

EL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN. SU EVOLUCIÓN HACIA UN NUEVO DELITO DE FRAUDE EN EL DEPORTE COMO FORMA DE CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

María Viviana CARUSO FONTÁN

Doctora en Derecho - ex Becaria Humboldt
vivi15@mixmail.com

RESUMEN

El fenómeno de la corrupción se caracteriza por los siguientes elementos: la violación de un deber posicional, un sistema normativo de referencia y la expectativa de obtener un beneficio indebido. Tradicionalmente este fenómeno se asociaba exclusivamente al ámbito de lo público. En los últimos años se ha ido modificando este presupuesto, en especial por la influencia de diversos organismos internacionales. Esta circunstancia ha tenido como consecuencia la incorporación al Anteproyecto de reforma del Código Penal de un delito de corrupción en el sector privado para castigar los hechos de corrupción en las transacciones comerciales. A pesar de que esta incorporación es especialmente polémica, ya se ha propuesto su extensión para abarcar conductas de fraude en el deporte.

Palabras claves: Derecho penal, corrupción, ganancia indebida, inmoralidad, ilicitud, expansión, sector público, sector privado, deporte.

ABSTRACT

The phenomenon of corruption is characterised by the following elements: the violation of a duty of status, a benchmark regulatory system and the expectation of obtaining an undue gain. This phenomenon was traditionally associated with the public sphere. In recent years this presumption has been modified, especially due to the influence of diverse international bodies. The consequence of this circumstance has been the incorporation of an offence of corruption in the private sector into the Bill on the reform of the criminal code, so as to penalise acts of corruption in commercial transactions. Despite this incorporation, the issue is especially polemical, since it has been proposed that this be extended to cover fraudulent conduct in sport.

Keywords: criminal law, corruption, undue gain, immorality, unlawfulness, expansion, public sector, private sector, sport.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Phänomen der Korruption lässt sich durch folgende Elemente charakterisieren: Pflichtverletzung aus einer gesellschaftlichen Position heraus, ein normati-

ves System und die Erwartung einer unrechtmäßigen Begünstigung. Traditioneller Weise wurde dieses Phänomen ausschließlich mit dem Öffentlichen Leben in Verbindung gebracht. In den letzten Jahren wurde diese Grundannahme verändert, besonders durch den Einfluss verschiedener internationaler Organe. Dieser Umstand hatte zur Folge, dass nun auch ein Korruptionsdelikt bei geschäftlichen Transaktionen im privaten Bereich Eingang gefunden hat in den Gesetzentwurf zur Reform des Strafrechts, um strafrechtlich geahndet zu werden. Obgleich diese Aufnahme in das Strafrecht besonders unstritten ist, wurde bereits vorgeschlagen, das Gesetz auf Betrugverhalten auf den Sportsektor anzuwenden.

Schlüsselwörter: Strafrecht, Korruption, unrechtmäßige Bereicherung, unmoralisch, Unrechtmäßigkeit, Ausdehnung, Öffentliches Leben, Privatsektor, Sport.

SUMARIO: I. HACIA UNA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO.—II. SOBRE LA INMORALIDAD E ILICITUD DE LOS HECHOS CORRUPTOS.—III. ÁMBITOS EN LOS QUE SE PRESENTA EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN.—1. La corrupción en el ámbito público.—2. La corrupción en las transacciones comerciales entre particulares.—3. La corrupción en el ámbito deportivo.

El ámbito de lo penalmente relevante, en lo que al fenómeno de la corrupción se refiere, está sufriendo un indudable proceso de expansión. Esta extensión se verifica tanto en el marco de las conductas delictivas que se producen en el sector público, como a través de la incorporación de figuras destinadas a penar los abusos de poder en el sector privado. En este contexto se ha planteado la supuesta necesidad de que el Derecho penal avance para resolver los conflictos de intereses que se producen en el mundo del deporte.

Este trabajo se propone analizar los elementos que componen el concepto de corrupción y la expansión de la criminalización de este fenómeno en cada uno de los sectores sociales. Esta tarea posibilitará la obtención de una conclusión sobre la justificación de la creación de un delito de fraude en el deporte.

I. HACIA UNA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO

Cuando de Derecho penal se trata resulta frecuente, tanto en el ámbito social, periodístico e, incluso, en el jurídico, la utilización de términos que no satisfacen los exigentes requisitos de taxatividad de las normas penales. Esta circunstancia encuentra su justificación en el hecho de que se trata, en la mayoría de los casos, de conceptos excesivamente amplios o ambiguos.

Algo similar ocurre con el término «corrupción», cuya utilización se emplea generalmente para hacer referencia a fenómenos muy diversos.

La principal razón es que los límites de este concepto, dada la dificultad para su definición, son sumamente imprecisos¹. Una concepción estricta lo identificaría únicamente con el delito de cohecho, pero es creciente la tendencia criminológica de asociar la corrupción con cualquier irregularidad cometida en el contexto de una toma de decisión, o bien en el marco de un abuso de poder, siempre que con la actuación corrupta se persiga el objetivo de obtener una ganancia ilícita². Las numerosas dificultades para la conceptualización de la corrupción han llevado a ensayar distintas posibles definiciones, pero el problema no sólo radica en identificar los elementos necesarios para que se pueda hablar de un hecho corrupto, sino, incluso, en la propia determinación de la naturaleza jurídica de este fenómeno.

Se ha sostenido que la corrupción es un fenómeno heterogéneo, sistemático y complejo. La heterogeneidad proviene de la circunstancia de que su definición depende, en último término, de un modelo normativo de referencia. Se trata además de un fenómeno sistemático, ya que, al estar vinculado con frecuencia a elementos de la organización política o administrativa, tiende a consolidarse e, incluso, a perpetuarse en el tiempo mediante códigos paralelos de conducta urdidos al amparo de una serie de connivencias directa o indirectamente aceptadas. De esta forma, un primer acto de corrupción podrá dar lugar a una verdadera cadena de actos ilícitos en busca del objetivo propuesto³.

Que la corrupción es un fenómeno complejo resulta indudable, y ello se debe a las múltiples causas que confluyen para su gestación o favorecimiento. Así, podemos encontrar factores económicos, sociales, institucionales, políticos y educacionales que pueden explicar la variación de los niveles de corrupción en los distintos países. En este sentido, se ha resalta-do que un bajo nivel de libertad económica, un bajo índice de crecimiento

¹ La complejidad para definir a la corrupción ha sido puesta de manifiesto en numerosas ocasiones. En el caso de IGLESIAS RÍO y MEDINA ARNÁIZ, los autores resaltan la amplia y compleja diversidad tipológica que puede revestir este fenómeno, lo que permite su análisis desde múltiples perspectivas. M. A. IGLESIAS RÍO y T. MEDINA ARNÁIZ, «Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea», en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, p. 4 (www.juridicas.unam.mx). Por su parte, DE LA MATA BARRANCO resalta la dificultad de mantener un único concepto de corrupción para definir conductas que pueden afectar a bienes jurídicos muy diversos. N. J. DE LA MATA BARRANCO, «El delito de cohecho activo», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 12, 2004, p. 30.

² J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Iniciativas internacionales contra la corrupción», en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 17, 2003, San Sebastián, p. 8.

³ E. DEMETRIO CRESPO, «Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública», en J. C. FERRÉ OLIVÉ, *Fraude y corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. III, 2002, p. 175.

del PIB y una alta inflación anual darán como resultado, con gran probabilidad, un alto nivel de corrupción⁴. Por otro lado, también se espera una relación negativa entre la estabilidad política y la corrupción⁵.

Se han señalado tres motivos para la corrupción política, a saber: en primer término se encuentra el problema de los costes crecientes de la actividad política y del aparato partidario, que hace que los candidatos electos deban resarcir al partido por los gastos generados durante las campañas; en segundo lugar, las presiones provenientes de distintos sectores de la sociedad bajo las que los políticos se encuentran y que los llevan a realizar distintos favores para poder mantener los apoyos; y, finalmente, los deseos de enriquecimiento personal, que pueden responder a una simple acción individual o bien ser consecuencia de un subsistema individual⁶. Independientemente de estas consideraciones, López Calera resume las posibles causas indicando que «la corrupción política nace fundamentalmente de las carencias e insuficiencias de la moral cívica y pública que necesita toda sociedad política si quiere sobrevivir»⁷.

⁴ M. GONZÁLEZ DE ASÍS, «La corrupción internacional. Un examen empírico de sus causas», en *GAPP*, núm. 10, septiembre-diciembre de 1997, Madrid, p. 5. Continuando el análisis de las causas económicas, la autora agrega que también en economías donde hay un alto grado de interferencia del gobierno habrá incentivos para la corrupción, como también la habrá en economías donde las empresas nacionales están protegidas de la competitividad extranjera gracias a altas tarifas y donde los ciudadanos se enfrentan a una alta inflación.

⁵ Sobre tipos de gobiernos corruptos, *vid.* ampliamente S. ROSE-ACKERMAN, «Desarrollo y corrupción», en *GAPP*, núm. 21, mayo-agosto de 2001, Madrid, p. 10. Al respecto también se ha resaltado la relación existente entre la corrupción y el binomio «oligarquía-caciquismo», P. GARCÍA MEXÍA, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Navarra, 2001, p. 99. Explicando los distintos tipos de relaciones corruptas entre el gobierno y las empresas, J. S. HELLMAN, G. JONES y D. KAUFMANN, «Capture al Estado, capture al día. Captura del Estado, corrupción e influencia en la transición», en *GAPP*, núm. 21-22 (mayo-diciembre de 2001), Madrid, p. 35. También *vid.* S. ÁLVAREZ, «Reflexiones sobre la calificación moral del soborno», en F. J. LAPORTA y S. ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, Madrid, 1997, p. 102.

⁶ S. ÁLVAREZ, «Reflexiones sobre la calificación moral del soborno», *op. cit.*, p. 94. Al respecto la autora sigue la obra de S. R. ACKERMAN, *Corruption. A study in Political Economy*, Nueva York, 1978.

⁷ N. LÓPEZ CALERA, «Corrupción, ética y democracia. Nueva tesis sobre la corrupción política», en F. J. LAPORTA y S. ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, *op. cit.*, p. 128. Siguiendo esta idea, el autor hace hincapié en la necesidad de huir de lo que se denomina «satanización de la política» y que se identifica con la idea de que los políticos son «un grupo de degenerados», esto es, de la consideración de que la política es mala por definición o que es una definición que lleva casi necesariamente a lo inmoral. Por otro lado, la corrupción política está precedida por otras causas anteriores y más graves que anidan en el corazón del sistema social y económico. Así, la corrupción política se preconstituye en el mundo de lo privado, en la sociedad civil que preexiste a la vida política organizada. En similar sentido se expresa JIMÉNEZ DE PARGA al indicar que «la corrupción política es ante todo un problema

Más allá de las posibles causas de este fenómeno, nuestro objetivo de intentar arrojar un poco de luz sobre el concepto de corrupción nos lleva a analizar las definiciones que se han ensayado sobre este término, las cuales pueden ser clasificadas en cuatro grupos⁸:

En primer lugar, se encuentran las definiciones vinculadas al abuso de cargo público o al incumplimiento de normas jurídicas por parte de los responsables públicos. Desde este punto de vista, corrupción sería «toda acción tomada por un empleado público en el ejercicio de su cargo que se desviara de las obligaciones jurídicamente establecidas por el mismo por razones de interés privado»⁹. La crítica que se ha realizado a este tipo de definiciones es que resultan demasiado estrechas, dejando fuera comportamientos no éticos.

En segundo término, encontramos las definiciones centradas en el mercado. Este tipo de definiciones resultan adecuadas para el análisis económico de la corrupción, ya que la caracterizan como un negocio. De esta forma, funcionario corrupto sería aquel que utiliza su cargo como un negocio intentando maximizar sus resultados. Así, los elementos valorativos y morales son sustituidos por la «maximización del beneficio» como criterio de definición. Desde este punto de vista, se ha llegado a sostener que la corrupción puede tener efectos beneficiosos para el desarrollo de la economía de un país. Los llamados «funcionalistas» han afirmado que la corrupción puede llegar a ser útil al sistema, tanto desde un punto de vista político como económico. Desde esta perspectiva, la corrupción podría ser entendida como una palanca de desarrollo económico y un instrumento para construir ligámenes políticos entre elites y ciudadanos¹⁰. La corrupción podría significar la posibilidad de obtener recompensas informales por parte de funcionarios con bajos ingresos. Siguiendo este criterio, se ha argumentado, además, que la corrupción tiene en muchas ocasiones la capacidad de aligerar la aplicación de normas demasiado estrictas; así, el soborno a un funcionario para eliminar trabas burocráticas podría facilitar la realización de un negocio¹¹, o bien,

de ética social». M. JIMÉNEZ DE PARGA, «La corrupción en la democracia», en F. J. LAPORTA y S. ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política, op. cit.*, p. 139. También *vid.* A. CORTINA, «Ética de la sociedad civil. ¿Un antídoto contra la corrupción?», en F. J. LAPORTA y S. ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política, op. cit.*, p. 253.

⁸ Clasificación propuesta por Manuel VILLORIA MENDIETA. M. VILLORIA MENDIETA, «Lucha contra la corrupción en la Unión Europea: el caso de España», en *GAPP*, núm. 21 (mayo-agosto de 2001), Madrid, p. 99.

⁹ *Ibid.*, p. 99.

¹⁰ F. J. LAPORTA, «La corrupción política: introducción general», en F. J. LAPORTA y S. ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política, op. cit.*, p. 23.

¹¹ Al respecto *vid.* M. A. IGLESIAS RÍO y T. MEDINA ARNÁIZ, «Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción...», *op. cit.*, p. 4.

el autoritarismo de un régimen dictatorial podría verse suavizado. Más allá de los consistentes argumentos legales que pueden presentarse en contra de esta postura, la respuesta a esta teoría pasa por la enumeración de las múltiples consecuencias negativas que este fenómeno puede acarrear. En este sentido, donde hay corrupción disminuye la calidad y la disponibilidad de los servicios públicos¹², y el desarrollo económico, social y político de un país se ve gravemente perjudicado¹³. También se ha señalado que la corrupción genera un particular sentimiento de enajenación y cinismo que tiene consecuencias directas en términos de inestabilidad política y desconfianza hacia el sistema¹⁴. No es de extrañar que la percepción del fraude por parte de los ciudadanos incentive una actitud favorable al mismo, en el convencimiento de la inutilidad de los comportamientos adecuados a Derecho¹⁵.

¹² M. GONZÁLES DE ASÍS, «Reduciendo la corrupción a nivel local», en *GAPP*, núm. 21, mayo-agosto de 2001, Madrid, p. 151. En este sentido, TANZI y DAVOODI estudian la relación existente entre la corrupción, la inversión pública y el crecimiento, llegando a obtener las siguientes conclusiones: a) la corrupción puede reducir el crecimiento, incrementando la inversión pública al tiempo que reduce su productividad; b) la corrupción puede reducir el crecimiento, incrementando la inversión pública que no va acompañada por un gasto corriente recurrente; c) la corrupción puede reducir el crecimiento, reduciendo la calidad de las infraestructuras existentes, en la medida en que una estructura que se va deteriorando conduce a una producción y a un crecimiento más bajos; d) la corrupción puede reducir el crecimiento disminuyendo los ingresos del gobierno que se necesitan para financiar el gasto productivo. V. TANZI y H. DAVOODI, «Corrupción, inversión pública y crecimiento», en *GAPP*, núm. 21, mayo-agosto de 2001, Madrid, p. 80. Al respecto también *vid.* S. NIÑO BECERRA y M. MARTÍNEZ BLASCO, «Corrupción y crecimiento económico en la UE», en *Boletín Económico de ICE*, núm. 2.751, 2002, p. 31; S. ROSE-ACKERMAN, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Madrid, 2001, p. 4.

¹³ Con respecto a las consecuencias negativas de la corrupción política en el ámbito económico, MALEM SEÑA explica que existe una vinculación probada, tanto en un sentido estadístico como económico, de que altos índices de corrupción degradan las posibilidades de crecimiento económico a largo plazo. La inversión pública tiende a aumentar en los países con más altos niveles de corrupción, pero lo hace de forma improductiva, pagando precios más altos de lo necesario o asignando recursos a obras innecesarias. J. F. MALEM SEÑA, «La corrupción política», en *Jueces para la Democracia*, núm. 37, Madrid, 2000, p. 28.

¹⁴ En este sentido, se ha puesto de manifiesto que los actos de corrupción generan un fuerte sentimiento de reprobación a la vez que producen una pérdida de confianza no sólo en quienes han llevado a cabo los actos de corrupción, sino también en las instituciones de las que aquéllos forman parte. V. A. MARTÍNEZ, O. JUANATEY y F. BLÁZQUEZ, «Efectos de la corrupción en la imagen percibida de las empresas», en *Revista de Estudios de Comunicación*, núm. 17, 2004. También *vid.* A. DOIG y S. RILEY, «La corrupción y estrategias anticorrupción: algunas cuestiones y estudio de casos de países en vías de desarrollo», en *GAPP*, núm. 21, mayo-agosto de 2001, Madrid, p. 121.

¹⁵ F. J. LAPORTA, «La corrupción política: introducción general», *op. cit.*, p. 23. El autor resalta, además, que desde un punto de vista moral se da una incoherencia crasa entre quienes transmiten el mensaje de obediencia a las leyes y, al mismo tiempo, eluden su cumplimiento, lo cual, lejos de ser «moralismo», es una «violación flagrante de los requisitos más elementales de la racionalidad ético-política».

En tercer lugar, existen definiciones centradas en el interés general. Este grupo de definiciones pone el acento en el daño al público y a sus intereses, que es ocasionado como consecuencia del hecho corrupto¹⁶. Dentro de este grupo cobran especial relevancia todas las conductas por las que se desarrollan políticas públicas o programas que se implantan atendiendo sólo a los intereses de una de las partes afectadas, dados los beneficios que estos implicados pueden proporcionar a los políticos o funcionarios públicos responsables, y todo esto con independencia, o incluso en perjuicio, de los intereses de la comunidad¹⁷.

Por último, se encuentran las definiciones que introducen una concepción histórica y sociológica vinculada a la percepción social del fenómeno. Desde la perspectiva sociológica, pueden distinguirse distintos tipos de corrupción: una situacional, para definir aquellos casos en los que se trata de un fenómeno más o menos ocasional; una corrupción estructural, cuando sus características permiten prever que va a consolidarse, es decir, que es integradora y estable, y en último término, una corrupción sistémica, cuando los agentes implicados persiguen no sólo la obtención de ventajas económicas, sino también la adquisición de poder e influencias¹⁸. Por otro lado, la visión histórica de este problema resulta de sumo interés, ya que permite comprobar que se trata de un fenómeno que ha existido en todos los tiempos, con indiferencia del sistema político o social. En este sentido, y refiriéndose en particular a la corrupción de carácter político, Laporta señala que la historia de la corrupción es «vasta e ininterrumpida», habiendo testimonios de su existencia en todos los tiempos, en todas las culturas, en todas las regiones y en todos los sistemas políticos conocidos¹⁹. El análisis histórico de este fenómeno permite comprobar, además, que conductas consideradas actualmente corruptas eran perfectamente válidas varios siglos atrás.

Llegados a este punto es pertinente concretar los elementos que caracterizan a un acto corrupto, ellos son:

1. La violación de un deber posicional. En todo caso quien se corrompe transgrede las reglas del cargo que ostenta o las funciones que

¹⁶ Al respecto D. BAIGÚN y P. BISCAY, «Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminalidad económica», en D. BAIGÚN y N. GARCÍA RIVA (dirs.), *Delincuencia económica y corrupción*, Buenos Aires, 2006, p. 15.

¹⁷ M. VILLORIA MENDIETA, «Lucha contra la corrupción en la Unión Europea...», *op. cit.*, p. 100.

¹⁸ E. DEMETRIO CRESPO, «Consideraciones sobre la corrupción y los delitos...», *op. cit.*, p. 177. Al respecto también *vid.* M. GONZÁLES DE ASÍS, «Reduciendo la corrupción a nivel local», *op. cit.*, p. 151.

¹⁹ F. J. LAPORTA, «La corrupción política: introducción general...», *op. cit.*, p. 19.

cumple. En este sentido, se señala que en todo hecho de corrupción hay una violación de las reglas que rigen la práctica en la que el acto está inmerso, y, por tanto, todo acto de corrupción implica una deslealtad²⁰. En este ámbito resulta fundamental plantear la diferencia entre los conceptos de «deber natural» y «deber posicional». Así, los deberes naturales resultarían aplicables a todos los individuos sin que importe el papel social que éstos desempeñen. De estos deberes se ocupa la «moral natural». Por otro lado, los deberes posicionales se adquieren a través de un acto voluntario en virtud del cual alguien acepta asumir un papel dentro de un sistema normativo, y su ámbito de validez está delimitado por las reglas que definen la posición respectiva. De estos deberes se ocupa la llamada «moral adquirida»²¹.

2. Un sistema normativo de referencia. La noción de corrupción es parasitaria de un contexto normativo de referencia. Éste puede definirse como todo conjunto de reglas que en cada caso en concreto regulan una conducta social²². Esta característica es la que provoca que un mismo hecho pueda ser considerado un acto de corrupción en un sistema determinado y no lo sea en otro²³.

El acto de corrupción debe estar vinculado a la expectativa de obtener un beneficio extraposicional. Dicho beneficio no deberá necesariamente tratarse de una ganancia de carácter económico, sino que puede referirse a una ventaja de cualquier índole.

Para concluir podríamos definir el concepto de corrupción como toda violación por parte de un individuo dotado de poderes de decisión de las reglas que rigen la actividad del agente, con el objetivo de procurar para sí mismo o para un tercero una ventaja de cualquier índole.

²⁰ J. F. MALEM SEÑA, «El fenómeno de la corrupción», en F. J. LAPORTA y S. ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, *op. cit.*, p. 78.

²¹ E. GARCÍA VALDÉS, «Acerca del concepto de corrupción», en F. J. LAPORTA y S. ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, *op. cit.*, p. 43. Ilustrando esta diferenciación el autor señala que no se trata de un acto de corrupción aquel mediante el cual se corrompe a un criminal para que mate a alguien y así viole el deber natural de no matar. Por otro lado, sí puede corromperse a un arquero de un equipo de fútbol para que no cumpla su obligación de defender el arco o a un juez para que viole su obligación de fallar imparcialmente.

²² E. GARCÍA VALDÉS, «Acerca del concepto de corrupción», *op. cit.*, p. 44.

²³ J. F. MALEM SEÑA, «La corrupción política», *op. cit.*, p. 27. El autor realiza sus comentarios en relación a la corrupción de carácter político, no obstante, en gran medida sus consideraciones pueden extrapolarse a la corrupción en general.

II. SOBRE LA INMORALIDAD E ILICITUD DE LOS HECHOS CORRUPTOS

Una vez analizado el concepto de corrupción podemos comprobar que éste nada dice acerca de la licitud o ilicitud de los comportamientos corruptos. Incluso es posible ir más lejos: que un comportamiento sea corrupto no significa por ello que sea inmoral. Como señala Garzón Valdés, que una conducta corrupta sea ética o no dependerá en todo caso de la calidad ética del sistema normativo relevante. Esta calidad, a su vez, sólo puede ser conferida tomando en cuenta los principios y reglas de un sistema moral crítico o ético²⁴. Al respecto, el autor trae un ejemplo contundente. Así, señala que resulta éticamente irreprochable la conducta de Oskar Schindler al sobornar a los jefes de un campo de concentración para salvar la vida de muchos prisioneros judíos, a pesar de que, en virtud de las reglas alemanas de la época, se tratara de un acto de corrupción²⁵.

Este ejemplo no deja duda alguna acerca de la posibilidad de que existan casos de corrupción que se adecuen a los valores éticos fundamentales. Ahora bien, no podemos dejar de considerar que este ejemplo se sitúa en una época y en unas circunstancias muy especiales, donde la inmoralidad de las reglas jurídicas resultaba evidente. Por otro lado, en los Estados democráticos de Derecho toda política está sometida necesariamente a una moral mínima, socialmente aceptada, que es el Derecho. De esta forma, la existencia del Derecho es la vía para poder asegurar que determinados contenidos morales van a ser respetados o se va a intentar que se respeten a través de un aparato de fuerza organizado como es el Derecho²⁶.

Esto implica que en nuestra sociedad actual las posibilidades de encontrar ejemplos como el caso de Schindler descenden drásticamente y, por tanto, en la casi totalidad de las ocasiones cuando estemos frente a un acto de corrupción, estaremos también frente a un acto inmoral. En este sentido se expresa López Calera, quien refiriéndose en particular a la corrupción en el ámbito político sostiene: «Toda corrupción política es una inmoralidad política, pero no toda inmoralidad política puede entenderse estrictamente como corrupción. Hablar a fondo sobre y en contra de la

²⁴ E. GARCÍA VALDÉS, «Acerca del concepto de corrupción...», *op. cit.*, p. 45. El autor utiliza la denominación «sistema normativo relevante» para referirse al sistema normativo de referencia.

²⁵ *Ibid.*, p. 41.

²⁶ N. LÓPEZ CALERA, «Corrupción, ética y democracia...», *op. cit.*, p. 120.

corrupción es hablar, en definitiva, de la inmoralidad de los políticos»²⁷. Ello lleva a que no todo acto «inmoral» será castigado por el ordenamiento jurídico, ya que «el derecho no está para hacer buenos a los hombres en un sentido estrictamente moral»²⁸. Es el caso de la recepción de regalos por parte de funcionarios o autoridades que, en el caso de la legislación española, no quedan comprendidos en el art. 426 CP. En la dádiva no existe ningún pacto que implique por parte del beneficiario que tomará alguna decisión en la línea requerida por el donante como consecuencia de la donación. El regalo es otorgado por el donante sin que por ello se genere obligación alguna de retribución, así como tampoco una expectativa razonable de que el beneficiario se comportará en el futuro de determinada manera²⁹. Si bien estos hechos no pueden ser entendidos como ilegales, no obstante, resulta sumamente complicado llegar a la conclusión de que se trate de conductas éticas. Resulta indudable que la entrega de un regalo a quien tiene poderes decisorios sobre asuntos de interés del otorgante rara vez será altruista, y que, en la mayor parte de los casos, estará motivada por una expectativa de beneficio. El ejemplo más representativo de esta situación se encuentra en la financiación de las campañas políticas. Difícilmente podrá el político actuar en su cargo en contra de aquel grupo de poder que posibilitó económicamente su ascenso.

Así, que el acto de corrupción sea legal o ilegal dependerá del tratamiento que el sistema jurídico ofrezca a las reglas del sistema normativo de referencia. Además, y en relación con la percepción social de merecimiento de reproche, no todo hecho que no se ajuste estrictamente a la ética es percibido por la sociedad como un acto que merezca castigo. En este sentido podemos distinguir tres tipos de corrupción: la negra, la blanca y la gris.

La corrupción negra incluye todo el conjunto de acciones condenadas tanto por las elites morales del país como por la ciudadanía en general; en estos casos suele existir una congruencia entre la ley y la opinión pública. La corrupción gris se da en aquellas situaciones en las que no sólo no existe consenso acerca del merecimiento de condena, sino incluso de reproche. Villoria Mendieta ilustra esta situación recurriendo a la llamada «Ley Seca» de Esta-

²⁷ *Ibid.*, p. 120. El autor continúa el desarrollo de esta idea indicando que, en su opinión, la corrupción dirá más sobre la inmoralidad de los políticos que del uso ilegal del poder, ya que, debido a que en muchos casos los actos de corrupción no son considerados delictivos por las normas penales, no hay otra posibilidad que considerar que estos actos se mantienen en la categoría de conductas inmorales.

²⁸ *Ibid.*, p. 121.

²⁹ J. F. MALEM SEÑA, «El fenómeno de la corrupción», *op. cit.*, p. 76.

dos Unidos durante los años veinte que prohibía el consumo de alcohol³⁰. Un ejemplo más cercano lo encontramos en las conductas relacionadas con el llamado «top manta», ya que mientras en toda la Unión Europea la venta ilegal de contenidos protegidos se considera un delito, una parte importante de la población considera que la adquisición de estos productos implica una ayuda a los inmigrantes ilegales que viven de ello³¹. Por otro lado, corrupción blanca es aquella que esta libre de oposición fuerte por parte de la sociedad, lo cual significa que tanto las elites como la ciudadanía en general la toleran; consecuencia de esta situación será la falta de leyes condenatorias.

Por tanto, hablaremos de hecho corrupto cuando el mismo se produzca en violación de las reglas del sistema normativo que rige esta actividad, pero éste sólo será ilegal cuando el ordenamiento jurídico entienda que esta conducta es merecedora de castigo. Al respecto, Malem Seña trae un ejemplo muy elocuente. El soborno de un funcionario extranjero con el objeto de ganar cuotas de mercado en su país no es considerado un delito en muchos países —incluso en España no lo era hasta el año 2000, cuando el Convenio de la OCDE hizo necesaria una reforma del Código Penal para su introducción—, pero ello no implica que no se trate de actos de corrupción. Por tanto, puede decirse que corrupción e ilegalidad son términos independientes³².

Éste es un caso en el que podríamos sostener la existencia de una verdadera laguna jurídica, en donde podía constatarse una necesidad real de regulación. Resulta evidente que una conducta que recibe una sanción penal importante cuando se da en el ámbito de la función pública nacional, también deberá recibir una sanción si se produce con respecto a un funcionario extranjero³³; volveremos sobre este tema posteriormente.

³⁰ M. VILLORIA MENDIETA, «Lucha contra la corrupción en la Unión Europea...», *op. cit.*, p. 100.

³¹ En este sentido E. VIAÑA REMIS, «El mercado de la corrupción», en L. ARROYO ZAPATERO y A. NIETO MARTÍN (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca, 2006, p. 492. El autor pone el acento en la diferencia de los niveles de tolerancia entre la sociedad europea y la norteamericana. Así, en Estados Unidos el apoyo al «top manta» se entiende como una verdadera incitación a la delincuencia. Asimismo, en muchos Estados de la Unión se considera delito de corrupción ofrecer dinero a una mujer a cambio de sus favores sexuales, o bien, la prostitución callejera se considera delito, pero sólo derivado del primero en la medida en la que la mujer con su actitud incita al hombre a delinquir. En el mismo sentido: S. ROSE-ACKERMAN, *La corrupción y los gobiernos...*, *op. cit.*, p. 5.

³² J. F. MALEM SEÑA, «La corrupción política», *op. cit.*, p. 27.

³³ En este sentido, JIMÉNEZ DE PARGA señala que la inercia que afecta al Derecho tiene como consecuencia que éste llegue con su castigo tarde con gran frecuencia, por lo que la corrupción política suele tener una primera existencia fuera del ámbito de los jueces. M. JIMÉNEZ DE PARGA, «La corrupción en la democracia», *op. cit.*, p. 139.

Y es en este punto en el que debemos abordar una cuestión determinante para nuestro estudio, y que se centra en la delimitación del ámbito de lo penalmente relevante: que un comportamiento corrupto tenga virtualidad suficiente como para ser considerado contrario a Derecho por atacar bienes dignos de protección no significa que sea necesariamente relevante a efectos penales. En este ámbito cobra especial importancia el principio de subsidiariedad que rige el sistema penal, según el cual el Derecho penal ha de ser la *ultima ratio*, el último recurso a falta de otros menos lesivos.

Así, según el principio que postula el «carácter fragmentario del Derecho penal, éste sólo puede intervenir para proteger los bienes jurídicos más importantes y frente a los ataques de mayor gravedad»³⁴. Siempre que sea posible brindar una solución a un conflicto de intereses de dos bienes jurídicos en juego a través de otra rama del ordenamiento, esta solución debe preferirse a la penal. Será, consecuentemente, el Derecho administrativo sancionador el que adquiera especial importancia en este ámbito.

III. ÁMBITOS EN LOS QUE SE PRESENTA EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

Tradicionalmente, al menos en nuestro país, el concepto de corrupción se asociaba a un fenómeno que sólo podía tener lugar en el ámbito de lo público. Así, «corrupto» sólo podía ser el funcionario público o la autoridad que utilizaba el poder en su propio beneficio. En los últimos años el escenario internacional ha ido modificando este presupuesto, en parte por los numerosos convenios internacionales que indican la necesidad de incluir en el Código Penal conductas de corrupción en el ámbito privado y, en parte, por la evidencia de que estas figuras vienen funcionando desde siempre en sistemas jurídicos muy cercanos al nuestro.

Por otro lado, si consideramos los elementos que definen el término «corrupción», también encontraremos poca resistencia a la ampliación del concepto. Así, en la medida en que hemos definido al acto corrupto como la violación de un deber posicional con el objetivo de obtener ganancias extrapositionales, si consideramos al sistema normativo de referencia que sirve de sustento a estas obligaciones como todo conjunto de reglas que regulan una práctica social, llegaremos a la conclusión de que la corrup-

³⁴ S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2007, p. 127. El autor ejemplifica esta situación indicando que no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como el apoderamiento subrepticio, violento o fraudulento.

ción no es un fenómeno político relacionado necesariamente con la función pública, sino que puede darse en todos los ámbitos de la vida social. De esta forma, no habrá inconveniente semántico alguno en hablar de deportistas, de directores de empresas o de sacerdotes corruptos, en la misma medida en la que puede hablarse de gobernantes o diputados corruptos³⁵.

Asimismo, para que alguien pueda llevar a cabo la violación de un deber posicional será imprescindible que tenga la capacidad de tomar decisiones, que sea un «decisor», pero esta premisa no implica que se trate de una potestad para dictar disposiciones jurídicas obligatorias, sino que podrá tratarse de cualquier persona que tenga la posibilidad de tomar decisiones en virtud del papel social que desempeñe o de la posición que ocupe dentro del sistema normativo relevante³⁶.

De esta manera, en cada ámbito de la vida social donde existan sistemas normativos y sujetos con capacidad de decisión otorgada por una posición especial derivada de este sistema podrá haber hechos corruptos. Será nuestra tarea intentar decidir cuándo las trasgresiones a la normativa vigente tienen suficiente relevancia como para constituirse en ilícitos penales³⁷. A continuación desarrollaremos esta idea y analizaremos los ámbitos en los que puede presentarse el fenómeno de la corrupción.

1. La corrupción en el ámbito público

La necesidad de castigar los hechos de corrupción en el ámbito público ha quedado plasmada en la legislación penal desde los primeros códigos españoles a través de la incorporación de numerosas figuras dedicadas a combatir las diferentes modalidades de este fenómeno. El cohecho, la malversación, entre otras, se encuentran tipificadas desde el Código Penal de 1822³⁸. Por otro lado, la regulación de estas conductas también ha sufrido importantes modificaciones.

Entre ellas, resulta destacable la incorporación por la LO 9/1991, de 22 de marzo, del delito de tráfico de influencias, que hasta entonces sólo era

³⁵ E. GARCÍA VALDÉS, «Acercas del concepto de corrupción...», *op. cit.*, p. 42.

³⁶ *Ibid.*, p. 43.

³⁷ También en este sentido C. RODRÍGUEZ GÓMEZ, «Aspectos penales de la corrupción en la Administración Pública», en N. RODRÍGUEZ GARCÍA y E. A. FABIÁN CAPARRÓS (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Salamanca, 2004, p. 192.

³⁸ Sobre la evolución de estos tipos desde el Código Penal de 1822 hasta el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 1979 *vid.*, ampliamente, J. R. CASABÓ RUIZ, «Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», en *Escritos Penales*, Valencia, 1979, p. 177.

abordado tangencialmente a través de una agravante del delito de estafa³⁹. Sustancial también fue, en este ámbito, la reforma operada a estos tipos por el Código Penal de 1995. En este sentido, se ha afirmado que «el Código Penal de 1995 ha supuesto un giro trascendental en la regulación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos»⁴⁰. Los cambios que sufren estos tipos en 1995 se inician desde la rúbrica del título que los contiene. Así, los tradicionales «Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» del Código Penal de 1944 pasan a ser los «Delitos contra la Administración Pública». Esta modificación fue celebrada por la doctrina por varias razones. En primer lugar, se señaló que la nueva denominación suponía reconocer la existencia de un bien jurídico común a todas las figuras contenidas en el título, lo cual con la vieja rúbrica no siempre era admitido doctrinalmente dada la única referencia a los funcionarios que ésta contenía⁴¹. En segundo término, se consideró que la referencia a la Administración Pública como bien jurídico genérico permitía huir de aquella concepción de estos delitos que los reducía a meras infracciones de los deberes de los funcionarios respecto de la Administración. Así, la Administración Pública como objeto de protección se corresponderá con la «función pública» como actividad de prestación a los administrados⁴².

³⁹ El art. 529 CP de 1973 establecía: «Son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior: [...] 6.º Cuando la defraudación se produzca traficando con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponda». Sobre la evolución y caracterización de este tipo, *vid.* M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y I. OLAIZOLA NOGALES, «La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid, 1995, p. 1; E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «Los delitos relativos al tráfico de influencias», en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. ICADE*, núm. 42, monográfico sobre Derecho penal, Madrid, 1998, p. 217; R. F. SUÁREZ MONTES, «Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias», en *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, 1993, p. 1087; F. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, «El delito de tráfico de influencias», en J. L. GONZÁLEZ RUS (coord.), *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, 1996, p. 797.

⁴⁰ J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 17.

⁴¹ M. GARCÍA ARÁN, «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 11, 1997.

⁴² M. GARCÍA ARÁN, «Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal de 1995», en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995 celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*, Universidad del País Vasco, 1998, p. 217. También, en este sentido, se expresa GONZÁLEZ CUSSAC indicando que el objeto de protección no puede fijarse en la Administración en sí misma, es decir, en su organización, sino que su prestigio, dignidad, integridad

Más allá de la modificación en relación al bien jurídico de estos delitos, el Código Penal de 1995 adaptó estos tipos a los postulados constitucionales, eliminando los vestigios que todavía estaban presentes tras un largo régimen totalitario. El objetivo prioritario, por tanto, se centró en crear un sistema donde la responsabilidad penal de los servidores públicos fuese acorde con la posición y función que les corresponde desempeñar en el marco de un Estado democrático. Para ello fue necesario, entre otras medidas, acomodar el concepto de funcionario público a la nueva realidad constitucional⁴³, aclarar la descripción de figuras que resultaban confusas y eliminar las numerosas contradicciones que surgían en relación a las consecuencias jurídicas⁴⁴.

En los últimos años, la modificación de mayor importancia que se ha producido en este ámbito se corresponde con la incorporación por Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Este agregado significó la inclusión en nuestra legislación penal de una suerte de «cohecho internacional». El nuevo delito fue rápidamente modificado, ya que la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, cambió su ubicación⁴⁵ y añadió un párrafo donde se prevé la posibilidad de aplicar a las personas jurídicas alguna de

y funcionamiento sólo pueden ser objeto de tutela penal en cuanto sirvan a la comunidad desde los principios de la objetividad, imparcialidad y sumisión a la Ley. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos...», *op. cit.*, p. 17. Carlos MIR PUIG señala que en estos delitos se protege a la Administración Pública en su vertiente objetiva de «función pública» en su aspecto externo, es decir, en cuanto a la relación Administración-ciudadano, aunque en el caso de algunos delitos, como el delito de nombramientos ilegales y desobediencia funcionarial, se protege de un modo directo e inmediato el aspecto interno, es decir, aquel que se corresponde con la organización o relación Administración-funcionarios, aunque sin dejar de proteger siquiera indirectamente el aspecto externo de la mencionada función pública. C. MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, 2000, p. 19. También *vid.* L. PORTERO GARCÍA, «El delito de prevaricación de funcionario público», en *Libro Homenaje al Fiscal Luis Portero*, 2001, p. 399; V. MANES, «Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración Pública», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2000.

⁴³ Ampliamente sobre la evolución del concepto de funcionario público *vid.*, ampliamente, F. ALONSO PÉREZ, *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Madrid, 2000, p. 31.

⁴⁴ J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos...», *op. cit.*, p. 14.

⁴⁵ La Ley Orgánica 3/2000 crea el Título XIX bis, «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en el Libro II del CP, donde incorpora el art. 445 que contiene este tipo. Con la modificación operada por la Ley Orgánica 15/2003, el art. 445 bis pasa a ser el art. 445 y queda incorporado al Capítulo X, «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», del Título XIX, «Delitos contra la Administración Pública», del Libro II del CP.

las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 del Código Penal; aun así, el Anteproyecto de reforma del Código Penal, actualmente en marcha, prevé una nueva modificación de este tipo⁴⁶.

La cruzada en contra de la corrupción que han iniciado los organismos internacionales en los últimos tiempos se ha centrado en gran medida en la lucha en contra de los sobornos en las transacciones comerciales internacionales⁴⁷. Son numerosos los convenios, recomendaciones y decisiones marco que tienen a este propósito como su principal objetivo. En particular, la incorporación de este delito en nuestra legislación estuvo motivado por el compromiso adquirido con la ratificación por España, el 3 de enero de 2000, del Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997, y en vigor desde el 15 de febrero de 1999⁴⁸.

Indagar sobre las razones de este «repentino» interés por la incorporación de esta figura en las legislaciones nacionales lleva a la conclusión de que los intereses son muy diversos⁴⁹. Así, en el caso de la OCDE se ha

⁴⁶ La necesidad de una nueva modificación de este delito ha sido señalada por la OCDE durante la segunda fase de evaluación a España que tuvo lugar en París del 21 al 24 de marzo de 2006. El resultado de dicha evaluación se materializó en una serie de recomendaciones entre las que se incluyen algunas destinadas a la realización de cambios en la legislación penal, encaminados a lograr una correcta incriminación del cohecho internacional. Analizando estas recomendaciones *vid.*, ampliamente, R. ALCALÁ PÉREZ-FLORES, «La corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año 60, núm. extra 2.015, Madrid, 2006, p. 207.

⁴⁷ Acerca de las razones de la gran preocupación internacional en combatir la corrupción, se ha señalado que una de las causas fundamentales se centra en las condiciones económicas surgidas en los últimos años. Por una parte, los procesos de desregularización y de modernización del Estado, y por otra, la multiplicación del comercio internacional y de las inversiones extranjeras, han significado una mayor competencia, lo cual, a su vez, origina la necesidad de contar con niveles más exigentes de transparencia y con condiciones más objetivas y predecibles en las contrataciones. E. VARGAS, «La lucha contra la corrupción en la agenda regional e internacional. Las Convenciones de la OEA y de la ONU», en *Nueva Sociedad*, noviembre-diciembre de 2004, p. 134.

⁴⁸ La actividad de la OCDE en la lucha contra la corrupción se inicia en los años ochenta, pero no será hasta 1994 cuando tome forma a través de una primera Recomendación. Este documento significó el inicio de un proceso de tres años de duración durante los cuales se examinaron todos los temas importantes para combatir la corrupción; no obstante, los postulados de esta Recomendación no incluían mandatos directos de actuación a los Estados. La Segunda Recomendación de la OCDE, sobre la corrupción en las transacciones comerciales, adoptada por el Consejo de Ministros el 26 de mayo de 1997, significó el inicio de las negociaciones para el posterior Convenio OCDE. Al respecto A. I. CEREZO DOMÍNGUEZ, «La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa», en *Actualidad Penal*, núm. 21 (21 al 27 de mayo de 2001), p. 454.

⁴⁹ ROCA AGAPITO profundiza en el análisis de las razones que llevaron a que la lucha con-

señalado que el interés es puramente económico y se apoya en una concepción liberal de los intercambios económicos internacionales. En un mercado internacional donde no hay transparencia no se dan las condiciones necesarias para la libre competencia, tal y como abogan los dogmas del liberalismo económico. Por tanto, el objetivo prioritario de esta organización es evitar las desigualdades en la legislación anticorrupción de los Estados miembros, con el objetivo de poder eliminar posibles ventajas competitivas derivadas de la impunidad frente a los actos corruptos⁵⁰.

Muy diferente es el caso del Consejo de Europa⁵¹. Este organismo representa un papel fundamental en la defensa de los valores fundamentales de la democracia y la preeminencia de los ciudadanos, valores ante los cuales la corrupción es percibida como una fuerte amenaza⁵². En el ámbito de la Unión Europea también se realizaron esfuerzos para resol-

tra la corrupción se viera hasta una época muy reciente como un problema estrictamente nacional, llamando la atención sobre la guerra fría y la consecuente tensión entre las naciones. En este sentido, comenta que la justificación de la omisión de la incriminación del cohecho internacional se encontraba en el principio de no injerencia del Derecho penal en intereses de Estados extranjeros. L. ROCA AGAPITO, «La influencia de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción pública», en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Valencia, 2009, p. 759.

⁵⁰ I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Elementos estructurales para una tipificación de la corrupción en la Unión Europea», en D. BAIGÚN y N. GARCÍA RIVAS (dirs.), *Delincuencia económica y corrupción*, Buenos Aires, 2006, p. 164.

⁵¹ A diferencia del Convenio OCDE, que se ciñe a una sola forma de corrupción —las transacciones comerciales internacionales—, el Convenio penal sobre corrupción del Consejo de Europa (Estrasburgo, 27 de enero de 1999, STE núm. 173, en vigor desde 1 de julio de 2002) amplía el objeto de regulación refiriéndose tanto al cohecho, como a las formas de corrupción privada, blanqueo de capitales e infracciones contables. Al respecto, *vid.* R. GARCÍA ALBERO y M. CUGAT MAURI, «Corrupción en el sector público», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año 60, núm. extra 2015, Madrid, 2006, p. 199. Respecto a este Convenio también es de sumo interés el «Criminal Convention on Corruption. Explanatory Report» (<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/173.htm>), que además de sintetizar cómo se llevaron a cabo los trabajos preliminares a la Convención, analiza los términos y objetivos del contenido de la misma. En este sentido, el reporte aclara que la Convención pretende desarrollar estándares comunes referidos a los distintos actos de corrupción, pero que de ninguna manera otorga una definición uniforme de lo que debe entenderse por corrupción. Es necesario aclarar que este Convenio fue firmado por España el 10 de mayo de 2005, pero que todavía no ha sido ratificado. Además de la Convención, el Consejo de Europa puso en marcha otras iniciativas en contra de la corrupción; así, a través de la Resolución del Comité de Ministros (99) 5, de 1 de mayo de 1999, se crea el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), que de forma periódica emite informes evaluando la actividad de los Estados en contra de este fenómeno.

⁵² VALEIJE ÁLVAREZ explica que a partir de los años noventa se produce la incorporación en el Consejo de Europa de numerosos Estados de Europa Central y Oriental, los cuales se encontraban en un momento de transición y, por tanto, de debilidad organizativa y social. Esto hacía necesario ayudar a estos países a alcanzar la paridad mediante ayudas y programas de formación e intercambio. I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Elementos estructurales para una tipificación de la corrupción...», *op. cit.*, p. 169.

ver esta problemática, motivados, al menos en un principio, por la necesidad de proteger los intereses financieros de la propia Comunidad. Así, el 26 de julio de 1995 se aprueba el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, y posteriormente, el 26 de mayo de 1997⁵³, el Consejo adoptó el acto por el que se establece el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que están implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Este Convenio se encuentra en vigor desde el 28 de septiembre de 2005 y establece la obligación de los Estados miembros de tipificar penalmente estas conductas⁵⁴.

Dejando de lado las motivaciones a las que responde la lucha contra este fenómeno en las distintas instancias internacionales, la inclusión del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales merece un juicio positivo, ya que vino a cubrir un innegable vacío legal en nuestra legislación penal.

2. La corrupción en las transacciones comerciales entre particulares

Como ya adelantamos, 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. Dentro de este sector, los

⁵³ El primer protocolo de este Convenio (27 de septiembre de 1996, PCPIF-I) se refiere específicamente a los actos de corrupción en los que están implicados funcionarios comunitarios o nacionales y que causen o puedan causar un perjuicio a los intereses financieros de la Comunidad. Un segundo protocolo (19 de junio de 1997, PCPI-II) está dedicado al tema del blanqueo de capitales, el comiso, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la cooperación entre los Estados miembros y la Comisión. Existe además otro Protocolo de 29 de noviembre de 1996 en relación a la interpretación, de carácter prejudicial, del TJCE sobre el CPIF.

⁵⁴ Entre las iniciativas de la UE en la lucha en contra de la corrupción en las transacciones comerciales internacional destaca, además, la creación de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), a través de la Decisión 1999/352/CE, CECA, Euratom, de la Comisión, de 28 de abril de 1999. Entre las competencias de la Oficina se encuentra la de realizar investigaciones administrativas externas o internas en el marco de la lucha contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de las comunidades. Sobre los objetivos y logros de la UE en la lucha en contra de la corrupción resulta de especial interés la «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», Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 28 de mayo de 2003 [COM (2003) 317 final].

organismos internacionales han centrado sus esfuerzos en lograr la tipificación penal de los hechos de corrupción que se producen en las transacciones comerciales, lo que ha dado lugar a que el Anteproyecto de Reforma del Código Penal prevea la creación de un tipo denominado «De la corrupción entre particulares»⁵⁵.

Esta incorporación, que también estaba prevista en el frustrado Proyecto de reforma del Código penal del 2007, ha generado numerosas críticas por parte de la doctrina, cuestionando no sólo su necesidad en vistas al bien jurídico a cuya protección se encuentra enfocada, sino también en relación a la fuente generadora de esta obligación. Si bien son muchos los documentos de organismos internacionales que incluyen como una prioridad la lucha contra este tipo de corrupción⁵⁶, el antecedente directo del nuevo delito lo encontramos en la normativa de la Unión Europea.

El 22 de diciembre de 1998 el Consejo de la Unión Europea adopta la Acción Común sobre la corrupción en el sector privado (*DOCE*, núm. L 358, de 31 de diciembre de 1998), a través de la cual los Estados miembros se comprometen a adoptar medidas que incluyan sanciones penales «eficaces, proporcionales y disuasorias» en contra de las con-

⁵⁵ Texto del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «De la corrupción entre particulares».

Se integra como artículo único de la Sección IV del Capítulo XI del Título XIII del Libro II el art. 286 bis, que queda redactado como sigue:

«1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, 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, 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 el triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte 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.

3. Los jueces y Tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio».

⁵⁶ Cabe destacar, entre ellos, el Convenio de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003, que aborda la corrupción en el sector privado en su art. 12. No obstante, este documento no requiere que los Estados califiquen a este tipo de corrupción como delito, sino simplemente que tomen medidas en su contra. El Convenio de Derecho penal del Consejo de Europa (Estrasburgo, 27 de enero de 1999, STE núm. 173, en vigor desde 1 de julio de 2002) también afronta esta problemática.

ductas de corrupción pasiva y activa en el sector privado. El plazo para la transposición de esta Acción Común finalizó el 31 de diciembre de 2000 sin que España haya tomado medida alguna al respecto, inacción por la cual el Estado español ha incurrido en responsabilidad⁵⁷.

Con el mismo objetivo se aprueba la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha en contra de la corrupción en el sector privado (*DOCE*, núm. L 192/54, de 31 de julio de 2003). Entre las razones que justifican esta Decisión Marco, su introducción expresa: «Junto con la mundialización, los últimos años han traído un aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios, por lo que la corrupción en el sector privado de un Estado miembro ha 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». De esta forma, el objetivo de la Unión Europea al aprobar estas disposiciones será el de «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»⁵⁸.

Para cumplir con el objetivo de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea se recurre a la armonización de la legislación entre los Estados miembros. Pero este método, que puede tener consecuencias positivas, no deja de tener también efectos negativos, ya que significa la invasión en un ámbito que estaba reservado de forma exclusiva a la soberanía de los Estados: el del Derecho penal. En este sentido se

⁵⁷ Al respecto *vid.* P. FARALDO CABANA, «Hacia un delito de corrupción en el sector privado», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIII, Santiago de Compostela, 2002, p. 67.

⁵⁸ La Decisión Marco 2003/568 define las conductas que deberán considerarse delictivas en su art. 2, de la siguiente manera:

«Corrupción activa y pasiva en el sector privado»

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;

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».

multiplican las voces que «censuran la cada vez más creciente pérdida por parte de los Parlamentos nacionales del monopolio de la política criminal de cada Estado miembro»⁵⁹. En particular, en el tema que nos ocupa, 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, y que pueden ser entendidas como una forma de corrupción «en blanco», es decir, que se trata de conductas habituales y toleradas socialmente⁶⁰. Con esta afirmación no pretendemos que la corrupción en el ámbito privado sea un fenómeno que deba quedar impune. Indudablemente nos encontramos frente a una auténtica forma de corrupción, pero la forma más adecuada para su castigo puede no ser el recurso al Derecho penal⁶¹.

Volviendo al tema de la armonización de los ordenamientos europeos, resulta difícil no advertir el deterioro que este fenómeno provoca al principio de legalidad⁶². A esto hay que añadir, como un indudable y serio peligro del proceso de armonización, la posibilidad de extender a lo largo de Europa soluciones político-criminales erróneas. No es posible olvidar que la diversidad resulta muy positiva en la medida en que permite, a través del estudio del Derecho comparado, comprobar los posibles efectos sociales de las distintas opciones político-criminales adoptadas, en especial en un ámbito como el jurídico donde las posibilidades de experimentación son prácticamente nulas⁶³.

⁵⁹ A. VENTURA PÜSCHEL, «Sobre la tipificación de la mal llamada “corrupción entre particulares” (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entienda de la competencia en el mercado)», en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Valencia, 2009, p. 487.

⁶⁰ A. NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)», en *Revista Penal*, núm. 10, Madrid, 2002, p. 61.

⁶¹ El Informe de la Comisión al Consejo basado en el art. 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], de 18 de junio de 2007, presenta los resultados de la transposición de la Decisión marco hasta la fecha de aprobación del informe, que pueden ser resumidos de la siguiente manera: dos Estados miembros respondieron a la Comisión dentro de la fecha límite, veintinueve Estados miembros respondieron posteriormente, Grecia y España manifestaron que sus actos legislativos se encuentran en preparación, mientras que Chipre y Malta no respondieron.

⁶² Sobre las distintas posiciones en torno a esta polémica, *vid.* A. NIETO MARTÍN, «La lucha contra la corrupción en la Constitución Europea (art. III-274 de la Constitución Europea)», en A. ARROYO ZAPATERO y A. NIETO MARTÍN (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, *op. cit.*, p. 80.

⁶³ A. ARROYO ZAPATERO y A. NIETO MARTÍN, «Fraude y corrupción en el Derecho

Dejando a un lado la problemática sobre el origen de la incorporación de esta figura penal a nuestro ordenamiento, e intentando esclarecer cuál es el bien jurídico que se protege, veremos que la tarea no resulta sencilla. Los distintos países de nuestro entorno, en los que la incriminación de esta conducta posee una larga tradición, presentan diferencias significativas en relación a la configuración del tipo delictivo. Así, por ejemplo, en Francia y Holanda la corrupción en el ámbito privado es vista desde la óptica del Derecho del Trabajo; el valor protegido, por tanto, será la lealtad en las relaciones laborales. En el caso de Suecia, un mismo tipo de corrupción engloba las conductas que se producen en el ámbito público y en el privado, bajo la consideración de que todas ellas generan ineficacia económica y altos costes que redundan en perjuicio de los ciudadanos. Austria, por otro lado, posee una regulación que responde a un modelo patrimonialista que castiga la corrupción privada como una lesión a la relación de lealtad patrimonial entre mandatario y mandante⁶⁴.

No obstante, la Unión Europea parece haberse inclinado hacia el modelo alemán sosteniendo la necesidad de proteger la competencia leal⁶⁵; y éste es, en principio, el modelo que sigue el Anteproyecto de reforma del Código Penal. Así lo manifiesta la Exposición de Motivos del citado Anteproyecto, que expresa que el problema que origina este tipo de conductas «no es simplemente un conflicto que no excede de la esfera de lo privado, sino que rompe las reglas de buen funcionamiento del mercado». Consecuentemente, el art. 286 bis reclama que el soborno sea concedido para que el agente favorezca al otorgante o a un tercero «frente a otros», con lo cual se exige la concurrencia de una situación de competencia real donde el soborno es utilizado para desplazar y, por tanto, dañar los intereses de otro competidor. Gili Pascual, en esta línea, sostiene que el «nuevo 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 que el corrupto interviene en el mercado (y de forma mediata la competencia), así como, por otro, al propio empresario de aquél»⁶⁶.

penal económico europeo», en A. ARROYO ZAPATERO y A. NIETO MARTÍN (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, op. cit., p. 12.

⁶⁴ L. FOFFANI, «La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y el Derecho comparado», en *Revista Penal*, núm. 12, Madrid, 2003, p. 63. También al respecto vid. A. NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado...», op. cit., p. 57.

⁶⁵ F. BAÑERES SANTOS y A. NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año 60, núm. extra 2.015 (2006), p. 220.

⁶⁶ A. GILI PASCUAL, «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

Si bien ésta es, aparentemente, la interpretación más coherente, vista la redacción del tipo⁶⁷, no es posible ignorar ciertos «cabos sueltos» que ha dejado el legislador. Si aceptamos que el bien jurídico protegido es la leal competencia, no se entiende muy bien por qué el dueño del negocio es excluido de los posibles sujetos activos del delito, es decir, por qué no puede el dueño lesionar o poner en peligro a la libre competencia aceptando sobornos de terceros⁶⁸. Dejando de lado las contradicciones del texto del Anteproyecto, el problema que subsiste es el de la necesidad de la incorporación de esta figura, ya que si bien la competencia leal resulta incuestionable como bien jurídico a proteger⁶⁹, la adecuación de la represión penal de estas conductas a los postulados de un Derecho penal mínimo sigue en tela de juicio⁷⁰.

La incorporación de un nuevo delito de corrupción entre particulares, además de conflictiva, resulta también «peligrosa», especialmente en un momento en el que parece reinar en la sociedad la creencia de que todos los problemas que la aquejan pueden resolverse mediante el recurso al Derecho penal. Así, a pesar de que la creación de un nuevo tipo para castigar los sobornos en las transacciones comerciales está siendo cuestionada por numerosas razones, ya se escuchan voces que reclaman la creación de nuevas figuras para ir «un poquito más lejos» en la incriminación de

de reforma de 2007», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-13, 2007, p. 35.

⁶⁷ Contra esta opinión encontramos la de NIETO MARTÍN. El autor se pronuncia a favor de una visión patrimonialista del problema sosteniendo que «si algún sentido tiene este delito sería por lo que se refiere a los casos de corrupción entre privados activa es aclarar que el pago de sobornos implica siempre un delito de apropiación indebida», por lo que en su opinión sería conveniente que el legislador creara un delito de «administración desleal mediante pago de sobornos». A. NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado...», *op. cit.*, p. 68.

⁶⁸ A. VENTURA PÜSCHEL, «Sobre la tipificación de la mal llamada...», *op. cit.*, p. 487. El autor encuentra dos posibles explicaciones a esta situación. En primer lugar, considera posible que, en contra de lo que se afirma, se haya optado por un modelo de política criminal de ampliación de la protección penal del patrimonio, en particular del patrimonio de los empresarios, y con respecto de conductas lesivas del mismo por parte de los empleados en connivencia o con otras empresas, o bien, como segunda opción, existe la posibilidad de que las razones de la incorporación de esta figura estén más próximas a la ética que a la protección de bien jurídico alguno. También, en este sentido, A. GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación del ámbito típico...», *op. cit.*, p. 23.

⁶⁹ A. GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación del ámbito típico...», *op. cit.*, p. 8. El autor considera que la competencia es uno de los presupuestos elementales del progreso socioeconómico.

⁷⁰ Al respecto *vid.* L. FOFFANI, «La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana...», *op. cit.*, p. 70.

este tipo de corrupción. Nos referimos a la posible inclusión en el Código Penal de un delito de «corrupción en el ámbito deportivo»⁷¹.

3. La corrupción en el ámbito deportivo

La compraventa de competiciones deportivas encaja indiscutiblemente dentro del concepto de corrupción en el sector privado. 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. Pero esta conducta no cumple con los elementos que requiere el art. 286 bis del Anteproyecto de reforma del Código Penal, ya que el Anteproyecto solicita una promesa, ofrecimiento o concesión de un beneficio o ventaja no justificados para que quien la recibe favorezca al otorgante o a un tercero frente a otros «incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales». Por tanto, la incriminación de estas conductas requeriría la inclusión en el Código Penal de una nueva figura, que podría quedar encuadrada en un posible art. 286 ter.

El fraude en el deporte es una problemática que recibe un completo tratamiento en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, en su art. 75 establece:

«Las disposiciones estatutarias o reglamentarias de los clubes deportivos que participen en competiciones de ámbito estatal, ligas profesionales y federaciones deportivas españolas, dictadas en el marco de la presente Ley, deberán prever, inexcusablemente y en relación con la disciplina deportiva, los siguientes extremos: a) un sistema tipificado de infracciones, de conformidad con las reglas de la correspondiente modalidad deportiva, graduándolas en función de su gravedad».

Posteriormente, el art. 76 determina:

«Se considerarán, en todo caso, como infracciones muy graves a las reglas de juego o competición o a las normas deportivas generales,

⁷¹ <http://www.abc.es/20090205/deportes-deportes/lissavetzky-anuncia-reforma-para-200902051807.html>.

las siguientes: [...] c) las actuaciones dirigidas a predeterminar, mediante precio, intimidación o simples acuerdos, el resultado de una prueba o competición».

En cuanto a las sanciones aplicables, el art. 79 establece:

«1. Las sanciones susceptibles de aplicación por la comisión de infracciones deportivas correspondientes serán las siguientes:

a) Inhabilitación, suspensión o privación de licencia federativa, con carácter temporal o definitivo, en adecuada proporción a las infracciones cometidas.

b) La facultad, para los correspondientes órganos disciplinarios, de alterar el resultado de encuentros, pruebas o competiciones por causa de predeterminación mediante precio, intimidación o simples acuerdos, del resultado de la prueba o competición.

c) Las de carácter económico en los casos en que los deportistas, técnicos, jueces o árbitros perciban retribución por su labor, debiendo figurar cuantificadas en el reglamento disciplinario y en los Estatutos de la Federación correspondiente.

Las sanciones de carácter económico podrán imponerse a todos los que intervienen o participan en las competiciones declaradas como profesionales, debiéndose igualmente proceder a su cuantificación en los reglamentos y estatutos correspondientes, así como, en su caso, los de la Liga Profesional».

Consecuentemente con estas previsiones, y tomando como ejemplo la normativa específica sobre el fútbol, los Estatutos de la Real Federación Española de Fútbol, en su art. 102, determinan:

«1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas a los árbitros obtuvieren o intentaren obtener una actuación parcial y quienes los aceptaren o recibieren serán sancionados, como autores de una infracción muy grave, con inhabilitación por tiempo de dos a cinco años; además se deducirán tres puntos en su clasificación a los clubes implicados, anulándose el partido, cuya repetición procederá en el supuesto que prevé el punto 1 del artículo siguiente.

2. Quienes, sin ser responsables directos de hechos de tal naturaleza, intervengan de algún modo en los mismos, serán sancionados con inhabilitación o privación de su licencia por tiempo de dos años.

3. En todo caso procederá el decomiso de las cantidades si éstas se hubieren hecho efectivas»⁷².

Si bien resulta indudable el valor simbólico de una sanción penal, las sanciones previstas en estos ordenamientos pueden tener un efecto disuasorio marcadamente superior. En este sentido, creemos que la inhabilitación y la privación de la licencia para desempeñar las actividades deportivas correspondientes son, en este ámbito, las medidas que pueden resultar más eficaces al fin disuasorio pretendido.

Frente a esta problemática, resulta interesante echar una mirada a la experiencia italiana. Este país sufrió numerosos escándalos por sucesos de fraude deportivo, lo que le llevaron a promulgar una Ley penal específica. Así, además del Ordenamiento Deportivo, el fraude en el deporte fue contemplado como delito por la Ley n. 401, del 13 de diciembre de 1989, que en su art. 1 dispone:

«1. Chiunque offre o promette denaro o altra utilità o vantaggio a taluno dei partecipanti ad una competizione sportiva organizzata dalle federazioni riconosciute dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), dall'Unione italiana per l'incremento delle razze equine (UNIRE) o da altri enti sportivi riconosciuti dallo Stato e dalle associazioni ad essi aderenti, al fine di raggiungere un risultato diverso da quello conseguente al corretto e leale svolgimento della competizione, ovvero compie altri atti fraudolenti volti al medesimo scopo, è punito con la reclusione da un mese ad un anno e con la multa da lire cinquecentomila a lire due milioni. Nei casi di lieve entità si applica la sola pena della multa.

2. Le stesse pene si applicano al partecipante alla competizione che accetta il denaro o altra utilità o vantaggio, o ne accoglie la promessa.

⁷² Además, el art. 103 establece:

«1. Los que intervengan en acuerdos conducentes a la obtención de un resultado irregular en un encuentro, ya sea por la anómala actuación de uno o de los dos equipos contendientes o de alguno de sus jugadores, ya utilizando como medio indirecto la indebida alineación de cualquiera de éstos, la presentación de un equipo notoriamente inferior al habitual u otro procedimiento conducente al mismo propósito, serán sancionados, como autores de una infracción muy grave, con inhabilitación por tiempo de dos a cinco años, y se deducirán tres puntos de su clasificación a los clubes implicados, declarándose nulo el partido, cuya repetición sólo procederá en el supuesto de que uno de los dos oponentes no fuese culpable y se derivase perjuicio para éste o para terceros tampoco responsables.

2. Los que participen en hechos de esta clase sin tener la responsabilidad material y directa serán sancionados con inhabilitación o privación de licencia por tiempo de dos años.

3. Si en esta clase de ilícitos acuerdos mediere entrega o promesa de cantidad, procederá el decomiso de la que, en su caso, se hubiera hecho efectiva».

3. Se il risultato della competizione è influente ai fini dello svolgimento di concorsi pronostici e scommesse regolarmente esercitati, i fatti di cui ai commi 1 e 2 sono puniti con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da lire cinque milioni a lire cinquanta milioni»⁷³.

Esta nueva figura fue concebida como un delito de mera conducta, ya que su consumación se verifica en el momento en que la oferta o la promesa son puestas en conocimiento del destinatario, por lo que si, por causas ajenas a la voluntad del agente, la oferta o promesa no llegaran al destinatario, el delito no se habría perfeccionado y quedaría en grado de tentativa⁷⁴. Por otro lado, el art. 6 CGS (Codice di Giustizia Sportiva) considera ilícito deportivo: «il compimento, con qualsiasi mezzo, di atti diretti al alterare lo svolgimento o il risultato di una gara, ovvero ad assicurare a chiunque un vantaggio in classifica»⁷⁵. Lo que significa que el ilícito tendrá lugar independientemente del éxito y de las consecuencias de la conducta⁷⁶.

A pesar de las pequeñas diferencias en cuanto a su tipificación, la legislación citada revela una evidente duplicidad de competencias que resulta, en la

⁷³ Art. 1 de la Ley 401/1989:

«1. Cualquiera que ofrezca o prometa 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 Incremento de las Razas Equinas (UNIRE) o por otros entes deportivos reconocidos por el Estado y por asociaciones adheridas a ellos, con el fin de alcanzar un resultado distinto a aquel consecuente al correcto y leal desarrollo de la competición, o bien, realice otros actos fraudulentos con el mismo fin, es sancionado con reclusión de un mes a un año y con multa de 258 a 1.032 euros. En los casos de menor entidad se aplica sólo la pena de multa.

2. Las mismas penas se aplican al participante en la competición que acepte dinero u otra utilidad o ventaja, o que acepte promesa.

3. Si el resultado de la competición influye en el desarrollo de concursos de azar o apuestas realizadas con regularidad, los hechos referidos en los puntos 1 y 2 son penados con reclusión de tres meses a dos años y con multa de 2.582 a 25.822 euros».

⁷⁴ L. COLANTUONI, «Fraude y apuestas deportivas en el fútbol profesional: casos recientes en Italia y análisis comparativo», en E. BOSCH CAPDEVILA y M. T. FRANQUET SUGRAÑES (coords.), *Dopaje, fraude y abuso en el deporte*, Barcelona, 2007, p. 199. El autor pone de manifiesto un importante problema interpretativo que acarrea este tipo y que se encuentra en la utilización del término «participantes» para definir a los sujetos activos del delito. Así, si este término se interpreta sólo incluyendo a los atletas que participan directamente en la competición se estaría excluyendo a otros sujetos cuya presencia también resulta fundamental para el buen desarrollo de la competición, como pueden ser los árbitros. En su opinión, resultaría incongruente excluir a los árbitros, ya que se trata de sujetos que tiene la capacidad para influir directamente en el resultado de la competición.

⁷⁵ «La realización, por cualquier medio, de actos dirigidos a alterar el desarrollo o el resultado de una competición, o bien a asegurar a alguien una ventaja en la clasificación».

⁷⁶ L. COLANTUONI, «Fraude y apuestas deportivas en el fútbol profesional...», *op. cit.*, p. 200.

mayor parte de los casos, de difícil resolución. En este sentido, la doctrina italiana ha puesto de manifiesto las «consecuencias desastrosas» que ha ocasionado la posibilidad de la que disponen los instructores penales de desplegar el aparato de la policía judicial para investigar los casos de fraude deportivo, así como la «difícil convivencia judicial» de los sistemas deportivo y estatal⁷⁷.

La incorporación de un delito de fraude en el deporte en el Código Penal español implicaría trasladar a nuestro Derecho todos los problemas que esta figura ha ocasionado en Italia, provocando más inconvenientes que ventajas. La falta de justificación de esta medida se acrecienta si consideramos que en nuestro país no se han verificado hechos de la magnitud de los ocurridos en Italia. Además, si aceptamos la necesidad de tipificar expresamente un delito de fraude en el deporte, pronto surgirá una nueva necesidad: la de tipificar también de forma individualizada los actos corruptos que se verifiquen en otros órdenes sociales. Así, podríamos plantearnos la incorporación al Código Penal de una figura de fraude educativo.

Llegados a este punto resulta especialmente interesante la afirmación que realiza Kindhäuser al sostener que la corrupción es sólo una forma de agresión, y que, por tanto, puede ser comparada con la violencia, la intimidación o el engaño⁷⁸. La corrupción sería así una forma de atacar un bien jurídico. En consecuencia, como a través de un constreñimiento físico se puede lesionar la libertad sexual, utilizando el abuso de un poder de decisión se puede dañar la función pública o el patrimonio.

Todo esto conduce a que los actos de corrupción no merezcan un castigo en sí mismos si no es en relación a los bienes jurídicos cuya lesión o puesta en peligro provocan. El deporte es una actividad privada donde no es posible hallar un bien jurídico a proteger más allá del patrimonio. Desde nuestro punto de vista, no existe ningún bien jurídico de «lealtad deportiva» que pueda merecer protección penal. Por otro lado, el patrimonio se encuentra suficientemente protegido a través de distintas figuras legales previstas en el Código Penal, como es el caso de la estafa. Las conductas corruptas que se verifiquen más allá de los límites de estos delitos, en nuestra opinión, pueden y deben ser adecuadamente resueltas por la normativa administrativa correspondiente.

⁷⁷ Ejemplificando esta situación, COLANTUONI desarrolla los sucesos acaecidos en torno al caso Calciopoli, en el cual se investigó y condenó al Génova por haber comprado el último encuentro de la liga para asegurarse la promoción a la serie A. L. COLANTUONI, «Fraude y apuestas deportivas en el fútbol profesional...», *op. cit.*, p. 200.

⁷⁸ U. KINDHÄUSER, «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*, núm. 3 (2007), p. 15.