresa, solicita una comisión a un tercero proveedor, a cambio de adquirir mercancías de éste y no de la competencia, elevando el precio que debe pagar

---

<sup>4</sup> CASTRO MORENO, Abraham: *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*. Madrid; Barcelona; 1998, p. 325.

<sup>5</sup> CASTRO MORENO, Abraham: «Corrupción entre particulares», ob. cit., p. 297, § 2754.

la entidad por la mercancía para incluir en él el importe de la dádiva, el administrador está disponiendo con carácter definitivo de esa parte del pago a favor de sí mismo y en perjuicio de la entidad administrada, lo que debería dar lugar a un delito de apropiación indebida.

A pesar de tratarse de una disposición fraudulenta de bienes sociales en beneficio del administrador y en perjuicio de la sociedad, el supuesto no debe integrarse en el delito de administración desleal de sociedades (CP art. 295), ya que el acto dispositivo presenta, objetiva y subjetivamente, un carácter definitivo. Se trata de una apropiación en toda regla que trae causa de un negocio criminalizado al resultar su causa ilícita. Resulta claro que el importe de la comisión entregada al administrador por el tercero, sale de los propios fondos de la entidad administrada debe abonar por la operación, sin que el hecho de que ese dinero que sale de la entidad pase primero por la caja del tercero beneficiario para recabar finalmente en el bolsillo del administrador de la entidad pagadora, altere la clara realidad de que el dinero que recibe el administrador proviene de su propia sociedad, incluso, aunque la dádiva se entregue por el tercero antes de que la entidad le pague, pues es un dinero que va a recuperar una vez producido el pago, siendo la entidad pagadora administrada la que soporta finalmente el pago de la dádiva en ambos casos. En suma: si el dinero de la entidad administrada va a parar con carácter definitivo al bolsillo de su administrador, sin existir una causa lícita que lo justifique, eso siempre ha sido y será una apropiación indebida en toda regla, sin que la instrumentalización de la conducta a través de un contrato criminalizado y, por tanto, nulo, deba alterar esa realidad<sup>6</sup>.

Por todo ello, y a modo de conclusión de este primer apartado, se puede decir que las conductas de corrupción privada activas ni eran punibles antes de la LO 5/2010, de 22 de junio, ni debían serlo. Y, por su parte, las conductas de corrupción privada pasivas ya podían ser reprendidas en los casos más graves por la vía del delito de apropiación indebida, sin que debieran resultar punibles con carácter general.

**2º.- Indeterminación de los sujetos que incumplen sus obligaciones en la modalidad de corrupción activa.** La atenta lectura de la redacción otorgada al artículo 286 bis 1 CP no permite despejar la incógnita de quién es el sujeto que debe incumplir sus obligaciones, si la persona que promete ofrece o concede la dádiva o quien la recibe para favorecerle.

En principio, lo lógico sería pensar que quien incumple esos deberes es quien adjudica el contrato, esto es, el perceptor de la dádiva, ya que aparentemente la modalidad de corrupción activa se configura como un delito común que puede ser cometido por cualquier persona («*Quien... ofrezca...*»), y los delitos de infracción de deber son delitos especiales. Por otro lado, como se ha dicho, no parece lógico sostener que el administrador de una empresa que ofrece una dádiva a un tercero buscando un provecho para su propia sociedad, esté infringiendo con ello deber específico alguno.

---

<sup>6</sup> MORENO, Abraham: «Corrupción entre particulares», ob. cit., p. 297, § 2755.

Ahora, si el sujeto activo no debe infringir un deber específico que le incumba (delito común), cabe preguntarse entonces ¿por qué esta modalidad de corrupción activa tiene atribuida la misma pena que la de corrupción pasiva, en la que el autor sí debe infringir tal deber? En otros términos: la imposición de la misma pena a quien ofrece la dádiva que a quien la acepta sólo es admisible si ambos infringen un deber especial, por lo que la penalidad del artículo 286 bis 1 CP es un argumento a favor de considerar que el sujeto activo también debe infringir tal deber y que, en consecuencia, el autor (ese «*Quien...*») debe ser también un administrador, directivo, empleado o colaborador de la empresa o entidad que infrinja un deber.

En suma, la redacción del artículo 286 bis 1 CP, además de resultar ambigua en este punto, induce a seria confusión sobre la propia determinación de los sujetos activos, introduciendo un elemento de incoherencia jurídica en el delito: si el autor debe infringir un deber al ofrecer la dádiva, la modalidad será difícilmente aplicable, porque no lo infringe quien busca el propio beneficio de la empresa administrada, y si el autor no debe infringir dicho deber especial, entonces no se entiende la pena prevista en el artículo 286 bis 1 CP.

**3º.- Conductas atípicas de corrupción activa.** El artículo 286 bis 1 CP no contempla determinadas conductas de corrupción que en el ámbito público sí son constitutivas de delito. Así, el nuevo delito no tipifica el ofrecimiento de beneficios o ventajas sin contraprestación como, por ejemplo, las entregadas en consideración a su función (sí previstas en el artículo 422 CP) o las conductas de tráfico de influencias en el ámbito privado en las que el sujeto se aprovecha de una relación personal o profesional para conseguir la adjudicación de un contrato.

Por otra parte, el precepto tampoco prevé la entrega de beneficios o ventajas en recompensa de actos de favorecimiento ya realizados, que sí resultan punibles en el ámbito público (artículo 421 CP).

**4º.- Sujetos activos de la corrupción pasiva.** Cabe destacar, como primera cuestión, que el orden de los sujetos mencionados por el delito no guarda una secuencia lógica. Así, el artículo se refiere a los directivos, administradores, empleados o colaboradores, cuando la relación debería comenzar por la figura de los administradores.

La secuencia original del Anteproyecto de 2008 no contemplaba la figura de los administradores, refiriéndose el precepto únicamente a los directos, empleados o colaboradores, que eran mencionados en orden de su mayor a menor vinculación con la sociedad. La inclusión de los administradores, a propuesta del Informe del CGPJ, debió encabezar la lista para no alterar el criterio que inspiraba la secuencia anterior.

Por otra parte, resulta criticable que el legislador no admitiera la propuesta del CGPJ de incluir también a los administradores de hecho, figura mercantil que ya goza de una tradición jurídica consolidada en nuestro Derecho penal (responsabilidad de las personas jurídicas, delitos societarios...). Si bien, en realidad, la mención a los directivos —que no debe confundirse con los administradores—, completada por las figuras de los empleados y colaboradores, viene a colmar en parte esa laguna.

Finalmente, no queda nada claro cuáles deben ser las obligaciones que incumplan los colaboradores, ya que estos se caracterizan por no poseer una relación laboral con la entidad a la que prestan servicios de forma no necesariamente habitual ni remunerada. Pero, siendo ello así, ¿qué obligaciones legales ni profesionales va a tener un mero colaborador ajeno a la estructura empresarial que puedan convertirle el autor de esta modalidad de delito especial? Como digo, el precepto tampoco es claro a este respecto.

**5º.- Determinación del beneficio o ventaja.** Otro de los aspectos en los que el artículo 286 bis CP adolece de un importante componente de ambigüedad es el relativo a la determinación del beneficio o ventaja.

A este respecto, el precepto establece que tal beneficio o ventaja puede ser de cualquier naturaleza, lo que dota al tipo de una amplitud e indeterminación considerables y, desde luego, nada deseables. Por ello, el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de 2008 proponía, su sustitución por la expresión «ventaja indebida», de contornos más nítidos.

En cuanto a su determinación en el terreno de la práctica, aun cuando el referido Informe del Consejo Fiscal se refería a supuestos como el ofrecimiento de una dádiva para conseguir una mesa en un restaurante o la reserva en un espectáculo, creo que en el ámbito del delito que nos ocupa debe realizarse una interpretación de este elemento mucho más restrictiva que la aplicada para el delito de cohecho. En este sentido, el estándar de probidad exigible a un funcionario debe resultar superior al solicitado a los particulares en el ámbito privado, de modo que conductas que en el ámbito público pueden considerarse constitutivas de cohecho, no deber serlo en el ámbito privado del delito que ahora nos ocupa. Así, mientras que resulta inadmisibles en términos penales la entrega de una cesta navideña por valor de 500 euros a un funcionario por parte de quien tiene resoluciones pendientes de aquél, la entrega de esa misma cesta en el ámbito privado puede resultar socialmente adecuada, o la invitación al palco Vip de un estadio deportivo, corrida de toros, etc., para la realización de negocios. No parece adecuado criminalizar a los departamentos de relaciones con los clientes de todas las empresas, ni a determinadas profesionales como puede ser la de visitador médico, que ofrecen incentivos a los profesionales sanitarios que prescriben una determinada marca.

Aunque a la hora de la verdad, la adecuación social del beneficio o ventaja debe ser valorado caso por caso, sí es importante insistir desde ya en que en el ámbito privado de los negocios o las relaciones profesionales hay que tener más manga ancha, si se me permite la expresión, efectuando una interpretación de este elemento típico mucho más restrictiva del tipo penal que la existente para los casos de corrupción pública en el delito de cohecho. Porque, como se ha dicho, ni el nivel de probidad exigible en ambos casos es equiparable, ni el nivel de adecuación social de estas conductas tampoco es el mismo.

**6º.- Destinatario del beneficio o ventaja.** El beneficio o ventaja debe ir destinado en interés del propio administrador, directivo, empleado o colaborador que debe recibirla, en su propio provecho, no existiendo delito cuando se ofrece una ventaja a la propia entidad de la que se espera la

contratación. Así, por ejemplo, el proveedor de hostelería que ofrece un préstamo o mil litros de cerveza gratis al empresario que va a montar un nuevo establecimiento, a condición de que adquiera sus productos en exclusiva durante un determinado período, y no los de la competencia, no realiza el delito de corrupción entre particulares, aun cuando la ventaja entregada tenga por objeto excluir a la competencia, porque lo único que está haciendo es realizar una mejor oferta o propuesta más atractiva para la entidad que otros competidores, sin que el presente delito deba servir de freno para el adecuado desarrollo de la iniciativa empresarial y de las estrategias y políticas comerciales más o menos agresivas que cada empresario define.

**7º.- Penalidad exorbitada.** El nuevo delito tiene prevista una pena de prisión de seis meses a cuatro años, además de inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa de tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

A mi modo de ver, la pena de este delito resulta total y absolutamente desorbitada, en atención a la entidad de la conducta. Téngase en cuenta que los delitos básicos de estafa y de apropiación indebida tienen una pena inferior (seis meses a tres años), a pesar de que exigen la existencia de un perjuicio patrimonial efectivo que no es necesario en el delito de corrupción privada, que está configurado como un delito de mera actividad que se consume por el mero ofrecimiento o solicitud. No tiene sentido ni justificación alguna que el administrador de una empresa que se lleva directamente el dinero de la caja social con claro ánimo de lucro y perjuicio efectivo para su empresa, tenga menor sanción que el administrador de esa misma sociedad que ofrece una dádiva a un tercero para que adjudique a su empresa un contrato beneficioso para la misma.

Otro tanto sucede si la comparación la efectuamos con el delito de administración desleal de sociedades, que tiene penas también inferiores a las del delito de corrupción privada, ya que el artículo 295 CP permite sólo la imposición de pena de multa (la prisión es alternativa), a pesar de que el administrador desleal también infringe obligaciones con su sociedad y este delito exige la causación de un perjuicio real y económicamente evaluable.

Pero, quizás, la comparación punitiva más ilustrativa de la exorbitada pena que prevé el artículo 286 bis CP, es la del delito de contrataciones públicas fraudulentas (artículo 436 CP), que incrimina a los funcionarios públicos o autoridades que deben intervenir en una contratación pública que se conciertan con particulares para defraudar a la Administración. Como se observa, el delito de contrataciones públicas fraudulentas es, en realidad, el tipo más parecido al nuevo delito de corrupción en los negocios. Pues bien, como decíamos, el artículo 436 CP tiene pena de prisión de uno a tres años, frente a los cuatro años que marcan el máximo del nuevo artículo 286 bis CP. Sin que nuevamente exista la menor justificación para que la corrupción en las contrataciones públicas tengan menor sanción que las conductas de corrupción en las contrataciones privadas

Cabe terminar este apartado indicando, que la solución al problema punitivo expuesto no es el aumento de las penas de los delitos de estafa, apropiación indebida, administración desleal ni contrataciones públicas

fraudulentas, sino la reducción de la pena del nuevo delito de corrupción entre particulares que, a mi juicio, no debería superar los dos años de prisión en su techo máximo. Sería mucho más adecuada una pena de seis meses a dos años de prisión, más una elevada inhabilitación especial y una importante multa.

**8º.- Responsabilidad de las personas jurídicas en el delito de corrupción privada.** Aunque el nuevo artículo 288.2 CP extienda la aplicación del también nuevo artículo 31 bis CP al flamante artículo 286 bis CP, en realidad, esta extensión, sólo resulta operativa para la modalidad de corrupción activa (artículo 286 bis 1 CP), pero no para la corrupción pasiva (artículo 286 bis 2 CP). Ello se debe a que quien soborna para conseguir un contrato a favor de su empresa, actúa «en provecho» de la misma, que es lo que exige el artículo 31 bis CP para apreciar la responsabilidad penal de la empresa que soborna.

Sin embargo, en la corrupción pasiva, la sociedad cuyo administrador o directivo recibe a título personal el soborno que, normalmente, terminará pagando la propia sociedad vía incremento (o no reducción) del precio del contrato que se adjudica a quien paga el soborno, será la principal perjudicada por al conducta de su administrador corrupto, por lo que no puede decirse que éste haya actuado en su provecho como requiere el artículo 31 bis CP, sino en su perjuicio. Sin que resulte de recibo que la sociedad perjudicada que es la principal víctima de la corruptela de su directivo se vea además, sometida a responsabilidad penal.

Por otra parte, la apreciación de la responsabilidad penal de la persona jurídica beneficiaria del soborno sólo estaría justificada cuando la conducta hubiere sido realizada por alguno de los sujetos contemplados en el primer párrafo del artículo 31 bis 1 CP (representantes legales, administradores de hecho o de derecho de la sociedad), es decir, de las personas que al delinquir lo hacen en nombre y representación de la sociedad. Mas cuando la conducta sea realizada por los subordinados de estos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 31 bis 1 CP, no debería poder apreciarse responsabilidad penal en la persona jurídica por el hecho de que haya existido culpa *in vigilando* de los primeros sujetos, porque ello supondría considerar penalmente responsable a la sociedad a título de imprudencia por un delito de corrupción privada que sólo es punible en su forma dolosa, lo que carece de justificación y resulta técnicamente muy discutible.

### III. DELITO ESPECÍFICO DE CORRUPCIÓN EN EL DEPORTE

**1º.- Necesidad/oportunidad del delito.** Al igual que en el supuesto general de la corrupción entre particulares, en el ámbito concreto de la corrupción deportiva, también se plantea la cuestión de la necesidad de este tipo específico del artículo 286 bis 4 CP. Además, hay que señalar que en ámbito deportivo, a diferencia de lo que sucede con la corrupción privada general, la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, no impone la tipificación de conductas de corrupción en el ámbito deportivo, al que ni siquiera menciona. De este modo, el nuevo tipo contenido en el artículo 286 bis 4 CP no obedece a la

transposición de la normativa europea, sino que el legislador ha aprovechado aquélla, dictada para el ámbito empresarial de los negocios, para introducir, de paso, el nuevo delito de corrupción en el deporte.

Siendo ello así, resulta oportuno ir al Preámbulo de la Ley para ver qué justificación ofrece el legislador para la creación del nuevo delito. Sucede, sin embargo, que cuando vamos a verla, nos encontramos por toda justificación con la afirmación de que se ha considerado conveniente tipificar estos casos, sin más. Esto es, que se ha tipificado porque se ha considerado conveniente hacerlo. Explicación que, al menos, a quien les habla, le deja exactamente igual que estaba en cuanto a las ignoradas razones que avalen la creación del nuevo delito.

Por su parte, tampoco queda claro cuál es el bien jurídico que se pretende proteger con este tipo específico, si el espíritu deportivo, la limpieza en el deporte... o quién sabe qué. En mi opinión, creo sinceramente que llevar la vulneración de este tipo de bienes jurídicos –muy respetables– a la categoría de delito, y con las penas de las que hemos hablado resulta, cuanto menos, fuera de lugar.

**2º.- Sujetos activos.** El delito de corrupción deportiva, a diferencia de la empresarial, no es nunca un delito común, sino especial. Ello es así, porque lo que hace el número cuatro del precepto, es extender a determinadas personas concretas lo indicado en los cardinales anteriores (directivos, administradores, empleados, colaboradores de entidades deportivas –Federaciones, Ligas, Clubes– y deportistas, árbitros o jueces).

No voy a referirme ahora a los numerosos problemas de interpretación que tienen muchas de esas figuras, como la posible consideración de los distintos Comités de Competición, de Apelación, etc. en el concepto de árbitro o juez. Pero sí me gustaría hacer alguna alusión a alguno de estos problemas concretos. Y así, cabe preguntarse qué pasa con la figura de los socios y si estos tienen cabida en el delito de corrupción deportiva. La normativa administrativa, que también contempla como sanción la alteración o predeterminación fraudulenta de un resultado deportivo, como es lógico, sí contempla como posibles infractores a los socios o asociados de los clubes, a los socios. Por ello, si un socio de un club de fútbol o, si quieren, incluso un aficionado, que no es ni socio, que está muy interesado en que su equipo gane, soborna al árbitro para conseguirlo ¿ha cometido el delito? En mi opinión, sin duda alguna, no. Únicamente, si fuera un socio mayoritario podríamos decir que es un directivo en el sentido de que tiene el poder de control, porque al fin y al cabo él es el que está detrás del club, el verdadero administrador de hecho, porque tiene, por ejemplo, el 90% de las acciones del Club S.A. Deportiva.

Junto a los socios y asociados, el precepto tampoco menciona a los técnicos ni entrenadores, cuando la normativa administrativa sí les contempla de forma específica en la sanción de este tipo de conductas. Si bien, esta ausencia, se puede salvar perfectamente, a través de la consideración como empleados de los técnicos, aunque hubiera sido deseable su previsión específica en el precepto, de cara a la eficacia preventivo general del mismo.

**3º.- Dualidad de sujetos y dádiva.** Quizás, el aspecto típico que condiciona de mayor manera la aplicación y alcance de este delito sea la exigencia que contiene de dualidad de sujetos y de existencia de dádivas.

En la intervención anterior se nos decía que el delito de corrupción deportiva puede ser unilateral. Es verdad que alguien puede ofrecer una dádiva y no ser aceptada, de modo que su propuesta carezca de éxito. Entiendo que en ese sentido se predica la unilateralidad, pero en realidad tiene que haber dos partes, quien ofrece y a quien le es ofrecido. Esto es importante porque afecta de lleno a los supuestos que para mí son, sin duda, los más graves de corrupción deportiva y, probablemente, también los más habituales en la práctica, y que se dan cuanto a un deportista o árbitro les da por apostar por Internet en las conocidas casas de juego, como ha pasado en muchos países y no hace falta más que meterse en Google dos o tres palabras y salen bastantes casos. Como saben, hoy día se puede apostar a casi cualquier cosa y no solo a un determinado resultado del partido en el que interviene el árbitro o el deportista. Estos casos son, además, especialmente difíciles de demostrar, ya que lo normal será que los deportistas o árbitros no apuesten directamente, sino a través de terceras personas de su confianza.

Desde mi punto de vista, si el árbitro apuesta al 0-0 gana seguro. Ese resultado depende enteramente de él, pues no tiene más que anular todos los goles que se marquen, y quién sabe si además tiene la suerte de no tener siquiera que anularlos y encima gana también. La pregunta es ¿es punible penalmente esa apuesta del árbitro y su alteración del resultado? Con la legislación en la mano, no. El precepto no contempla a los deportistas, árbitros ni quienes participan en el desarrollo del juego, que hacen apuestas en el juego en el que intervienen y que pueden llegar a alterar realmente el resultado para ello. Podríamos pensar de algún caso especial donde podríamos discutirlo (el apostante sea un tercero que soborne al árbitro), pero insisto en que es un caso, que con carácter general no es posible, porque, como decíamos, el delito requiere la dualidad de sujetos (quien ofrece la dádiva y a quien se le ofrece la misma), mientras que aquí el sujeto ha orquestado el fraude consigo mismo, sin implicar, ni intentarlo, a otros sujetos mencionados en el precepto.

**4º.- Destinatario del favorecimiento.** También se me plantean problemas de interpretación del tipo en relación con la exclusión de los socios, y a quién tiene que ser el sujeto favorecido. Imaginemos el siguiente caso: dos clubes de fútbol, con una rivalidad histórica. Uno de ellos va a disputar una final de una competición muy importante con un tercer equipo. ¿Qué pasa en ese caso si el equipo rival histórico que no disputa esa final soborna al árbitro para que haga que gane el tercer equipo rival de su histórico adversario que disputa la final? ¿Habría delito? Desde la óptica del directivo que soborna, se puede decir que ha delinquido, porque ha sobornado para que se favorezca a un tercero frente a otro, que es una de las posibilidades que incrimina la Ley. Ahora, ¿qué delito ha cometido el árbitro?. Porque, según el precepto, el árbitro debe aceptar la dádiva para favorecer a un tercero (en este caso, al tercer equipo que disputa la final contra el rival histórico del equipo que soborna al árbitro), frente a quien le otorga o de quien se espera el beneficio o ventaja. Y, ¿de quién se espera el beneficio?: del rival histórico que no disputa la final, a quien no se está favoreciendo. Luego ese caso que., en fin, me parece ciertamente preocupante, también quedaría al margen del delito para la conducta del

árbitro. No para el directivo, que sí sería sancionado, pero paradójicamente el árbitro sobornado no lo podría ser.

**5º.- *Carácter profesional de la competición deportiva.*** Solo una cosa más para terminar, que tiene que ver también con la mención que se ha hecho antes a la exigencia de que sean en el ámbito profesional. Cuando este delito estaba en fase de proyecto, publiqué un artículo sobre este tema en la *Revista Jurídica del Deporte*<sup>7</sup> donde propuse que el tipo debía restringirse al ámbito profesional, ya que, como recordarán, el texto del proyecto de 2009 no contenía esta limitación. Me parecía que la amplitud del delito en este aspecto, más allá del deporte profesional, podría dar lugar a malas interpretaciones o prácticas que pretendieran llevarlo a situaciones absurdas como la adulteración de partidos de barrio entre amigos. Esto es, que una vez más, ante el exceso legislativo, debíamos confiar en el buen criterio de los tribunales que tienen que aplicarlo para excluir del ámbito típico supuestos como el indicado. Razón por la cual, propuse en su día su restricción al deporte profesional, lo que estaba apoyado además en que el incumplimiento de obligaciones a que se refiere el precepto, debe serlo de obligaciones legales o profesionales, por aplicación de la Decisión Marco referida.

Sin embargo, después de aquella propuesta, y una vez que el tipo penal ha restringido al deporte profesional su ámbito de aplicación, tengo que reconocer que seguramente me equivoque cuando propuse aquello. Digo esto porque, como bien señaló la Liga de Fútbol Profesional, hay competiciones deportivas de enorme trascendencia deportiva, social y económica que no gozan de la categoría de profesional, al participar en ella equipos no profesionales, como es la Copa del Rey de Fútbol. Esta competición, que tiene carácter oficial, y que organiza la Real Federación, no es profesional. Y, siendo ello así, dejar fuera del delito las adulteraciones o manipulaciones que puedan producirse en la Copa del Rey de Fútbol resulta, a mi juicio, ciertamente negativo. Por ello, me gustaría matizar la propuesta que en su día formulé, para señalar que el delito debería restringirse a pruebas, encuentros o competiciones oficiales o profesionales.

Bueno, y con eso termino, simplemente, agradeciéndoles su atención.  
¡Muchas gracias!

---

<sup>7</sup> CASTRO MORENO, Abraham: «El nuevo delito de corrupción en el deporte», en *Revista de Derecho del Deporte y Entretenimiento-Aranzadi*, 2010, nº 28, Doctrina, pp. 17-36.