

LA TIPIFICACIÓN PENAL DEL FRAUDE EN COMPETICIONES DEPORTIVAS. PROBLEMAS TÉCNICOS Y APLICATIVOS¹

Antoni GILI PASCUAL

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de las Islas Baleares

Resumen: La repentina incorporación del fraude deportivo en la agenda del legislador penal hizo que el alumbramiento de esta figura (art. 286 bis aptdo. 4º CP) no viniese precedido de una maduración suficientemente reposada. Aunque este artículo no deja pasar la ocasión para cuestionar la legitimidad de la intervención penal en este ámbito, el trabajo se sitúa primordialmente en el escenario de los hechos consumados, centrándose en el análisis detenido de los problemas estructurales de los que adolece el alambicado tipo penal engendrado. Se ponen de relieve así, especialmente, las inconveniencias generadas por la construcción del tipo por remisión y las derivadas de la inserción de esta nueva figura en un ámbito fuertemente administrativizado, tomando partido, motivadamente, en la diversidad de encrucijadas hermenéuticas que se presentan.

Palabras Clave: Derecho penal del Deporte; Fraude en competiciones deportivas; Corrupción deportiva; Corrupción entre particulares; Delitos relativos al mercado.

Abstract: The result of the sudden inclusion of sports fraud within the scope of the criminal law policymaker's agenda was that the creation of this new concept (Art. 286 bis, Section 4 of the Criminal Code) was not preceded by a long enough phase of calm deliberation.

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2010-18825, del Plan Nacional I+D+i.

Although this article doesn't forget the opportunity to call into question the legitimacy of criminal justice intervention in this area, it mainly confines itself to the realm of *faits accomplis*, concentrating on detailed analysis of the structural problems faced by the resulting complex criminal offence. Thus, attention is drawn in particular to the difficulties stemming from creating the offence by reference and those resulting from the insertion of this new concept into an area with a strong administrative character and sides taken —justifiably— in the diverse interpretive dilemmas that arise.

Keywords: Criminal sports law; Fraud in sporting events; Corruption in sports; Corruption in the private sector; Market-related crimes

I. Introducción. El origen de un nuevo tipo penal

Hasta noviembre de 2009 el pre-legislador español no exteriorizó su voluntad de sancionar penalmente ciertas formas de corrupción en el ámbito deportivo², y ello pese a que desde hacía tres años todas las iniciativas legislativas existentes contemplaban ya en sus términos prácticamente definitivos un precepto que incriminaba, *ex novo*, la corrupción genérica entre particulares (hoy art. 286 bis CP), precepto entre cuyas previsiones se acabó buscando acomodo a esta nueva figura legal (en el aptdo. 4º del citado artículo). En efecto, ni el fenecido Proyecto de modificación parcial del Código penal del año 2006³, ni el Anteproyecto de 2008, de 14 de noviembre, contenían rastro alguno de esta nueva previsión penal, que asomó por vez primera, como se decía, y ya para quedarse, en el citado Proyecto de 2009⁴.

² Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre (B.O.C.G., serie A, núm. 52-1, de 27 de noviembre de 2009).

³ Aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2006 (el Anteproyecto, el 13 de julio) y publicado en el B.O.C.G. de 15 de enero de 2007 (A, núm. 119-1), este Proyecto decayó al final de la Legislatura, al disolverse las Cámaras. Entre sus contenidos, solo la parte destinada a la reforma en materia de seguridad vial vería entonces la luz (L.O. 15/2007), al tramitarse separadamente; sin embargo, tales contenidos constituyeron ya la base fundamental de la definitiva reforma operada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio.

⁴ Sí se había dejado oír, no obstante, la sensibilidad proclive a la tipificación penal del fraude deportivo (aunque no fuese en el marco de la corrupción privada) en algún foro doctrinal. De ese mismo año 2009, puede verse la propuesta de tipificación formulada por DE URBANO CASTRILLO en la ponencia presentada en el Seminario sobre la represión penal del fraude en el deporte, organizado por la Cátedra de Estudios e Investigación en Derecho Deportivo de la Universidad Rey Juan Carlos: *¿Están tipificados actualmente los fraudes deportivos? Compras de partidos, primas a terceros y sobornos arbitrales ante el Código Penal vigente*, en CARDENAL CARRO, M./ GARCÍA CABA,

La justificación material de la intervención penal con la que se incorporaron ambas especies de delito (o, mejor, género y especie: corrupción privada y fraude en competiciones deportivas), es harto dudosa, si se consideran seriamente los principios que deben informar dicha clase de intervención. Lo que sí resulta claro es que la explicación formal a su presencia responde a razones bien distintas en cada caso, razones que a duras penas se encuentran esbozadas en la Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010: mientras que la incorporación de la genérica corrupción privada encuentra, al menos, una coartada formal en los compromisos supranacionales asumidos por España — y así se hace constar desde su inicial irrupción en el panorama pre-legislativo⁵—, el ingreso de la subespecie de corrupción en el deporte

M./GARCÍA SILVERO, E.A. (Coords.), *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, 2009, p. 37. En la misma obra citada, *vid.*, en sentido favorable a la intervención penal, MORILLAS CUEVA, L., *El tratamiento jurídico del fraude en el deporte en el Derecho comparado. Las experiencias de Italia, Portugal y Alemania*, p. 66, patrocinando la inclusión de la figura en el Código penal, bajo una nueva rúbrica destinada a la tutela genérica de la *integridad deportiva*; GARCÍA SILVERO, E.A./VAQUERO VILA, J., *Iniciativas para la reforma del deporte profesional y la represión del fraude deportivo en España*, p. 150; de interés en esta misma línea, reclamando la intervención penal, puede verse el *Manifiesto sobre las conductas fraudulentas en el deporte y la necesaria adopción de medidas legislativas para su represión*, suscrito por diferentes Ligas Nacionales y Asociaciones de deportistas profesionales. Este breve pero contundente manifiesto, que reclama sanciones ejemplares, aparece recogido en la misma obra citada (pp. 241 s.). También partidarios de la utilización del Código penal, ROMA VALDÉS, *Los delitos con ocasión del deporte. Por una mejora en su tipificación en el derecho penal español*, RJDE, núm. 16 (2006), p. 67; REY HUIDOBRO, *Repercusiones penales del dopaje deportivo*, RJDE, núm. 16 (2006), p. 109. *Cfr.*, asimismo, el borrador de Proyecto de Ley sobre el fraude en el deporte elevado por la LFP al CSD, extrapolando al Derecho español la Ley portuguesa 50/2007, de 31 de agosto (puede consultarse íntegro, p.e., en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Deporte*. Bosch. Barcelona, 2010, p. 530 a 534).

⁵ Según la E. de M. de la L.O. 5/2010, que aunque redactada en buena parte en los mismos términos en que ya se expresara la del primigenio Anteproyecto de 2006, modifica y modera su contenido, «otro de los aspectos importantes de la reforma es la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas. Obviamente, las empresas públicas o las empresas privadas que presten servicios públicos serán sometidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes».

en el Código penal acontece por la puerta de atrás, no obedeciendo a obligación alguna de aquella clase⁶, sino a la libérrima valoración de la oportunidad de su presencia por parte de nuestro legislador, como tautológicamente se encarga de enseñarnos él mismo en la Exposición de Motivos de la Ley, cuando se limita a explicar que «*se ha considerado conveniente tipificar penalmente las conductas más graves de corrupción en el deporte*»⁷, obviando así, con esa tramposa exposición de los efectos, ilustrarnos sobre sus auténticas causas.

Si cuestionable —decía— puede ser la justificación material del nuevo tipo de corrupción entre particulares⁸, aun más debe considerarse que puede serlo la de la corrupción deportiva⁹. Este trabajo, de todos modos, no se destina ya tanto a analizar la corrección de la decisión legal desde los postulados de la intervención mínima y demás

⁶ Que se limitaban al ámbito comercial. Expresamente en este sentido, el art. 2.3. de la DM 2003/568/JAI autorizaba a los Estados miembros a restringir su intervención a aquellos actos que implicasen una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o servicios, opción que efectivamente habían seguido las propuestas de redacción españolas.

⁷ Incluso la referencia añadida a la realización de esta operación «*en línea con distintas legislaciones de nuestro entorno*», singularmente Italia, que adornaba la Exposición contenida en el Proyecto de Ley, desapareció en el texto definitivo (B.O.E. núm. 153, de 23 de junio de 2010), que literal y escuetamente señala: «Se ha considerado conveniente tipificar penalmente las conductas más graves de corrupción en el deporte. En este sentido se castigan todos aquellos sobornos llevados a cabo tanto por los miembros y colaboradores de entidades deportivas como por los deportistas, árbitros o jueces, encaminados a predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva, siempre que estas tengan carácter profesional».

⁸ VENTURA PÜSCHEL, A., *Sobre la tipificación de la mal llamada «corrupción entre particulares» (o de cómo la pretendida política común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado)*, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (Dir.), *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La Política Criminal Europea*, Valencia, 2009, p. 508 ss.; GILI PASCUAL, A., *Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. (Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007, RECPC, n.º 09-13, 2007* (<http://criminet.ugr.es/recpc>), p. 10 ss. Favorable a la incriminación, en cambio, OTERO GONZÁLEZ, P., *La corrupción en el sector privado: El nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2, y 3 del Código penal*, *La Ley Penal*, n.º 87, 2011, p. 38; con anterioridad a la reforma, FARALDO CABANA, P., *Hacia un delito de corrupción en el sector privado*, EPC, XXIII, 2002, p. 98.

⁹ Véase, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal ...*, cit., p. 555 ss. A favor de la incriminación, en cambio, se ha argumentado apelado a la importancia creciente del fenómeno deportivo (así, GARCÍA CABA, M.M., *Las conductas fraudulentas en el deporte y su hipotética represión penal. A propósito del proyecto de ley de la LFP*, RJDE, 25 (2009), pp. 330, 332, o el *Dictamen del Consejo de Estado 1404/2009*, de 29 de octubre, al Anteproyecto de L.O. por la que se modifica la L.O. 5/1995, de 23 de noviembre, del Código penal), lo que a todas luces no justifica por sí sola la intervención.

principios que inspiran el ordenamiento penal, como, superada la fase legislativa y asumiendo los hechos consumados, a constatar de forma algo reposada las dificultades técnicas con que puede topar su eventual aplicación.

II. Problemas técnicos derivados de la inserción del tipo entre las conductas de corrupción entre particulares. Inconveniencias de una tipificación por remisión.

1. *Legalidad y tipicidad derivada. En particular, complejidades innecesarias en torno a la posición típica de los sujetos implicados*

La certeza del Derecho, sabido es, resulta constantemente puesta a prueba. La sola complejidad de las materias, como ya apuntara a mediados del siglo pasado LÓPEZ DE OÑATE¹⁰, constituye por sí misma una amenaza. Y la progresiva filtración de esas materias en un Derecho Penal expansivo, signo de los tiempos, es una constante a la que el legislador moderno ni siquiera parece querer ya plantar cara. Este ha sido el caso con la tipificación del fraude deportivo, por lo que habrá que asumir que, una vez que se ha resuelto intervenir, al intento le habrá de resultar siempre inherente un cierto grado de indefinición, producto de la imperfección propia de las técnicas legislativas necesarias en estos ámbitos (como puede ser, por ejemplo, el uso de términos normativos más o menos determinados). Sin embargo, existen otras técnicas legislativas aun más imperfectas —si es que no directamente censurables— a las que, en cambio, no es en absoluto preciso resignarse *ratione materiae*. Y lamentablemente también éste ha sido el caso.

En efecto, resultaba innecesario atentar contra el principio de taxatividad de un modo tan frontal como se ha hecho con la descripción legal contenida en el aptdo. 4º del art. 286 bis CP, que remite en bloque y de forma indeterminada al resto de los contenidos del precepto en el que se decidió ubicar, de forma parasitaria, dicho apartado. Éste, el de su construcción sobre la base de «lo dispuesto» en el

¹⁰ LÓPEZ DE OÑATE, F., *La certeza del Derecho*, Ed. Jcas. Europa- América, Buenos Aires, 1953, p. 95 s. (trad. del original *La certezza del diritto*, Roma, 1942, por S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín).

artículo en el que se inserta, constituye uno de los lastres que hipotecan la viabilidad del tipo penal engendrado: «*Lo dispuesto en este artículo*» —reza la insólita formulación legal— será aplicable a diversos supuestos «*en sus respectivos casos*». Alergia a una razonable técnica legislativa de remisión, ninguna; pero ciertamente debe llamarse la atención sobre la singularidad de la practicada en este caso. En el Código abundan, por ejemplo, las remisiones a «la misma pena»¹¹ (o a «las mismas penas»¹²) contenidas en otros preceptos, lo que no tiene nada de particular en el seno de un cuerpo legal sistemático, amén de resultar, en principio, inocuo. También son frecuentes —aunque en menor medida— las remisiones a «lo dispuesto» en otros lugares, con lo que los reenvíos no se ciñen sólo a la determinación de las consecuencias jurídicas. No obstante, si con tal expresión no es también una cuestión penológica la que se cobija (así, art. 368 CP), usualmente lo que se hace con ella es remitir a una institución cierta (vg., el art. 267 remite a la regulación del perdón, art. 130.5ª. 2º párr.) o, por ejemplo, afrontar la solución de un problema concursal concreto (vg., art. 282 bis, en relación con el art. 308 CP, o 570 quáter.2, remitiendo a la regla de alternatividad). Pero a ninguna de esas utilidades se asemeja el uso que de este recurso ha efectuado el vigente art. 286 bis 4º CP, que sigue bien otro patrón.

Los supuestos de remisión a través de «lo dispuesto» en otra sede que resultan a primera vista más asimilables al indicado se ubican precisamente en el ámbito de la corrupción, en este caso pública, en los artículos 423 y 427 CP. Sin embargo, estos preceptos se limitan a ampliar el círculo de sujetos activos respecto de conductas típicas ya en otro lugar *completamente* definidas. El primero amplía «lo dispuesto en los artículos precedentes» (cohecho) a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o a cualesquiera otros que participen de la función pública; el segundo hace lo propio con los funcionarios de la Unión Europea o de otro Estado miembro de la Unión. De nuevo, por tanto, la divergencia es destacada, pues a diferencia de estos últimos preceptos, el aptdo. 4º del art. 286 bis no se limita a incluir nuevos sujetos activos dentro del ámbito típico de la corrupción privada (cosa que también hace), sino que entra además a describir otra modalidad de conducta típica distinta que, sin embargo —y esto es lo importante— no se describe de forma completa, sino que se deja esa función, de forma a mi juicio absolutamente innecesaria, en manos del intérprete. En concreto, el art. 286 bis 4ºCP:

¹¹ Arts. 173.1, 187, 234, 313, 343.1, 345.1, 384, 399.2, 436 CP.

¹² Arts. 156 bis, 274, el propio 286 bis.2, 308, 320, 328, 348, 392, 424, 566, 576 CP.

- a) Por una parte, si los apartados 1º y 2º del artículo aluden a «*directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización*» (en adelante referidos también con el acrónimo DAEC, en aras a la brevedad), el apartado 4º de dicho artículo incluye, en relación con los sujetos implicados (falta ver en qué forma lo estén), a los dos grupos siguientes: a «*directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta*» (en adelante DAEC*) y a «*deportistas, árbitros o jueces*» (en adelante, DAJ), sin especificar qué posición han de venir a ocupar en la nueva tipicidad cada uno de ellos.
- b) Pero, a la vez, el aptdo. 4º del art. 286 bis no se limita a especificar los sujetos implicados, sino que altera en otros aspectos el sentido típico, al ceñir su aplicación a las conductas «*que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales*», sin especificar en este caso cómo se integran estas previsiones en el conjunto de «lo dispuesto» en los apartados anteriores.

Parte de los lógicos esfuerzos de quienes hasta ahora se han pronunciado sobre esta nueva figura se han concentrado en la precisión de los numerosos elementos típicos novedosos que incorpora, quehacer por sí solo laborioso (qué sea entidad deportiva, deportista o competición profesional, por ejemplo). Pero, se haya denunciado o no expresamente la falta de taxatividad, a nadie se le ha pasado por alto la acusada indefinición que se comenta. En este contexto, no es de extrañar que el único monografista existente hasta la fecha en la materia haya barajado hasta siete posibles descripciones de la conducta típica, producto de la posible transposición al apartado cuarto de «lo dispuesto» en los apartados 1º y 2º¹³. Por ser hasta el momento la de este autor la atención más extensa dispensada en nuestra doctrina a desentrañar el posible significado de la remisión legal, su exposición se tomará como base para desarrollar, a la vez, las ideas que quieren integrar este epígrafe.

En concreto, el autor referido extrae hasta cuatro posibles transcripciones resultantes de la transposición del apartado primero y

¹³ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de 'fraudes deportivos'. Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286 bis.4 del Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 122 ss; p. 161.

hasta tres derivadas de esa misma operación en relación con el apartado segundo.

- a) En el primer ámbito, dos de ellas las obtiene manteniendo la redacción inicial como tipo aparentemente común («*Quien por sí o por persona interpuesta ...*») y situando como contraparte, receptora del ofrecimiento (participación necesaria en la corrupción), bien únicamente al primer grupo de sujetos específicos referido en el aptdo. 4º (DAEC*), en una primera opción, bien, en lo que constituye una segunda opción, a ambos grupos (DAEC*+DAJ). Las otras dos redacciones se obtienen renunciando a la formulación aparentemente común del apartado primero, que se sustituye en ambos casos por la expresa formulación de un tipo especial propio¹⁴ en el que se sitúan como únicos sujetos activos los antes designados como DAEC*. Contraparte de estas dos últimas opciones son, en un caso, sólo los deportistas, árbitros o jueces (DAJ). En el otro, lo son tanto uno como otro grupo de sujetos específicos (DAEC*+DAJ).
- b) Para la traslación del aptdo. 2º del art. 286 bis CP, en fin, BENÍTEZ ORTÚZAR maneja, como se ha dicho, otras tres redacciones típicas posibles, según se sitúe como sujeto activo sólo al primer grupo específico (DAEC*), al segundo (DAJ), o a ambos a la vez (DAEC*+DAJ)¹⁵.

Sobre las siete hipótesis de referencia, el autor proyecta todavía una armonización del tipo «con una visión global» —según sus propias palabras—¹⁶, en proceso selectivo del que resultan elegidas sólo la tercera y la segunda interpretación mencionadas en relación con los apartados 1º y 2º del art. 286 bis CP, respectivamente. Así integrada, la dicción legal del apartado 4º incluiría, a su juicio, dos grupos de conductas que responderían al siguiente tenor:

¹⁴ Si bien el tipo (286 bis.1 CP) comienza con la fórmula típica de los delitos comunes («*Quien por sí o por persona interpuesta ...*»), el círculo de posibles autores puede verse posteriormente restringido, en realidad y en una determinada interpretación, con la referencia al «*incumplimiento de obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales*», lo que presupondría una determinada cualificación del sujeto activo que convertiría la figura en un delito especial propio. En este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de 'fraudes deportivos'...*, cit., p. 123. Sobre esta interpretación —que aquí no se comparte al entender, básicamente, que el incumplimiento de obligaciones no se predica del corruptor, sino del corrompido—, véase *Infra*, en texto, el ordinal 3 de este mismo epígrafe.

¹⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de 'fraudes deportivos'...*, cit., p. 123 s.

¹⁶ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de 'fraudes deportivos'...*, cit., p. 128.

- a) *Los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, que —por sí mismos o por persona interpuesta— prometan, ofrezcan o concedan un beneficio o ventaja económica a los deportistas, árbitros o jueces, incumpliendo sus obligaciones, con la finalidad de predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales, para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.*
- b) *Con las mismas penas será castigado el deportista, árbitro o juez que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte, un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados, con la finalidad de predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales, con el objetivo de favorecer frente a terceros a quien otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones derivadas de la normativa deportiva.*

Esta interpretación selectiva —que descarta otras muchas dicciones posibles de este imposible tipo por remisión— no obedece al simple antojo hermenéutico, sino que procura asentarla su patrocinador en un criterio teleológico atendible, cual es en este caso el de la identificación de la *posición de poder* que constituye elemento definitorio de toda forma de *corrupción*¹⁷. La distribución de papeles que viene a proponer el autor, situando como se ve sólo a los directivos, administradores, empleados y colaboradores como oferentes de la ventaja (corruptores), y sólo a los deportistas, jueces o árbitros como posibles perceptores de las mismas¹⁸, se hace descansar así en la consideración de que sólo estos últimos ostentan auténtico poder de decisión sobre las circunstancias que acaban influyendo en el resultado de una competición deportiva, pues sólo ellos participan materialmente en ella. Los primeros (DAEC*), en tanto que no son protagonistas directos en el evento deportivo, carecerían de la posibilidad

¹⁷ CARUSO FONTÁN, M.V., *El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado*, Foro, Nueva época, n.º 9/2009, p. 151.

¹⁸ Esta misma predeterminación de los roles típicos, en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª ed., 2011, p. 315.

de ser sujetos de la corrupción pasiva al no poder influir directamente en el resultado, sin perjuicio de su posible intervención como partícipes en el delito¹⁹. Sería precisamente —siempre a juicio del autor de referencia— la distinta posición que ocupan los dos grupos de sujetos expresamente mencionados en el apartado 4º lo que diferenciaría a esta modalidad típica (fraude deportivo) de la genérica corrupción entre particulares prevista en los apartados precedentes, en la medida en que en éstos tanto los oferentes como los receptores de la ventaja vienen a desempeñar un rol simétrico en el mercado²⁰. Tanto es así que, a juicio de BENÍTEZ ORTÚZAR, deberá reputarse absolutamente carente de lesividad²¹ la transacción para predeterminar el resultado de una prueba en la que no aparezcan implicados los sujetos materialmente intervinientes en el juego (DAJ). La conducta del dirigente, administrador, empleado o colaborador que solicita, recibe o acepta el beneficio o ventaja con aquella finalidad —señala— quedaría extramuros del tipo, al representar solo un comportamiento más próximo al tráfico de influencias que, a su juicio, no habría querido incriminar el legislador español²².

¹⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de 'fraudes deportivos'...*, cit., p. 163.

²⁰ Mientras que los sujetos de los aptdos. 1º y 2º del art. 286 bis CP desempeñan competencias y capacidades análogas en el mercado, pues —señala BENÍTEZ ORTÚZAR (2011), p. 161 s.— «se trata de sujetos que por una relación de dirección o laboral (como directivos, administradores, empleados o colaboradores) tienen capacidad en la negociación mercantil (en la compraventa de mercancías o en la contratación de servicios profesionales)», en el ámbito deportivo los sujetos aludidos en el aptdo. 4º tienen un papel distinto, puesto que en propiedad sólo los deportistas, árbitros y jueces deportivos, como participantes directos en el desarrollo de la prueba, tendrían capacidad real para predeterminar o alterar deliberada y fraudulentamente el resultado. Aunque no proceda sistemáticamente comentar ahora esta afirmación debe tenerse ya en cuenta, al menos, que el tipo no sólo habla de predeterminar un resultado (lo que incluye no sólo actuaciones coetáneas, sino también anteriores) sino que, además, se refiere a la alteración del resultado, lo que puede producirse *a posteriori*, p. ej., en el seno de los órganos disciplinarios de las Federaciones deportivas (véase, art. 28 RD 1591/1992, de 23 de dic., de Disciplina Deportiva).

²¹ Lesividad que el autor predica en relación con el bien jurídico «*integridad deportiva*», en el que identifica el objeto de tutela de este delito: BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de 'fraudes deportivos'...*, cit., p. 163.

²² A diferencia de lo expresamente tipificado, por ejemplo, por el legislador portugués en la Ley n. 50/2007, de 31 de agosto, cuyo artículo décimo establece literalmente: *Tráfico de influência (Artigo 10.º)*

1.- *Quem por si ou mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para abusar da sua influência, real ou suposta, junto de qualquer agente desportivo, com o fim de obter uma qualquer decisão destinada a alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.*

La propuesta exegética acabada de extractar constituye un elogiado esfuerzo por dotar de coherencia a lo que el legislador ha concebido sin ella. Sin embargo, no deja de ser una interpretación voluntarista —no exenta de críticas posibles, como reconoce su propio patrocinador²³— y respecto de la que convendrá no perder de vista que sus resultados se obtienen en realidad suplantando el silencio legal. Eligiendo, en otros términos, qué convendría que dijese —entre lo que no ha dicho— el legislador. Por ello, y por más que tales resultados pudieran resultar a la postre compartibles²⁴ (y susceptibles de ser institucionalizados por la Jurisprudencia en caso de llegar a tener aplicación real el tipo penal —lo que, por otra parte, resulta harto dudoso—), se deberá ser consciente de que se está ante una solución *praeter legem*, creadora del Derecho, no tanto por los elementos típicos que dicha interpretación incorpora —pues constan al fin y al cabo en la letra de la Ley— sino por la posición y combinación que se decide, en ausencia de decisión legal, que ocupen.

Caben, pues, distintos tipos de observaciones a la interpretación propuesta por BENÍTEZ ORTÚZAR. Algunas de ellas se mencionan a continuación, a los solos efectos dialécticos, por lo que finalmente se dirá:

1. Ni que decir tiene que, incluso sin salir del ámbito de la concreción del sujeto activo (pretensión que inspira la formulación de las diversas interpretaciones de referencia²⁵), no son sólo siete las posibilidades interpretativas que tolera el precepto. Las distintas combinaciones posibles entre los sujetos mencionados y las posiciones legales previstas pueden ampliar el abanico hasta transformarlo en un arsenal de posibilidades que no merece la pena siquiera enumerar.

2. Siguiendo en el ámbito de la concreción de los sujetos, por otra parte, también cabe fundamentar ampliaciones o restricciones típicas sobre las hipótesis interpretativas propuestas.

2.- *Quem por si ou mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa, der ou prometer a outra pessoa vantagem patrimonial ou não patrimonial para o fim referido no número anterior é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.*

Un rápido repaso al contenido íntegro de la Ley portuguesa puede verse en GARCÍA CABA, M.M., *Breve comentario a la lei portuguesa 50/2007, de 31 de agosto, por la que se establece un nuevo régimen de responsabilidad penal por comportamientos susceptibles de afectar a la verdad, la lealtad y la corrección de la competición deportiva y sus resultados y su posible extrapolación al ordenamiento español*, RJDE, n. 22 (2008), p. 319 ss.

²³ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de 'fraudes deportivos'...*, cit., p. 161.

²⁴ Que, a mi juicio, no lo son.

²⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de 'fraudes deportivos'...*, cit., p. 122.

En sentido ampliatorio cabría pensar, por ejemplo, y fundadamente, que el conciso apartado 4º ha pretendido sólo sustituir por sus propias previsiones específicas las homólogas genéricas contenidas en los anteriores apartados del precepto. Ello se traduciría, en cuanto a los sujetos, en la sustitución de las referencias a los DAEC como perceptores de la ventaja en el tipo del apartado 1º y como sujetos activos en el apartado 2º, indistintamente, por los DAEC* y DAJ (ambos), específicos del apartado 4º²⁶. Podrá argüirse —aunque el argumento sería igualmente rebatible— que con tal lectura no se aporta mayor racionalidad a lo establecido legalmente, pero no es menos cierto que el afán por alcanzar dicha racionalidad debe ceder ante la realidad de lo efectiva —aunque sea desafortunadamente— establecido (principio de legalidad).

3. Sin salir tampoco del ámbito de los sujetos típicos, podrá acaso juzgarse también una licencia excesiva la de convertir la redacción de un tipo en apariencia común en un delito necesariamente especial, como se hace en la reformulación propuesta del apartado 4º en relación con el 1º. En efecto, autor del delito previsto en el aptdo. 1º puede ser, en una primera aproximación y según la Ley, cualquiera que prometa, ofrezca o conceda un beneficio o ventaja no justificados, posibilidad en principio incondicional de comisión que la interpretación de referencia restringe, en cambio —recuérdese—, a los DAEC*.

Esta interpretación restrictiva del apartado 4º descansa, si desplegamos convenientemente la argumentación que la sustenta, en tres suposiciones concatenadas, cada una de las cuales permite alguna contestación (*infra*, a', b', c'):

- a) En primer lugar, se presupone que el aptdo. 1º del precepto es un delito especial. Tal deducción se apoya en la asociación de dos concretos elementos típicos de aquel apartado 1º: la designación del sujeto activo («quien») y el «incumplimiento de obligaciones (...)». Se presupone, en otros términos, que quien paga el soborno (en propiedad, promete, ofrece o concede beneficio o ventaja) es a la vez quien «incumple sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales»²⁷. Por ello, siendo que tales obligacio-

²⁶ De hecho, si atendemos literalmente a la propia EdM de la L.O. 5/2010, resulta expresamente indicado que en el ámbito de la corrupción activa no sólo los DAEC* —como propone BENÍTEZ ORTÚZAR— sino también los DAJ, pueden actuar como corruptores: «(...) se castigan todos aquellos sobornos llevados a cabo tanto por los miembros y colaboradores de entidades deportivas como por los deportistas, árbitros o jueces (...)» (*sic.*).

²⁷ Expresamente, BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de 'fraudes deportivos'...*, cit., p. 123.

nes no recaerían sobre cualquier particular, sino sobre quien desempeña ciertas funciones en el ámbito mercantil, el tipo estaría, en realidad, requiriendo ciertas cualidades para poder ser autor, cobijando así un delito especial propio.

- b) Tales condiciones especiales serían las reunidas, según la interpretación de referencia, por los DAEC²⁸, y, en consecuencia, éstos constituirían los únicos autores posibles de la modalidad del apartado 1º (corrupción activa).
- c) La transposición de ese resultado obtenido en relación con en el aptdo. 1º (sujeto activo= DAEC) sería la base para poder afirmar que, correlativamente, el sujeto activo en el apartado 4º habría de venir representado por los DAEC*.

Pues bien, como decía, ninguna de tales suposiciones puede sostenerse de forma terminante:

- a') En primer lugar, cabe la posibilidad de concebir la corrupción activa del apartado 1º como delito común, como de hecho sostiene la doctrina²⁹ (a diferencia de lo que, de forma evidente, resulta obligado defender para el apartado 2º, dedicado a la corrupción pasiva privada).

A tal efecto, debe en primer lugar significarse —como primera alternativa para alcanzar aquella conclusión— que el elemento típico «incumplimiento de obligaciones (...)» no tiene por qué necesariamente entenderse asociado al sujeto de la proposición típica («quien»), sino que es válidamente sostenible —en el seno de esta, eso sí, nefasta redacción—, su vinculación con los DAEC, a quienes se ofrece el soborno. Sintácticamente ello puede hacerse bien procediendo a la adaptación formal en la concordancia del verbo favorecer, que debe aparecer conjugado en plural —«para que le favorezca(n)»—, bien entendiendo omitido el sujeto de esa forma verbal («ello» —el haber ofrecido ventajas— «le favorezca» —al oferente—). La primera opción dota sin duda de una mayor linealidad y sentido al precepto, vinculando con naturalidad el incumplimiento de obligaciones a los perceptores del soborno (DAEC). Quien recele de su respeto a la lega-

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Vg., BLANCO CORDERO, I., *Art. 286 bis*, en GÓMEZ TOMILLO (Dir.), *Comentarios al CP*, Lex Nova, 2011, p. 1111; SILVA SÁNCHEZ, J.M./ROBLES PLANAS, R./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), *La Ley*, 2012, p. 423; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *PE*, 3ªed. (2011), p. 312; QUE-RALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, 6ª ed. (2010), p. 626; NAVARRO FRÍAS, I./MELERO BOSCH, L.V., *Corrupción entre particulares y tutela del mercado*, *InDret* 4/2001, p. 9 (www.indret.com).

lidad, debe notar que la adaptación de tal concordancia no constituirá sino la corrección de un error material, y no una modificación arbitraria del texto legal, habida cuenta de que no altera el sentido legal, siendo que el predicado singular («favorezca») carece de sujeto. La segunda opción consiste precisamente en proporcionar ese sujeto omitido a la tercera persona del singular, entendiéndose que, en lugar de errar, el legislador quiso adrede señalar —eso sí, de la forma más alambicada posible—, que la entrega u ofrecimiento de dádivas por parte del autor, *id est*, «ello», le favorezca a él o a un tercero frente a otros. Esta opción —y esto es lo importante— deja sin prejuzgar quién debe incumplir sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías. Y teniendo, pues, un tenor literal o bien absolutamente favorable (opción 1) o bien neutro (opción 2) en orden al emparejamiento del incumplimiento de obligaciones, la interpretación literal deja expedito el paso para la aplicación de los criterios sistemáticos y teleológicos. Ya en el primer ámbito, y máxime teniendo presente que la previsión legal de la corrupción pasiva está pensada como el reverso de la activa, resulta obvio que la atribución del incumplimiento a los DAEC confiere a este apartado 1º una mayor coherencia con el siguiente (en el que esa vinculación del incumplimiento a los DAEC está fuera de toda duda), amén de ser la que, con toda claridad, deriva de la DM 2003/568/JAI, de la que trae causa directa la legislación española. La interpretación, pues, sólo con lo hasta aquí indicado, debe ya preferirse: quien ofrece puede ser cualquiera, predicándose de los DAEC (y no del oferente) el incumplimiento de obligaciones que prevé el tipo (incumplimiento en el que incurrirían de llevar a cabo su actuación, en ejecución que, por otra parte, no es necesaria para consumar el delito).

Pero es que, además, debe repararse en que en este apartado 1º se contempla expresamente que el favorecido pueda ser no solo el otorgante, sino también un tercero («le favorezca a él o a un tercero frente a otros», reza la Ley), lo que salva por sí solo y en todo caso la posibilidad de comisión del delito como delito común. En efecto, si fuese solo el otorgante el posible beneficiario (favorecido), y se optase en todas las encrucijadas hermenéuticas por la opción menos proclive a la naturaleza común del delito, podría efectivamente argumentarse que, aunque la tipicidad se describa formalmente sin acotar el círculo de posibles autores, a la postre el corruptor («él») sí habría de detentar una determinada posición en el mercado (calidad especial), pues o bien se entiende directamente que él mismo tiene obligaciones en el ámbito de la compra-venta de mercancías y/o contratación de servicios profesionales (opción 1), o bien que las tienen los perceptores de la ventaja (DAEC: opción 2 —que defiendo—), siendo, no obs-

tante, que en este segundo caso una actuación incumplidora de obligaciones comerciales solo podría ser a la vez favorecedora del otorgante si éste tuviese vinculación con el ámbito comercial (con lo que se desemboca, de nuevo, en la naturaleza cualificada del sujeto activo, otorgante del soborno). Pero al prever el tipo (aptdo. 1º) la posibilidad de que el favorecimiento perseguido lo sea también de un tercero, distinto de quien promete, ofrece o concede la ventaja, siempre cabe la posibilidad de que dicha conducta venga realizada por un sujeto no cualificado. A modo de ejemplo: «A», particular, entrega como corruptor activo al administrador de una empresa una cantidad en metálico para que dicho administrador favorezca a la empresa de un familiar desconocedor de los hechos³⁰.

En suma, existen a mi juicio argumentos hermenéuticos más que suficientes para no negar al delito de corrupción activa privada la naturaleza de delito común que formalmente le confiere ya el propio encabezamiento de la redacción típica. Que la realidad criminológica de este tipo de soborno pueda evidenciar, acaso, la condición habitual de «empresario» o «profesional» de quien actúa, no es razón suficiente para, tomando la parte por el todo, convertir la realidad estadística en requisito normativo, enmendando la plana al legislador.

b') Por su parte, y volviendo al planteamiento de referencia, se recordará que la asociación que dicho planteamiento realizaba entre el incumplimiento de obligaciones y el sujeto activo en este apartado 1º lo hacía desembocar en la consideración de los DAEC como únicos autores posibles del delito. Este segundo paso exegético también resulta, a mi juicio, injustificado.

En efecto, se debe en primer lugar ser consciente de que las *obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación*

³⁰ Por otra parte, no debe perderse tampoco de vista que las obligaciones de los DAEC (que es de quienes, como se ha argumentado, deben predicarse) lo son sólo frente al empresario (lo que viene corroborado por el hecho de que el empresario es excluido en el aptdo. 2º como posible sujeto activo de la corrupción pasiva privada), por lo que es fácilmente imaginable que un administrador o empleado, incumpliendo su deber de fidelidad con su principal, acepte de un particular una determinada cantidad para cerrar con él una concreta operación, en perjuicio de su empleador (transmitirle un bien a menor coste; adquirir de él un bien o servicio en condiciones poco favorables para su empresa, etc.). Sin perjuicio ahora de las relaciones concursales con el delito de administración desleal, lo relevante es que la cualidad que como tal corruptor hay que ostentar es la de simple consumidor, o participante ocasional en una transacción económica, lo que de facto asimila al corruptor activo a «cualquiera», sin cualidad especial destacable.

de servicios profesionales serán distintas en función del sujeto del que se prediquen. Si se predicen —como a mi juicio debe hacerse en ambos apartados— de directivos, administradores, empleados o colaboradores, tales obligaciones lo son respecto de su principal (empresario), y no respecto de los competidores en el mercado³¹. Pero si, en cambio, se sostienen respecto del sujeto genérico «*quien*», como propone la interpretación patrocinada por BENÍTEZ ORTÚZAR, habrá que concluir que el resultado es otro, distinto de los DAEC, que en cambio en exclusiva se nos propone: entendido el precepto dedicado a la corrupción privada en el contexto de la tutela competencial que se pretendió con su tipificación —entendimiento que no es cuestionado por nadie³²— con facilidad puede colegirse que son otros (y no sólo los DAEC) los sujetos susceptibles de integrar el círculo de posibles incumplidores de obligaciones competenciales en las transacciones comerciales. En general, puede apuntarse a cuantos integran el ámbito subjetivo de la Ley de Competencia Desleal, es decir, a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado (art. 3º LCD³³). Sin duda, pues, cabrá pensar en los DAEC como sujetos activos del delito del aptdo 1º, pero, desde luego, ni sólo en ellos, ni prioritariamente en ellos, pues el destinatario por excelencia de las obligaciones legales relacionadas con los competidores, como resumidamente puede entenderse que encierra la cláusula general de competencia del art. 4º LDC es el empresario (persona física o jurídica), principal operador en el mercado y en términos competenciales.

Por consiguiente, el argumento en virtud del cual desde la atribución del incumplimiento obligacional al actor del apartado primero se obtiene su concreción en DAEC, se diluye.

- c') Y si inexacta es, conforme a lo acabado de exponer, la identificación de los DAEC como sujeto activo del delito previsto en el apartado primero, igualmente inexacta habrá de reputarse la identificación de los DAEC* como homólogos en el apartado 4º, en trasposición que no responde sino a un creativo efec-

³¹ Sobre ello, más ampliamente, GILI PASCUAL, A., *Bases ...*, cit., p. 24 ss.

³² Y que reflejan expresamente tanto los instrumentos supranacionales que motivaron la tipificación de la corrupción privada en España (Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio —DOL de 31 julio 2003, núm. 192—, y su predecesora, la Acción Común del Consejo 1998/742 JAI, de 22 dic. -DOL 31 dic. 1998, núm. 358) como la propia EdM de la L.O. 5/2010. Cuestión distinta es que esa clara voluntad legislativa no se haya traducido con precisión en el texto legislado (sobre ello, GILI PASCUAL, A., *Bases ...*, cit., *passim*).

³³ Ley 3/1991, de 10 de enero, modificada por Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

to mimético que no se puede suscribir. En rigor si, asumiendo como hipótesis de trabajo el planteamiento de BENÍTEZ ORTÚZAR, asociásemos el incumplimiento de obligaciones a la descripción que el tipo lleva a cabo del sujeto activo («*quien*») para perfilar desde esa agrupación los contornos de dicho sujeto, lo primero que reclamaría la fórmula es la concreción de las obligaciones (¿deportivas?; ¿de otra naturaleza?) que se deben incumplir. Si son las comerciales antedichas, el resultado vuelve a apuntar al empresario como sujeto activo prioritario. Si son las deportivas, y a falta de una concreción en mayor detalle, sin duda las incumplen, y de forma particularmente acentuada, los DAJ, junto con otros actores posibles (al menos, los que conforman el ámbito subjetivo de la Ley 10/1990, del Deporte). A quienes en todo caso la aplicación del propio procedimiento argumental articulado por BENÍTEZ ORTÚZAR no parece apuntar como exclusivos sujetos activos de la corrupción activa deportiva (art. 286 bis 4º en relación con el aptdo. 1º) es a los *directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta*, opción con la que en cambio se queda el autor de referencia. De todos modos, lo que se revela evidente es que sin concretar cuál sea el incumplimiento de obligaciones que da vida al apartado 4º mal puede restringirse el círculo de incumplidores posibles, como en cambio hace la propuesta interpretativa aludida.

4. En definitiva, opto por la configuración del tipo resultante (art. 286 bis 4º en relación con el aptdo. 1º) como delito común: cualquiera puede prometer, ofrecer o conceder en forma típica a DAEC o DAJ (ambos, cumulativamente, como perceptores posibles: corrupción pasiva deportiva) para que éstos, incumpliendo sus obligaciones (deportivas), le favorezcan a él (el corruptor) o a un tercero.

Esta interpretación del precepto, amén de resultar, en mi modesta opinión, la más respetuosa con el principio de legalidad y con la rigurosa aplicación de los criterios hermenéuticos generales, puede resultar ser también la político-criminalmente más ventajosa, al poderse hacer frente con ella al que parece constituir uno de los principales problemas criminológicos de la defraudación en este ámbito: las apuestas deportivas.

En efecto, las apuestas por resultado deportivo, principalmente en el ámbito de internet, vienen constituyendo en los últimos tiempos terreno abonado para la corrupción, propiciada en muchos casos desde mafias organizadas. A diferencia de lo que ocurre desde la configu-

ración especial del delito, la arquitectura del tipo de corrupción activa como delito común permite dar una respuesta cabal, omnicomprendensiva, a este tipo de supuestos en los que se corrompe a los intervinientes en el juego —DAJ— (o potenciales influyentes en el mismo —DAEC) desde órbitas externas al entramado deportivo³⁴, sin generar lagunas en la intervención penal que desde el punto de vista de su lesividad resultarían arbitrarias.

Debe notarse, no obstante, que si bien desde la configuración del tipo objetivo (*in concreto*, delimitación del sujeto activo) no hay obstáculo para abarcar las conductas de corrupción, activa o pasiva, en relación con las apuestas deportivas, otra cosa puede que quepa decir al tomar en consideración los elementos subjetivos del injusto implicados, en función de cómo éstos se conciban, y ello atendida la distinta formulación con la que vienen descritos en cada caso (corrupción activa/corrupción pasiva). Pues desde determinado entendimiento —que creo, no obstante, superable— pudiera resultar sólo punible la corrupción activa (el apostante externo que promete, ofrece o concede), pero sin que a la vez lo fuese el correlato necesario (corrupción pasiva) de ese mismo episodio de corrupción. Por razones sistemáticas, esta cuestión es tratada más adelante. (*Infra* 2.3).

En cambio, la configuración del tipo como delito especial veta la autoría a todo aquél que, dicho en términos generales, sea ajeno al ámbito deportivo, relegando una eventual respuesta penal a los casos en los que se contribuya como partícipe en la conducta de un *intra-neus*, lo que no encuentra justificación plausible en términos de lesividad. Y una protección igualmente solo fragmentaria es la que podría ofrecer, acaso, el delito de estafa, pues la implicación de un fraude y la presencia de intereses patrimoniales no garantizan, ni mucho menos, su aplicabilidad, que en general se verá dificultada por la falta de coincidencia entre el sujeto pasivo del engaño y quien rea-

³⁴ En el bien entendido de que se trate de aquellos que tengan estructura bilateral (corruptor/corrompido), pues no toda alteración fraudulenta de apuestas encontraría su encaje en este tipo delictivo. Quedan fuera, evidentemente, las defraudaciones que carezcan de esa dualidad, como por ejemplo, los casos en los que es un participante en el juego (árbitro, portero) quien altera fraudulentamente el resultado para obtener o proporcionar con ello el rendimiento procedente de una apuesta deportiva. (Este tipo de supuestos encuentran, en general, acomodo en la sanción disciplinaria; *cfr.*, para el ámbito futbolístico, el art. 75 bis del Código Disciplinario de la RFEF, ed. julio 2011, que considera infracción de carácter muy grave «*la participación de futbolistas, entrenadores, directivos, árbitros y en general de las personas que forman parte de la organización federativa en apuestas y/o juegos que gocen de un contenido económico y (en los que) éstos tengan una relación directa o indirecta con el partido en cuestión*»).

liza el acto de disposición (casa de apuestas), particularmente en los casos en los que la cantidad dispuesta es la misma que hubiera sido de no mediar aquel engaño (en cuyo caso el disponente no es siquiera perjudicado)³⁵.

Debe dejarse constancia, en todo caso, de que esta concepción de la corrupción activa deportiva privada como tipo común no parece la dominante hasta la fecha en doctrina. Para CASTRO, por ejemplo, supuestos como el del magnate que paga sobornos para ver favorecido al equipo del que es forofó, o el del socio de una entidad deportiva (que no son, en definitiva, DAEC del club beneficiado) quedarían fuera de la tipicidad, al considerar precisamente, en el mismo sentido que la postura anterior, que lo inculpativo es el soborno realizado por quien «incumple sus obligaciones», en este caso en el ámbito deportivo³⁶. Idéntico tratamiento, al ser igualmente *extranei* en el delito de referencia, merecerían para este autor los terceros apostantes (eventualmente, mafias organizadas) en la manipulación de apuestas deportivas. Su reconducción al ámbito de lo punible sólo podría hacerse, en su caso, como meros partícipes de la conducta de un *intra-neus*, suavizado en este supuesto su tratamiento conforme a lo dispuesto por la regla atenuatoria del art. 65.3 CP³⁷. Como ha quedado dicho, estos supuestos, sin duda igualmente lesivos para la compe-

³⁵ Por ello, y aunque puede haber supuestos en los que la estructura de la estafa resulte aplicable (p.e., se altera artificiosamente el resultado provocando un acto de disposición que no hubiese existido por parte de la propia organización o de la casa de apuestas engañada —o que reviste mayor entidad de la que hubiera revestido sin el engaño—), en general el arquetipo de la estafa no encaja fácilmente en este ámbito, lo que, siendo consecuencia de su propia esencia, se extiende también a la proposición para cometerla (art. 269 CP), que, en ese sentido, no supliría el espacio que ha venido a ocupar el art. 286 bis CP (*cfr.*, en cambio, CASTRO MORENO, A., *El nuevo delito de corrupción en el deporte*, RJDE, n.º 28, 2010, p. 31).

Con carácter general son más, desde luego, las dificultades técnicas para la subsunción de los fraudes deportivos en el delito de estafa, por lo que, a falta de tipificación expresa de aquéllos, tales comportamientos debían considerarse impunes. En este sentido, traen a colación DE URBANO CASTRILLO y BENÍTEZ ORTÚZAR (*ops. cit.*, pp. 28 y 87, respectivamente) un Auto de la Audiencia Nacional, del año 2002, en el que desestimó una denuncia por tentativa de estafa, arguyendo su naturaleza bilateral y fraudulenta, en un caso de compra de partidos en la Segunda División del Fútbol español. En el ámbito comparado, el tipo de estafa se ha aplicado al amaño de partidos —no sin dificultades— p.e. en Alemania, en el conocido como «caso R. Hoyzer», así denominado por el nombre del árbitro implicado (detalladamente, BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *op. cit.*, pp. 36 a 38). No ve obstáculos, en cambio, para acudir al tipo de estafa AGUIAR, www.iusport.es (cit. por DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal ...*, cit., p. 535, n. 636).

³⁶ CASTRO MORENO, A., *El nuevo delito ...*, cit., p. 24 s.

³⁷ CASTRO MORENO, A., *El nuevo delito ...*, cit., p. 27.

tencia deportiva, quedarían abarcados con la configuración común del tipo aquí defendida.

5. Tampoco, en fin, la exclusión de los DAEC* como posibles perceptores del beneficio o ventaja (recuérdese que en la interpretación de referencia se considera que pueden ocupar esta posición típica solamente los deportistas, árbitros o jueces) parece una interpretación obligada (art. 286 bis.4º en relación con el aptdo. 2º). La misma se fundamentaba, como se dijo, en el hecho de que aquéllos no ostentan la capacidad real de influir directamente en un acto deportivo en el que materialmente no participan, siendo además que la aceptación de ventajas por parte de DAEC* con la finalidad de alterar fraudulentamente un resultado deportivo se asemejaría más a la estructura del tráfico de influencias, que —opina BENÍTEZ ORTÚZAR³⁸— el legislador español no habría perseguido incluir en el art. 286 bis.4 CP. Y ciertamente podrá convenirse en que la incriminación de la percepción de ventajas por parte de DAEC* para que ejerzan su ascendencia sobre los deportistas o árbitros a fin de que éstos alteren un resultado deportivo puede suponer una excesiva expansión del ámbito típico, adelantando en demasía la barrera de una intervención penal que ya de por sí parece político-criminalmente cuestionable. Sin embargo, y de nuevo con la Ley en mano, lo anterior puede resultar más la expresión de un deseo que de una realidad, desde el momento en que, por una parte, el elemento subjetivo del injusto no viene descrito adjetivando la conducta de los perceptores de ventajas «para que predeterminen o alteren ... el resultado ...» (*id est*, ellos, de propia mano), sino que concurre respecto de aquellas conductas «que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado (...)», lo que literalmente se dará, por ejemplo, cuando un directivo de una entidad deportiva reciba ventajas de otro de otra entidad siendo el ánimo de adulterar la prueba la causa de tan reprobable negocio jurídico³⁹. Contar previamente con la connivencia de los directamente implicados en el juego podrá interesar a un determinado desvalor de resultado, pero no parece que sea, guste o no, el que ha acabado re-

³⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de 'fraudes deportivos'...*, cit., p. 163.

³⁹ Ello nada tiene que ver con el hecho de que el «tráfico de influencias» en sentido estricto, esto es, el de aquellos casos en los que hay prevalimiento de una situación personal para influir en otro, pero sin mediar contraprestación a cambio, no haya sido efectivamente recogido con la fórmula del art. 286 bis, que requiere, en todo caso, que el favorecedor obtenga beneficio o ventaja. En este sentido se pronuncia CASTRO MORENO, A., *El nuevo delito ...*, cit., p. 29, quien, a título de ejemplo, señala que el árbitro que es convencido por un amigo para que favorezca al club deportivo al que dicho amigo pertenece no incurre en delito alguno por mucho que incluso llegue materialmente a adulterar el resultado de la prueba o competición.

quiriendo el precepto, que se conforma con un momento anterior para dar por verificada la tipicidad, siempre que aquel fin indicado informe la percepción, solicitud o aceptación de la ventaja. Por otra parte, la propia afirmación de que el directivo no tiene influencia directa en el juego puede reflejar una visión parcial del espectro de situaciones posibles, pues parece ceñida a la alteración de un concreto encuentro en un deporte colectivo; sin embargo, con lo hasta aquí visto, cabe pensar también en un deporte individual (prueba, encuentro o competición deportiva) en el que, con la intervención del directivo, se altere la competición. Por ejemplo, en el soborno a un directivo para que el tenista simule una lesión, con lo que se da por perdido el partido; o para que el ciclista abandone la carrera, beneficiando a un tercero. Por último, no puede perderse tampoco de vista que la dicción legal no alude sólo a comportamientos realizables de forma coetánea al desarrollo del juego (y, por tanto, solo comisibles por quienes materialmente intervienen en el terreno de juego). El texto legal habla de conductas que tengan por finalidad *predeterminar* (por tanto, realizables también antes del juego) o *alterar* el resultado, lo que también puede hacerse, por ejemplo, por los órganos disciplinarios integrados en las Federaciones deportivas.

También esta observación opera, pues, en sentido ampliatorio respecto de la interpretación comentada.

6. En definitiva, y recapitulando en relación con la acotación de los sujetos típicos, considero más ajustado al tenor literal y a la posible función político criminal del precepto entender que el reenvío mediante la fórmula «*en sus respectivos casos*» usada en el último apartado del precepto (4º) debe entenderse efectuado en el sentido de sustituir la referencia genérica a los DAEC contenida en los apartados anteriores (1º y 2º) por la más específica a los DAEC* y DAJ incorporada por el aptdo. 4º, prescindiendo de otras acotaciones posibles que, aunque tal vez comprensibles como opción político-criminal, no vienen especialmente avaladas por la redacción legal aprobada, como es el caso de la transformación de la corrupción activa en un delito especial solo comisible por los DAEC* (cuando la propia EdM parece ya aludir a un espectro más amplio) o la restricción a los DAJ de los sujetos eventualmente corruptibles.

De este modo, entiendo que, por una parte, cualquiera puede actuar en forma típica como corruptor (art. 286 bis.4º en relación con la conducta del apartado 1º), pudiendo, por otro lado, tanto DAJ como DAEC* ser autores de la corrupción pasiva.

7. Saliendo, finalmente, de la concreción del ámbito de los posibles sujetos del delito y su posición en la configuración típica, no se

agotan tampoco las observaciones posibles al planteamiento de referencia. Bastará a los efectos ahora pretendidos llamar la atención sobre dos únicas cuestiones añadidas, que habrán de retomarse en el siguiente epígrafe:

- a) Sobre el hecho de que en las diversas redacciones manejadas por BENÍTEZ ORTÚZAR se mantiene como componente fijo la opción por la acumulación de los elementos subjetivos que deben informar la conducta objetivamente realizada: tanto el fin de favorecer al «otorgante» (aptdo. 2º) o al «otorgante o a un tercero» (aptdo. 1º) frente a terceros (aptdos. 1 y 2) como el de alterar fraudulentamente el resultado (aptdo. 4) se incorporan simultáneamente (sumados) al conjunto de las (siete) redacciones consideradas posibles, cuando posible es también entender, por ejemplo —y de nuevo a efectos solo dialécticos y siguiendo la hipótesis antes apuntada en virtud de la cual el aptdo. 4º habría podido pretender sólo sustituir por sus previsiones específicas las genéricas contenidas en los anteriores apartados del precepto—, que el único elemento subjetivo que trasciende al tipo objetivo es el específicamente reseñado en el propio apartado 4º.
- b) Por otra parte, puede destacarse que las redacciones propuestas tienen también como constante la de la adaptación a placer, para reducirla a su mínima expresión, de la previsión legal de un «incumplimiento de obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales». Este elemento, siendo crucial en la configuración de los tipos básicos de corrupción privada, queda sin embargo camuflado, intencionadamente descafeinado, en su transposición al aptdo. 4º, en el que se ve reducido a un genérico «incumplimiento de obligaciones», como expresión poco menos que retórica, implícita en la propia redacción típica⁴⁰. Esta decisión también parece requerir, desde la perspectiva del principio de legalidad, una mayor explicación. Sobre esta precisión, que en este caso podría restringir el ámbito típico (hasta hacerlo prácticamente inaplicable), se volverá, como se anunciaba, más adelante.

En cualquier caso, las observaciones anteriores no pretenden ser tanto una crítica a la interpretación de referencia comentada en este

⁴⁰ Así se observa en su reformulación del aptdo. 4º en relación con el 1º. No así en la reformulación del apartado 4º en relación con el 2º, en la que se alude a «*obligaciones derivadas de la normativa deportiva*».

epígrafe como al quehacer legislativo. Pues no es, desde luego, la labor del intérprete lo censurable, sino la pereza y la desidia del legislador. Que un reguero de interpretaciones tan dispares puedan caber en la letra de la Ley ya incluso para identificar los posibles sujetos activos del delito —como acertadamente pone de manifiesto BENÍTEZ ORTÚZAR que caben— es por sí solo dato suficientemente indicativo del mal hacer legislativo, que pudiendo especificar este extremo con un mínimo esfuerzo, ha preferido en cambio hacer dejación hasta de estos mínimos exigibles y delegar incluso en este aspecto, esencial, la decisión sobre la impunidad o el castigo (castigo que —en otro alarde de uso simbólico de la potestad punitiva— bascula nada menos que entre los seis meses y los cuatro años de prisión, entre otras consecuencias).

Recordar aquí las manifestaciones del Tribunal Constitucional, cuando reiteradamente ha señalado que no cabe constitucionalmente admitir «*formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador*»⁴¹ podrá parecer al lector una invocación excesivamente genérica si con ella se pretende dar por eficazmente zanjada la aún no estrenada aplicación del precepto. Pero lo que en cualquier caso parece evidente es que no se cumple con esta redacción típica el primer mandato del principio de taxatividad, esto es, el orientado al legislador, según el cual han de configurarse «*las leyes sancionadoras llevando a cabo el «máximo esfuerzo posible» para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones*»⁴². De todos modos, si improbable es —como antes apuntaba— que el tipo llegue a tener efectiva aplicación, por ser expresión de un cuestionable Derecho penal simbólico, más improbable habrá de reputarse aun la posibilidad de que llegue a verse planteada una cuestión de inconstitucionalidad por los motivos indicados. Ante esta situación, en la que si el tipo llega a tener aplicabilidad real se requerirá *de facto* la previa reformulación del mismo en vía judicial, la única posición defendible pasa por propugnar, al

⁴¹ SSTC 34/1996, 11 maz.; 100/2003, 2 jun.

⁴² SSTC 62/1982, 15 jun.; 151/1997, 29 sept.; 100/2003, 2 jun.; 218/2005, 12 sept.; 297/2005, 21 nov. No concretar siquiera la categoría del sujeto activo representa una indolencia sólo superable por la no concreción de la consecuencia jurídica, opción que, por perezosa e inaceptable, ya fue tempranamente vetada por el TC con motivo de su acotación a lo tolerable en relación con el uso de la técnica legislativa de las leyes penales en blanco.

menos, la más estricta observancia de los principios interpretativos en esa reformulación, aunque de ellos derive una aun mayor restricción del ámbito típico y, con ello, de aquellas ya de por sí remotas posibilidades de aplicación. El apartado que sigue explora ese camino, jalonado de nuevas dificultades.

2. *Sujeción al paradigma de la corrupción privada*

Como ha podido comprobarse, las incertidumbres ocasionadas por la indolencia legal en relación con la posición de los sujetos implicados en la tipicidad pueden ser —aunque con esfuerzo interpretativo superior al que hubiese resultado necesario— razonablemente sorteadas: a mi juicio —como he señalado— considerando la corrupción activa como tipo común, y extendiendo a todos los expresamente enumerados (DAEC*+DAJ) el círculo de potenciales corrompidos (sujetos activos de la corrupción pasiva). Sin embargo, con ello no se disuelven, ni mucho menos, las dificultades que entraña el precepto. Bien al contrario, su sola ubicación sistemática —todo menos intrascendente— las amplifica.

En efecto, tal ubicación, que incardina a esta novedosa figura como apéndice de una tipicidad a su vez experimental en nuestro Derecho —la *corrupción entre particulares*—, responde a una decisión más intuitiva que razonada del legislador. Al punto que puede decirse que éste, persuadido ya como estaba de la conveniencia de incorporarla al Código penal, se limitó a intentar depositarla en un lugar con el que guardara cierta afinidad. Y tratándose efectivamente de supuestos de corrupción, activa y pasiva —como enseñaban los modelos italiano y portugués en los que se miró el legislador español— y, como en principio parece, corrupción distinta de la pública⁴³, la previsión de una también novedosa Sección 4ª en el Capítulo XI había de resultar providencial⁴⁴. La pereza legislativa ya aludida habría hecho el resto en la confección de este desafortunado tipo penal.

⁴³ Aunque el desempeño de funciones públicas por parte de algunos de los potenciales sujetos implicados propicia mayores conexiones con la corrupción pública que las que a primera vista pudiera suponerse; sobre ello, *Infra*, III.

⁴⁴ Sin perjuicio de que quepa encontrar propuestas doctrinales capaces de abarcar la corrupción en el deporte a la vez que la genérica corrupción en el ámbito comercial. Véase, VOLK, K., *Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung*, en GÖSSEL/TRIFFTERER (eds.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf* (1999), p. 424.

De ello, lo relevante ahora es que con esa decisión —que abunda por otra parte en una creciente dispersión de tipos⁴⁵—, se somete la tipicidad del fraude en competiciones deportivas a un paradigma que le es esencialmente ajeno, pensado en realidad para el ámbito comercial, pero respecto del que, sin embargo, se viene a configurar como *lex specialis*⁴⁶. De ese modo, con la fórmula utilizada, los elementos típicos específicos del apartado 4º del art. 286 *bis* CP se vienen en principio a sumar a los generales ya contenidos en los apartados precedentes. Y se hace participar a esta figura, así, de las rigideces de aquéllos, de sus condicionamientos y, como no, de sus propios defectos de redacción, al no haberse invertido suficiente esfuerzo en concretar otros contornos propios.

A resultas de lo anterior, son varios los frentes que comprimen y condicionan la nueva figura delictiva, imponiéndole peajes de los que no resulta fácil zafarse, y que pueden debilitar aún más sus mermaidas pretensiones político-criminales. A continuación se dará cuenta de tres de dichos condicionantes, los fundamentales⁴⁷, que se abordarán de menor a mayor en cuanto a la importancia del estrangulamiento que serían —de no poder ser sorteados— capaces de producir. Este repaso debe empezar, no obstante, por una reflexión general sobre el sentido de la corrupción genérica entre particulares en la que se incardina nuestro delito (2.1), y que afecta, como parte que es de su carga genética, a su comprensión y arquitectura general.

2.1.— Aspectos generales de la tipicidad

Con carácter general, lo primero de lo que se debe ser consciente al acercarse al nuevo delito de *corrupción entre particulares* es del hecho de que no se está ante una estructura anti-prácticas colusorias como la que puede inspirar la legislación de defensa de la competen-

⁴⁵ Son ya varios, en efecto, los tipos que, con el hilo conductor del Deporte como telón de fondo, han ido asomando en nuestro Código con las sucesivas reformas de la última década. La L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo en el art. 557 CP, en el ámbito de los desórdenes públicos, la violencia con ocasión de los espectáculos deportivos; mediante L.O. 7/2006, de 21 de noviembre, se introdujo en el ámbito de los delitos contra la salud pública la figura del dopaje (art. 361 *bis* CP).

⁴⁶ Expresamente en este sentido, CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011, p. 637.

⁴⁷ Hay más. Pues no puede perderse de vista que existen otras previsiones que resultan también extrañas a la corrupción en el ámbito deportivo, como la pena de inhabilitación especial «para el ejercicio de industria o comercio», que la redacción legal hace extensiva a este delito.

cia. Aunque la tutela de la competencia leal fuese —como efectivamente fue—, el claro *leit motiv* que guió al legislador penal, el producto resultante se desvió notablemente de una nítida y exclusiva tutela competencial y, por lo tanto, de lo que —al menos formalmente⁴⁸— se pretendía. Dicho rápidamente, en aras de la claridad (aunque sea en detrimento en este momento de una mayor exactitud): con el delito de corrupción privada se incrimina el pago a un empleado para que favorezca a un competidor, pero siempre que ello tenga lugar perjudicando también (potencialmente) a su propio principal. No sólo se contemplan, en otras palabras, conductas desleales *ad extra* (con otros competidores), sino que también deben ser «internamente desleales»⁴⁹, esto es, lesivas para los intereses de la empresa que —a consecuencia de la deslealtad de su empleado— se convierte en receptora de bienes o servicios menos convenientes, sea por su inferior calidad o por su superior precio.

Y es que con la tipificación de la corrupción privada se constata una paradoja, por lo demás frecuente. *Simpliciter*: queriéndose aparentemente tutelar una cosa, se ha tutelado, de facto, otra no exactamente igual. En efecto, aunque los precisos precedentes de esta figura permiten rastrear con facilidad sus motivaciones⁵⁰, revelando a las claras una *mens legislatoris* volcada en la tutela del orden competencial en el mercado, la realidad legislada no ha obedecido sin embargo al modelo puro de *competencia desleal*, sino que se ha escorado claramente hacia el *modelo de infracción de deberes*, alumbrando una solución mixta en la que se exige (el peligro de) un perjuicio patrimonial para el propio empresario además de una afectación (muy remota y entumecida) de la Competencia. Así resulta —y aunque parte de la doctrina refiera sólo la competencia leal como objeto tutelado⁵¹— si se desciende del nivel político-garantista al dogmático-in-

⁴⁸ Pues vista la escasa lesividad que para la propia Competencia como bien supraindividual revisten las conductas incriminadas, se diría —en otro orden de análisis— que la auténtica pretensión fue la de dar simple cumplimiento a lo requerido por la DM 2003/568, sin importar la creación de un tipo penal simbólico y de difícil aplicación.

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M./ROBLES PLANAS, R./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Comentarios* (2012), cit., p. 420.

⁵⁰ Véase, Acción Común del Consejo 1998/742 JAI, de 22 de diciembre (DOL 31 diciembre 1998, núm. 358), Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio (DOL 31 julio 2003, núm. 192) o la propia E. de M. de la L.O. 5/2010.

⁵¹ Quienes así opinan hablan de libre concurrencia, libre competencia, competencia leal o competencia justa y honesta (esto último en consonancia con las palabras usadas por la E. de M. de la reforma). Cfr. BAÑARES SANTOS, F., *La corrupción entre privados* (art. 286 bis, 287 y 288), en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Aranzadi, 2010; VENTURA PÜCHSEL, A., *Corrupción entre*

terpretativo en el proceso de concreción del bien jurídico. Es decir, si en lugar de permanecer en la grada de las consideraciones sobre qué se ha deseado tutelar (o qué pueda estar legitimado como objeto de tutela)⁵², se desciende a la arena de la concreta palabra del legislador, aceptando en este proceso de identificación de lo tutelado también la interrelación con los concretos términos típicos. Previsiones como la exclusión del empresario como sujeto activo de la corrupción pasiva privada o, sobre todo, la referida al incumplimiento de obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales⁵³ alcanzan en este cometido un papel determinante⁵⁴, perfilando a ésta como una figura con objeto de protección bifronte, que protege por una parte a los competidores del operador económico desde el que el corrupto interviene en el mercado (y, de forma mediata, la Competencia), así como, por otra parte, al propio empresario de aquél⁵⁵. Huelga decir que la constatación de este significado dúplice a partir de la realidad legislada no implica su defensa como opción político criminal, opción que, bien al contrario, considero personalmente desafortunada, en especial por la problemática concursal que es capaz de generar.

particulares, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant, Valencia, 2010, p. 323; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado y los consumidores y los delitos societarios por el proyecto de L.O. 121/119, de modificación del Código penal*, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (Coord.), *Reforma del Código penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*. Madrid, 2008, p. 150; NAVARRO FRÍAS, I./MELERO BOSCH, L.V., *Corrupción entre particulares ...*, cit., p. 9; OTERO GONZÁLEZ, P., *La corrupción ...*, cit., p. 39.

⁵² Sin prejuzgar ahora si la Competencia leal es o no objeto digno y necesitado de tutela frente a este tipo de conductas. GILI PASCUAL, A., *Bases ...*, cit., p. 10-13; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *PE*. 3^a (2011), p. 308; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., en ARANGÜENA FANEGO/SANZ MORÁN (coords.), *La reforma de la Justicia penal. Aspectos materiales y procesales*. Valladolid, 2008, p. 176.

⁵³ Previsión esta última con la que el Derecho español va incluso más allá de la previsión de actuación «de forma desleal» que contiene el precepto alemán en el que se inspira como modelo (§299 StGB).

⁵⁴ Los elementos citados, efectivamente —junto con otros como los criterios de menor gravedad de la conducta establecidos en el aptdo. 3º del art. 286 bis—, apuntan hacia un contenido de fidelidad con el empresario. El hecho de que la conducta típica que a través de ellos queda recortada no sea precisamente una selección de formas más incisivas de agredir a la Competencia, abona la idea de que los intereses del empresario forman, *de facto*, parte del objeto tutelado, debiendo ser tomados en consideración para valorar la concurrencia del desvalor de resultado. Ampliamente, contraponiendo la *voluntas legislatoris* con la dicción legal, véase GILI PASCUAL, A., *Bases ...*, cit., p. 15 ss.

⁵⁵ GILI PASCUAL, A., *Bases ...*, cit., p. 35; véase, también, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?*, Icade, nº 74, p. 228, n. 11; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *PE*. 3^a (2011), p. 307 s.; ROSAS OLIVA, J.I., *Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado*, CPC, nº 99 (2009), p. 114.

En cualquier caso, lo relevante aquí es alertar de que, por lo dicho, todo este bagaje que envuelve a la figura genérica de *corrupción entre particulares* está llamado a ejercer su influencia en la comprensión de la corrupción deportiva, lo que puede afectar:

a) A la identificación de su propio bien jurídico:

Hasta el momento ha prevalecido en la doctrina la idea de que lo tutelado por el nuevo 286 bis 4 es la transparencia y la rectitud de las competiciones deportivas⁵⁶; o, si se prefiere, lo que de forma más elaborada algunos autores han venido a denominar «integridad deportiva»⁵⁷, concepto que abrazaría «además del juego limpio o *fair play*, la tutela indirecta de todos los intereses que engloba el deporte profesional y que son inherentes al mismo»⁵⁸.

Abstracción hecha de la legitimidad de semejante bien jurídico «lealtad deportiva» como bien jurídico-penal (que no la tiene⁵⁹), esta identificación guarda plena coherencia con la pretensión manifestada

⁵⁶ A la integridad, pureza y «credibilidad» de la competición deportiva se refiere GARCÍA CABA, M.M., *Las conductas fraudulentas en el deporte ...*, cit., p. 331; al interés público en que las competiciones no resulten amañadas, lo hace BAÑARES SANTOS, F., *La corrupción entre privados (art. 286 bis, 287 y 288)*, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Aranzadi, 2010, p. 250. De forma más ambiciosa, CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S., *Comentarios* (2011), cit., p. 636, expanden la tutela a dos frentes: «a) el correcto funcionamiento de la libre competición deportiva en las ligas profesionales de los respectivos deportes en donde las haya; b) la probidad de las apuestas que por cualquier medio se realizan en relación a los resultados de las mencionadas competiciones profesionales». También optan por reforzar la entidad de lo protegido, SILVA SÁNCHEZ, J.M./ROBLES PLANAS, R./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Comentarios* (2012), cit., p. 433 y 434, apuntando hacia la dimensión económica del resultado de una prueba. Sin embargo, los términos típicos parecen haber sido más conformistas, y no corroboran esa dirección lesiva, por más que debería considerarse recomendable que lo hicieran.

⁵⁷ MORILLAS CUEVA, L., *El tratamiento jurídico del fraude ...*, cit., p. 66; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de 'fraudes deportivos' ...*, p. 86 y 118. El término «integridad deportiva», como apunta este último autor (op. cit., p. 86), no es desconocido en la normativa deportiva (así, p.e., aparece en el Reglamento de aplicación de los Estatutos de la FIFA, art. 9; puede verse la versión de agosto 2011 en: http://www.fifa.com/mm/document/affederation/generic/01/48/60/05/fifastatuten2011_s.pdf). Bajo este paraguas confluirían, además de la lealtad deportiva y el juego limpio, «la salud pública, la salud individual de los deportistas y los intereses económicos inherentes a la práctica de determinados eventos deportivos» (*loc. ult. cit.*).

⁵⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., op. cit., p. 118.

⁵⁹ Coincidente, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal ...*, cit., p. 555; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *PE*, 3^a, p. 313. De otro parecer, GARCÍA CABA, M.M., *Las conductas fraudulentas en el deporte ...*, cit., pp. 330, 332, apelando a la creciente importancia del sector deportivo a diferentes niveles, que, sin embargo, no justifica por sí sola, a mi entender, la intervención penal.

en los distintos foros prelegislativos, que no fue otra que la de dar un salto cualitativo en la protección de las reglas del juego para castigar como delito lo que hasta entonces sólo se protegía a través de lo prevenido en el art. 76.1 c) LD⁶⁰, que contempla como infracción muy grave «a las reglas del juego o competición o a las normas deportivas generales» «las actuaciones dirigidas a predeterminar mediante precio, intimidación o simples acuerdos el resultado de una prueba o competición».

Pues bien: esta conclusión, que proclama que el bien jurídico tutelado en el aptdo. 4º es la integridad deportiva, podría sentirse razonablemente cómoda como transposición al ámbito deportivo de la competencia mercantil leal que tutelarían los apartados precedentes. Pero —sin prejuzgar que así sea— puede tambalearse si falla la premisa, esto es, si se advierte que la corrupción privada no tutela estrictamente la Competencia leal.

- b) A resultas de lo anterior, la influencia de la corrupción privada puede afectar también a la forma en que aparece efectivamente recortada la conducta típica de la corrupción deportiva.

Téngase presente, *ad cautelam*, que en la tipicidad de la *corrupción entre particulares* no encuentran cabida todos los sobornos entre privados ni, por descontado, siquiera los más lesivos para la Competencia (que, dicho sea de paso, se ve en realidad escasamente afectada⁶¹). A consecuencia de la descripción legal, quedan por ejemplo excluidas las dádivas al dueño del negocio, así como las daciones o promesas por él consentidas y las no perjudiciales para el mismo, aunque le resulten desconocidas⁶².

⁶⁰ Art. 76.1.c) Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (B.O.E. 17 oct., núm. 249, rect. B.O.E. 20 jul., núm. 173), en previsión reiterada por el R.D. 1591/1992, de 23 de diciembre (art. 14.c).

⁶¹ Basta, a lo sumo, el peligro concreto para un competidor, sin que la conducta descrita sea apta para afectar de forma relevante al bien jurídico supraindividual Competencia en el mercado. GILI PASCUAL, A., *Bases ...*, cit., p. 16 ss., 35; VENTURA PÜCHSEL, A., *Sobre la tipificación ...*, cit., p. 508; DEL MISMO, *Corrupción entre particulares*, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant, Valencia, 2010, p. 323; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *PE*, 3ªed. (2011), p. 307.

⁶² Cabrían en el tipo, por ejemplo, determinadas conductas de *Kick-back* (comisiones satisfechas al representante de la empresa adjudicadora por parte del contratista), pero cuando supusieran a la vez un perjuicio para la empresa representada, lo que no deja de generar importantes fricciones concursales con el tipo de administración desleal (art. 295 CP). Sobre las dificultades para incluir estas conductas en la tipicidad del art. 295, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Corrupción ...*, cit., p. 237 ss. En relación con su subsunción en el tipo alemán de corrupción en el sector privado (§299 StGB), véase SZEBROWSKI, N., *Kick-Back*. Carl Heymanns Verlag. Köln, 2005, p. 133 ss.

Por ello, y puesto que todo lo anterior se obtiene a partir del efecto que producen los términos de la descripción típica en la pretensión de tutela competencial del legislador, deberá revisarse ahora en qué medida la interpretación de tales términos afecta al resultado «protección de la integridad deportiva» pretendido en este caso⁶³ con la tipificación del fraude en competiciones deportivas.

2.2. Exclusión del empresario como sujeto activo de la corrupción pasiva.

Uno de los aspectos que llaman más poderosamente la atención en la tipificación de la corrupción privada es el hecho de que, entre los posibles sujetos activos de la modalidad pasiva, no se menciona al empresario (persona física o jurídica), pese a ser la suya, precisamente, la conducta que alberga mayor potencialidad lesiva en términos de Competencia. En efecto, el apartado segundo del art. 286 bis CP recoge la conducta del directivo, administrador, empleado o colaborador de una «empresa mercantil, sociedad, asociación, fundación u organización» que reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados, pero sin incluir como perceptor a la propia «empresa mercantil, sociedad, asociación, fundación u organización» ni al empresario individual. Paralelamente, el art. 286 bis.1 no castiga a quien prometa ofrezca o conceda a una «empresa mercantil, sociedad, asociación, fundación u organización» un beneficio o ventaja, sino a quien la ofrezca a sus directivos, administradores, empleados o colaboradores. Puestos a especular, son seguramente varias las consideraciones que podrían intentar explicar (que no justificar) esta exclusión⁶⁴. Pero se trata, en cualquier caso, de un evidente descuido del legislador, provocado por la propia

⁶³ Con independencia ahora de que sea o no un bien legítimo como bien jurídico-penal.

⁶⁴ En su espíritu político-criminal podría latir la idea de que la restricción habría de permitir, como efecto deseable, dejar fuera del tipo especialmente a empresas familiares y pequeños negocios, en los que el titular es claramente identificable. En cambio, en las grandes sociedades mercantiles, esa personalización, como perceptor de la ventaja indebida, no resulta, criminológicamente hablando, tan factible, pues no es fácil imaginar que todos los socios (titulares de la sociedad) sean los perceptores del beneficio. Aunque un administrador sea propietario de una parte del capital social — indican NIETO/BAÑARES— la aceptación de ventajas seguiría constituyendo un comportamiento atípico de no contar con el consentimiento del resto de los accionistas (NIETO MARTÍN, A./BAÑARES SANTOS, F. *Corrupción entre privados*, en *La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa*, BIMJ, año LX, suplto. al núm. 2015, 2006, p. 220).

Decisión Marco 2003/568/JAI objeto de transposición al Derecho español, en cuyo artículo 2º tampoco se contempló como receptor de la ventaja al empresario, sino sólo a quien desempeñare «funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado»⁶⁵. No obstante, constatar tal circunstancia⁶⁶ no evita que, como parte de la realidad legislada, deba pasarse por los efectos que produce. Añádase que esta exclusión no resulta (satisfactoriamente) subsanada, en lo que al empresario persona jurídica pueda referirse, por la previsión de su responsabilidad ex art. 288 CP, como más adelante se razona.

A lo anterior debe unirse el hecho de que el Derecho español no ha recogido la posibilidad de que el beneficio sea para un tercero (*Drittvorteil*), sino que la ventaja debe ser siempre para el corrupto (c. pasiva), vetándose así la posibilidad de que el empleado la perciba para su principal⁶⁷. Ello no deja de constituir una diferencia notable con la figura supuestamente homóloga en el ámbito de la corrupción pública, el cohecho, en el que sí se incrimina la conducta de la autoridad o funcionario público que recibe o solicita dádivas en provecho propio o de un tercero (arts. 419 ss.). En este caso, el tenor de la DM 2003/568 no puede servir de excusa para la imprevisión, pues su antes

⁶⁵ La DM 2003/568/JAI definió los comportamientos de corrupción activa y pasiva en el sector privado del siguiente modo (artículo 2º, aptdo 1º):

«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.»

⁶⁶ NAVARRO FRÍAS, I./MELERO BOSCH, L.V., InDret 4/2001, p. 19.

⁶⁷ En el delito de corrupción entre particulares se puede ofrecer la ventaja (286 bis.1 CP) o recibirla (286 bis.2 CP) a través de tercero («*persona interpuesta*»), del mismo modo en que también se puede ofrecer dicha ventaja (286 bis.1 CP) con la finalidad de ser favorecido tanto el propio oferente como un tercero: 286 bis.1 CP (El elemento subjetivo del injusto en el 286 bis aptdo. 2º vuelve a referir, en cambio, sólo el favorecimiento de quien otorga, no de terceros distintos). Sin embargo, en todo caso (286 bis.1 y 286 bis.2 CP) el beneficio o ventaja debe ser personal (id est, para el corrupto= pasivo), y no para un tercero, como pueda ser la entidad o empresa en la que opera. No cabe, en otros términos, el denominado en la doctrina alemana *Drittvorteil*.

citado artículo 2º sí se refería expresamente a ventaja indebida de cualquier naturaleza *para dicha persona o para un tercero*.

Todo ello arroja como resultado que, en el ámbito de la corrupción privada, no sólo no sean típicos el ofrecimiento de sobornos al empresario o su percepción por parte de éste, sino que tampoco lo sea recibir el directivo, administrador, empleado o colaborador la ventaja para aquél (el empresario). Esta herencia envenenada —en el sentido de que impide dispensar una tutela homogénea a supuestos de análoga o superior lesividad—, se traslada sin paliativos a la tipicidad del fraude deportivo, y resulta difícilmente eludible⁶⁸.

2.3. Elementos subjetivos del injusto

Además del dolo, única modalidad de comisión típica posible, la conducta objetivamente realizada debe tener *«por finalidad predeterminedar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales»*, según reza el apartado 4º. Con ello se añade expresamente un nuevo elemento subjetivo del injusto a este delito de mera actividad y de peligro, añadido que redundará en su ya certificada construcción como delito de resultado cortado, que le viene dada a través de su redacción por remisión a las conductas de los apartados primero y segundo precedentes.

Pues bien, en propiedad, la estructuración del precepto como ley especial conlleva la acumulación de requisitos, de modo que lo correcto es entender que en la corrupción activa debe sumarse el elemento subjetivo del injusto indicado al previsto en el apartado 1º, y hacer lo propio con la corrupción deportiva pasiva, acumulándolo en este caso al previsto en el apartado 2º. Así,

- a) Las conductas de corrupción deportiva activa podrán considerarse típicas si la acción del autor tiene por finalidad la alteración del resultado deportivo y es realizada para que le favorezcan a él o a un tercero frente a otros;
- b) mientras que las conductas de corrupción deportiva pasiva lo serán, por su parte, si la acción de su autor se orienta a alterar el resultado deportivo con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja.

⁶⁸ Así, por ejemplo, deberá reputarse inexplicablemente atípico el ofrecimiento a una sociedad anónima deportiva del traspaso en condiciones ventajosas de un jugador como ventaja a cambio de que el equipo que la representa se deje ganar.

Esta interpretación cumulativa, que ha sido ya acogida en doctrina⁶⁹, tiene la evidente consecuencia de estrechar el ámbito típico, al sumar exigencias; pero en la medida en que continúen existiendo conductas capaces de pasar por ese más encogido ojo de aguja resultante, ningún reproche puede oponerse desde el principio de vigencia. Y tales conductas existen, y son localizables sin dificultad; piénsese, por ejemplo y sin ir más lejos, en el pago al árbitro por parte de uno de los contendientes para verse favorecido en el encuentro, conducta que cumplimentaría las exigencias tanto de la corrupción deportiva activa como, si el árbitro acepta, de la corrupción pasiva. Fuera quedarían, en cambio, los casos en los que se ofrece o se recibe ventajas con la finalidad de alterar fraudulentamente el resultado pero, ello no obstante, sin las pretensiones correspondientes de los apartados 1º o 2º precedentes.

Y es aquí donde la acumulación puede cobrar mayor trascendencia, si se repara en que las intenciones previstas en tales apartados 1º y 2º se describen de forma asimétrica: mientras que para integrar la corrupción activa la *tendencia trascendente* al tipo objetivo que ha de asistir al autor puede ser tanto la de *ser favorecido él mismo como un tercero*, la que informa la corrupción pasiva sólo puede ser la de favorecer al propio corruptor, esto es, a aquél que *le otorga o del que espera el beneficio o ventaja*, pero no a un tercero. Ello genera una importante asimetría típica que recibe en herencia el delito de corrupción deportiva, y que puede comportar importantes impunidades en el ámbito de la corrupción pasiva, pese a ser punible la corrupción activa correlativa. La especificación de lo que sea *favorecer* cobra por esta vía una importancia crucial, pues de ello depende quién deba ser considerado tercero, y por tanto ajeno a la tipicidad pasiva.

Así, si el *favorecimiento* se entiende en términos deportivos —como en principio pudiera parecer defendible dado el ámbito en el que nos movemos— resultará que favorecido sólo lo es quien interviene en el juego; quien, en otros términos, ve como el resultado que conforme a las reglas deportivas no le ampararía, se torna a su favor. De modo que otro tipo de beneficios reflejos, como los económicos u otros más espiritualizados que puedan derivar como efecto secundario de un determinado resultado amañado, no convertirían a sus

⁶⁹ En este sentido, CASTRO MORENO, A., *El nuevo delito ...*, cit., p. 29, aunque parece volver a dejar abierta la cuestión en la página siguiente; también, BENÍTEZ ORTÚZAR, quien incluye ambos elementos subjetivos en sus propuestas de redacción integrada del tipo (op. cit., p. 124 s. y 127).

perceptores en *favorecidos* en el sentido legal, sino en terceros —respecto de esa condición—. A efectos de obtener encaje en el tipo del art. 286 bis 4º, la modalidad activa de corrupción sería inmune a esa interpretación con concepto de favorecimiento restringido, pues prevé también como finalidad típica la de ver favorecido a un tercero. Por lo tanto, aunque quien corrompiese fuese ajeno al juego, el elemento subjetivo seguiría concurriendo por cuanto el autor estaría prometiendo, ofreciendo o concediendo para verse favorecido no él, pero sí un tercero distinto, que en este caso es quien sí participa en el juego. Sin embargo, en estos supuestos en los que la corrupción activa proviene de sujetos ajenos al evento deportivo, quedaría mutilada con esta interpretación del favorecimiento la posibilidad de castigar la correspondiente corrupción pasiva: quien recibiese, solicitase o aceptase la ventaja, no podría estar haciéndolo para favorecer «a quien se la otorgase o del que la esperase», como requiere el tipo, puesto que el favorecimiento que ello le reportaría no sería el deportivo, sino, por ejemplo, otro de tipo económico.

Pensemos en el ejemplo paradigmático de corrupción desde fuera del entramado deportivo: el caso del apostante (externo) corruptor activo. Si éste paga a uno de los contrincantes en el juego para que se deje ganar, siendo que ese resultado le ha de reportar pingües beneficios a consecuencia de su apuesta, el favorecido por el corrupto (si, insisto, se interpreta el favorecimiento en términos deportivos) no es él (corruptor), sino el contrincante en la contienda deportiva. Ello no impide que su conducta como corruptor sea típica, pues, entendido el favorecimiento en esos términos, lo que en rigor habrá pretendido no es el favorecimiento propio, pero sí el de un tercero, posibilidad que también integra el elemento subjetivo del injusto requerido en el art. 286 bis.4º en relación con el 286 bis. 1º⁷⁰. Sin embargo, la corrupción pasiva que beneficia económicamente al corruptor apostante en ese mismo caso resultará, partiendo de los mismos mimbres, atípica (pues quien recibe la ventaja no beneficia en términos deportivos a aquél de quien la recibe —que es lo que exige en este caso el 286 bis. 4 en relación con el 286 bis.2— sino a un tercero, su contrincante en el encuentro).

Aunque el mencionado es, desde luego, el ejemplo paradigmático, la reflexión puede trasladarse a otros supuestos de corrupción de procedencia externa al juego. CASTRO, por ejemplo, se refiere a la

⁷⁰ El beneficio económico que pudiera alcanzar el apostante corruptor (ajeno al juego) no forma parte sino de las motivaciones del delito, de la configuración del móvil del mismo y, por consiguiente, de su agotamiento en caso de llegar a producirse.

conducta del árbitro que, «consciente de la fuerte rivalidad entre dos clubes deportivos, aprovecha que tiene que arbitrar un partido en el que uno de ellos se enfrenta en una final a un tercer equipo, para solicitar al club rival ajeno a la disputa de la final una determinada cantidad a cambio de perjudicar en la final a su histórico rival»⁷¹. En este supuesto, la reflexión antedicha resulta igualmente aplicable, pues de nuevo la corrupción pasiva que describe habría de reputarse atípica, al no dirigirse la conducta del árbitro a favorecer al mismo que «*le otorga o del que espera el beneficio o ventaja*». A menos que se incluya aquí como integrante del concepto legal de favorecimiento también el beneficio espiritualizado que en nuestro ejemplo puede entenderse que obtiene el club rival, la conducta habrá de quedar impune (a salvo —se sobreentiende— su encaje como participación en la corrupción activa, si la solicitud hubiese sido atendida).

Esta asimetría, que provoca la impunidad de la corrupción pasiva en supuestos en los que, sin embargo, es punible la correlativa conducta activa, no resulta justificable. Casos como el puntual y acaso poco representativo acabado de exponer no deben llevar a ignorar la importancia de otras realidades criminológicas (singularmente, apuestas deportivas) que quedarían fuera de la tipicidad en su vertiente pasiva, sin plausible justificación desde el punto de vista de su lesividad. De hecho, una interpretación restrictiva de lo que constituya favorecimiento, ciñéndolo al estrictamente deportivo, puede dificultar incluso la punición de la corrupción pasiva en todos aquellos casos en los que no son los propios intervinientes en el juego (DAJ) quienes protagonicen la correlativa vertiente activa (sin ir más lejos, DAEC*), pues en rigor deportivamente no se favorece al directivo, administrador, empleado o colaborador que paga el soborno, sino a los contendientes en el terreno de juego o, por extensión, al club al que representan. Esta línea de interpretación conduce, pues, a una atrofia de la tipicidad que no parece que imponga principio interpretativo alguno. Entiendo, por ello, que debe superarse la asimetría heredada de la descripción típica de la corrupción privada, entendiendo que integra el favorecimiento referido en la conformación del elemento subjetivo del injusto típico no sólo el estrictamente deportivo, sino también el económico (no así el meramente espiritualizado aludido), lo que reduce el círculo de posibles terceros, ampliando proporcionalmente el ámbito de aplicación de la corrupción deportiva pasiva.

⁷¹ CASTRO MORENO, A., *El nuevo delito ...*, cit., p. 29.

2.4. Incumplimiento de obligaciones

Uno de los elementos más trascendentes —y a la vez más distorsionantes— en la descripción típica de la corrupción privada es la exigencia de un «incumplimiento de obligaciones», que el legislador español, acogiendo parcialmente a las posibilidades ofrecidas por los dictados de la DM transpuesta, quiso limitar a las específicamente relacionadas con la «*adquisición o venta de mercancías*» o la «*contratación de servicios profesionales*»⁷². Aunque los efectos de este componente en el tipo general de corrupción entre particulares son, como se ha dicho, muy significativos, la doctrina parece haber pasado de puntillas sobre este elemento a la hora de incorporarlo al tipo de corrupción deportiva resultante de la remisión legal, como parte que es de «*lo dispuesto*» en el artículo matriz. Por ello, conviene a continuación precisar brevemente cuáles son en esencia esos efectos, para resolver después si y cómo, en su caso, deben trasladarse a la corrupción deportiva.

Vayamos con lo primero. En general, exigir un incumplimiento de obligaciones en la compra-venta de mercancías o en la contratación de servicios supone incorporar al tipo, junto a la deslealtad externa, hacia el mercado, una dimensión de deslealtad interna, que lleva a emparentar irremisiblemente a esta figura con la administración desleal (art. 295 CP)⁷³. Ello es así a consecuencia de que en estos ámbitos indicados (adquisición de mercancías/contratación de servicios) las obligaciones de los sujetos de quienes se predicen (DAEC) lo son, sólo, frente a su principal, y no frente al mercado⁷⁴. Desplegando lo anterior, de forma sinóptica, pueden destacarse distintas consecuencias en órdenes diversos:

- a) En primer lugar, en el terreno de los intereses tutelados por la norma, cuestión a la que se ha hecho ya alguna alusión: aunque la intención del legislador fue, con toda claridad —y según él mismo manifiesta—, la de tutelar la competencia leal en el mercado, la redacción legal, conscientemente o no, traiciona dicha finalidad en el ámbito de la corrupción pasiva. Diversos elementos

⁷² El artículo 2.1 DM 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, describía las conductas de corrupción activa y pasiva aludiendo a la realización o abstención de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones, pero autorizando a los estados miembros a limitar sus previsiones a actos que «implicasen o pudiesen implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o servicios comerciales» (aptdo. 3 del art. 2º).

⁷³ No sin generar, por cierto, alguna complejidad en materia concursal.

⁷⁴ Ya en este sentido, FARALDO CABANA, P., *Hacia un delito de corrupción ...*, cit., p. 79 ss.; GILI PASCUAL, A., *Bases ...*, cit., p. 24 ss.

del texto y, muy señaladamente, el ahora analizado, introducen un componente que hibrida la figura, sustrayéndola al modelo puro de tutela competencial. En efecto, en la medida en que este componente de infracción de deberes extrapenales incluido en la descripción legal no supone —como ocurre en cambio en otros tipos— especificación del modo a través del que se verifica la agresión competencial, tal elemento no puede adscribirse sólo al desvalor objetivo de acción de la conducta, sino que obligadamente debe considerarse expresión de un nuevo desvalor de resultado necesario, incorporando al tipo un nuevo objeto tutelado. Por su contenido, en otros términos, las obligaciones señaladas no seleccionan las modalidades específicamente peligrosas de ataque al bien jurídico Competencia, sino que su presencia apunta en otra dirección lesiva (el empresario). Por ello, guste o no, la conclusión antedicha es obligada, y nos sitúa ante una figura híbrida en cuanto a su objeto de protección⁷⁵. Con ella no se protege sólo el criterio de la eficiencia como rector del funcionamiento del mercado⁷⁶ (combatiendo su sustitución en las decisiones mercantiles por el de la ventaja ilícita o soborno) sino también los intereses del empresario del corrupto. No estamos ya, en definitiva, ante sola «criminalidad de empresa», sino que el tipo efectivamente legislado cuenta con una importante dimensión de «criminalidad dentro de la empresa»⁷⁷.

- b) Consecuencia directa de lo anterior es la forma en que viene recortado el ámbito típico de la corrupción en el sector privado. Así, y con ser igualmente lesivas para la competencia *ad extra*, quedan sin embargo extramuros del tipo conductas como las dádivas al dueño del negocio, las recibidas, solicitadas o aceptadas por directivos, administradores, empleados o colaboradores que hayan sido consentidas por aquél o las que, aun siéndole desconocidas, no entrañen peligro para el patrimonio de la empresa del corrupto (huelga señalar ahora —sobre ello volveremos después— el efecto demoledor que para la protección de la integridad deportiva tendría el estricto traslado de estas consecuencias al delito de fraude en el Deporte).

⁷⁵ GILI PASCUAL, A., *Bases ...*, cit., p. 35; *vid.*, también, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Corrupción ...*, cit., p. 228, n. 11; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *PE*, 3^a (2011), p. 307 s.; ROSAS OLIVA, J.I., *Consideraciones ...*, cit., p. 114.

⁷⁶ KOEPEL, A.K., *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§299 StGB). Eine Fallanalyse zur Ermittlung von Anwendungsbereich und Grenzen der Norm*. V&R unipress, Göttingen, 2006, p. 98 ss.

⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M./ROBLES PLANAS, R./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Comentarios* (2012), cit., 426.

Conscientes de la distorsión que esta construcción legal ocasiona en la tutela competencial, algunos autores han intentado ceñir el tipo a un modelo puro de competencia desleal por la vía de negar la premisa mayor, esto es, cuestionando que las obligaciones extrapenales cuya infracción se requiere sean obligaciones *ad intra*, e intentando defender —a mi juicio de forma muy forzada— la existencia de obligaciones directas de los empleados en el ámbito competencial⁷⁸. Se trata de planteamientos con un pretendido trasfondo pragmático⁷⁹, pero en realidad más orientados a una —ahora sí atendible— sugerencia de supresión de este elemento *de lege ferenda*⁸⁰ que a una cómoda y pacífica interpretación del derecho positivo⁸¹. No hay que perder de vista

⁷⁸ Así, NAVARRO FRÍAS, I./MELERO BOSCH, L.V., InDret 4/2011, p. 31 ss.; OTERO GONZÁLEZ, P., *La corrupción ...*, cit., pp. 37 ss. Para esta última autora, el incumplimiento de obligaciones requerido por el tipo «se refiere a las obligaciones específicas extrapenales derivadas de la LDC y de la LCD y no a un supuesto de infracción de deberes hacia el empresario». Según señala, «esta opción es, por otro lado, una de las dos propuestas en la DM 2003/568/JAI sobre la corrupción en el sector privado, de la que trae causa el art. 286 bis CP, cuyo art. 1 establece: la expresión «incumplimiento de obligaciones» se entenderá conforme al Derecho nacional. El concepto de «incumplimiento de obligaciones» en el Derecho nacional deberá incluir como mínimo cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado. Nos basamos en esta segunda opción para interpretar este término en nuestro Derecho» (op. cit., p. 43 y n. 96).

⁷⁹ Cual es el de eludir una temida intersección entre la figura del art. 286 bis y la administración desleal, figura esta última que, en opinión de OTERO, fagocitaría el tipo de corrupción privada, haciéndolo de facto inaplicable (OTERO GONZÁLEZ, P., *La corrupción ...*, cit., p. 38). La observación no es, sin embargo, exacta, pues no toda solicitud o aceptación de ventajas ha de constituir a la vez administración desleal (sobre las dificultades para aplicar a los supuestos de *Kick-back* la figura del art. 295, véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Icade*, n.º 74, mayo-agosto 2008).

⁸⁰ OTERO GONZÁLEZ, P., *La corrupción ...*, cit., pp. 38 y 43.

⁸¹ En defensa de este entendimiento, OTERO GONZÁLEZ (op. cit., p. 37) apela a la ubicación sistemática del tipo, al espíritu de la Decisión Marco inspiradora de la reforma, a la inadecuación político-criminal de ciertos modelos extranjeros, a argumentos penológicos o al Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto, argumentos todos que no resultan concluyentes. Se echa en falta quizás, y por otra parte, la especificación de las concretas obligaciones de la Ley de Defensa de la Competencia y de la Ley de Competencia Desleal que incumplirían directamente los directivos, administradores, empleados y colaboradores de una empresa o sociedad de forma autónoma respecto de éstas. En defensa de la existencia de obligaciones del empleado en el orden competencial, NAVARRO FRÍAS y MELERO BOSCH, acuden a la adaptación del supuesto de hecho de una sentencia de la Sala de lo Civil del TS, en la que que se condenó como cooperadores (no autores) de una conducta desleal de explotación de la reputación ajena a los socios de una S.L., sin que se incumplan obligaciones en este caso en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales (op. cit., p. 33).

que, se insiste, las obligaciones referidas no son siquiera cualesquiera obligaciones genéricas en el orden competencial, sino que son, por expreso designio legal, las referidas a la adquisición de mercancías y contratación de servicios, residenciadas de forma natural para directivos y empleados en la normativa societaria y laboral⁸², ⁸³. Ámbito subjetivo natural de la Ley de Defensa de la Competencia lo son, en cambio, de forma directa los operadores económicos que intervienen en primera persona en el mercado (agentes económicos, empresas, asociaciones o agrupaciones de aquellas), y que son objeto de las sanciones previstas (art. 63 LDC), que se cifran, congruentemente, en un porcentaje sobre el volumen de negocio, y ello sin perjuicio de que, de forma derivada y no autónoma, además de la persona jurídica puedan ser sancionados sus representantes o personas que integren los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión (art. 63.2 LDC) y que no hayan votado en contra o hayan salvado su voto. La LCD, por su parte, se aplica a personas jurídicas y físicas, pero a estas últimas también en tanto que operadores directos en el mercado (empresarios y profesionales). Lo relevante en el mercado es, en definitiva, en nombre de quién se actúa en la compra-venta o contratación de servicios, siendo a éste a quien afectan las obligaciones competenciales, con independencia de la estructura interna de sus dependientes, que no cuentan con obligaciones directas *ad extra*.

- c) De forma indirecta, esta configuración de las obligaciones extrapenales que deben incumplirse puede afectar también a la previsión de responsabilidad penal de las personas jurídicas asociada a esta infracción. De nuevo, se advierte el sentido claro de la intención legal: sujetar, sin matices, este delito al nuevo sistema de responsabilidad instaurado por la L.O. 5/2010, mencionándolo expresamente en el listado del art. 288 CP, en el que se asigna a la persona jurídica responsable del mismo la pena de multa. Sin embargo, la realidad derivada del contenido de las obligaciones que debe incumplir el sujeto activo hace que no todo supuesto de corrupción entre particula-

⁸² Los «colaboradores», por su parte, pueden ostentar en sí mismos considerados la condición de empresario u operador en el mercado en términos de competencia; sin embargo, no es esa la dimensión en la que vienen aludidos en el art. 286 bis CP.

⁸³ Una interpretación alternativa a la propuesta pasaría por entender que las obligaciones referidas no son las instituidas por la legislación general, sino las establecidas a nivel interno por *Compliance programs* en el seno de las propias empresas. Sin embargo, estos códigos de conducta firmados con la empresa, tendentes a garantizar el cumplimiento de la legalidad, no parece que deban colmar las exigencias típicas, pues no convence la posibilidad de que el estándar de infracción requerido descienda al nivel contractual en aquellas entidades que dispongan de los mismos, de modo que acabe siendo la autonomía privada la que determine el carácter delictivo (más detenidamente, GILI PASCUAL, A., *Bases ...*, cit., p. 26-27)

res pueda generar con la misma claridad esta clase de responsabilidad en la persona jurídica, por efecto del *modelo de transferencia* (o de imputación) por el que ha optado el legislador español para establecerla.

En efecto, entre las opciones posibles, la reforma de 2010 optó por una responsabilidad derivada⁸⁴ —en detrimento del modelo de responsabilidad directa o propia de la persona jurídica⁸⁵—, considerando así exigible dicha responsabilidad siempre que se constate la comisión de un delito (entendido sólo como comportamiento típico y antijurídico) por parte de una persona física. Y es el criterio de conexión (o imputación) que permite operar esta transferencia de responsabilidad, cifrado en la actuación *por cuenta y en provecho* de la persona jurídica (art. 31 bis CP), el que permite conjeturar en primera instancia la producción de un efecto perverso, que podría matizar la voluntad legislativa de castigar, sin distinciones, a la persona jurídica por los delitos contenidos en el artículo 286 bis. Pues precisamente en los casos previstos en el apartado 2º, cuando el dependiente (directivo, administrador) actúe por cuenta o en provecho de su principal su conducta devendrá —según lo dicho— atípica, imposibilitando la transferencia de responsabilidad a la sociedad en cuyo provecho se actúa. Esta situación no se produciría ciertamente en la posición del corruptor (aptdo. 1º del art. 286 bis) —pues la promesa, ofrecimiento o concesión de ventajas urdida por el sujeto activo con el beneplácito de la propia empresa no afecta a la tipicidad de este tipo común—, pero sí se ocasionaría en la corrupción pasiva (aptdo. 2º), de la que no podría ser autor quien actúa en beneficio de su empresa. Desde un punto de vista ex-

⁸⁴ Sin perjuicio de que se aprecie la existencia de elementos capaces de invitar a la defensa de otros posicionamientos, bien sea el modelo de autorresponsabilidad, bien otros de carácter mixto. Una breve sistematización de posturas con arreglo a la regulación española puede verse en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española*, InDret 1/2012, p. 17 ss. (www.indret.com).

⁸⁵ Que parece preferible. En cualquier caso, la opción depende en última instancia de la finalidad que se quiera dar a las sanciones imponibles. Como explica ZÚÑIGA, si ésta es «evitar la continuidad de la actividad delictiva de la organización, teniendo en cuenta que ellas pueden desarrollar capacidad criminógena más allá de sus miembros y de motivarse por las normas, ha de concebirse como una responsabilidad directa. Si de lo que se trata es de evitar que las personas físicas instrumenten personas jurídicas, ha de concebirse una responsabilidad derivada» (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. Consideraciones de urgencia sobre la reforma al CP de 2010*, en MUÑOZ CONDE, F./LORENZO SALGADO, J.M./FERRÉ OLIVÉ, J.C./NÚÑEZ PAZ, M.A. (Ed. y coord.), Homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz. Tirant, Valencia, 2011, p. 1153 ss.).

clusivamente técnico-formal, podrá argüirse que la responsabilidad de los DAEC que reciben ventajas en provecho de la propia sociedad representada (que, por ejemplo, se ahorra con ello subidas salariales, o se asegura importantes contratos), podrá siempre construirse como *participación* en la corrupción activa de la contraparte, con lo que sí existiría la comisión de un delito (cooperación necesaria o inducción a la corrupción activa) a partir del cual transferir responsabilidad a la sociedad en cuyo provecho se actuó. Sin embargo, debe insistirse en el carácter formal del automatismo utilizado para alcanzar aquella conclusión: sin que sea éste el momento de entrar en honduras sobre la teoría de la participación, sí puede señalarse que es al menos cuestionable que —siempre que se parta de que es el mismo el bien jurídico tutelado por ambas modalidades de corrupción— una conducta neutral, carente de significación típica como autoría para la corrupción pasiva, pueda sin quebranto alguno reputarse relevante como contribución accesoria a la conducta de otro, siendo lesiva, insisto, de idéntico bien jurídico.

Trasladémonos ahora al ámbito de la corrupción deportiva (286 bis 4º). ¿Tiene el elemento indicado el mismo significado y, por tanto, deben atribuírsele análogos efectos? Sobre la extrañeza que produce en este ámbito deportivo el requisito de una infracción de obligaciones en la adquisición y venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, no es preciso abundar. Es por ello que, como se decía, la doctrina ha pasado habitualmente de puntillas sobre este elemento a la hora de trasladarlo al tipo de corrupción deportiva resultante de la remisión legal, de modo que o bien se ha incorporado como simple referencia retórica, reducida a un vago y genérico «*incumpliendo* (el autor) *sus obligaciones*»⁸⁶, casi queriendo significar con ello que tal incumplimiento está poco menos que implícito en la conducta que se describe a través de los restantes elementos típicos⁸⁷; o bien se ha

⁸⁶ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito ...*, p. 124 y 125; CASTRO MORENO, A., *Corrupción en el deporte*, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, cit., p. 335.

⁸⁷ Desvalorado como está el ofrecimiento de ventajas para manipular resultados deportivos —se diría— va de suyo que quien eso haga incumple obligaciones. Sucedería, *mutatis mutandi*, lo mismo que se observa con otros pasajes de la descripción legal, que se han considerado supérfluos: es el caso de la expresión «*de manera deliberada y fraudulenta*», que se ha entendido también que nada relevante añade (y en este caso es verdad) a la descripción típica. En este sentido ha apuntado CASTRO que «cuando se indica que las conductas tienen que tener ‘por finalidad’ las de predeterminar o alterar el resultado de una competición, ello ya supone el carácter deliberado de la conducta y, en todo caso, fraudulento, puesto que siempre lo es el amaño deliberado del resultado de la competición» (*El nuevo delito ...*, cit., p. 30).

adaptado, transformándolo, inopinadamente, en un «*incumpliendo* (el autor) *sus obligaciones derivadas de la normativa deportiva*»⁸⁸, opción ciertamente más aclimatada al entorno, pero que no aparece en el texto legal. Por ello, se hace preciso recordar que la obtusa redacción legal es tozuda, y el elemento de referencia no es un genérico «*incumpliendo sus obligaciones*» sino un específico «*incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales*». Está fuera de discusión, repito, que esta especificación legal de las obligaciones no encaja fácilmente en la órbita de los fraudes deportivos. Pero cuando lo que está en juego es el principio de legalidad, se convendrá en que no resulta posible desechar a placer, sin más, las piezas disonantes incluidas (aunque sea torpemente) por el legislador, sino que deberán ser consideradas y tratadas conforme a las reglas de juego, asumiendo, si es el caso, los resultados que deriven de su presencia. Sólo en la medida en que resulte factible se podrá, pues, sortear la presencia de tan perturbador elemento; pero lo que resulta obvio es que la cuestión debe, al menos, sopesarse con cuidado.

Pues bien, en una primera aproximación cabría pensar que una interpretación conforme al principio de vigencia permitiría el resultado pretendido —es decir, prescindir legítimamente de la traslación de tan incómodo elemento— si, efectivamente, no existiese caso alguno en el que la redacción resultante de su toma en consideración permitiese la aplicación del precepto. Por esa vía, no obstante, seguramente se encontrarán supuestos que, por más que anómalos y rebuscados, permitirían implementar hasta sus últimos rincones tan retorcido tipo penal, de modo que, encontrándole así un ámbito propio de aplicación posible, se quedaría obligado a pasar por ese estrecho ojo de aguja, aunque fuera de él quedasen, en disparatada opción político criminal, el grueso de las conductas de corrupción. Piénsese, por ejemplo, en la aceptación para sí, por parte del directivo de una sociedad deportiva, de una cantidad procedente de otro club para traspasar a un jugador a un precio inferior al de su valor en el mercado. En esta conducta pueden eventualmente concurrir, además de la actuación en perjuicio de la sociedad, un incumplimiento de obligaciones en la *contratación de servicios profesionales* por parte del directivo así como la intención de alterar el resultado final de una competición deportiva profesional, con lo que podrían entenderse colmadas las exigencias típicas y, en ese sentido, avalada la interpretación que incluyese, también para el

⁸⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito ...*, p. 127.

delito de fraude deportivo, un incumplimiento de obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

No obstante, no es ése, a mi modo de ver, el sentido en que debe invocarse el principio de vigencia. Sino que más bien debe observarse cómo las conductas en las que concurra el incumplimiento de esas específicas obligaciones en la adquisición de mercancías o en la contratación de servicios encajan ya en los primeros apartados del precepto, lo que convertiría en superfluo el apartado cuarto. Precisamente sus previsiones más específicas (la referencia a deportistas, árbitros y jueces) quedarían desprovistas de sentido, pues para su consideración como sujetos activos de una corrupción activa privada ninguna falta hacía, tratándose de un delito común, su mención expresa en otro apartado; para incorporar su actuación como eventuales corrompidos, por su parte, la previsión legal resultaría estéril, toda vez que no se alcanza a ver qué obligaciones en la adquisición de mercancías o en la contratación de servicios podrían incumplir.

En este sentido, parece pues razonable proceder a una reformulación de las obligaciones adjetivadas en los apartados 1º y 2º, adaptándolas al contexto de un delito que, en realidad, pretende mantener distancias con el genérico de corrupción entre particulares, con el que sólo circunstancialmente comparte ubicación sistemática. Y, en la dirección comentada, aparecen argumentos suficientes para pensar en una interpretación distinta en este punto, admitiendo que existen obligaciones *ad extra* de los dependientes en aras a la salvaguarda de la probidad en el deporte. Así se desprende con carácter general de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, que somete a cuantos participan del entramado de la competición a la Disciplina deportiva, sea por infracción de las reglas del juego o de las normas generales deportivas (art. 73 LD), e incluyendo expresamente entre sus infractores, precisamente, a jugadores, directivos y administradores. Entre ellas, como infracción muy grave, constan expresamente tipificadas las «actuaciones dirigidas a predeterminar mediante precio, intimidación o simples acuerdos, el resultado de una prueba o competición» (art. 76 LD). En definitiva, y por tanto, sí existe un deber genérico de probidad en las competiciones que incumbe evidentemente a los árbitros y jueces, pero también a los dependientes (directivos, administradores, empleados, deportistas, colaboradores), sea cual sea el parecer de la entidad representada en relación con la conducta del corrupto o su repercusión, beneficiosa o desfavorable, sobre ella.

Esta interpretación tiene como primera consecuencia la sustracción de la figura al modelo de protección bifronte que caracteriza a la genérica corrupción entre particulares: en este caso, solo la integridad deportiva, y no la entidad de la que depende el corrupto, constituye el objeto tutelado⁸⁹. Con ello, y a la vez, dicha interpretación permite salvar los demoledores efectos que sobre las ya menguadas posibilidades de aplicación del tipo ejercería la consideración de las obligaciones como obligaciones comerciales, permitiendo reconducir al redil de la tipicidad las conductas de corrupción del empleado consentidas por la entidad deportiva o beneficiosas para ésta. Y, siendo típicos estos comportamientos, se salvaría también con claridad, en un tercer efecto reflejo, y sin necesidad de mayores precisiones, la responsabilidad de la entidad deportiva ex artículo 288 CP en relación con aquellas conductas realizadas por cuenta o en provecho de la misma, correspondiendo con ello a la indubitada voluntad del legislador en este punto.

Excurso. Las primas a terceros

Mención aparte en relación con las consecuencias de la interpretación del *incumplimiento de obligaciones* aquí defendida merece la cuestión de las conocidas como *primas a terceros*. Sobre este particular la doctrina ha sido hasta el momento unánime en considerar que serían típicas las primas satisfechas por perder o empatar, pero

⁸⁹ Esta afirmación se sostiene —quiere recordarse— desde la estricta perspectiva del Derecho dado. Es decir, sin prejuzgar la legitimación de dicho bien como bien jurídico penal digno y necesitado de protección, legitimación de la que —lo he señalado en otro lugar— creo que carece el bien jurídico *lealtad deportiva*. Tal legitimación, a mi juicio, sólo puede conferírsele desde su refuerzo con la dimensión patrimonial-económica del fenómeno deportivo (coincidente, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal ...*, cit., p. 557), refuerzo que, no obstante, no se desprende de su actual configuración legal (en el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *PE*, 3ªed. (2011), p. 314, apuntando que no cabe deducir la dimensión lesiva para el patrimonio o la libertad de disposición económica de términos legales como el carácter «profesional» que acompaña a la competición o el carácter «fraudulento» de la alteración del resultado). En este sentido, aunque comparto la intuición de quienes apuntan a la «relevancia económica de los resultados de las competiciones deportivas» como bien jurídico atendible (SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS/GÓMEZ-JARA, *Comentarios* (2012), cit., p. 433), no creo que quepa su declaración *de lege lata*, lo que, en todo caso, requeriría la precisión del modo en que debe verse afectado efectivamente por la conducta descrita. No parece, en suma, que esta dimensión económica, absolutamente recomendable, tenga, sin embargo, un peso real en el tipo actual, más allá de la que quiera otorgársele como criterio hermenéutico para discriminar la insignificancia penal.

atípicas las ofrecidas para incentivar la victoria⁹⁰. Se argumenta en tal sentido que, incentivando a un equipo o a un deportista a ganar, no se le induce a incumplimiento obligacional alguno sino, justamente, a cumplir con la que es su obligación en el ámbito deportivo⁹¹. Y se afirma en relación con lo anterior, incluso, que la conducta carecería en tales supuestos de antijuricidad material, al no ser apta para lesionar el bien jurídico tutelado, idea que —aventura quien así opina— podría encerrarse en la referencia al carácter «fraudulento» que la Ley predica de la alteración del resultado, exigencia que, de otro modo, resulta redundante y supérflua⁹².

Esta opinión generalizada admite, en mi opinión, alguna reflexión. Que, coloquialmente hablando, la obligación de un deportista es «salir a ganar», no ofrece dudas. Pero no es esta obligación la que nos ocupa. Sino —tomando la LD como fuente— la de velar para que el resultado deportivo se configure con arreglo a condicionantes públicos y convenidos al iniciar la competición, es decir, sin interferencias externas no previamente estipuladas como rectoras del juego. Por ello, me parece aventurado concluir que deben reputarse atípicas las primas por ganar:

Por una parte, se ha visto que si el contenido de las obligaciones a incumplir arroja una dimensión de deslealtad interna (como ocurre en la corrupción privada genérica ex entendimiento de la obligación como obligación comercial), resultarán atípicas las dádivas no perjudiciales para el empresario propio (aunque le resulten desconocidas y, por tanto, no consentidas). Cuánto más —cabe añadir— si le son beneficiosas. Si éste fuese el caso en la corrupción deportiva, la atipicidad estaría efectivamente servida: el deportista que cobra por ganar, no perjudica desde luego a su club. Sin embargo, las obligaciones relevantes en el aptdo. 4º del art. 286 bis son —se ha dicho también— obligaciones *ad extra*, hacia la probidad del entramado de la competición, con el sentido recogido en el párrafo anterior. Por lo tanto, esa vía no conduce ya a la atipicidad.

⁹⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de 'fraudes deportivos'...*, cit., p. 46-47 y 174 s.; CASTRO MORENO, A., *El nuevo delito ...*, p. 31; EL MISMO, *Comentarios*, cit., p. 337; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Los delitos patrimoniales y económico financieros*, LL 15001/2010, p. 6; SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Comentarios* (2012), cit., p. 434; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *PE*, 3ªed. (2011), p. 317; NIETO MARTÍN, A., en GÓMEZ RIVERO, M.C. (coord.), *Nociones de Derecho Penal. PE.*, 2010, p. 481.

⁹¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de 'fraudes deportivos'...*, cit., p. 46 y 175; CASTRO MORENO, A., *El nuevo delito ...*, p. 31.

⁹² CASTRO MORENO, A., *El nuevo delito ...*, p. 31 en relación con p. 30.

Por otra parte, no parece tampoco que la apelación al bien jurídico conduzca a esa conclusión, pues no es exacto que la lealtad en el desarrollo de la competición deportiva no se vea afectada por el hecho de que se prime por ganar, con lo que no cabría negar la antijuricidad material de la conducta⁹³. Puede ponernos en guardia, por ejemplo, la punición del cohecho por realizar actos propios del cargo, que acredita que la transacción por esta causa no es inocua para el normal funcionamiento de la Administración Pública. *Mutatis mutandi*, algo similar ocurre, en mi opinión, en el ámbito deportivo. Sobre su aptitud para la puesta en peligro de un concreto resultado, ingenuo es dudar desde el momento en que se ofrecen y se otorgan, indicio claro de que se considera efectiva su influencia (nadie, en otro caso, dilapidaría recursos inútilmente)⁹⁴. Preciso es reiterar, por

⁹³ Desde la posición que sostiene la ausencia de antijuricidad material de las primas por ganar se ha dicho también, en fin, que la única excepción a dicha postura se encontraría, tal vez, en los supuestos en los que la iniciativa de la transacción partiese del deportista, por entender que en tal caso se podría inducir, a contrario, que «quien exige algo por ganar, implícitamente está indicando que de no entregarse no hará lo posible por alcanzar la victoria» (CASTRO MORENO, A., *El nuevo delito ...*, p. 31). Tal proposición no me parece sostenible. Dejando al margen el hecho de que la afirmación se basa en una presunción sobre el significado de los hechos, y de que, por otra parte, poner poco empeño el deportista no es, por sí mismo, alterar fraudulentamente la competición, el fondo de la cuestión es otro. O se sostiene que el negocio jurídico que tiene por causa incentivar la victoria no es lesivo para el bien jurídico, o que sí lo es. Lo que parece claro es que ello debe ser válido para las dos partes del negocio: corrupción activa y corrupción pasiva, que son dos caras de la misma afectación al objeto de tutela. Lo que no parece justificado es poder afirmar que si se ofrece la ventaja (aunque —se entiende— se acepte) ello es inocuo para el bien jurídico, mientras que si se solicita resulta lesivo, máxime sobre la base de una presunción. Téngase además en cuenta que, entrando en ese delicado terreno, y estirando este tipo de razonamiento, son más las conclusiones posibles: podría tener que entenderse, por ejemplo, que la prima por ganar es inocua si resulta ofrecida, pero lesiva si es aceptada (por cuanto la aceptación podría interpretarse, por ese camino, como indicativa de que no se hubiese buscado la victoria de no haber sido propuesta). Como decía, por tanto, la consideración como típica, de forma excepcional y aislada, de las primas a terceros por ganar si son solicitadas por el deportista, en un contexto general en que se sostenga la atipicidad de las restantes, no parece adecuada.

⁹⁴ Que el manejo de incentivos externos no es inocuo para la competición, por otra parte, lo puede evidenciar la propia normativa deportiva. Así, en el ámbito futbolístico, el art. 82 del Código Disciplinario (Anexo I a los Estatutos de la RFEF, BOE nº 232, de 25 sept. 2009) incluye en el catálogo de infracciones graves los incentivos extradeporativos; «La promesa o entrega de cantidades en efectivo o compensaciones evaluables en dinero por parte de un tercer club como estímulo para obtener un resultado positivo, así como su aceptación o recepción, se sancionarán con suspensión por tiempo de uno a seis meses a las personas que hubiesen sido responsables, y se impondrá a los clubes implicados y a los receptores multa en cuantía de 3005, 06 euros, procediéndose, además, al decomiso de las cantidades hechas, en su caso, efectivas».

tanto, que de lo que se trata es de que el resultado deportivo se configure con arreglo a condicionantes conocidos y convenidos al iniciar la competición, sin interferencias externas. En el normal funcionamiento de la competición se conoce y se acepta, por ejemplo, que los jugadores de un equipo quintupliquen las remuneraciones de los de otro, que el vehículo de un piloto sea más competitivo que el de otro, que un club incentive a sus propios jugadores, o que será el azar el que acabe determinando que quienes en una primera vuelta se esforzaron con total entrega en sus encuentros contra sus primeros rivales puedan enfrentarse con menor intensidad contra los últimos, al haber alcanzado ya sus objetivos deportivos (o viceversa). Son, todo, circunstancias sabidas y aceptadas *ab initio*, que conforman el escenario con el que se cuenta en una determinada competición o encuentro deportivo. Pero con lo que no se cuenta es con el atentado a ese principio de confianza que se produce con las interferencias externas y secretas sobre el escenario pactado. Desde este punto de vista, es falaz afirmar que respeta la lealtad de la competición el hecho de que, por ejemplo, un equipo descienda de categoría porque a final de temporada, sirviendo a otros intereses, se incentivó a su rival por ganar. Un argumento usado en sentido similar puede verse, por ejemplo, ya en los años sesenta en Alemania, en la defensa de la tipicidad por corrupción en el tráfico mercantil de los conocidos como *sobornos al descubierto* (esto es, los consentidos por el empleador), al entender que tales alicientes no por consentidos dejan de afectar al principio de confianza en el mercado; a las expectativas del comprador que, si bien puede contar con un asesoramiento parcial por parte del comerciante, no incluye entre sus previsiones la posibilidad de que esta parcialidad esté influida o potenciada por las ofertas o incentivos de una tercera parte, lo que explicaría que lo que está permitido para unos (incentivos a los propios empleados) deba considerarse prohibido para otros (premiar a los ajenos)⁹⁵.

En definitiva, parece que ni la negación de un incumplimiento de obligaciones ni la negación de la lesividad de la conducta son caminos aptos para justificar claramente la atipicidad de las primas a terceros por ganar. Acaso la vía más fructífera, si quisiera sostenerse empecinadamente esa conclusión, fuera la de negar la idoneidad plena de la conducta, pues cabe considerar que tales primas —a diferencia de lo que ocurre con los pagos por perder— no alteran significativamente el grado de indeterminación que caracteriza a todo evento deportivo. Dicho de otro modo: es mucho más seguro que se

⁹⁵ HIESERMANN, W., *Verkäuferprämien*, WRP (1964), p. 224.

alterará el resultado —se predeterminará— si lo que debe hacer el sobornado es dejarse ganar, que si lo que se pretende es que se esfuerce al máximo por conseguir la victoria; así, mientras que lo primero (los pagos por dejarse ganar) alteraría de forma significativa el grado de indeterminación que debe presidir la competición, las primas por ganar carecerían de suficiente aptitud en ese cometido, por lo que deberían reputarse atípicas. No obstante, tampoco la anterior reflexión —con ser cierta— abre en mi opinión el camino adecuado para sostener la atipicidad de las primas a terceros por ganar. Y ello porque, recuérdese, la alteración del resultado de la prueba o competición no se exige en el tipo como resultado material de la conducta —lo que, dicho sea de paso, lo haría del todo inaplicable⁹⁶— sino como parte de la finalidad informante de la conducta: el elemento subjetivo del injusto que la refiere puede verificarse sin que tenga que concurrir una efectiva alteración del grado de indeterminación de la prueba deportiva, ni, por tanto, tenga éste que comprobarse⁹⁷. Por consiguiente, una vez tipificado el fraude deportivo, no se encuentran méritos para reputar atípicas las primas a terceros, sea cual sea el sentido en el que se pretende con ellas que se altere el resultado (perdiendo, empatando o ganando).

III. Problemas técnicos derivados de la inserción del tipo en un ámbito fuertemente administrativizado. Derecho penal y legislación deportiva

Las páginas anteriores se centran en los problemas derivados de la arquitectura general del tipo⁹⁸. Con ello se completa el sentido fun-

⁹⁶ Pues obligaría no a la constatación de una modificación apreciable en el mundo exterior, sino a una imposible comparación entre lo que ha sucedido y lo que hipotéticamente hubiera acontecido de no mediar la influencia externa cuestionada. *Probatio diabolica* ésta que no podría saldarse, obviamente, con una presunción, a la que sin embargo aboca necesariamente la comparación planteada.

⁹⁷ No puede afirmarse sin quebranto de las garantías penales, en otras palabras, que se ha alterado el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva (resultado material); pero sí puede sostenerse sin tropezar en ese impedimento que se ha ofrecido o recibido una ventaja *con la finalidad* de alterar tal resultado.

⁹⁸ Aunque también dejan constancia de su opinión contraria a la consideración de la limpieza de los resultados deportivos como legítimo bien jurídico penal, se sitúan, como se ha visto, en el estadio más avanzado de los hechos consumados: el del análisis de la viabilidad del tipo *de lege lata*, una vez que ha visto la luz en el ámbito penal lo que, en mi opinión, debió permanecer en el ámbito disciplinario y administrativo.

damental de esta aportación, que no pretende descender al análisis pormenorizado de todos y cada uno de los términos típicos concretos, cuestión que, a su vez, abre otro abanico de problemas específicos. No obstante, sí deben dejarse apuntados los principales frentes pendientes, llamados a condicionar, junto con los ya señalados, el completo despiece hermenéutico del tipo:

a) En primer término, debe llamarse la atención sobre la acusada indeterminación de buena parte de los términos típicos individualmente considerados, situación que viene aderezada por los caracteres de Ley penal en blanco que, en función de las interpretaciones que se adopten, puede revistir el aptdo. 4º del art. 286 bis CP.

Esta realidad afecta tanto a la descripción de los sujetos específicos referidos en el apartado 4º —antes analizados conjuntamente en tanto que elemento típico estructural (DAEC* y DAJ)— cuanto a la del elemento subjetivo del injusto.

- a.1) Por lo que se refiere a los sujetos, la indeterminación es particularmente acusada en las referencias a *directivos* y *colaboradores*, en el primer grupo (DAEC*), y a *deportistas*, en el segundo (DAJ), así como en la mención a la pertenencia a una *entidad deportiva* que adjetiva a los primeros. Así, con ser cierto que el término «directivo» goza de un cierto arraigo en la legislación deportiva⁹⁹, no lo es menos que dicho término adolece de una marcada indefinición, pues la propia normativa extrapenal se abstiene de ofrecer un concepto preciso, con lo que incluso una interpretación normativa estricta, con concesiones al carácter secundario del Derecho penal, no salvaría la cuestión. Deberá entenderse, pues, en un sentido descriptivo, lo que permitirá incluir, por ejemplo, al *administrador de hecho* (pareja habitual del administrador legal en otras ocasiones¹⁰⁰ que, sin embargo, se silencia en ésta), o, en general, a cuantas personas tengan autoridad para tomar decisiones o ejercer cierto control en el seno de la sociedad deportiva.

⁹⁹ En la que aparece comúnmente referido junto al de «administrador»: así, arts. 74.2 b) y d) Ley 10/1990, de 15 octubre, del Deporte (BOE nº 249, de 17 de octubre) o 6.2 b) y d) R.D. 1591/1992, de 23 de diciembre, de Disciplina Deportiva (BOE nº 43, de 19 de febrero). También, aisladamente, como destinatario específico de sanciones (así, art. 22 de la norma referida en último lugar).

¹⁰⁰ La referencia al *administrador* aparece en el art. 286 bis con el Anteproyecto de 2009, tras el Informe del CGPJ al texto de 2008. Sus predecesores, los Anteproyectos de 2006 y de 2008 omitían esta referencia.

No mayor exactitud puede atribuirse al término *colaborador*, éste sí netamente descriptivo, y carente de un claro referente legal. Su potencial amplitud aconseja, desde luego, una prudente interpretación teleológica favorable al reo. Con ella podrá excluirse a quienes presten servicios sin una significación internamente deportiva (vg., el representante de la marca patrocinadora del club o de los productos que se despachan en el interior del recinto deportivo), pero aun así se trata, ciertamente, de un concepto en exceso amplio, capaz de expandir sustancialmente el círculo de *intranei* en la corrupción pasiva, y del que difícilmente podrán sustraerse sujetos aun con escaso poder de decisión, como los socios¹⁰¹ o los asesores¹⁰², cuya inclusión en el concepto de *empleados* resultaría forzada. En suma, el concepto sería

¹⁰¹ A los que la legislación deportiva contempla ya como sujetos de sanciones disciplinarias. En el sentido indicado en el texto, la regulación existente incluiría, p.e., al máximo accionista de una sociedad anónima deportiva que no ocupa un lugar en el consejo de administración ni de dirección (supuesto planteado como dudoso por BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de 'fraudes deportivos'...*, cit., p. 113).

¹⁰² Los técnicos deportivos y entrenadores, si bien no en la categoría de *deportistas*, sí tendrían clara cabida en la de *empleados*. La cuestión no reviste especial trascendencia desde la postura sostenida en este trabajo, en la medida en que la corrupción activa es considerada un delito común, por una parte, y, por otra, se entienden corruptibles cualesquiera de los sujetos específicos recogidos en el apartado 4º. Sin embargo, la cuestión sí cobra toda su trascendencia en posturas que defienden una compartimentación de los roles típicos. Así, para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *PE*, 3ª (2011), p. 315, los técnicos y entrenadores podrían cometer corrupción activa (figura reservada en su opinión a los DAEC*), en tanto que subsumibles sin dificultad en el concepto de «empleados», pero no corrupción pasiva (comisible sólo por DAJ, según esta postura), y pese a reconocer su potencialidad en la alteración del resultado de la competición, en la medida en que no podrían ser considerados en propiedad «deportistas»: esto último tanto atendiendo a la legislación deportiva, que distingue entre deportistas y técnicos, como acogiendo a una interpretación gramatical. Precisamente para salvar esta dificultad, BENÍTEZ ORTÚZAR —autor que, como se ha visto, patrocina también esta compartimentación típica—, recurre a una interpretación extensiva del concepto de deportista, apoyándose en este caso en el art. 2.5 de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, BOE nº 166, de 12 de julio* (op. cit., p. 141):

«Art. 2. Definiciones (...) 5. Deportistas: las personas que dispongan de licencia deportiva por aplicación de los correspondientes reglamentos federativos, tanto en condición de jugadoras o competidoras, como de personal técnico o entrenadores, árbitros o jueces deportivos y otras personas titulares de licencias que participen en el desarrollo de la competición deportiva».

No está de más notar, a título meramente informativo, que esta definición amplia de deportista convive en nuestra legislación con otra estricta, la del art. 1.2 de la L.O. 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte (BOE nº 279, de 22 de noviembre), que ciñe su ámbito de aplicación a «deportistas con licencia federativa estatal o con licencia autonómica homologada, en competiciones deportivas organizadas, promovidas o autorizadas por las federaciones deportivas españolas».

susceptible de integrar a cualquiera que, sin un vínculo laboral, mantenga una relación de prestación de servicios o de otro tipo, esporádica o habitual, con la entidad deportiva.

En todo caso, se debe resaltar que es ésta una indeterminación buscada; una fórmula —la referencia a los DAEC*— interesadamente descriptiva y vaga, que pretende justamente a través de la indefinición, paradójicamente, evitar fisuras y salvar posibles lagunas de punición: prácticamente bastará pues, para este delito de emprendimiento, que la corrupción tenga por objetivo a alguien que ostente cierta capacidad, mayor o menor, de influir en el resultado: generalmente, el propio ofrecimiento de la ventaja será indicio de la idoneidad en la actuación del sujeto de quien se pretende¹⁰³. Cuestión distinta será que, en atención a la *trascendencia de las funciones del culpable*, pueda modularse la pena conforme prevé el aptdo. 3º del art. 286 bis CP (imponiendo la inferior en grado y reduciendo el Juzgador la de multa a su prudente arbitrio)¹⁰⁴. Por otra parte, en fin, debe notarse como la fórmula se extiende no sólo a los DAEC* de clubes deportivos, sino que abraza también a los de otras entidades, como, por ejemplo, las Federaciones deportivas¹⁰⁵, que pueden intervenir con posterioridad al acontecimiento estrictamente deportivo modificando aspectos del resultado: en la medida en que la acción típica no consiste sólo en intentar *predeterminar* el resultado, sino también en *alterarlo* (a posteriori), las actuaciones en el seno de esas otras entidades pueden también ser atraídas hacia la órbita de la tipicidad (sin perjuicio de su relación con los delitos de cohecho, a lo que después se aludirá).

a.2) La indeterminación, como se decía, alcanza también a la descripción del elemento subjetivo del injusto¹⁰⁶.

¹⁰³ De otro modo, aparentándola tener quien no la posee, cabría plantearse la integración del engaño bastante en la articulación de la estafa.

¹⁰⁴ En diverso sentido, considera MARTÍNEZ-BUJÁN que las circunstancias que fundamentan la atenuación del apartado 3º art. 286 bis CP carecen de sentido en relación con la figura del apartado 4º, entendiéndose en concreto que la relativa a la trascendencia de las funciones del culpable es completamente ajena a la fenomenología de este delito (*PE*, 3ª, 2011, p. 317).

¹⁰⁵ El concepto de *entidad deportiva* sí posee un claro referente normativo, en particular en el Título III de la Ley 10/1990, del Deporte, con lo que en principio abarca a cualquier sociedad, fundación, organización o asociación, con especial atención a lo dispuesto en los arts. 12 ss. LD, incluyendo las entidades de carácter organizativo, como las Ligas Profesionales y Federaciones Deportivas.

Defiende una interpretación restrictiva BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de 'fraudes deportivos'...*, cit., p. 134.

¹⁰⁶ El tipo exige, recuérdese, que la conducta «tenga por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales».

De entrada, porque dicha descripción se ve afectada por una falta de precisión estructural, al identificarse la finalidad trascendente al tipo en una alteración que, de exigirse como elemento objetivo, resultaría de imposible comprobación. En efecto, apreciar objetivamente «la alteración del resultado» entraña dificultades insalvables, desde el momento en que no existe un resultado fijo (el azar es inherente a un acontecimiento deportivo) utilizable como parámetro desde el que poder valorar si la modificación producida es objetivamente imputable al comportamiento cuestionado. Afortunadamente, no es ésa la comprobación que requiere la tipicidad, sino sólo la tendencia interna del sujeto en orden a restringir aquel componente de indeterminación o azar que caracteriza a cualquier prueba, encuentro o competición deportiva. Pero es obvio que la necesidad de que la intención se proyecte sobre unos hechos con la aptitud lesiva suficiente (no basta el desvalor de intención) incorpora en la tipicidad un nuevo factor de complejidad.

Por otra parte, la falta de taxatividad se concentra en este elemento subjetivo en la referencia al carácter *profesional* de la prueba, encuentro o competición. Y de nuevo aquí la tentación de optar por una interpretación normativa estricta opera como factor de confusión. La Ley del Deporte —en principio más atendible como referente extrapenal que el RD 1006/1985, que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales— opta por una definición formal de las competiciones profesionales, señalando su artículo 46.2 que la calificación como tales corresponderá al Consejo Superior de Deportes, que atenderá para ello, entre otros, a la existencia de vínculos laborales entre Clubes y deportistas y a la importancia y dimensión económica de la competición. Tal solución formalista, sin embargo, deja fuera otras competiciones materialmente profesionales (amén de «pruebas» y «encuentros», a los que no se refiere la LD y sí el CP), lo que ofrece potentes argumentos para preferir, una vez más, una comprensión descriptiva y no normativa del término¹⁰⁷. Lo seguro es que —y esto es lo que se ha querido poner de manifiesto— los apuntes expuestos impedirán una lectura pacífica y unívoca del tipo.

- b) Un segundo frente de complejidades que debe dejarse apuntado es el que origina la convivencia del nuevo delito con el marco administrativo y disciplinario deportivo ya existente. Como es sabido, las actuaciones dirigidas a predeterminar mediante precio el resultado de una prueba o competición se encuentran ya tipificadas como infracción muy grave en la normativa deportiva. Así se recoge en la Ley del Deporte (art. 76.1.c¹⁰⁸) y se

¹⁰⁷ Sobre ello, véase BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., op. cit., p. 141 ss.

reproduce en el RD de Disciplina Deportiva (art. 14 apt. c)¹⁰⁹, amén de aparecer específicamente contemplada en otras disposiciones sectoriales, como el Código Disciplinario en el ámbito futbolístico¹¹⁰. Ello se traduce en un entramado sancionador con previsiones que pueden resultar —otra cosa son las limitaciones en materia de investigación de los hechos— incluso más disuasorias que las genuinamente penales, como puede ser la pérdida o descenso de categoría o división¹¹¹.

¹⁰⁸ Dispone el art. 76 de la Ley 10/1990: «1. Se considerarán, en todo caso, como infracciones muy graves a las reglas de juego o competición o a las normas deportivas generales, las siguientes:

c) Las actuaciones dirigidas a predeterminar mediante precio, intimidación o simples acuerdos, el resultado de una prueba o competición».

¹⁰⁹ R.D. 1591/1992, de 23 de diciembre (BOE nº 43, de 19 de febrero).

¹¹⁰ Señala el art. 75 del Código Disciplinario de la RFEF (*vid.*, Anexo a la Resolución de 31 de julio de 2009, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se publican los Estatutos de la Real Federación Española de Fútbol. BOE nº 232, de 25 sept. 2009):

Predeterminación de resultados

1. Toda conducta dirigida a la predeterminación de resultados, será considerada como infracción muy grave, y será sancionada de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo.

a) 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 seis puntos en su clasificación a los clubes implicados, anulándose el partido.

b) 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 seis 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 la comisión de las infracciones descritas en los apartados a) y b) sin tener la responsabilidad material y directa, serán sancionados con inhabilitación o privación de licencia por tiempo de dos años. Para la determinación del grado de responsabilidad de estos sujetos, el órgano disciplinario tendrá en cuenta las reglas sobre responsabilidad que establece la legislación penal.

3. El club directamente beneficiado por las conductas descritas en el apartado 1 del presente artículo, podrá ser sancionado con la pérdida de categoría, en el caso de que pueda demostrarse algún vínculo con los autores de la infracción.

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

¹¹¹ El catálogo de sanciones por infracciones muy graves se recoge en el art. 21 RD 1591/1992.

Todo ello da vida a un régimen disciplinario —en manos de las Federaciones deportivas y, en última instancia, del Consejo Superior de Deportes— que la propia normativa deportiva declara independiente de la responsabilidad penal (hoy ampliada con el art. 286 bis CP) y expresamente compatible con ella (art. 5.2 RD 1591/1992¹¹²). Sin perjuicio de que esa duplicidad sea efectivamente defendible sin incurrir en *bis in idem* sobre la base de las relaciones especiales de sujeción —cuestión en la que no interesa ahora entrar—, lo relevante en este momento, en orden a la intelección de la nueva tipicidad, es el hecho de que ese trasfondo sancionador sitúa al art. 286 bis.4º en una tesitura hermenéutica específica, común, por lo demás, a otras tipicidades penales que comparten un trasfondo especialmente administrativizado (como, por ejemplo, determinados delitos contra los derechos de los trabajadores, en relación con la LISOS). Así, al igual que ocurre en esta clase de tipos contruidos a partir de la frontera con el ámbito administrativo sancionador, también en éste la convivencia se habrá de traducir a efectos interpretativos, fundamentalmente, en la identificación de un plus de antijuridicidad respecto de aquellas infracciones. Nuevo equilibrio en una línea divisoria imprecisa, en definitiva, llamado a constituir otro factor de complejidad en la aplicación del tipo penal.

- c) Finalmente, y en estrecha relación con lo anterior, debe destacarse la problemática concursal que puede emerger en la aplicación del tipo por la naturaleza pública de las funciones ejercidas desde los órganos encargados de la aplicación de la disciplina deportiva. Esta situación ha sido ya advertida por la doctrina que se ha ocupado del nuevo delito, aunque no existe

¹¹² Según el artículo 5º RD de Disciplina Deportiva: «1. El régimen disciplinario deportivo es independiente de la responsabilidad civil o penal, así como del régimen derivado de las relaciones laborales, que se regirá por la legislación que en cada caso corresponda. 2. La imposición de sanciones en vía administrativa, conforme a lo previsto en la Ley del Deporte y disposiciones de desarrollo para la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos, no impedirá, en su caso y atendiendo a su distinto fundamento, la depuración de responsabilidades de índole deportiva a través de los procedimientos previstos en este Real Decreto, sin que puedan recaer sanciones de idéntica naturaleza.» *También recogía la compatibilidad, por ejemplo, el Proyecto de ley contra el fraude en el deporte elevado por la Liga de Fútbol Profesional al Consejo Superior de Deportes (junio de 2008). El art. 5 de dicho texto, extrapolación en general de la Ley portuguesa 50/2007, señalaba: «Concurso. El ejercicio de la acción penal o la aplicación de penas y multas, con motivo de los delitos previstos en la presente Ley, no impedirá, suspenderá ni perjudicará el ejercicio del poder disciplinario o la aplicación de sanciones disciplinarias en los términos establecidos por los reglamentos deportivos correspondientes.»

Por su parte, el art. 34 RD 1591/1992 prevé el acuerdo motivado de suspensión del procedimiento disciplinario deportivo («según las circunstancias concurrentes») hasta que recaiga la correspondiente resolución judicial. Véase, también, art. 83 LD.

coincidencia acerca del alcance de las actuaciones que se sus- traerían a la órbita del art. 286 bis.4 CP. Así, mientras que para un posicionamiento amplio¹¹³ deberían trasladarse al ámbito del cohecho tanto las actuaciones realizadas por los órganos que ejercen la potestad disciplinaria en vía deportiva (en el seno de las Federaciones) como en la posterior vía administrativa (Comité Español de Disciplina Deportiva, adscrito al Consejo Superior de Deportes), para una postura estricta¹¹⁴ deberían incluirse en el cohecho, por la vía del art. 24 o del 423 CP (anterior 422), sólo las segundas actuaciones, y no las llevadas a cabo en el ámbito estrictamente deportivo.

Las Federaciones Deportivas (en las que se integran los órganos disciplinarios: Juez Único de Competición, Comité de Competición, Comité de Apelaciones¹¹⁵) son entidades asociativas de base privada, pero integradas en la Administración corporativa, como ocurre con otros entes tales como Colegios Profesionales o Cámaras de Comercio. Su naturaleza legal de Entidad privada (art. 30.1 LD), por tanto, no debe obviar el hecho de que, por expresa delegación legal (art. 30.2 LD), ejercen «funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración Pública». La existencia de una habilitación legal formal¹¹⁶ permite así a los defensores del primer planteamiento entender que las actuaciones de sus órganos disciplinarios constituirían ejercicio de función pública, con lo que les resultarían de aplicación los delitos de cohecho, si no por la vía del art. 24 CP, sí a través de la categoría asimilada del actual art. 423 CP¹¹⁷.

¹¹³ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., op. cit., p. 140.

¹¹⁴ CASTRO MORENO, A., *El nuevo delito ...*, p. 23 s.

¹¹⁵ Sobre la organización disciplinaria deportiva, vid. art. 6 RDD.

¹¹⁶ Sobre la participación en el ejercicio de la función pública ex antiguo art. 422 CP, véase VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»*, CPC, n.º 62 (1997), p. 494 ss.

¹¹⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de 'fraudes deportivos'...*, cit., p. 140. En sentido favorable, el autor trae a colación la SAP Toledo 15/2001, de 2 de mayo (Secc. 1ª), RJ 379, que reconoció el carácter de funcionario del Presidente del Comité de Disciplina Deportiva de Castilla la Mancha, a efectos del delito de prevaricación (op. cit., p. 109); véase, Fdto. Jco. Segundo. En contra, sostiene CASTRO MORENO que el hecho de que la potestad disciplinaria de las Federaciones emane de la Ley y que sus resoluciones puedan en última instancia ser combatidas ante la jurisdicción contenciosa no es razón suficiente para permitir el acceso de estas actuaciones a la tipicidad del cohecho, pues tales características concurren igualmente en la potestad disciplinaria de árbitros y jueces. A su juicio, el art. 422 (hoy 423) está pensando en un nivel de implicación más elevado: «en personas que ejercen funciones equiparables a la propia jurisdicción ordinaria, mucho más allá de la potestad administrativa, como son los jurados en los juicios penales o los árbitros en los procedimientos arbitrales cuyos laudos tienen la misma eficacia jurídica que una resolución judicial» (*El nuevo delito ...*, p. 23 y n. 6).

Si lo anterior es discutido por los defensores de la posición más estricta, sí resulta pacífico el carácter público de las actuaciones del Comité Español de Disciplina Deportiva¹¹⁸, dependiente del Consejo Superior de Deportes. Este último es ya un órgano de naturaleza eminentemente pública (no privada), que rige su funcionamiento conforme al procedimiento administrativo común (art. 84 LD y 64 RDD) y cuyas resoluciones agotan la vía administrativa (arts. 84.1 y 84.5 LD, y 58 y 67 RDD).

En lo que sí parece haber acuerdo doctrinal, perfilándose como orientación mayoritaria, es —como se ha dicho— en el hecho de que los supuestos que se consideren como ejercicio de función pública (ya sea conforme a la interpretación amplia o la estricta aludidas) deben derivarse hacia la tipicidad del cohecho, sustrayéndose al ámbito de la corrupción deportiva. En otras palabras: se propone tratar la cuestión como concurso de normas, a resolver a favor de las tipicidades contra la Administración Pública, que desplazarían la aplicación del aptdo. 4º del art. 286 bis CP¹¹⁹.

Esta solución requiere, en mi opinión, alguna reflexión complementaria, pues desde el momento en que la integridad deportiva — para bien o para mal— ha sido tutelada penalmente como objeto independiente, parece claro que la sola aplicación del cohecho se revela insuficiente para abarcar el total desvalor de estas conductas, por lo

¹¹⁸ Sobre su régimen interno de actuación, véase la Orden de 2 de abril de 1996 (BOE nº 86, de 9 de abril).

¹¹⁹ Así se desprende de la exposición de CASTRO (*El nuevo delito ...*, p. 24), quien considera el cohecho «de aplicación preferente respecto del delito de corrupción privada del artículo 286 bis 4 CP, dada la especificidad de los sujetos activos». En el mismo sentido parecen apuntar SILVA SÁNCHEZ, J.M./ROBLES PLANAS, R./ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Comentarios* (2012), p. 433, al indicar que el límite superior para la incardicación de la conducta en el art. 286 bis.4º vendría dado por la condición de funcionario o autoridad del sujeto, a partir de lo cual debería subsumirse en los delitos de cohecho. Véase, también, DE URBANO CASTRILLO, E., *¿Están tipificados actualmente ...*, cit., p. 28. Expresamente, BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de 'fraudes deportivos'...*, cit., p. 140 y 133: el autor excluye del ámbito de la corrupción deportiva tanto las actuaciones del Comité Español de Disciplina Deportiva como las de los órganos disciplinarios de las Federaciones deportivas, que sitúa en la órbita de los delitos de funcionarios (p. 140). Argumentos para ello lo son tanto el cumplimiento de funciones públicas que ejercen por delegación expresa, como la consideración de que la actividad disciplinaria federativa «difícilmente conjuga su función con (...) la predeterminación o alteración deliberada y fraudulenta del resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva; entre otras cosas, porque las federaciones deportivas no participan en dicha competición (...)» (p. 133). Mientras que el primer argumento es perfectamente atendible, el último resulta, en mi opinión, más endeble, habida cuenta de que los órganos disciplinarios sí tienen la facultad de alterar el resultado de encuentros, pruebas o competiciones (expresamente entre sus funciones, por diversas causas, las sitúa el art. 28 RDD).

que no resultará injustificado explorar la vía del concurso ideal de delitos. Por otra parte, incluso la tesis del desplazamiento de la co-rruptela pública a favor de la deportiva (en sentido justamente inverso, pues, al propuesto por la opción mayoritaria) tampoco resulta enteramente descabellada¹²⁰, si se entiende que el art. 286 bis.4 toma ya en consideración tanto el desvalor que entraña el soborno como la cualidad específica de los sujetos implicados.

IV. Consideraciones finales

La repentina incorporación del fraude deportivo en la agenda del legislador penal hizo que el alumbramiento de esta figura no viniese precedido de una maduración suficientemente reposada. El legislador, persuadido de que debía proceder a toda costa a dicha incorporación, dio por sentada la insuficiencia del ámbito administrativo sancionador, y por buenas las justificaciones basadas en la genérica observación de la creciente importancia social y económica del deporte, razones que, ni solas ni aderezadas con una mirada hacia el camino seguido en determinados países de nuestro entorno, justifican *per se* la intervención penal.

La consecuencia de ello es un tipo desastroso, falto de los elementos que garanticen la taxatividad mínima exigible, y, sin embargo, a la vez capaz de acumular requisitos foráneos, producto de su parasitaria inserción en un ámbito, el de la tutela de la competencia en el mercado, que le resulta ajeno.

Los pronósticos doctrinales auguran ya mayoritariamente que la vida útil de este precepto seguirá el mismo camino que la previsión penal del dopaje, aparecida algunos años atrás. Tal camino no es sino el de languidecer en un rincón del ordenamiento jurídico-penal, esperando, acaso, alguna remota y esporádica aplicación. Si tales pronósticos son ciertos, tiempo suficiente habrá para repensar adecuadamente esta figura; podrá valorarse —si es que hay auténtico interés— la conveniencia de mejorarla técnicamente, extendiendo por ejemplo su cobertura a situaciones igualmente lesivas pero no previstas (como las alteraciones fraudulentas unilaterales, análogas a la prevaricación), o precisando el significado de sus múltiples elementos normativos; o, mejor aun, para adentrarse de nuevo en la raíz del problema, planteándose otra vez si el juego limpio, por sí solo,

¹²⁰ Aunque pueda entenderse dificultada por el incremento en las penas del co-hecho operado por la LO 5/2010.

merece tutela penal o si, en cambio, sólo la merece —como creo— en la medida en que se afecten intereses económicos de terceros. De todos modos, tal vez prefiera optarse por la postura más cómoda y, manteniendo intacta la figura, permitir que su previsión sirva como palanca para que la justicia deportiva pueda acceder a medios de investigación más incisivos, instrumentalizando los Juzgados de Instrucción. Viendo el despropósito legal engendrado, no hay que descartar que esa fuese, en el fondo, su auténtica finalidad.