



## **II Congreso Internacional de la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales): “Problemas actuales de las Ciencias Penales”, 13, 14 y 15 (15) de marzo de 2017.**

### **El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis CP español)\***

**~Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez~**

Prof. de Derecho Penal. Univ. de Alcalá, Madrid. Socio FICP

#### **I. INTRODUCCIÓN**

¡Muchas gracias, estimado Prof. Sánchez, por sus generosas palabras de presentación! Buenos días a todos, estimados colegas, estudiantes y amigos que nos reunimos con ocasión del II Congreso Internacional de la FICP, esta vez celebrado en este hermoso país latinoamericano, y en la legendaria y prestigiosa Universidad del Rosario.

En primer lugar, me gustaría agradecer al comité organizador del Congreso por todas sus gestiones y su esmerada atención que han hecho aún más placentera mi participación en esta importante actividad académica. Muy especialmente, quiero agradecer a los directores del Congreso, a mi maestro, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña, y a los distinguidos Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo y Jaime Lombana, por su amable invitación a participar como ponente en este Congreso.

El título de esta ponencia breve gira en torno al delito de corrupción en los negocios del art. 286 bis CP español, aunque dado el escaso tiempo del que disponemos,

---

\* Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2014-58546-R, financiado por la Direcc. Gral. de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España, y del que es investigador principal en la Univ. de Alcalá, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña.

centraré mi exposición en uno de los aspectos esenciales y de mayor relevancia en esta figura delictiva relativamente reciente en el CP español. Y es que, en efecto, la corrupción en los negocios –también denominada corrupción entre particulares, corrupción privada o incluso cohecho privado– hasta el año 2010 era una conducta delictiva totalmente ajena a la tradición jurídico-penal española<sup>1</sup>, aunque otro tanto de lo mismo ocurre –según he constatado– en la legislación colombiana, que hasta la reforma de su CP en el año 2011 carecía de ese tipo y fue entonces cuando introdujo el delito de corrupción privada en el art. 250 a), junto a la administración desleal (art. 250 b) y el delito de abuso de confianza (art. 249 CP)<sup>2</sup>.

En este sentido, aunque son muchos los problemas de interpretación que se generan en el ámbito de esta figura delictiva, en esta ocasión abordaremos esencialmente el problema del bien jurídico protegido y su caracterización como bien individual, referido a los intereses patrimoniales de la empresa o de los terceros competidores, o como bien colectivo identificado con la “leal competencia”.

## II. SOBRE LA CUESTIÓN DEL BIEN JURÍDICO

Desde la introducción del delito de corrupción privada en el CP español, la determinación del bien jurídico protegido en este tipo penal no ha estado exenta de polémica y, en tal sentido, se pueden distinguir en general –y prescindiendo por ahora de concretas matizaciones– tres tesis antagónicas, a saber: a) la protección de un modelo puro de competencia, b) la tutela de los intereses económicos del titular de la empresa y los deberes de lealtad dentro ésta y, por último, c) la defensa de los intereses patrimoniales de los competidores, aunque no es infrecuente encontrar posturas intermedias que defienden la existencia de un delito pluriofensivo<sup>3</sup>.

Pese a este escenario, teniendo en cuenta el preámbulo de la LO 5/2010, sigue siendo mayoritaria la doctrina que identifica el bien jurídico de la corrupción privada

---

<sup>1</sup> En este sentido, NIETO MARTÍN, RP, 10, 2002, 55; NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH, InDret 4, 2011, 3.

<sup>2</sup> Este delito es el equivalente a la apropiación indebida de otros ordenamientos jurídicos, v. gr., art. 253 CP español.

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, GILI PASCUAL, RECPC, 2007, 13:35, quien abogaba por la protección de los intereses de los competidores y del empresario; no obstante, la inclusión de los intereses del empresario fue defendida por este autor en un contexto en el que el delito proyectado hacía referencia al “incumplimiento de obligaciones” por parte del sobornado; en la doctrina colombiana, JIMÉNEZ VALDERRAMA/GARCÍA RODRÍGUEZ, IUS 35, 2015, 159, 164, señalan que el delito de corrupción privada protege no sólo los intereses privados de la empresa del sobornado, sino también los intereses públicos en la incolumidad de la libertad de mercado.

con la protección de la **competencia leal** en la contratación de bienes y servicios, con la finalidad de garantizar el normal funcionamiento del mercado<sup>4</sup>; no obstante, hay un amplio sector que defiende –sobre todo antes de la reforma por LO 1/2015– que el objeto de protección se identifica con el **deber de lealtad** frente a la empresa. Por su parte, muy minoritario es el sector que vincula en exclusiva el objeto de protección de la corrupción privada con los **intereses patrimoniales** de los competidores. Veamos, pues, cuál es el fundamento de cada una de estas tesis.

a) La tutela de la competencia. En primer lugar, quienes defienden esta tesis parten –como se ha dicho– del preámbulo de los textos legislativos, nacionales o internacionales, que tienen como finalidad la lucha contra la corrupción en el sector privado; pero también se basan en la ubicación sistemática del precepto entre los delitos relativos a la propiedad industrial e intelectual, al mercado y a los consumidores (y más concretamente después de estos últimos)<sup>5</sup>. Siguiendo esta línea, BLANCO CORDERO entiende que el hecho de que el tipo de corrupción privada se excluya de los delitos perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada –como condición de procedibilidad– implica que el bien jurídico protegido se identifica con la competencia leal y no con los intereses del empresario<sup>6</sup>.

Desde esta perspectiva, pues, el objeto de protección se perfila como un bien jurídico de naturaleza supraindividual o, como señala MARTÍNEZ-BUJÁN, como un bien jurídico colectivo institucionalizado, cuya afectación se produce con independencia de que haya o no perjudicados concretos en el mercado<sup>7</sup>. Hay quienes, por su parte, señalan que la competencia leal –en su dimensión colectiva– constituye en realidad el **bien jurídico mediato**, lo que supondría que la competencia no cumple ninguna función interpretativa de cara a la aplicación del precepto, pues forma parte de la *ratio legis* o

---

<sup>4</sup> El considerando núm. 9 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 –y que inspiró la legislación española en este ámbito–, establece 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 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”; sobre la necesidad de tener en cuenta la exposición de motivos de los textos legislativos como herramientas de interpretación, *vid.* GIL NOBAJAS, EPCr, 2015, 575.

<sup>5</sup> En este sentido, entre otros, CASTRO MORENO, en Ortiz de Urbina (Coord.), Corrupción entre particulares, 2011, 1098; MENDOZA BUERGO, en AA.VV, Corrupción entre particulares, 2011, 1098.

<sup>6</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, DLL 7534, 2010, 5.

<sup>7</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPE PE, 2015, **383**.

motivos de la criminalización del cohecho privado<sup>8</sup>, esto es, lo que algunos autores denominan **lesividad abstracta**.

Entre las críticas que recaen sobre la tesis de la competencia como objeto de protección destaca su *imprecisión* para delimitar de forma idónea los contornos típicos, habida cuenta de que la competencia es un concepto tan genérico que sólo se puede concretar a partir de la suma de los intereses individuales de los participantes en el mercado. De hecho –sugiere GILI PASCUAL– los preceptos que tutelan la competencia suelen orientarse a personas o colectivos concretos, pero no a la competencia en general. En este sentido, en la doctrina alemana, aunque suele invocarse la competencia como el objeto de protección, lo cierto es que junto a ésta se vinculan otros conceptos más específicos: la igualdad de oportunidades o los intereses patrimoniales de los competidores, los intereses patrimoniales del titular del negocio, los intereses de los clientes o consumidores, o también la confianza en la honestidad o ética profesional de los directivos de empresas. En efecto, en Alemania existe un amplio acuerdo en que el bien jurídico protegido por la corrupción en las transacciones comerciales del §299 StGB se identifica con la competencia leal como bien jurídico supraindividual y, en este sentido, autores como TIEDEMANN o DANNECKER vinculan, respectivamente, la protección de la competencia con los intereses patrimoniales de los clientes de la empresa<sup>9</sup> o de los competidores que ven defraudada la igualdad de oportunidades<sup>10</sup>.

Probablemente, la razón de esto es porque se percibe que un macro-concepto así dificulta la determinación de la antijuridicidad material de las conductas de corrupción en los negocios.

Por su parte, BOLEA ha señalado que la defensa de un modelo puro de competencia como bien jurídico protegido plantea una serie de inconvenientes, a saber: *i)* que tal propuesta parece desconocer que en las relaciones comerciales cotidianas se infringen de algún modo las reglas de la competencia, *ii)* que tal concepto no permite una clara delimitación entre injusto penal e injusto civil o mercantil, *iii)* que la exclusión del titular de la empresa como sujeto activo del delito impide sostener que el objeto de

---

<sup>8</sup> GILI PASCUAL, RECPC, 2007, 13:9 n. 27; NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH, InDret, 4, 2011, 13 y 26.; BOLEA BARDON, InDret, 2, 2013, 14; El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*, 2016, 109; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPE PE, 2015, 383; GIL NOBAJAS, EPCr, 2015, 576.

<sup>9</sup> TIEDEMANN, LK, 12ª ed., 2008, § 299, pp. 316 ss.

<sup>10</sup> DANNECKER, NM, 3ª ed., 2010, § 299, nm. 5.

protección de la corrupción privada sea exclusivamente la competencia leal. En consecuencia, la citada autora defiende que en atención a la tesis del bien jurídico que defiende –y que veremos a continuación– es lógico que el titular de la empresa quede excluido del círculo de sujetos activos de la prohibición<sup>11</sup>.

b) La protección de los intereses del titular de la empresa y del deber de lealtad. Los defensores de esta tesis se basan en general en la exigencia típica –presente en el art. 286 bis CP hasta su reforma por LO 1/2015– de que los sujetos activos actúen “incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”. Al respecto, como afirma GIL NOBAJAS, esta cláusula había sido –hasta el año 2015 en que fue suprimida– la “manzana de la discordia” en la determinación del bien jurídico protegido; sin embargo, pese a la supresión de dicho elemento, hay quienes siguen apostando por identificar el objeto de protección de la corrupción entre particulares con los intereses patrimoniales de la empresa del sobornado.

En tal sentido, interesa destacar la aportación de BOLEA quien –partiendo de la formulación de SILVA<sup>12</sup> en torno al bien jurídico protegido en la corrupción privada– distingue entre capacidad competitiva de la empresa *ad extra* y *ad intra*: la primera asociada al interés de los terceros competidores en no quedar desplazados por ofertas inferiores que, no obstante, son favorecidas por estar vinculadas a incentivos y, la segunda, relacionada con el interés de la propia empresa en que su empleado adquiera bienes y servicios que supongan la mejor oferta del mercado. Así, en su opinión, sólo la capacidad competitiva *ad intra* encarna el bien jurídico inmediato del art. 286 bis CP, pues la vertiente *ad extra* de la capacidad competitiva de la empresa se identifica con el bien jurídico mediato. Desde esta perspectiva, pues, sostiene que la infracción de las obligaciones derivadas de las relaciones de confianza *ad intra* afectan al buen funcionamiento del mercado en una **dobles dimensión**: “lesionando la capacidad competitiva de terceras empresas que se esfuerzan por ofrecer el mejor producto y

---

<sup>11</sup> BOLEA BARDON, InDret 2, 2013, 12; El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*, 2016, 109.

<sup>12</sup> SILVA SÁNCHEZ, en Silva Sánchez (dir.)/Pastor Muñoz (coord.), El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma, 2011, 420.

lesionando la capacidad competitiva de la propia empresa que se queda con la peor oferta”<sup>13</sup>.

En parecidos términos, ya se había pronunciado GILI PASCUAL al señalar que el tipo entonces proyectado no adoptaba un modelo puro de competencia, sino que se había inclinado hacia un **modelo de infracción de deberes**, vislumbrando así una solución mixta en la que “se exige (el peligro de) perjuicio patrimonial para el empresario, además de una afectación (por cierto, muy remota y entumecida) de la competencia”<sup>14</sup>. A diferencia de estas tesis, pretendidamente mixtas o eclécticas, hay quienes –en la doctrina española– se inclinaron hace mucho años por la protección de un bien jurídico desde una perspectiva exclusivamente patrimonial, desprovista de cualquier componente supraindividual vinculado a la competencia<sup>15</sup>.

De igual forma, en la doctrina alemana, autores como KINDHÄUSER niegan que la leal competencia sea el bien jurídico protegido por el tipo de corrupción privada, para lo cual se apoya en la exclusión del titular de la empresa del círculo de sujetos activos de la prohibición, por lo que –desde esta perspectiva– entiende que el propio titular de la empresa y sus empleados (con la anuencia de este) pueden vulnerar las reglas de la competencia, por lo que no habría delito de corrupción cuando p. ej., el carnicero concede una ventaja económica privada al propietario o administrador de una cadena de restaurantes para que compren su carne y no la de otros competidores, pese a que estos son perjudicados de manera desleal. Esto es así, porque –a juicio del citado autor– el titular no puede ponerse en situación de “conflicto de intereses” al no estar en una posición intermedia entre el principal (titular) y el que concede la ventaja, que es lo que ocurre en la corrupción<sup>16</sup>. Siguiendo esta línea, un sector minoritario de la doctrina alemana rechaza la posibilidad de hacer responder al titular de la empresa cuando el ofrecimiento o entrega del beneficio se hace con su consentimiento, pues en caso

---

<sup>13</sup> BOLEA BARDON, InDret 2, 2013, 13; El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*, 2016, 110.

<sup>14</sup> GILI PASCUAL, CPC 109, 2013, 50.

<sup>15</sup> NIETO MARTÍN, RP 10, 2002.

<sup>16</sup> KINDHÄUSER, PCrim 3, 2007, 13-14.

contrario se estaría contradiciendo la *voluntas legislatoris* de mantener en la impunidad la corrupción del titular de la empresa<sup>17</sup>.

En contra de esta interpretación, como ejemplo paradigmático, podemos citar el *caso del dinero de los corchos (del champán) (Korkengeld-Fall o Sektkorken-Fall)* que consistía en el ofrecimiento a los camareros de distintos locales de ocio, por parte de los representantes de una marca de champán, de 35 peniques por cada botella vendida (a cambio del tapón de corcho que da nombre al caso), para que recomendaran de manera prioritaria su producto, lo que efectivamente hicieron con la anuencia del dueño del negocio. Y es que, en efecto, en este supuesto –luego de la inicial absolución por el LG-Hamburg– el BHG alemán consideró delictiva tal conducta por entender que el tribunal inferior había realizado una interpretación excesivamente restrictiva del tipo, a la postre contenido § 12 UWG–, pues a su juicio no debía exigirse ninguna **desobediencia** o **deslealtad** frente al propietario del establecimiento para poder subsumir la conducta en el tipo.

c) Los intereses patrimoniales de los clientes o consumidores y de las empresas competidoras. Como hemos anticipado, una parte de la doctrina también incluye entre los bienes protegidos por el delito de corrupción privada los intereses patrimoniales de las empresas desplazadas por la competencia desleal y, en algunos supuestos, también los derechos patrimoniales de los consumidores. En el primer caso, se entiende que al privar al resto de competidores de las legítimas expectativas de colocar sus bienes y servicios en el mercado, en igualdad de condiciones, se pone en peligro concreto su patrimonio, mientras que la afectación del patrimonio de los consumidores podría producirse frente a un eventual incremento del precio de las mercancías, como consecuencia del mayor precio que la empresa ha tenido que pagar para la adquisición de los bienes<sup>18</sup>.

Ciertamente, de una u otra forma, los criterios antes aludidos siempre están vinculados a la idea de la competencia o a la eficiencia del mercado que procura la

---

<sup>17</sup> En este sentido, VON TIPPELSKIRCH, GA 159, 2012, 586; RÖNNAU, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2011, 271 ss.

<sup>18</sup> En este sentido, DE LA CUESTA/BLANCO, LH-Cerezo Mir, 2002, 290, proponían –antes de la incorporación del tipo de corrupción en los negocios en el CP– una tipificación reforzada, en la que además de la infracción de deberes y el menoscabo sustancial de la competencia se exigiese la verificación de un peligro concreto para el patrimonio de terceros (empresario, competidores, consumidores).

igualdad de oportunidades de todos los intervinientes en el proceso económico. En efecto, hay quienes –como TIEDEMANN– sugieren que en el delito de corrupción entre particulares la protección alcanza, aunque solo sea de forma **mediata**, a los clientes de la empresa y, en general, a los consumidores<sup>19</sup>. Frente a esta tesis, GILI PASCUAL sostiene que los consumidores no están protegidos en el tipo, ni de forma directa ni indirecta, y esto por mucho que, aun lográndose contener las conductas de corrupción privada, estos intereses puedan terminar siendo beneficiados, en tanto participantes en el mercado<sup>20</sup>.

Pero, también hay quienes –como GIL NOBAJAS– conceden carta de naturaleza al criterio de la protección de los intereses patrimoniales de los competidores, ya que pese a declararse defensora de un modelo puro de competencia, sostiene que es posible concebir la competencia leal como bien jurídico mediato, mientras que en primera línea se protegería “los intereses patrimoniales de los competidores, en términos de idoneidad de la conducta para producir un perjuicio a los mismos o, más restrictivamente, como peligro concreto de menoscabo de sus intereses patrimoniales”<sup>21</sup>.

### **III. TOMA DE POSTURA.**

1) A mi juicio, el delito de corrupción en los negocios del art. 286 bis CP español protege exclusivamente los intereses patrimoniales de la empresa (del sobornado), y esto pese a que la reforma operada por LO 1/2015, suprimió toda referencia a que el sujeto activo en ambas modalidades de corrupción llevara a cabo la conducta “incumplimiento sus obligaciones”. Hay que admitir que la supresión de este elemento típico allana el camino a la tesis de que la corrupción en los negocios protege exclusivamente la competencia, es decir, que se adopta un modelo puro de defensa de la competencia<sup>22</sup>; sin embargo, la viabilidad de dicha tesis sigue siendo dudosa en la medida en que el legislador ha vuelto a excluir al titular de la empresa del círculo de sujetos de la prohibición, por lo que si el propietario o el administrador (con la venía del primero) adquieren la oferta menos ventajosa, desplazando así otras propuestas mejores en condiciones y precio, entonces no habría un delito de corrupción en los negocios. Así

---

<sup>19</sup> Cfr. TIEDEMANN, LK, 12ª ed., 2008, § 299, pp. 316 ss.

<sup>20</sup> Cfr. GILI PASCUAL, RECPCr, 09-13, 2007, 13:20.

<sup>21</sup> GIL NOBAJAS, EPCr, 2015, 574, 576, 579.

<sup>22</sup> Así, GIL NOBAJAS, EPCr, 2015, 576.



pues, de *lege lata* se protege, por tanto, un bien de naturaleza individual y no un bien jurídico supraindividual o colectivo.

Esto es así porque, en atención a la **autonomía de la voluntad** o, como sostiene BOLEA, al libre mercado sobre el que descansa la plena libertad de contratación, el titular de la empresa puede pactar con total autodeterminación las condiciones de adquisición de mercancías o servicios, ya que en la empresa privada no existen en principio –como sí ocurre en la administración pública– obligaciones legales de someter la adquisición de bienes y servicios a, por ejemplo, procesos de licitación pública regidos por los principios de publicidad, transparencia, imparcialidad y objetividad, cuya defraudación por parte de una autoridad o funcionario acarrea responsabilidad penal (art. 436 CP)<sup>23</sup>. Desde esta perspectiva, pues, resulta lógico que el legislador excluya del círculo de sujetos activos del delito al titular de la empresa. Ello es así pese a que por un lado hay quienes atribuyen esta ausencia a un mero olvido injustificable del legislador<sup>24</sup> y quienes, por otro lado, intentan incluir a través de una interpretación muy *sui generis* al titular de la empresa y al administrador de hecho dentro del círculo de sujetos de la prohibición<sup>25</sup>.

2) Respecto de las tesis pretendidamente mixtas que defienden una doble vertiente del objeto de protección, esto es, la capacidad competitiva de la empresa *ad extra* y *ad intra*, hay que decir que en realidad en dicha formulación subyace un único bien jurídico inmediato de naturaleza individual, identificado con los intereses patrimoniales de la propia empresa, mientras que la vertiente *ad extra*, vinculada al buen funcionamiento de las relaciones comerciales, no es más que el bien jurídico mediato que, como es sabido, tiene limitadísimas funciones de interpretación, ya que no aparece incorporado al tipo de injusto, por lo que el intérprete no tiene por qué acreditar que en el caso concreto se ha producido una lesión o puesta en peligro de dicho bien, ni tampoco exigir que esta afectación o puesta en peligro sea abarcada por el dolo o la imprudencia. Que esto es así lo demuestra el hecho de que BOLEA, defensora de esta tesis mixta, admite que “cuando los incentivos aceptados por la persona que toma la decisión en favor de un determinado proveedor son consentidos por la empresa, no se

---

<sup>23</sup> Cfr. al respecto, VOLK, en Gössel/Triffterer, Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung, 426-427; VOGEL, en Heinrich/Hilgendorf/Mitsch/Sternberg-Lieben (eds.), FS-Weber, 2004, 402.

<sup>24</sup> NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH, InDret 4, 2011, 19.

<sup>25</sup> GIL NOBAJAS, EPCr, 2015, 580 ss.

traspasa el umbral de la tipicidad penal *por mucho que se afecte a terceros competidores*<sup>26</sup>.

Entiendo que tal afirmación contrasta con su tesis de que el delito de corrupción privada no puede ser interpretado en términos de exclusiva tutela de la competencia, pero “tampoco debe ser entendido en términos de exclusiva protección de los intereses patrimoniales de la empresa”<sup>27</sup>, ya que, al construir BOLEA el núcleo del desvalor de la acción corrupta sobre la base de la vulneración del deber del administrador de no perjudicar el patrimonio de su principal, además de dotar de relevancia al consentimiento del titular de la empresa, lo que está propugnando en realidad es la protección exclusiva de los intereses patrimoniales de la empresa: pues sin acto de deslealtad del administrador no hay tipo de corrupción, aunque haya afectación de la competencia de terceros competidores.

3) Por último, en cuanto a las posturas que defienden el modelo puro de competencia como bien jurídico supraindividual, tanto si se defiende su autonomía como si se lo vincula a otros intereses más específicos, *v. gr.*, la igualdad de oportunidades, los intereses patrimoniales de los competidores, el patrimonio de los clientes o consumidores, etc., hay que destacar que el bien jurídico denominado “leal competencia” o “competencia justa” no reúne las características necesarias para ser considerado como un auténtico bien jurídico de naturaleza colectiva, lo que viene a reforzar la tesis de que el delito de corrupción entre particulares protege un bien de naturaleza individual.

Para negar o confirmar el carácter colectivo del bien jurídico “leal competencia” o “competencia genérica” (incluso concretada en bienes más específicos y menos etéreos), se puede tomar como punto de referencia los criterios esbozados por GRECO, quien propone tres condiciones (o *tests*)<sup>28</sup>, a saber:

- a) *test de la circularidad*, en virtud del cual no se puede acreditar la existencia de un bien jurídico supraindividual sólo por el hecho de que una norma penal no sea legítima sin la postulación de un bien jurídico colectivo<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> BOLEA BARDON, InDret 2, 2013, 20 (sin cursiva ni negrita en el original).

<sup>27</sup> BOLEA BARDON, El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*, 2016, 109-110.

<sup>28</sup> GRECO, en FS-Roxin, 2011, pp. 207 ss.

<sup>29</sup> GRECO, en FS-Roxin, 2011, pp. 207-208; así también en RBCCrim, 49, 2004, pp. 125-126.

Dicho de otro modo: la afirmación de que un tipo penal es legítimo nunca puede ser un argumento para justificar la existencia de un bien jurídico colectivo, lo que ocurriría, por ejemplo, si se defendiera que, como la pena de la corrupción privada es similar (o comparable) a la de los tipos de administración desleal y apropiación indebida, el hecho de que haya consumación antes de que se produzcan daños patrimoniales a la empresa o a los competidores, implica que la norma penal protege algo distinto (y superior) a los bienes jurídicos individuales.

Desde esta perspectiva, pues, podría defenderse que la referencia a la “leal competencia” como bien jurídico colectivo –o la adopción de un modelo puro de defensa de la competencia– no pasa el **test de circularidad**, ya que dicho bien jurídico en sí mismo considerado, no es capaz de justificar por qué hay una anticipación de las barreras de protección de los intereses patrimoniales del titular de la empresa o de los competidores eventualmente perjudicados.

- b) *test de la indivisibilidad o no-distributividad*, en virtud del cual no sería suficiente motivo para elevar un bien a la categoría de bien jurídico colectivo, el hecho de que hubiera una pluralidad de individuos interesados en un bien concreto. Así pues, dicho test recoge la característica esencial de los bienes colectivos, y que los distingue de los bienes individuales, esto es, su carácter indivisible o no-distribuable<sup>30</sup>. En este sentido, la competencia leal como institución autónoma, en sí misma considerada, o incluso concretada en la igualdad de oportunidades o en el patrimonio de los competidores, tampoco pasa el test de **no distributividad**, ya que en el delito de corrupción en los negocios no afecta o pone en peligro el patrimonio de una multiplicidad de competidores o empresas, sino que más bien afecta al patrimonio concreto de cada una de las empresas o competidores individualmente considerados, pues cada uno puede verse afectado de forma divisible en sus expectativas<sup>31</sup>. Por consiguiente, no

---

<sup>30</sup> GRECO, en FS-Roxin, 2011, 210.

<sup>31</sup> En este sentido, respecto del delito de insolvencias punibles en la legislación alemana, GRECO, en Bienes jurídicos colectivos, Ponencia I Congreso Internacional de la FICP, 29-5-2015.

estamos ante a un bien jurídico colectivo, sino frente a varios bienes jurídicos individuales.

- c) *test de la no-especificidad*, como criterio esencialmente normativo, que entiende que no es posible defender la existencia de un bien jurídico supraindividual si su afectación está supeditada a la afectación o perjuicio simultáneo de un bien individual (aunque sólo sea a nivel de peligro abstracto), pues de ese caso el pretendido bien colectivo perdería su autonomía y relevancia normativa. Esta situación se presenta cuando el tipo penal protege, en primer término, al bien jurídico individual, y la protección alcanza sólo de forma indirecta o mediata al bien jurídico supraindividual, v. gr., la salud pública o la seguridad en el tráfico<sup>32</sup>.

Pues bien, siguiendo este criterio, no es posible postular que en el delito de corrupción en los negocios se protege un bien jurídico supraindividual identificado con la competencia leal en sí misma, o en relación con otros bienes jurídicos individuales, ya que –si como señala un sector de la doctrina– la acción del sujeto activo pone en peligro (abstracto o concreto) los intereses patrimoniales de la empresa o de los competidores, entonces se estaría condicionando la afectación del supuesto bien colectivo a la afectación o perturbación –en términos de peligro– de intereses individuales.

---

<sup>32</sup> Cfr. GRECO, en FS-Roxin, 2011, pp. 212-213.

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AAN	Auto de la Audiencia Nacional
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AJC	Auto Juzgado Central de Instrucción
Apen	Actualidad Penal
BGH	Bundesgerichtshof
CPC	Cuadernos de Política Criminal
DLL	Diario La Ley
EPCr	Estudios Penales y Criminológicos
FS	Festschrift (Libro homenaje)
FICP	Fundación Internacional de Ciencias Penales
InDret	Revista para el Análisis del Derecho
IUS	Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México
LCD	Ley de Competencia Desleal
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LG	Landgericht
LH	Libro Homenaje
LK	Leipziger Kommentar
LLP	La Ley Penal
MK	Münchener Kommentar
NK	Nomos Kommentar
PCrim	Política Criminal (Revista Electrónica Penal de Políticas Públicas en materias penales)
RBCCrim	Revista Brasileira de Ciências Criminais
REDS	Revista de Derecho, Empresa y Sociedad
RP	Revista Penal
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
SK	Systematischer Kommentar
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

## BIBLIOGRAFÍA

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F., De la corrupción en los negocios, en Sistema de Derecho penal. Parte Especial, 2.<sup>a</sup> edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, Dykinson, Madrid, 2016, pp.720-737.

- El delito de fraudes deportivos. Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del art. 286 bis. 4 CP, Dykinson, Madrid, 2011.

BOLEA BARDON, Carolina, El delito de corrupción privada: bien jurídico y ratio legis, en Graffe González (coord.)/Otero González (dir.), Prevención y tratamiento punitivo en la corrupción en la contratación pública y privada, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 101-114.

- El delito de corrupción privada. Bien, jurídico, estructura típica e intervinientes, en InDret, 2/2013, pp. 1-29.

BUERBA PANDO, Adriana de, El delito de corrupción entre particulares, en Newsletter Pérez-Llorca, 2011, pp. 14-24.

BLANCO CORDERO, Isidoro, La reforma de los delitos de corrupción mediante la LO 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas, en DLL 7534, 2010, pp. 1-8.

CASTRO MORENO, Abraham, Corrupción entre particulares, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Francis Lefebvre. Reforma Penal, Ley Orgánica 5/2010, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 291-311.

CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la/BLANCO CORDERO, Isidoro, La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del Derecho penal español?, en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. LH al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, pp. 257-290.

ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, La transparencia de las relaciones mercantiles y la reforma del Código penal de 2010, en CPC 103, 2011, pp. 169-194.

FARALDO CABANA, Patricia, Hacia un delito de corrupción en el sector privado, en EPCr 23, 2001-2002, pp. 59-98.

FERNÁNDEZ CASTEJÓN, Elena, Corrupción en los negocios: el “favorecimiento indebido” como elemento nuclear del nuevo artículo 286 bis tras la reforma de 2015, en CPC 117, 2015, pp. 159-176.

GIL ANTÓN, Ana M<sup>a</sup>, Delitos de corrupción de acuerdo con la reforma del Código penal, en RDES 6, 2015, pp. 75-96.

GIL NOBAJAS, M<sup>a</sup> Soledad, 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 EPCr, vol. XXXV, 2015, pp. 567-624.

GILI PASCUAL, Antoni, Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada, en CPC 109, 2013, pp. 45-108.

- 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 RECPC 09-13, 2013.

GRECO, Luís, Annäherungen an eine Theorie der Korruption, en Wolter/Küper/Hettinger/Eschelbach, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 5/2016. Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, C.F Müller, pp.249-257.

- Bienes jurídicos colectivos, en I Congreso Internacional de la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales), celebrado los días 29 (29)-30 de mayo de 2015 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.
- Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?, en Heinrich/Jäger/Schünemann, FS-Roxin zum 80. Geburtstag. Strafrecht als Scientia Universalis, De Gruyter, 2011, pp. 199-214.
- Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, en RBCCrim 49, 2004, pp. 125-126.

KINDHÄUSER, Urs, Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, en PCrim 3, 2007, pp. 1-18.

JIMÉNEZ VALDERRAMA, Fernando/GARCÍA RODRÍGUEZ, Lourdes, El interés jurídico protegido en el delito de corrupción privada en Colombia. Análisis de contexto y conexiones con el derecho de la competencia desleal, en IUS 35, 2015, pp. 159-178.

MENDOZA BUERGO, Blanca, El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP), en Díaz Maroto y Villarejo (dir.), Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero), 2011, pp. 425-452.

- Corrupción entre particulares, en AA.VV Memento práctico Francis Lefebvre Penal, 2011, pp.

NAVARRO FRÍAS, Irene/MELERO BOSCH, Lourdes V., Corrupción entre particulares y tutela del mercado, en InDret, 4/2011, pp. 140.

NIETO MARTÍN, Adán, La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado), en RP, nº 10, 2002, pp. 55-69.

OTERO GONZÁLEZ, Pilar, La corrupción en el sector privado: el nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1,2 y 3 del Código Penal, en, LLP 87, 2011, pp. 1-39.

PUENTE ABA, Luz M.<sup>a</sup>, Corrupción en los negocios (art. 286 bis CP), en González Cussac (dir.)/Górriz Royo y Matallín Evangelio (coords.), tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 913-942.

RODRÍGUEZ PUERTA, M.<sup>a</sup> José/MORÓN LERMA, Esther, Delitos de corrupción en los negocios, en Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios al Código penal español. Tomo II (art. 234 a disposición final 7<sup>a</sup>), 7<sup>a</sup> ed., Aranzadi, 2016, pp. 395-442.

ROXIN, Claus, Vorteilsannahme, en Albrecht/Kirseh/Neumman/Sinner, FS für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, BWV, Berlin, 2015, pp. 459-477.

- Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr, en Bannenberg/Brettel/Freund/Meier/Remschmidt/Safferling, Über allem: Menschlichkeit. FS für Dieter Rössner, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 892-909.

SCHÜNEMANN, Bernd, Grenzen der Bestrafung privater Korruption im Rechtsstaat, en Hellmann/Schröder, FS für Hans Achenbach, C.F. Müller, Heidelberg, 2011, pp. 509-525.

TIEDEMANN, Klaus, § 299. Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr, en LK, 7 Band, 11. Auf, De Gruyter Recht, Berlin, 2005, pp. 157-189.

VENTURA PÜSCHEL, Arturo, Corrupción entre particulares, en Álvarez García/González Cussac (dirs.), Comentarios a la reforma penal de 2010, tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp. 319-330.

VOGEL, Joachim, Wirtschaftskorruption uns Strafrecht, en Heinrich/Hilgendorf/Mitsch/Sternberg-Lieben (eds.), FS für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, Giesecking, Bielefeld, 2004, pp. 395-411.

VOLK, Klaus, Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung, en Gössel/Triffterer (eds.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999, pp. 419-431.

VON TIPPELSKIRCH, Maria, Schutz des Wettbewerbs vor Korruption. Überlegungen zu Rechtsgut und Auslegung von § 299 StGB, en Goldammer's Archiv für Strafrecht, 9/2012, pp. 574-588.



## **JURISPRUDENCIA**

AJC de Instrucción de 17-06 (admisión a trámite de la querrela por corrupción en los negocios – fichaje del FC- Barcelona).

AJC de Instrucción de 8-07 (sobreseimiento provisional por corrupción en los negocios – fichaje del FC- Barcelona).

AAN núm. 545/2016, de 23-09 (sobreseimiento provisional por corrupción en los negocios – fichaje del FC- Barcelona).

AJC de Instrucción de 3-11 (continuación del procedimiento abreviado por fichaje del Barcelona F.C).

STS núm. 615/2015, de 15-10 (absolución por corrupción entre particulares).