

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Penal



TESIS DOCTORAL

El tipo de injusto en el delito de corrupción entre particulares

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Rubén Herrero Giménez

DIRECTOR

Íñigo Segrelles de Arenaza

Madrid, 2018

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



**EL TIPO DE INJUSTO EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN
ENTRE PARTICULARES**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

D. Rubén Herrero Giménez

Bajo la dirección del doctor

D. Íñigo Segrelles de Arenaza

Madrid, 2.017

© Rubén Herrero Giménez

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



**EL TIPO DE INJUSTO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN EN EL SECTOR
PRIVADO**

TESIS DOCTORAL

Presentada por: D. Rubén David Herrero Giménez

Dirigida por: Dr. D. Íñigo Segrelles de Arenaza

Madrid - 2.017

Tesis, que para obtener el título de Doctor en Derecho

Presenta D. Rubén David Herrero Giménez,

bajo la dirección del Dr. D. Íñigo Segrelles de Arenaza

Madrid, 2.017

AGRADECIMIENTO:

Es un dicho muy reconocido aquel que expresa, que “es de bien nacido ser agradecido”. A esta máxima creo que también debe añadirse que, la forma de ser, de desarrollarse y de comprender el mundo no es fruto tan solo de uno mismo, sino resultado de los consejos, opiniones y debates desarrollados en un concreto entorno. Por ello, debo agradecer, de forma especial a mi Director de Tesis Doctoral, el Dr. D. Íñigo Segrelles de Arenaza, sus consejos, destreza y desvelos.

Además, no puedo dejar de agradecer mi paso y estancia en el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, y cómo no, al conjunto de profesores del mismo que me han facilitado y fomentado mi formación, así como a los compañeros de la Sala de investigadores con los que he tenido la fortuna de compartir este camino.

También, desearía agradecer las charlas y momentos que he compartido, que comparto y que espero seguir compartiendo en el Seminario del Dr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, así como con resto de compañeros que formamos parte del mismo.

DEDICATORIAS:

A mi madre, por sus consejos, ayuda y apoyo.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	I
INTRODUCCIÓN	V
ABSTRACT	IX

Primera Parte

APROXIMACIÓN AL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES: PRIMERAS FORMULACIONES NORMATIVAS, FUNDAMENTO Y DESARROLLO

CAPÍTULO PRIMERO

EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES: NORMATIVA EUROPEA Y ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

I. ESTUDIO DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES DESDE LA NORMATIVA EUROPEA	1
II. FUNDAMENTO DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA SEGÚN LA NORMATIVA EUROPEA	11
III. DESARROLLO LEGISLATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y SUS ANTECEDENTES	15
1. BREVE ACERCAMIENTO A LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL TIPO DEL INJUSTO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES	15
2. LAS REFERENCIAS A UNA COMPETENCIA “JUSTA” Y “HONESTA” EN EL PREÁMBULO DE LA L.O 5/2.010	26
3. LOS CAMBIOS QUE SUPUSO LA REFORMA PENAL DE LA L.O. 1/2.015, DE 30 DE JUNIO; ESPECIAL REFERENCIA AL PREÁMBULO	29
IV. CONCLUSIONES	31

CAPÍTULO SEGUNDO
LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y SU RELACIÓN CON LOS MODELOS DE
CUMPLIMIENTO NORMATIVO
(COMPLIANCE)

I.	LOS MODELOS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO COMO INSPIRACIÓN DE LA	
	CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES	
	35
II.	AUTORREGULACIÓN: CONCEPTO Y ORIGEN	
	41
1.	LA AUTORREGULACIÓN COMO ANTESALA DEL “CORPORATE COMPLIANCE”	
	56
2.	LA ÉTICA COMO PRINCIPIO INSPIRADOR EN EL COMPORTAMIENTO NEGOCIAL Y LOS	
	CÓDIGOS DE CONDUCTA	
	69
III.	CONCLUSIONES	
	87

Segunda Parte
TIPO DE INJUSTO

CAPÍTULO ÚNICO
ELEMENTOS DEL TIPO DEL INJUSTO

I. COMPORTAMIENTO	
.....	93
1. CORRUPCIÓN ACTIVA (Art. 286 bis 2)	
.....	94
2. CORRUPCIÓN PASIVA (Art. 286 bis 1)	
.....	98
3. EXPRESIÓN "NO JUSTIFICADO" Y "DE CUALQUIER NATURALEZA". RELACIÓN DE LA ANTIGUA EXPRESIÓN "INCUMPLIENDO SUS OBLIGACIONES" Y LA ACTUAL REFERENCIA AL "FAVORECER INDEBIDAMENTE"	
.....	104
4. BENEFICIO O VENTAJA	
.....	109
5. CONCLUSIONES	
.....	125
II. BIEN JURÍDICO	
.....	129
1. POSIBLES BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR EL LEGISLADOR	
.....	143
1.1. EL PATRIMONIO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	
.....	145
1.2. LA COMPETENCIA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	
.....	162
1.3. LA DEFENSA DE LA REGULARIDAD EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL Y CIVIL	
.....	182
1.4. LA DEFENSA DE LA EMPRESA	
.....	185
1.5. LA NEUTRALIDAD EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO (PROCESO DE CONTRATACIÓN) COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA COMPETENCIA LEAL	
.....	192

2.	APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS DEL RIESGO Y LA LESIÓN EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES	197
3.	CONCLUSIONES	205
III.	INFRACCIÓN DE DEBER	207
1.	CUESTIONES PREVIAS	212
2.	INSTITUCIÓN POSITIVA Y DETERMINACIÓN DEL DEBER	224
IV.	SUJETO PASIVO	235
V.	SUJETO ACTIVO	237
1.	FALTA DE INCORPORACIÓN DEL TITULAR DE LA EMPRESA	245
2.	ANTIGUA REFERENCIA ENUMERATIVA	247
3.	RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS E INCIDENCIA EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS	250
VI.	IMPUTACIÓN OBJETIVA	289
VII.	ELEMENTO SUBJETIVO EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES	309
	CONCLUSIONES FINALES	319
	CONCLUSIONS	325
	BIBLIOGRAFÍA	331
	JURISPRUDENCIA DESTACADA	395

ABREVIATURAS

ADCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales)

ADP (Anuario de Derecho Penal)

Art. (Artículo)

Arts. (Artículos)

B.O.E. (Boletín Oficial del Estado)

C.C.B.E. (Consejo de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea)

Cap. (Capítulo)

Cc. (Código Civil)

CC.AA (Comunidades Autónomas)

Cco. (Código de Comercio)

CDPC (Cuadernos de Política Criminal)

CE (Constitución Española)

CEEJ (CEEJ)

CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos)

CEE (Comunidad Económica Europea)

Cfr. (Confrontar)

CGPJ (Consejo General del Poder Judicial)

CIIDPE (Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico)

CMS (*Compliance Management Systems*)

CNMV (Comisión Nacional del Mercado de Valores)

Coord. (Coordinador)

Coords. (Coordinadores)

CP (Código Penal)

CPC (Cuaderno de Política Criminal)

Dir. (Director)

DIRCE (Directorio Central de Empresas)

Dirs. (Directores)

DM (Decisión Marco)

ed. (Edición)

Ed. (Editorial)

EE.UU (Estados Unidos de América)

EPC (Estudios Penales y Criminológicos)

ERM (Evaluación del Riesgo de una Empresa Eficaz)

ET (Estatuto de los Trabajadores)

Exp. (Expediente)

F.Jº (Fundamento Jurídico)

FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*)

FFJJ (Fundamentos Jurídicos)

FGE (Fiscalía General del Estado)

GRECO (Grupos de Respuesta Especial para el Crimen Organizado)

Ibidem

Ídem

InDret (Revista para el Análisis del Derecho)

ISO (International Organization for Standardization)

JAI (Consejo de Justicia y Asuntos de Interior)

L.O (Ley Orgánica)

LCD (Ley de Competencia Desleal)

LDC (Ley de Defensa de la Competencia)

LECrim. (LECrim.)

LSC (Ley de Sociedades de Capital)

MF (Ministerio Fiscal)

Núm. (Número)

ob. cit. (opere citato)

OCDE

OIT (Organización Internacional del Trabajo)

Pág. (Página)

Págs. (Páginas)

PCP (Proyecto CP)

Pdf (*Portable Document Format*)

Polit. Crim. (Política Criminal)

PYME (Pequeñas Y Medianas Empresas)

R. (Resolución)

R.A.E (Real Academia Española)

RDL (Real Decreto Legislativo)

RECPC (Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología)

REDUR (Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja)

RGDA (Revista General de Derecho Administrativo)

RGDP (Revista General de Derecho Penal)

RM (Registro Mercantil)

RPPJ (Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica)

RRM (Reglamento del Registro Mercantil)

SEC (*Security Exchange Commission*)

Sec. (Sección)

SOA (*Sarbanes Oxley Act*)

ss. (Siguietes)

SSTC (Sentencias del Tribunal Constitucional)

SSTEDH (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)

SSTS (Sentencias del Tribunal Supremo)

ST (Sentencia del Tribunal Supremo)

STAN (Sentencia de la Audiencia Nacional)

STAP (Sentencia de la Audiencia Provincial)

StBG (CP Alemán)

STC (Sentencia del Tribunal Constitucional)

STEDH (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)

STS (Sentencia del Tribunal Supremo)

STSJ (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia)

Tít. (Título)

UE (Unión Europea)

USSG (*United State Sentencing Guidelines*)

UWG (Ley sobre Competencia Desleal alemana)

Vol. (Volumen)

VV.AA (Varios Autores)

INTRODUCCIÓN

Propósito de la investigación

La corrupción ha sido objeto de estudio a lo largo de la Historia. Primeramente, la corrupción, en el ámbito de la Administración Pública comenzó por esbozar una serie de criterios que servirían de patrón u orientación en otros ámbitos jurídicos distintos.

El avance en el estudio de la corrupción y las consecuencias nocivas y perjudiciales que representan en el sector jurídico-privado han supuesto la tipificación de la corrupción en el entorno mercantil y comercial en el ámbito internacional. Dicha regulación ajena al entorno nacional ha propiciado su tipificación en nuestra tradición jurídico penal.

Los escándalos de soborno y sus consecuencias en el tejido empresarial han dado buena muestra de la necesidad de atender a la importancia de este modelo de corrupción.

Las complejas relaciones económicas y la gran oferta de bienes y servicios ha propiciado que exista un alto grado de corrupción en los negocios. Las empresas ya no ofertan sólo sus servicios. Junto a ellos ofrecen incentivos de toda índole en aras a fomentar (de manera irregular) el interés en sus negocios.

La prohibición de añadir cualquier género de beneficio o ventaja al concreto negocio jurídico ya venía sancionándose en otros ordenamientos jurídicos y campos ajenos al penal, como el administrativo y el mercantil, mediante los *compliance* o Planes de cumplimiento normativo. Éstos venían a recoger (en este concreto aspecto) la prohibición de regalar o pagar cantidades de dinero injustificadas u otorgar dietas excesivas a la hora de reunirse, contratar o relacionarse de cualquier forma con los operadores comerciales, (por ejemplo, proveedores, empresarios,

colaboradores...). Si la voluntad de las partes en el negocio es neutral -centrándose los contratantes en la calidad y precio de los bienes y servicios- se garantiza la competencia leal en el mercado. Por ello, los *compliance* perdiguen regular, detectar, contener, paliar y, en algunos supuestos reparar la existencia de comportamientos de riesgo.

Objeto-Contenido

El presente trabajo analiza el tipo del injusto del delito de corrupción entre particulares, y trata de dar respuesta a ciertos interrogantes sobre la interpretación de los elementos configuradores de la antijuridicidad. El presente delito presenta un claro ejemplo de la categoría de los delitos de infracción de deber. Las diversas instituciones que vienen mostrándose en esta obra dan sentido a la relación existente entre los diversos sujetos activos del delito y el bien jurídico protegido.

Al objeto de analizar el tipo del injusto del delito de corrupción entre particulares, se abordará la problemática de interpretar el bien jurídico protegido y la compleja estructura de este género de corrupción.

Tras haber estudiado el presente precepto penal, llegamos a la conclusión (entre otras) de que la actividad negocial debe regirse por la confianza de las partes negociales en las expectativas del negocio jurídico. En tal sentido, el incentivo personal (esto es, el beneficio o ventaja) en las transacciones comerciales es un condicionante que genera una situación injusta y deshonesta en el mercado que merece, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, una respuesta penal.

En nuestra opinión, el presente delito responde a la categoría de los delitos de infracción de deber. Los sujetos activos del delito se encuentran especialmente vinculados al bien jurídico protegido. No solo se exige un *neminem laede*, sino la realización de un comportamiento positivo tendente a garantizar la competencia.

Esta obra consta de dos partes fundamentales. La primera, compuesta por dos capítulos. El primero, donde nos encargamos del estudio y fundamento de la

corrupción entre particulares desde el prisma europeo y el desarrollo legislativo en el ordenamiento jurídico español. Y un segundo capítulo, donde se abordan los modelos de cumplimiento normativo (*compliance*) como evidencia del calado que ha representado en nuestro ordenamiento jurídico. El legislador ha optado por reconocer una importancia notable a la autorregulación en el ámbito jurídico-penal. La adopción y estudio de los planes de cumplimiento normativo por parte de las empresas, son una muestra del deseo de comportarse dentro de los límites del riesgo permitido. De aquí que podamos afirmar que nos encontramos ante una Era donde el interés del Derecho penal no se fundamenta en reparar sino en prevenir.

La segunda parte de la obra está bautizada con el nombre de “Tipo de injusto”. La misma se compone de un capítulo primero, donde nos encargamos de abordar con carácter previo la presente figura delictiva desde el modelo de delitos de infracción de deber, tratándose el ámbito normativo previo para su justificación. Con ello, dotamos de sentido al segundo capítulo donde se abordan los concretos elementos configuradores del tipo del injusto del delito.

Metodología

La metodología que ha sido utilizada en este trabajo, se ha basado en el análisis dogmático del derecho sustantivo y político-criminal. Asimismo, se ha acudido al estudio sociológico y práctico de la corrupción desarrollada en el marco de la competencia, del ámbito patrimonial y de la figura del cohecho. Debido a que el tipo penal que se ha analizado es novedoso y que, además, ha sido objeto de modificación con la nueva reforma de la L.O 1/2.015, se ha acudido al estudio teórico y práctico de la jurisprudencia de los mentados órdenes. Por otra parte, nos hemos basado en las referencias bibliográficas existentes en revistas especializadas, obras monográficas, manuales y Tratados de Parte general y Especial de Derecho Penal. Además, se ha precisado acudir a las mismas fuentes aducidas respecto al campo del Derecho Mercantil y del ámbito de la Competencia.

Medios

Los medios utilizados en la presente investigación son los textos normativos nacionales e internacionales, la jurisprudencia (*strictu sensu*), la jurisprudencia menor, la emanada por el Tribunal Constitucional, así como la bibliografía especializada de libros y revistas de consulta en la biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid, en otras universidades y las bases de datos como: Dialnet, *Westlaw*, Aranzadi, VLex, Tirant lo Blanch, CENDOJ, Blogs especializados en *Corporate Compliance*, Portal *Lex Nova*, Portales y páginas de empresas multinacionales donde se publicitan las normas de *Corporate Compliance* y *Corporate Governance*, las noticias de periódicos de tirada nacional, página *web* de la legislación del Estado Inglés, página *web* del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, portal *Eur-Lex*.

ABSTRACT

Purpose of research

Corruption has been a subject of study throughout History. Firstly, corruption in the area of Public Administration began by outlining a set of criteria that would serve as a guide in other different legal areas.

The progress in the study of corruption and the harmful consequences they represent in the legal-private sphere have meant the international classification of corruption in the mercantile and commercial environment. Such regulation outside the national environment has led to their definition in our criminal legal tradition.

The bribery scandals and their consequences in the business world have given a good example of the need to attend to the importance of this model of corruption.

Object-Content

This paper analyzes the type of unjust crime of corruption between individuals, and tries to answer certain questions about the interpretation of the elements that configure against legal. The present offense is a clear example of the category of crimes of breach of duty. The different institutions that are shown in this work give meaning to the relationship between the various active subjects of crime and the protected legal good.

In order to analyze the type of unfair crime of corruption between private individuals, the problem of interpreting the protected legal good and the complex structure of this type of corruption will be addressed.

This work consists of two fundamental parts. The first part, composed of two chapters. In the first of them we deal with the study and basis of corruption between individuals from the European perspective and legislative development in the Spanish legal system. And a second chapter, which addresses the models of compliance as evidence of the draft that has represented in our legal system. The legislator has chosen to recognize a significant importance to self-regulation in the criminal-law field. The adoption and study of compliance plans by the companies, are a sign of the desire to behave within the limits of the risk allowed. Hence we can affirm that we are faced with an era where the interest of criminal law is not based on repairing but on preventing.

The second part of the work, in turn, has been named "the type of unfair". It is composed of a first chapter, where we deal with previously addressing the present criminal figure from the model of crimes of breach of duty, dealing with the prior regulatory area for its justification. With this, we give meaning to the second chapter where the concrete elements of the type of unfair crime are dealt with.

Methodology

The methodology for this work has been based on the dogmatic analysis of substantive and political-criminal law. Likewise, a sociological and practical study of the corruption developed in the framework of competition, patrimonial scope and the figure of bribery has been used. Due to the fact that the criminal type analyzed is novel and, likewise, has been modified with the new reform of L.O 1/2.015, we have turned to the theoretical and practical study of the jurisprudence of the said orders. Likewise, we have based ourselves on the bibliographical references existing in specialized magazines, monographic works, manuals and Treaties of General and Special Part of Criminal Law. In addition, it has been necessary to attend to the same sources adduced with respect to the field of Commercial Law, and of Competition.

Media

The means used in the present investigation are national and international normative texts, jurisprudence (*strictu sensu*), minor jurisprudence, emanated by the Constitutional Court, as well as the specialized bibliography of books and reference journals in the library of the University Complutense of Madrid, in other universities and databases such as: Dialnet, Westlaw, Aranzadi, VLex, Tirant lo Blanch, CENDOJ, Blogs specialized in Corporate Compliance, Lex Nova Portal, Portals and pages of multinational corporations where the Corporate Compliance and Corporate Governance, National Newspaper News, English State Law Website, United States Department of Justice website, Eur-Lex portal, etc.

CAPÍTULO PRIMERO

EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES: NORMATIVA EUROPEA Y ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

I. ESTUDIO DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES DESDE LA NORMATIVA EUROPEA

El nuevo tipo penal “*la corrupción entre particulares*” incorporado en nuestra legislación¹, no cuenta con antecedentes en nuestro Ordenamiento Jurídico². No

¹ Con motivo de la promulgación de la L.O. 5/2.010 de 22 de junio, por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP y, ulteriormente, mediante la L.O 1/2.015 de 30 de junio.

² TIEDEMANN, K., “Corrupción entre particulares”, en *El Derecho penal económico en la era compliance*, VV.AA., Dirs. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013, págs. 34 y ss. “la corrupción entre particulares fue durante todo un siglo una particularidad de los países anglosajones y germánicos, que inicialmente se encontraban en la Ley alemana sobre competencia desleal de 1.909”. Asimismo, ver MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)”, en *Derecho Penal. Parte especial*, ed. 3ª, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.010, pág. 504. Así explica el autor que, la L.O 5/2.010...tipifica un delito desconocido en nuestra legislación penal y que ocupa en solitario la actual sección 4ª...”. También ver en RODRÍGUEZ PUERTA, Mª.J., “El nuevo delito de corrupción privada. Luces y sombras”, en *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Cumplimiento normativo. Compliance*, Dirs. AGÚNDEZ, M.A., Coord. ALBIÑANA, C., Ed. La Ley, ed. 1ª, Madrid, octubre, 2.012, págs. 122 a 124, el autor trata los distintos modelos político-criminales (modelo patrimonialista: basado en el daño patrimonial que el soborno causa o puede causar a la empresa; modelo *iuslaboralista*: centrado en que el soborno supone una infracción de las obligaciones que vincula al empleado con el empresario; y el modelo economicista: cuyo enfoque se basa en que este tipo de corrupción perjudica a la libre competencia). Tratando las iniciativas supranacionales en este delito, acudir a FOFFANI, L., “La «Corrupción privada». Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización”, en *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Coords. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2.006, págs. 381 y ss.

obstante, sí existen antecedentes dentro y fuera de nuestro entorno cultural³, véase⁴ en Francia (L. 152.6 del Código de trabajo), Holanda (en su art. 328 ter CP), la *Prevention of Corruption Act* de 1.906, Alemania con el § 299 StBG, Austria mediante § 10 UWG. El origen de la incorporación⁵ de este delito se encuentra en la transposición de la

³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I., “La criminalización de la corrupción en el sector privado; ¿asignatura pendiente del Derecho Penal Español?”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo Siglo*, VV.AA., Homenaje al Prof. D. José Cerezo Mir, Ed. Tecnos, Madrid, 2.002, págs. 257 a 290. Así afirman los autores que si nos fijamos en la historia evidencia que este delito cuenta con antecedentes en nuestro en otros ordenamientos; a principios del S. XX ya existía una gran preocupación “por las grandes dimensiones” que adquirirían los pagos y regalos realizados a los empleados de empresas privadas por parte de empresas que competían entre sí; de ahí que en Gran Bretaña regularan penalmente la corrupción en el sector privado en 1906, sirviendo como modelo para la legislación alemana, que en la Ley contra la Competencia desleal (UWG) de 1.909 introdujo el § 12 encaminado a sancionar esta tipología de conductas. Asimismo, ver KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el CP alemán», en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Núm. 3, 2.007, págs. 1 a 18.

⁴ Tratando las distintas variantes desarrolladas en el resto de ordenamientos jurídicos, NIETO MARTÍN, A., “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)”, *Revista penal*, Núm. 10, 2.002, págs. 56 y ss. Asimismo, ampliamente tratado por ENCINAR DEL POZO, M.A., “El delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios”, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2.016. Este autor trata el delito de corrupción privada en el derecho comparado; en la Parte II, denominada “El delito de corrupción privada en el derecho comparado”, desarrolla en su Capítulo Tercero la regulación en instrumentos normativos internacionales (págs. 131 a 164); y en el Capítulo Cuarto, la regulación en algunos países de la Unión Europea (págs. 167 a 219). Asimismo, en su Capítulo Quinto aborda la regulación en los Estados Unidos de América, (págs. 221 a 246). Asimismo, acudir a MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M^a.I., “Corrupción privada y corrupción en el deporte”, en *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, VV.AA., Dir. MUÑOZ CONDE, F., Coord. DEL CARPIO DELGADO, J. y GALÁN MUÑOZ, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.015, pág. 355. También acudir a BLANCO CORDERO, I., “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2.010: nuevos delitos y aumento de penas”, *Diario La Ley. Especial Reforma del Código Penal. Año XXXI, Núm. 7534, 23 de diciembre de 2.010*, pág. 26. También en BLANCO CORDERO, I., “De la corrupción entre particulares”, en *Comentarios al Código Penal*, VV.AA., Dir. GÓMEZ TOMILLO, M., Ed. Lex Nova, ed. 2^a, Valladolid, 2.011, pág. 1.110.

⁵ Tratando las diversas razones por las que se interpreta la incorporación de este precepto a nuestro CP, acudir a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)...ob. cit., págs. 504 y 505. MENDOZA BUERGO, B., “El nuevo delito de corrupción entre particulares, (art. 286 bis del CP)”, en *Estudios sobre las reformas del CP. (Operadas por las L.O 5/2.010, de 22 de junio, y 3 /2.011, de 28 de enero)*, VV.AA., Dir. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., Ed. Civitas-Thomson Reuters, Aranzadi, 2.011, págs. 425 a 427. Asimismo, MUÑOZ CONDE, F., “Derecho Penal. Parte especial”, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 19^a, Valencia, 2.013, págs. 490 y 491. También en PUENTE ABA, L.M^a., “Corrupción en los negocios (art. 286 bis)”, en *Comentarios a la*

reforma del CP, VV.AA., Dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Coords. MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.015, pág. 916. Ver RODRÍGUEZ PUERTA, M^a.J. y MORÓN LERMA, E., “Art. 286 bis. 1, 2, 3”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, VV.AA., Dir. QUINTERO OLIVARES, G., Coord. MORALES PRATS, F., Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, ed. 9^a, Navarra, 2.011, págs. 935 y 936. Ver NIETO MARTÍN, A., “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado...*ob. cit.*”, pág. 55. Asimismo, DE BUERBA PANDO, A., “El delito de corrupción entre particulares”, *Doctrina Contencioso, público y regulatorio*, PÉREZ-LLORCA, Núm. enero-marzo, enero 2.011, págs. 1 y 2. También en GIL ANTÓN, M^a, “Delitos de corrupción de acuerdo con la reforma del CP”, en R.E.D.S. Núm. 6, enero-junio 2.015, pág. 77. BOLEA BARDON, C., “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *Indret* 2/2.013, págs. 3 a 7. Ver DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I., “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente en el Derecho penal español?...*ob. cit.*”, págs. 258 a 267. Acudir a FARALDO CABANA, P., “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, EPC, Vol. XXIII (2001-2.002). Cursos e Congresos Núm. 135, Servizo de Publicacións da Universidad de Santiago de Compostela, págs. 62 a 70. Y, asimismo en GILI PASCUAL, A., “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2007”, *RECPC*, N^o 9, 2.007, págs. 2 a 6. También en GILI PASCUAL, A., “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. (Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2.006)”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2^a Época, Núm. 19, 2.007, págs. 245 a 251. Ver GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”, *ICADE.*, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, Núm. 74, mayo-agosto 2008, 229 a 234. Asimismo GOMEZ-JARA DÍEZ, C., “Delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)”, en *El nuevo CP. Comentarios a la reforma*, Dir. SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., Coord. PASTOR MUÑOZ, N., Ed. La Ley, Madrid, 2.011, pág. 419. MIRÓ LINARES, F., “Corrupción en los negocios”, en *Estudios sobre el CP reformado, (Leyes Orgánicas 1/2.015 y 2/2.015)*, VV.AA., Dir. MORILLAS CUEVA, L., Ed. Dykinson, Madrid, 2.015, pág. 652. NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L., *InDret*, Núm. 4/2.011, “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, págs. 3 y 4. Ver NAVARRO MASSIP, J., “El delito de corrupción entre particulares”, *Revista Aranzadi*, Núm. 11/1.011, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2.011, pág. 1. Acudir a OTERO GONZALEZ, P., “Corrupción entre particulares (Delito de)”, *Eunomía*, Revista en Cultura de la Legalidad, Núm. 3, septiembre 2.012 – febrero 2.013, págs. 175 y 176. Ver QUERALT, J.J., “Reflexiones marginales sobre la corrupción. *Marginal reflections about corruption*”, *Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, UB, *Revista Critica Penal y Poder*, Núm. 2, 2.012, págs. 20 a 22. También acudir a GARCÍA ALBERO, R., “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, en *Comentario a la reforma penal de 2.015*, Ed. Thomson Reuters, Navarra, 2.015, págs. 554 y 555. Asimismo, ROSAS OLIVA, J.I., “Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado”, *CPC*, Núm. 99, 2009, págs. 110 a 120. También ver SÁNCHEZ MELGAR, J., “La corrupción en el sector privado”, *Revista Xurídica Galega (REXURGA)*, Núm. 63, 2.009, págs. 13 a 17. MORENO LUCE, M^a.S., “La corrupción entre particulares”, en *Letras jurídicas. Revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U.V.*, Núm. 10, 2.004, pág. 5. Acudir asimismo a ENCINAR DEL POZO, M.A., “El delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios...*ob. cit.*”, págs. 124 a 128. También en JAEN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A.L,

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

DECISIÓN MARCO 2.003/568/JAI DEL CONSEJO de 22 de julio de 2.003, “*relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*”⁶. Con anterioridad⁷, el Consejo adoptó un Acto por el que se estableció un Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas⁸ en donde se definían tanto los delitos de corrupción, como las sanciones armonizadas aparejadas. Ulteriormente⁹ el Consejo aprobó un Convenio cuyo objeto versaba en la lucha contra los actos de corrupción de los funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, adoptando más tarde el Consejo, el 22 de diciembre de 1998, la Acción Común 98/742/JAI sobre la corrupción en el sector privado.

La incorporación en nuestro sistema jurídico-punitivo de la “*corrupción entre particulares*” ha servido para adecuar a nuestro ordenamiento el castigo por la realización de ciertas prácticas desarrolladas en el seno del sector privado de forma parecida al delito de cohecho. De ahí, la vulgar denominación que se le otorga a este delito: cohecho entre particulares¹⁰, cohecho privado¹¹ o corrupción entre empresarios¹².

“La reforma penal de 2.015. Análisis de las principales reformas introducidas en el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2.015, de 30 de marzo)”, Ed. Dykinson, Madrid, 2.015, págs. 143 a 146.

⁶ L. 192/54 Diario Oficial de la Unión Europea 31.7.2.003.

⁷ Con fecha 27 de septiembre de 1.996.

⁸ Protocolo establecido sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas - Declaraciones hechas por los Estados miembros con ocasión de la adopción del acto jurídico por el que se establece el Protocolo. Diario Oficial nº C 313 de 23/10/1.996, págs. 2 a 10.

⁹ Acto del Consejo, de 26 de mayo de 1.997, por el que se establece, sobre la base de la letra c) del apartado 2 del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea [Diario Oficial C 195 de 25.6.1.997]. En la misma se definen conceptos tales como persona, persona jurídica, incumplimiento de las obligaciones, lo que se considera corrupción activa y corrupción activa en el sector privado; los límites mínimos de existencia o consideración de corrupción activa y pasiva, así como las garantías que cada Estado miembro debe observar respecto a las diferentes las conductas corruptas observadas en su territorio; también se trata la imposición de sanciones.

¹⁰ Véase, por exponer un ejemplo, a SANTANA VEGA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V. “De la corrupción entre particulares” en *Comentarios al CP. Reforma L.O 5/2.010*, VV.AA., Dirs. CORCOY VIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Colabs. ARTAZA, O. y BESIO, M., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.011, pág.

Este novedoso tipo penal ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico-punitivo tardíamente¹³, sin perjuicio de que debemos señalar que nuestros operadores jurídicos ya trataban la cuestión en el ámbito de las “competencias y organización de la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción”¹⁴.

Si buscamos un antecedente internacional de esta regulación quizá lo encontremos en los arts. 7 y 8 del Convenio Núm. o 173 del Consejo de Europa¹⁵, donde se hace expresa mención a la obligación de las partes del presente Convenio de adoptar, y citamos textualmente: “...las medidas legislativas y de otra índole que sean

635. Asimismo acudir a SEGRELLES DE ARENAZA, I., “De la corrupción en los negocios (arts. 286 bis, 286 ter y 286 quáter)”, Ed. Instituto Superior de Derecho y Economía, 2.016, cuando afirma que, “la corrupción entre particulares, también denominada de manera informal “cohecho entre particulares” sigue parcialmente la estructura que los tipos del cohecho de los arts. 419 y 424 CP”, pág. 1.

¹¹ SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., “De la corrupción entre particulares...*ob. cit.*”, pág. 635.

¹² VENTURA PÜSCHEL, A., “Corrupción entre particulares, (no deporte): art. 286 bis 1, 2 y 3 PCP...*ob. cit.*”, pág. 264. Así se refiere a la incriminación de actos de corrupción “entre empresarios” (los clásicos actos prohibidos por el Derecho de Defensa de la Competencia...). Debemos manifestar que la incorporación de la corrupción en los negocios es una manifestación más de criminalizar comportamientos que, sin perjuicio de otras lesivas consecuencias provoca grandes daños económicos. Ahondando sobre las medidas adoptadas para la prevención y lucha contra la corrupción, acudir a LLORENTE PÉREZ, A., “El reto de la lucha contra la corrupción en la Unión Europea”, en Revista Aranzadi, Unión Europea, Núm. 10/2.014, Ed. Cizur Menor. Este autor analiza los datos del Eurobarómetro publicado en febrero de 2.014, los sondeos de opinión realizados por la Comisión Europea y el Informe realizado por la Comisión Europea COM (2.014); cuyo objeto es analizar la corrupción en los Estados miembros y las medidas adoptadas para su prevención y ataque a la misma. El autor expone que en términos económicos se estima que la corrupción cuesta a la Unión Europea en torno a 120.000 millones de euros al año.

¹³ ROSAS OLIVA, J.I., “Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España...*ob. cit.*”, pág. 95, “...considerando que los plazos de transposición de la Acción común y la Decisión Marco aludidas se encuentran vencidos ya hace unos años (los plazos de transposición vencieron el 31-12-2.000 y 22-07-2.005, respectivamente) y que esto ha llevado al gobierno español a impulsar en los últimos años una tipificación en tal sentido, pues tanto en los fallidos Proyectos de reformas al CP de 2.007 y 2008, como en el Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros en Noviembre de 2.009, se ha contemplado un delito que sanciona conductas de corrupción entre particulares, concretamente en un nuevo art. 286 bis...”.

¹⁴ Instrucción 1.996, de 15 de enero. En dicha Instrucción se hablaba del concepto de corrupción, anudándolo a la idea de soborno como una conducta o acto «producido generalmente, aunque no necesariamente, respecto de quienes desempeñan la función pública».

¹⁵ Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999.

necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil...”. Directamente, se señala como comportamiento reprochable, “el hecho de prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes”¹⁶. Por su parte, la Decisión marco¹⁷ del año 2.003 habida cuenta de la necesaria incidencia de la misma, en la incorporación¹⁸ y adecuación del Derecho Comunitario en nuestro sistema legal, proporciona información de suma importancia a tener en cuenta a la hora de aplicar el art. 286 bis. A saber, la Decisión Marco viene a dilucidar la posible interpretación de los conceptos de esta regulación; desde lo que debe considerarse persona jurídica¹⁹, el incumplimiento de las obligaciones²⁰, hasta la

¹⁶ Art. 7 del Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio Núm. 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999.

¹⁷ Decisión marco 2.003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2.003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

¹⁸ Ver MANES, V., "La incidencia de las «decisiones marco» en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo". Comentario de la sentencia de 16 de junio 2005 -Causa C-105/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -Gran Sala- (demanda de pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento Pupino). RECPC, 09-07 (2.007). "Con la sentencia del Tribunal de Justicia pronunciada en el caso Pupino (16 de junio de 2.005, causa C-105/2.003) se ha establecido un principio tan innovador como lleno de consecuencias, sobre la base del cual la obligación de interpretar conforme al derecho comunitario debe alcanzar también a los actos típicos del tercer pilar, esto es a las «decisiones marco», un instrumento cada vez más utilizado para armonizar los sistemas penales también bajo el perfil del derecho sustantivo. Precisamente en la perspectiva del derecho penal sustantivo es posible individualizar algunos criterios, y sobre todo algunos límites, que pueden ayudar a trazar los nuevos confines de la interpretación comunitariamente orientada: en primer lugar, la prohibición de que la conclusión interpretativa alcanzada pueda fundar o agravar la responsabilidad del imputado, prohibición que expresa un principio consolidado en la jurisprudencia comunitaria y radicado en la incuestionable infranqueabilidad de la reserva de ley estatal en materia penal".

¹⁹ Art. 1 Decisión marco 2.003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2.003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado: "cualquier entidad que goce de tal régimen jurídico con arreglo al Derecho nacional aplicable, con excepción de los Estados o de otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas".

²⁰ Art. 1 Decisión marco 2.003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2.003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado: "se entenderá conforme al Derecho nacional. El concepto del incumplimiento de las obligaciones en el Derecho nacional deberá incluir como mínimo cualquier

interpretación de comportamientos de la acción activa y pasiva de corrupción²¹. Asimismo, desarrolla e interpreta las formas de autoría y participación²², así como a los sujetos activos del delito, pudiendo ser, tanto personas físicas como personas jurídicas²³ como ulteriormente comprobaremos. La punibilidad de las personas jurídicas²⁴ es una de las cuestiones que no solo desarrolló la Decisión Marco a la que hacemos mención sino que también nuestro legislador ha regulado²⁵ con ocasión de la incorporación de la corrupción en el sector privado.

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".

²¹ Art. 2 Decisión marco 2.003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2.003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado: "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", decir, asimismo que esta modalidad se aplicará (por expreso mandato de la misma Decisión), "...a las actividades profesionales de entidades con fines lucrativos y no lucrativos"; "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".

²² art. 3 Decisión marco 2.003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2.003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado: "Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que la complicidad y la incitación a cometer los actos mencionados en el art. 2 constituyan infracciones penales".

²³ art. 3 Decisión marco 2.003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2.003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado: "Responsabilidad de las personas jurídicas: 1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones mencionadas en los arts. 2 y 3 cometidas en su provecho por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basado en: a) un poder de representación de dicha persona jurídica, o b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o c) una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica...".

²⁴ Cuestión que se tratará con posterioridad.

²⁵ Fue tratado en el Proyecto de L.O por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP 27 de noviembre de 2.009., B.O.E 121/000052. Núm. 52-1. En él se trataba de la siguiente manera: "Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales (Convenios, Decisiones Marco...) que demandaban una respuesta penal clara para las personas jurídicas sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado,...)". Asimismo se

A todo ello debemos anudar con el fin de aproximarnos de forma completa al estudio europeo de este delito, el concreto contenido de la Acción Común²⁶ de 1.988. En la misma se consideró el “...especial interés a la lucha contra la corrupción en el sector privado a escala internacional” que dispensan los Estados. Dicha Acción Común viene a justificar la importancia de su existencia con base en que “...la corrupción falsea la competencia leal y compromete los principios de apertura y libertad de los mercados, y, en concreto, el correcto funcionamiento del mercado interior, y es contraria a la transparencia y la apertura del comercio internacional”. Asimismo, esta Acción Común resulta importante a los efectos de definir diferentes conceptos clave en

establecen unos límites, dado que el Proyecto afirmaba que, "esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea y no podrá ser exigida al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general". Como puede evidenciarse se limita a penalizar aquellas conductas puramente privadas. Asimismo, el Proyecto sigue exponiendo que «para el caso de que los delitos se cometan en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no están incluidas en el ámbito de la responsabilidad penal, el Código prevé la posibilidad de que se pueda imponer a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones, una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el mismo contenido que las penas que se podrían imponer si tuviesen personalidad jurídica». Además, se establecen ciertas previsiones al efecto de garantizar la punición: "...al objeto de evitar que la misma pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resulte de la escisión". Todo ello regulado, finalmente, en el art. 31 bis de la reforma operada en la L.O 5/2.010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP. *Cfr* con la nueva L.O 1/2015 que reforma el CP.

²⁶ Acción Común de 22 de diciembre de 1.998 adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado (98/742/JAI).

la interpretación de este tipo penal. En su art. 1 define los términos de: “persona”²⁷, “persona jurídica”²⁸ e “incumplimiento de las obligaciones”²⁹.

Una vez realizadas las referencias oportunas a cierta normativa de especial interés, debemos ocuparnos del análisis, tanto por el Proyecto³⁰ como por la Exposición de Motivos³¹ al delito de la corrupción en el sector privado.

El antedicho Proyecto hace referencia a las diversas necesidades que empujaron a que la Decisión Marco³² regulase las herramientas y procedimientos necesarios para atender y actuar sobre el problema de la corrupción en el ámbito-sector privado. El legislador comunitario justifica la intervención penal en el ámbito privado a razón de que tales comportamientos³³ afectan al mercado y propician un conflicto que sobrepasa el ámbito jurídico-privado.

²⁷ Definida como "cualquier asalariado o cualquier otra persona cuando desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una persona física o jurídica que opere en el sector privado o en su nombre".

²⁸ Definida como "cualquier entidad que goce de tal régimen jurídico con arreglo al Derecho nacional aplicable, con excepción de los Estados o de otros organismos públicos actuando en ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas".

²⁹ Expresando la Acción Común que tal expresión se deberá entender "conforme al Derecho nacional. El concepto del «incumplimiento de las obligaciones» en el Derecho nacional debe 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 mercantil a una «persona» tal que definida en el primer guión".

³⁰ Proyecto de L.O por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP 27 de noviembre de 2.009.

³¹ Exposición de Motivos de la L.O 5/2.010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP.

³² Decisión Marco 2.003/568/JAI de 22 de julio de 2.003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

³³ Art. 2 Decisión marco 2.003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2.003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado: "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", decir, asimismo que esta modalidad se aplicará (por expreso mandato de la misma Decisión), "...a las actividades profesionales de entidades con fines lucrativos y no lucrativos"; "b) pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

Nuestro legislador nacional, por su parte, expresa las razones por las que se ha hecho necesaria la incorporación de este tipo penal. En el Preámbulo³⁴, en su apartado XXVII se afirma que se ha hecho necesaria la adecuación³⁵ de nuestra regulación a los “*compromisos internacionales asumidos*”³⁶ y en concreto respecto a la “*adaptación de las penas*”³⁷.

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”.

³⁴ L.O 5/2.010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP.

³⁵ Adecuación de nuestra legislación del cohecho

³⁶ Tal y como expresamente refiere el Preámbulo de la L.O 5/2.010, de 22 de junio, inciso XXVII: “en concreto, al Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 y al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del art. k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea”.

³⁷ Preámbulo de la L.O 5/2.010, de 22 de junio, inciso XXVII. “Con base en lo establecido en dichos convenios se precisaba una adaptación de las penas, pues se exige que al menos en los casos graves se prevean penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición. A ello se suma la conveniencia de extender el concepto de funcionario para que alcance también al funcionario comunitario y al funcionario extranjero al servicio de otro país miembro de la Unión Europea...(y asimismo) obliga a dar una nueva redacción al art. 445 para que así quepa, de una parte, acoger conductas de corrupción que no están suficientemente contempladas en la actualidad, así como regular con precisión la responsabilidad penal de personas jurídicas que intervengan en esa clase de hechos”. Preámbulo de la L.O 5/2.010, de 22 de junio, inciso XXVII.

II. FUNDAMENTO DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA SEGÚN LA NORMATIVA EUROPEA

Para abordar el fundamento del delito del que nos ocupamos es preciso estudiar la Decisión Marco 2.003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2.003 “*relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*”. Esta Decisión Marco estimó que, debido al “*aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios*”³⁸ convierte la corrupción en el sector privado en “*un problema transnacional*”³⁹. Por ello, la propia Decisión⁴⁰ alberga una gran regulación que afecta a la materia⁴¹ frente a la que nos encontramos. Esta Decisión, no obstante, no es muy prolija, pues tan solo consta de un total de 11 artículos. El primero referente a las definiciones, trata la persona jurídica; en el segundo, por su parte, nos habla del incumplimiento de las obligaciones, ocupándose

³⁸ Transcripción literal de la Decisión Marco 2.003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2.003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. (Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 192/54 de 31 de Julio de 2.003).

³⁹ *Ídem*.

⁴⁰ La Decisión Marco 2.003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2.003.

⁴¹ 1º.- 27 de septiembre de 1.996, el Consejo adoptó el Acto por el que se establece un Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

2º.- El Protocolo que entró en vigor el 17 de octubre de 2.002: en él se contienen definiciones de los delitos de corrupción y sanciones armonizadas de los mismos.

3º.- El 26 de Mayo de 1.997, el Consejo aprobó un Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.

4º.- El Consejo adoptó, el 22 de diciembre de 1.998, Acción Común 98/742/JAI sobre corrupción en el sector privado.

5º.- El 13 de junio de 2.002, El Consejo adoptó la Decisión marco 2.002/584/JAI relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (incluyéndose la corrupción como delito susceptible de dicha detención europea, no requiriéndose la previa verificación de la doble tipificación).

6º.- En la Conferencia de negociación de 21 de noviembre de 1.997 de la OCDE aprobó un Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

7º.- El Consejo de Europa, por su parte aprobó un Convenio de Derecho Penal sobre la corrupción. Este Convenio va acompañado de un Acuerdo por el que se establece el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO).

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

tanto de la corrupción activa como de la pasiva en el sector privado. El artículo tercero nos habla de la incitación⁴² y de la complicidad; el cuarto de las sanciones penales y de otro tipo; el quinto, de la responsabilidad de las personas jurídicas; el sexto, de las sanciones a las personas jurídicas; el séptimo, referente a la competencia; el octavo respecto a la *derogación*; el noveno, que atiende a la ejecución; el décimo a la aplicación territorial; y por último, el decimoprimer, respecto a la entrada en vigor. A la vista del articulado podemos afirmar que nos encontramos con una regulación que aporta instrucciones o referencias de cómo se ha de interpretar el actual tipo penal⁴³. Así la definición⁴⁴ versa, entre otros aspectos, sobre cuestiones como: lo que se debe entender por “*incumplimiento de las obligaciones*”⁴⁵ o el elenco de verbos típicos⁴⁶ que servirán para crear el tipo penal del art. 286 bis, tanto en su forma activa (art. 286 bis 1) como en su forma pasiva (art. 286 bis 2).

Por otro lado, si acudimos a la lectura del Preámbulo de esta novedosa reforma penal⁴⁷ en su apartado XIX, donde se hace mención expresa a la precitada Decisión Marco⁴⁸, cobra especial importancia tanto la “*garantía de una competencia justa y honesta*”⁴⁹ como la “*represión de... actos encaminados a corromper a los*

⁴² Incitación a cometer los actos mencionados en el artículo 2 constituyan infracciones penales.

⁴³ De corrupción entre particulares (286 bis).

⁴⁴ Definición aportada por la Decisión Marco 2.003/568/JAI del Consejo de Julio de 2.003 relativa a la lucha contra la corrupción en el Sector Privado.

⁴⁵ *Ídem*.

⁴⁶ Definición aportada por la Decisión Marco 2.003/568/JAI del Consejo de Julio de 2.003 relativa a la lucha contra la corrupción en el Sector Privado. Art. 2 "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".

⁴⁷ L.O 5/2.010 de 22 de junio, por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP.

⁴⁸ Decisión Marco 2.003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

⁴⁹ Debemos expresar el claro y firme objetivo

administradores de entidades privadas”⁵⁰. La referencia a postulados o valores⁵¹ “*justos*” y “*honestos*” lleva a que algún autor mantenga que este delito está inspirado en un acercamiento a “*la ética de los negocios*”⁵² o “la confianza en la honestidad o ética profesional de los directivos y similares de una empresa”⁵³. Asimismo, no ha faltado quien ha afirmado que la referencia a la “*ética del mercado*” y “*honrada competencia*”, “*es una terminología que se compadece mal, en general, con la distinción entre Derecho y moral, y en particular con el efectivo funcionamiento del mercado que tiene como finalidad primordial la búsqueda del mayor beneficio posible*”⁵⁴.

En nuestra opinión, la incorporación del delito de corrupción entre particulares a nuestro CP representa un avance en la defensa de la licitud contractual. El comportamiento de los contratantes debe encontrarse ajeno a intereses personales. Las relaciones comerciales deben discurrir de manera leal y honesta, donde la voluntad negocial se base única y exclusivamente en la calidad y el precio de los bienes y servicios. Con ello se cumplirá la lealtad en las negociaciones, por cuanto se garantizará la neutralidad o imparcialidad en el proceso de contratación. Esto es, se podrá afirmar la existencia de una competencia leal.

⁵⁰ L.O 5/2.010 de 22 de junio, por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP.

⁵¹ Refiriéndose a un tratamiento de la competencia, o a una concreta concepción de la competencia

⁵² Críticamente con esta interpretación VENTURA PÜSCHEL, A., “Corrupción entre particulares, (no deporte): art. 286 bis 1, 2 y 3 PCP...*ob. cit.*, pág. 264. En realidad, afirma, se incriminan conductas escasamente lesivas (a la libre competencia en igualdad de condiciones), so pretexto de la falta de ética (en los negocios) que dichas conductas evidencian. Asimismo, añade, que se introducen parámetros ajenos al concepto de bien jurídico y próximos a la ética (o falta de ética de los trabajadores) en la decisión de extender el transversal fenómeno de la corrupción a la incriminación del soborno “entre particulares”.

⁵³ MUÑOZ CONDE, F., “Derecho Penal. Parte especial...*ob. cit.*, 2.013, pág. 492

⁵⁴ CORCOY BIDASOLO, M., “Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los *Compliance*...*ob. cit.*, pág. 161.

III. DESARROLLO LEGISLATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y SUS ANTECEDENTES

1. BREVE ACERCAMIENTO A LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL TIPO DEL INJUSTO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

Este nuevo tipo penal ofrece problemas a la hora de encontrar su origen y justificación regulatoria⁵⁵. Esto, entre otras cosas, se debe a que la legislación no ha nacido, no se ha gestado o no se ha reflejado⁵⁶ como una exigencia de la sociedad

⁵⁵ Acudir MENDOZA BUERGO, B., “El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP...*ob. cit.*, pág. 428. Acudir tratando el problema del bien jurídico a GIL NOBAJAS, M^a.S., “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, en EPC, Vol. XXXV, 2.015, págs. 571 a 580. Expresa el autor los diferentes problemas existentes en torno al objeto de tutela en las tipificaciones de las conductas de corrupción en el ámbito de los negocios privados, derivados de los diversos modelos de incriminación operantes en el Derecho Comparado. Asimismo trata la poca reflexión operada por el legislador nacional a la hora de transponer los compromisos internacionales a la sazón. Respecto a las valoraciones críticas de este precepto penal, acudir a BOLEA BARDÓN, C., “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, Indret 2/ 2.013, Barcelona, 2.013, pág. 5. Asimismo, VENTURA PÜSCHEL, A., “Corrupción entre particulares (no deporte): art. 286 bis 1, 2 y 3 PCP...*ob. cit.*, págs. 263 y 264. Este autor considera negativa la incorporación de este precepto a nuestro CP, tanto en términos generales como desde un punto de vista de Política Criminal en tanto que, en primer lugar, ni ha existido un previo debate interno respecto a la necesidad de incriminación de los comportamientos venales en el ámbito de los negocios privados; en segundo lugar, dichos comportamientos son perfectamente subsumibles en otros tipos sancionadores (administrativos y civiles); y, en tercer lugar, afirma que nos encontramos ante una muestra más de acercamiento hacia un Derecho Penal “simbólico”, donde no se respeta el principio de lesividad, ni la protección de bienes jurídicos...Críticamente con la incorporación de la corrupción del art. 286 bis a nuestro CP, acudir a GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)” en *El nuevo CP. Comentarios a la reforma*, VV.AA., Dir. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., Coord. PASTOR MUÑOZ, N., Ed. La Ley, Madrid, 2.012, pág. 421. Este autor afirma que ha existido una ausencia de discusión seria y pausada sobre el merecimiento y necesidad de pena de estas conductas.

⁵⁶ Como hemos podido comprobar en el apartado referente a la Directiva Europea que regula la «corrupción entre particulares».

española, aunque en ella se hayan padecido las consecuencias de la corrupción en sectores empresariales. De la lectura del precepto penal se puede deducir que los bienes jurídicos protegidos por el mismo, quizás sean correctamente incardinables o referidos a ámbitos jurídico diferentes al Penal. Véase, la pretendida o aparente protección de la ética de los negocios⁵⁷ o la competencia o las relaciones de lealtad respecto al empresario⁵⁸ que el legislador parece querer proteger. Pero ello, según algunos autores es innecesario⁵⁹ en tanto que es protegido por otros campos o sectores del ordenamiento

⁵⁷ SÁNCHEZ MELGAR, J., "La Corrupción en el sector privado...*ob. cit.*", págs. 18. Este autor expone que, "el comportamiento leal, limpio, ético y lícito en las transacciones mercantiles, no debe ser patrimonio exclusivo de los funcionarios públicos y autoridades, sino de todos los intervinientes en tales mecanismos de contratación, de modo que la obligación de comportarse *civiliter* afecta a todos, y no solamente a los funcionarios. Tan grave debe ser el cobrar comisiones en el sector público como el sector privado, aunque una visión clásica y tradicional quizá nos ha hecho ver las cosas históricamente de otra manera". Críticamente con la incriminación de conductas escasamente lesivas de interés, so pretexto de la falta de ética en los negocios que dichas conductas representan, acudir a VENTURA PÜSCHEL, A., "Corrupción entre particulares (no deporte): art. 286 bis 1, 2 y 3 PCP...*ob. cit.*", pág. 264. Asimismo, ver MUÑOZ CONDE, F., "Derecho Penal. Parte especial", Ed. Tirant lo Blanch, ed. 19ª, Valencia, 2.013, pág. 492. Este autor mantiene que el bien jurídico es la competencia leal, así como la confianza en la honestidad o ética profesional de los directivos y similares de una empresa".

⁵⁸ Crítico con la defensa de la lealtad hacia el empresario, ver RODRÍGUEZ PUERTA, Mª.J. y MORÓN LERMA, E., "Art. 286 bis. 1, 2 y 3", en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, VV.AA., Dir. QUINTERO OLIVARES, G., Coord. MORALES PRATS, F., Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, ed. 9ª, Navarra, 2.011, pág. 937. Este autor mantiene que el interés se torna de una legitimidad cuestionable, en tanto que en términos penales este bien jurídico habría que vincularlo a otros intereses esenciales de la empresa para dotarlo de un contenido mínimo material. Asimismo, crítico con ello, GILI PASCUAL, A., "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2.007", RECPC, 09-13 (2.007), pág. 27. Este autor mantiene que "el vínculo de fidelidad con el "empresario" e "incumplimiento de obligaciones" no es un bien digno de protección penal, en tanto que se vaciaría de contenido material a la figura, que se reduciría a un simple ilícito formal. Asimismo, apunta este autor, "el incumplimiento de obligaciones" no posee virtualidad suficiente para protagonizar la mutación de la figura hacia un modelo (ilegítimo en su opinión) de infracción de deberes, pero hay que conferirle el valor de complemento a la tutela competencial en tal dirección"; y, asimismo, atribuir dicho protagonismo "de complemento no significa que pueda ejercerlo desde el entendimiento ilegítimo que se le negaría si actuase como elemento principal o único". Tratando este aspecto acudir a NIETO MARTÍN, A., "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)...*ob. cit.*", págs. 58 y 59.

⁵⁹ VENTURA PÜSCHEL, A., "Corrupción entre particulares, (no deporte): art. 286 bis 1, 2 y 3 PCP...*ob. cit.*", pág. 264. Tratando también este aspecto, acudir a CASTRO MORENO, A., "El nuevo delito de corrupción privada", VV.AA., en *Mesa Redonda, Prevención y sanción de la corrupción pública y privada, XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado, "El nuevo Código Penal"*,

Madrid, 18 de noviembre, 2.010, págs. 1 a 4. Este autor afirma que determinados comportamientos prohibidos en este precepto penal no debieran serlo; así expresa que aquel directivo de una empresa que abona comisiones a otra para obtener favores para la empresa en la que trabaja (en perjuicio de la competencia), actúa en beneficio de su propia empresa. Ello (en su opinión) no atenta contra las obligaciones que les son propias, en tanto que debe pretender el mayor beneficio para la empresa en la que trabaja. Tan solo se está ejerciendo una competencia desleal con terceras personas o profesionales; no obstante (continúa opinando) esta deslealtad es universal, genérica, no siendo punibles, en tanto que las obligaciones penalmente contempladas deben ser de una especial intensidad para justificar la injerencia del *ius puniendi*. Asimismo, acudir a CASTRO MORENO, A., “Corrupción entre particulares”, en Memento Experto. Reforma Penal 2.010, Ed. Francis Lefebvre, VV.AA., Coord. ORTIZ DE URBINA, Í., Madrid, 2.010, pág. 294. Aquí el autor afirma que, “no es desleal con su empresa quien realiza pagos ilícitos a terceros para conseguir la adjudicación de un contrato, operación o negocio que resulta beneficioso para su propia sociedad, lo que impediría aplicar a estos supuestos el delito de administración desleal o fraudulenta de sociedades que tipifica el CP art. 295, ni el delito de apropiación indebida del CP art. 252 por la disposición de los fondos que constituyen la dádiva, ya que en el plano objetivo su abono no supone perjuicio para la sociedad que los paga al conseguir gracias a ellos un beneficio superior ni, en el plano subjetivo, existe tampoco dolo de causar el perjuicio a la propia sociedad que ambos delitos requieren. Por tanto, en estos supuestos, no existe colisión entre la conducta realizada y el interés social, sino que el ofrecimiento o del soborno está encaminado a satisfacer precisamente aquél. Así, (el autor trae a colación para justificar su postura), la STAN, de 31 de marzo de 2.000, el Caso Banesto, donde se afirmaba que los pagos hechos por los administradores de una empresa con fondos sociales, aunque se realicen con fines ajenos al propio tráfico de la empresa administrada, redundan en provecho de ésta y no pueden considerarse constitutivos de un delito de apropiación indebida, por tratarse de un delito contra el patrimonio de la sociedad administrada y ser dichos pagos realizados con dichos fondos beneficioso para la misma. Tratando el aspecto referente a si el Derecho penal puede considerarse en este delito un refuerzo de la normativa mercantil o civil, acudir a BERNAL DEL CASTILLO, J., “Los delitos de soborno en el Derecho Penal español y Británico”, CPC, Núm. 116, II, Época II, septiembre 2.015, págs. 114 y 115; al respecto afirma el autor que, “...no toda infracción de las reglas o normas que regulan la competencia y garantizan la libre competencia competitiva en las actividades económicas deberían considerarse integradas en el tipo penal del art. 286 bis y, por ello, éste debería interpretarse en el sentido de exigir una especial gravedad de la conducta típica y una concreción mayor de desvalor de injusto...”, así afirma que “el acto de corrupción privada tenga una idoneidad objetiva para lesionar intereses de terceros, por ejemplo, cuando realmente concurra más de una empresa en el caso particular y no solamente la de la persona que ofrece el soborno, de forma que se pueda considerar que la conducta corrupta ponga en peligro concreto o lesione las posibilidades de terceros competidores. De igual forma resulta necesario excluir la aplicación del delito a supuestos de escasa gravedad de acuerdo con el principio de insignificancia o del principio de adecuación social a los que no se alude expresamente en la definición del delito...el hecho de desarrollar estas actividades mediando una motivación dirigida a un enriquecimiento ilícito generado en un acto de soborno, desde un punto de vista normativo configura siempre un especial desvalor de acción que supera el referido al incumplimiento formal de las normas que garantizan la competencia leal. La especial desvaloración de una actividad relevante cuando se realiza mediando un soborno se incrementa si se considera la peligrosidad de estas conductas desde una perspectiva más general. Y esta es la orientación de la Política Criminal actual en esta materia, que trasciende el daño concreto de los actos de corrupción

jurídico⁶⁰. Por ejemplo⁶¹, podría ser amparada por el propio Derecho Administrativo⁶², o por la aplicación del Derecho Privado especial⁶³, o por normas reguladoras del contrato laboral⁶⁴. Y es que, en el originario Preámbulo de esta Reforma Penal se hablaba de una referencia expresa al mercado, diciéndose que aquellos comportamientos que persiguen la corruptela de los administradores produce una consecuencia negativa en el mercado, expresándose que “*se rompen las reglas de buen*

y valora las consecuencias negativas de estas prácticas para el mercado y el desarrollo económico y social, nacional e internacional. Esa peligrosidad se puede resumir en la extensión global del fenómeno de la corrupción y la normalización de los actos de soborno como conductas casi necesarias en muchos sectores del mundo de los negocios y de las actividades profesionales tanto a nivel interno de los Estados como en el ámbito internacional”.

⁶⁰ Sobre el Derecho penal mínimo, acudir a SILVA SÁNCHEZ, J.M^a, “Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, en *Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, VV.AA., Ed. Bosch, Barcelona, 1.997, págs. 17 a 29. LÓPEZ GASTÓN, R.D., “Reacciones penales innecesarias en un modelo de Derecho Penal Mínimo. Un estudio crítico sobre las disputas científicas en torno al derecho penal sancionador”, Ed. B de f. Buenos Aires, 2.015, págs. 13 a 20.

⁶¹ Tratando este aspecto, VENTURA PÜSCHEL, A., “Corrupción entre particulares, (no deporte): art. 286 bis 1, 2 y 3 PCP...*ob. cit.*, págs. 285 a 287. GILI PASCUAL, A., “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el proyecto de reforma de 2.007”, RECPC, 09/13 (2.007), págs. 10 a 14. Ver en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?...*ob. cit.*, pág. 232. Acudir tratando este aspecto a NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V., “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, InDret 4/2011, pág. 10. Asimismo, GARCÍA ALBERO, R., “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho...*ob. cit.*, págs. 553 a 574. También, GÓMEZ BLESA, F.J., “Delito de Corrupción entre particulares: Comentarios y críticas al art. 286 bis CP.”, Noticias jurídicas, Artículos doctrinales. Tratando este aspecto, SÁNCHEZ BERNAL, J., “La corrupción en el sector privado: debate en torno a su inclusión en el CP”, Cuadernos del Tomás, Núm. 2, 2.010, pág. 225. También encontramos alguna referencia en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El nuevo delito de corrupción entre particulares (Art. 286 bis)...*ob. cit.*, pág. 505. Asimismo, acudir a ABANTO VÁSQUEZ, M.A., “La Corrupción privada”, en *Apuntes de Derecho Penal Económico II*, VV.AA., Coord. PREDAL DEL PUERTO, R., Ed. ICED, Paraguay, 2.013, pág. 151.

⁶² Mediante la aplicación de la potestad sancionadora administrativa, en lugar de la potestad punitiva penal, (siempre que la empresa privada o entidad mercantil hubiere contratado tal servicio con la Administración, encontrándonos, por lo tanto, en un caso de privatización empresarial).

⁶³ Mediante la protección de normas integradas en el campo del Derecho Mercantil a partir de la Ley de Defensa de la Competencia y/o Ley de Competencia Desleal.

⁶⁴ Nos referimos a las normas del Estatuto de los Trabajadores o disposiciones del Convenio Regulador o cláusulas consensuadas añadidas al contrato Laboral (como prohibiciones de realizar la competencia incluso tras terminar la relación laboral, etc.).

funcionamiento del mercado”⁶⁵. Como vemos se relaciona el mercado⁶⁶ con el incumplimiento de las tareas y funciones llamadas a realizar el operador mercantil⁶⁷. En un primer momento, el legislador acotó el entorno en el que el comportamiento desarrollado sería atípico⁶⁸; por un lado en “*la adquisición o venta de mercancías*”⁶⁹ y, por otro, en “*la contratación de servicios profesionales*”⁷⁰. Más adelante, con ocasión de la reforma operada en junio de 2.015, añadió una más, “*las relaciones comerciales*”⁷¹. Por lo tanto, el legislador quiere que en el mercado se respeten las reglas de la lealtad y la honestidad en cualquier ámbito comercial y transaccional⁷² a la par que se proteja a la competencia, al mercado y a los consumidores.

Ahora bien, ¿a qué se debe esta novedosa protección? ¿Por qué se comenzó a regular al margen de la Sección 3ª, referente a los “*delitos relativos al mercado y a los consumidores*”?; y asimismo, ¿por qué se creó ulteriormente esta novedosa Sección 4ª denominada “*de la corrupción en los negocios*” en la Sección 4ª? Es probable que parte de estas preguntas puedan contestarse si observamos la tendencia constante desde hace una larga temporada hacia una “*privatización de las empresas públicas y de las actividades de prestación de servicios (públicos)*”⁷³ con la consecuente reducción de injerencia del Estado.

⁶⁵ Preámbulo de la L.O.5/2.010 de 22 de junio, Título XIX.

⁶⁶ Referencia que (el propio art. 286 bis) hace del mercado.

⁶⁷ Cuando nos referimos al operador mercantil hacemos referencia al elenco de sujetos activos del delito del art. 286 bis, tanto en su forma activa como pasiva; es decir, «...directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización...».

⁶⁸ L.O 5/2.010 de 22 de junio, en la redacción originaria del art. 286 bis.

⁶⁹ Redacción originaria del precepto penal, mediante la L.O 5/2.010 de 22 de junio.

⁷⁰ *Ídem*.

⁷¹ Redacción ulterior del art. 286 bis, en virtud de la L.O 1/2.015 de 30 de marzo.

⁷² El legislador quiere dejar latente que dicha corrupción no se circunscribe a una clase o género de actividades mercantiles (*numerus clausus*), sino a cualquier género de las mismas (*numerus apertus*).

⁷³ NIETO MARTÍN, A., “La corrupción en el sector privado, (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)”, Revista penal, Núm. 10, 2.002, págs. 62 a 65. Tratando este aspecto acudir asimismo, a NIETO MARTÍN, A., “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en *El derecho penal económico de la era compliance*, VV.AA., ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO

COLÓN DE CARVAJAL FIBLA⁷⁴ analiza la privatización de las empresas públicas y la contratación administrativa y nos explica que “...a partir de 1985 y siguiendo la tendencia internacional, se iniciaron en España procesos de desinversión y venta de empresas públicas...y desde que comenzaron los procesos de venta de estas empresas públicas hasta el presente se han privatizado en España alrededor de 120 compañías que tenían participación pública estatal...en términos económicos, estas operaciones han propiciado unos ingresos aproximados de 45.000 millones de euros...”. Esto, junto otras razones ajenas a las de la privatización, hace que se deba proteger al mercado, o mejor dicho a las relaciones comerciales con herramientas más eficientes donde se garanticen de manera más directa e importante una certera competencia. La corrupción, históricamente, se ha vinculado con la administración pública⁷⁵; no obstante, en la actualidad es complicado discernir entre la corrupción pública y privada. En tal sentido, se propone ampliar el concepto de funcionario a los responsables de las sociedades, fundamentado en el buen funcionamiento de la empresa⁷⁶. Junto a esto, el legislador deja de lado las herramientas de protección civil o mercantil que hasta ahora operaban, para ceder el paso a la injerencia del *ius puniendi* estatal en aquellas operaciones o tractos que lesionen bienes jurídicos de manera grave. El legislador, como comentamos a lo largo de este trabajo, quiere otorgar una

MARTÍN, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013, págs. 191 a 210. También ver GILI PASCUAL, A., “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el proyecto de reforma de 2.007”, RECPC, 09/13 (2.007), pág. 16. Asimismo, ver GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?...ob. cit., pág. 232. También, OTERO GONZÁLEZ, P., “Corrupción entre particulares...ob. cit., págs. 176, 178 y 181. Asimismo, SÁNCHEZ BERNAL, J., “La corrupción en el sector privado: debate en torno a su inclusión en el CP...ob. cit., págs. 211 y 212.

⁷⁴ COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, B., “Privatización de empresas públicas y contratación administrativa: huida y reconquista del Derecho Administrativo”, Noticias Jurídicas (Artículos doctrinales: Derecho Administrativo), octubre, 2.010, págs. 3 y 4.

⁷⁵ Véanse los diferentes casos de corrupción acaecidos en el territorio Nacional. Al respecto, acudir a la lectura de CORRECHER MIRA, J., “Análisis jurisprudencial de los delitos contra la Administración pública en el territorio valenciano”, en *Corrupción Pública. Cuestiones de Política Criminal (II), La Comunitat Valenciana*, VV.AA., Ed. Iustel, Madrid, 2.015, págs. 21 a 79. El autor en esta obra diferentes sentencias de actualidad penal. Trata diferentes casos de corrupción en el ámbito público.

⁷⁶ CORCOY BIDASOLO, M., “Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los *Compliance*...ob. cit., pág. 164.

protección similar a la otorgada a las conductas corruptas operadas en el seno de la Administración. Esta vez, la defensa del bien jurídico, en lugar de desarrollarse en el seno de la Administración como ocurre con el delito de cohecho, cambia de escenario al ámbito jurídico privado⁷⁷. En el caso de las empresas privatizadas ya no nos encontramos con una titularidad estatal y de lo que legislativamente eso supone, sino al margen de ella, debiendo defender las prácticas fraudulentas con figuras diferentes a las del cohecho o la prevaricación. Esta puede ser, entre otras razones, una de las causas por la que se ha introducido esta novedosa herramienta punitiva encarnada en el art. 286 bis. Así, el marco actual ya no será el Estado. Tampoco el elenco de sujetos⁷⁸ activos será el integrado por funcionarios, sino por trabajadores o administradores de una sociedad, entre otros. Y es que en el propio tipo penal, quedan reflejados como sujetos activos y pasivos del delito (art. 286 bis 1 y 286 bis 2)⁷⁹ desde los administradores, los integrantes de la estructura mercantil hasta los propios empleados o colaboradores de la empresa o de una sociedad. Por lo tanto, estos son quienes pueden lesionar, -mediante su comportamiento injusto o deshonesto- a la competencia o al patrimonio empresarial. Aun habiendo hecho mención a la privatización como una de las causas por las que se ha podido crear e incorporar este nuevo delito, no debemos creer que es la única. Entre otras puede incluso encontrarse la defensa del patrimonio particular del empresario, la competencia y los principios que deben regir en las transacciones mercantiles. Debido al Principio de intervención mínima del Derecho Penal, la doctrina es reacia a aceptar un tipo penal que puede encontrar cobijo en otros campos del Derecho, como puede ser el mercantil o el Civil, el Laboral o en algunos casos, el administrativo⁸⁰.

⁷⁷ No trataremos en este trabajo ningún género de concursos, (ni aparente ni de delitos). Desarrollando ampliamente los concursos de leyes, acudir a OBREGÓN GARCÍA, A., “La determinación de la pena en los concursos de leyes en relación de alternatividad (sentido, contenido y aplicación de la regla 4ª. del artículo 8 del Código Penal), en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 2.006, págs. 151 a 168.

⁷⁸ Es decir, los sujetos que protagonizan el comportamiento delictivo (sujetos activos del delito).

⁷⁹ Nos referimos a los sujetos que actúan en el seno del tráfico mercantil. El comportamiento irregular de los mismos afecta a la conservación de una competencia «justa» y «honesta».

⁸⁰ VENTURA PÜSCHEL, A., “Corrupción entre particulares, (no deporte): art. 286 bis 1, 2 y 3 PCP...*ob. cit.*, pág. 263.

Se ha afirmado por parte de la doctrina que nos encontramos ante un “**delito especial** y propio cuando lo cometen los sujetos disciplinados en el tipo”⁸¹ y “**común** cuando afecta al componente activo del mismo”⁸². Lo que interesa en este momento es la alusión o referencia a la especialidad. Dicha **especialidad** podríamos encontrarla en que el comportamiento proviene de las características que deben poseer los sujetos que realizan el comportamiento, tanto en su modalidad activa, como en la pasiva. De tal forma que el sujeto activo del comportamiento debe reunir unas determinadas cualidades o facultades que les hagan **aptos** para poder prometer, ofrecer o conceder a las empresas, asociaciones, fundaciones..., concretamente a sus directivos, administradores, empleados o colaboradores, e **idóneos** para realizar la conducta. Y, por otro lado, respecto a la referencia a **común** podría venir dada por la generalidad que aporta el tipo; es decir, a cualquier persona que adquiriera mercancías o contrate servicios⁸³. Debemos reconocer que no estamos de acuerdo con que nos encontremos ante un delito común. En nuestra opinión, como desarrollaremos con posterioridad, nos encontramos ante un delito de infracción de deber.

⁸¹ SÁNCHEZ MELGAR, J., "La corrupción en el sector privado...*ob. cit.*, pág. 17. Acudir, en la misma línea, (entre otros muchos) a NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V., "Corrupción entre particulares y tutela del mercado...*ob. cit.*, pág. 9. También en BOLEA BARDÓN, C., "El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes...*ob. cit.*, pág. 21. GIL NOBAJAS, M^a.S., "El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia...*ob. cit.*, pág. 583.

⁸² SÁNCHEZ MELGAR, J., "La corrupción en el sector privado...*ob. cit.*, pág. 17. Tratando este aspecto, (entre otros muchos), SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., "El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)", en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Dir. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., Coord. PASTOR MUÑOZ, N., Ed. La Ley, Madrid, 2.012, pág. 423. Ver también, CASTRO MORENO, A., "Corrupción entre particulares", en *Memento Penal Económico y de la Empresa 2.011-2.012*, Ed., Francis Lefebvre, julio 2.011, parágrafo 6815, cuando expresa "...se sanciona a «quien» corrompe a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de las referidas entidades, pudiendo ser autor del delito, en principio, cualquier persona, ya que no especifica cualidad alguna para ser sujeto activo de esa modalidad delictiva...".

⁸³ Puesto que el legislador ha expresado o en las relaciones comerciales que realicen los sujetos (directivos, administradores, empleados o colaboradores) de una empresa mercantil o de una sociedad; por lo tanto, común por darse en el marco socioeconómico, privado, *inter-partes*.

Cierto sector doctrinal dota de importancia la relación entre las normas jurídico-privadas y el bien jurídico protegido y la concreta estructura del tipo de injusto de este delito. Se ha mantenido que nos encontramos ante un tipo “*relativamente blanco*”⁸⁴, en tanto que este tipo se encuentra incompleto al reflejarse únicamente la consecuencia jurídica o sanción. Como es bien sabido, la norma en blanco⁸⁵ remite a otra norma jurídica⁸⁶ para completar la conducta punible. El art. 286 bis expresa: “*beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificado*”, y expresaba en su redacción originaria⁸⁷ “*el incumplimiento de sus obligaciones*”⁸⁸...”. Ambas expresiones según SÁNCHEZ MELGAR, configuran una conexión a elementos externos al CP al

⁸⁴ SÁNCHEZ MELGAR, J., "La corrupción en el sector privado...*ob. cit.*, pág. 17. Ver 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, núm. 9/2.009, pág. 165. También ver NAVARRO MASSIP, J., "El delito de corrupción entre particulares...*ob. cit.*, cuando afirma “para determinar cuál es el «comportamiento desleal» que debe estar incluido en el concepto de incumplimiento, como norma penal en blanco puede completarse solo marginalmente acudiendo, por ejemplo, a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que prevé expresamente «actos de competencia desleal» (art. 4 y siguientes), a los artículos 225 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital que, respecto de los administradores, consagra los deberes de diligencia (art. 225), de lealtad (226), la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio (art. 228) y el conflicto de intereses (art. 229), o al artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores en relación a los empleados, que consagra la buena fe contractual, o al propio Código Civil respecto del mandato (art. 1.718 y ss.)”.

⁸⁵ Respecto a las normas penales en blanco, acudir a la STC 283/2.006, de 9 de octubre de 2.006, F.J 8º: "...siguiendo doctrina consolidada de este Tribunal, cómo se proyecta la garantía material de taxatividad sobre las normas penales en blanco...Tal como manifestamos en la citada STC 127/1.990, de 5 de julio, F.J 3º, los postulados contenidos en el derecho a la legalidad penal son conciliables con la utilización por el legislador de dicha técnica legislativa, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos: «que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición», así como, con especial relevancia en lo que atañe a nuestro análisis, «que sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1.987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”, (en igual sentido, SSTC 118/1.992, de 16 de septiembre, FJ 2; 111/1.993, de 25 de marzo, FJ 6; 120/1.998, de 15 de junio, FJ 5; o 34/2.005, de 17 de febrero, FJ 3).

⁸⁶ Norma externa al CP.

⁸⁷ En virtud de la L.O 5/2.010, de 22 de junio por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre del CP.

⁸⁸ Esta última expresión suprimida con la reforma operada en virtud de la L.O 1/ 2.015.

no explicitarse qué tipo de ventaja o beneficio debe reportar al sujeto activo del delito, ni qué elenco de obligaciones se deben incumplir⁸⁹. NAVARRO MASSIP al respecto afirma que para dilucidar cuál es el “comportamiento desleal” que debe estar incluido en el concepto de incumplimiento, como norma penal en blanco podría completarse solo marginalmente acudiendo a determinada legislación⁹⁰. El fundamento de la posibilidad de que nos encontremos ante una norma penal en blanco lo justifica en el hecho de que se venga utilizando las referencias, “beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados”⁹¹ o “incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”⁹². En opinión de MUÑOZ CUESTA⁹³, “para completar el círculo de los elementos típicos es necesario que el corrupto que recibe la ventaja o beneficio al contratar las adquisiciones o los servicios profesionales, incumpla sus obligaciones”⁹⁴. Por ello, este autor afirma que, tal elemento normativo del tipo se complementa por remisión a otras normas. Dichas normas, mantiene, pueden no ser necesariamente “jurídicas en sentido estricto”. En

⁸⁹ GÓMEZ BERMÚDEZ, J., "Prevención y sanción de la corrupción pública y privada", en *XXXII Jornadas de Estudio de la Abogacía. El Nuevo CP*, VV.AA, 17 y 18 de noviembre de 2.010, Ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2.011, págs. 17 y ss. En un sentido similar, se muestra este autor que afirma que nos podemos encontrar ante un tipo penal en blanco.

⁹⁰ NAVARRO MASSIP, J., "El delito de corrupción entre particulares...*ob. cit.* Este autor se refiere a la Ley 3/1.991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que prevé expresamente «actos de competencia desleal» (art. 4 y siguientes), a los arts. 225 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital que, respecto de los administradores, consagra los deberes de diligencia (art. 225), de lealtad (226), la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio (art. 228) y el conflicto de intereses (art. 229), o al art. 54 del Estatuto de los Trabajadores en relación a los empleados, que consagra la buena fe contractual, o al propio Cc. respecto del mandato (art. 1718 y ss.).

⁹¹ Tenor literal del art. 286 *bis* 1 y 2.

⁹² Tenor literal del art. 286 *bis* 1 y 2 de la redacción originaria (no actual) del tipo penal, redacción aportada por la L.O 5/2.010, de 22 de junio, por la que se modifica la L. 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP.

⁹³ MUÑOZ CUESTA, F.J., "La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Revista Aranzadi Doctrinal, Núm. 8/2.011. parte Tribuna, Pamplona, 2011, pág. 5.

⁹⁴ En opinión de MUÑOZ CUESTA, el texto legal no establece a qué tipo de obligaciones se refiere, si son legales, si son relativas a la ética profesional o de cualquier otra naturaleza, MUÑOZ CUESTA, F. J., "La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Revista Aranzadi Doctrinal, Núm. 8/2.011, Parte Tribuna, Pamplona, 2.011, pág. 5

definitiva, este tipo penal podría definirse, siguiéndose esta postura, como un delito de “estructura compleja”⁹⁵, puesto que su apariencia recuerda a la de una norma penal en blanco y porque nos hallamos ante una falta de claridad y precisión en la redacción del tipo importante, produciéndose en su interpretación cierta ambigüedad.

Por las razones expuestas podemos afirmar que el presente precepto penal presenta determinadas especialidades y deberes que debemos interpretar. Para ello estudiaremos el ámbito de la competencia, de la organización y estructura mercantil, de los negocios⁹⁶. La actual “cruzada legal contra la corrupción”⁹⁷ ha pasado la barrera del ámbito público⁹⁸ para “vincular a otros ámbitos aledaños”⁹⁹.

⁹⁵ SÁNCHEZ MELGAR, J., "La Corrupción en el sector privado...*ob. cit.*, pág. 17.

⁹⁶ Afirmaciones tales como «beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificado» o «el incumplimiento de sus obligaciones...».

⁹⁷ MORALES PRATS, F. y MORON LERMA, E., "Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)", en *La Corrupción a Examen*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Monografías de Doctrina, ed. 1ª, Navarra, 2.012, pág. 120.

⁹⁸ La corrupción no es manifestación única del ámbito público, sino también del privado. Tratando este aspecto acudir a CONTRETAS ALFARO, L.H., “Corrupción y principio de oportunidad penal. Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional”, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2.005, págs. 131 y ss. Este autor trata la corrupción pública y la corrupción en el ámbito privado, manifestando que dicho término (corrupción) se refiere tanto a la corrupción desarrollada en el ámbito público, como en el privado; “son dos caras de la misma moneda”, (pág. 132). Este autor trata el fenómeno de la corrupción como categoría jurídico-penal (págs. 147 y ss.).

⁹⁹ MORALES PRATS, F. y MORON LERMA, E., "Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP...*ob. cit.*, pág. 120. Estos autores afirman, que las instancias supranacionales han dirigido esfuerzos a incrementar las medidas de control sobre la actividad económica al objeto de tutelar un mercado globalizado y cada vez más complejo. Esta actitud ha propiciado una mayor presencia penal en ámbitos tradicionalmente reservados al Derecho Civil y al Derecho Administrativo.

2. LAS REFERENCIAS A UNA COMPETENCIA “JUSTA” Y “HONESTA” EN EL PREÁMBULO DE LA L.O 5/2.010

Una de las cuestiones que más me llaman la atención es la referencia que el Preámbulo realizó respecto a la búsqueda de una competencia “*justa*” y “*honesta*”¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Muchos autores han tratado y comentado la referencia a la defensa de la competencia “justa” y “honesta” que el legislador ha expuesto en el Preámbulo de la L.O 5/2.010 de 22 de junio que reforma el CP. Al respecto, y críticamente lo desarrolla MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)...*ob. cit.*, págs. 505 a 507. Así expone que, “no permite describir con precisión cuál es el bien jurídico protegido y la conducta típica no parece alcanzar el grado de lesividad necesario”; asimismo añade que, “la vertiente relativa a la leal competencia carece de *lege lata* de la necesaria lesividad penal, la cual ni siquiera podría afirmarse aunque se sobreentendiese que debe concurrir un peligro para los intereses patrimoniales de los competidores”. Aspecto tratado críticamente por MENDOZA BUERGO, B., “El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP)...*ob. cit.*, págs. 425 a 427. Este autor afirma que, “...por más que la pretendida intención del legislador sea la tutela de la competencia y que el tipo contenga notas que trasladen ese objetivo, con razón la doctrina...que ha abordado el bien jurídico protegido...no resulta evidente que la regulación positiva responda a ese modelo de tutela en exclusiva de los intereses de la competencia justa y honesta, y (asimismo, no aparecen con claridad las notas de lesividad de tal interés en las conductas típicas...”, (pág. 429). Por otro lado existe quienes afirman que esa referencia a la competencia “justa” y “honesta” es el propio bien jurídico, como por ejemplo SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V. “De la corrupción entre particulares...*ob. cit.*, pág. 635. Así afirman que el bien jurídico protegido es la competencia justa y honesta en el ámbito de los negocios privados como medio para preservar las reglas de buen funcionamiento del mercado, según expresa la EM...”. Tratando este mismo aspecto y de forma crítica, DE BUERBA PANDO, A., “El delito de corrupción entre particulares...*ob. cit.*, págs. 5 a 7. Este autor, al tratar la finalidad del tipo penal y el bien jurídico protegido, expone que, en atención a la Exposición de Motivos de la L.O 5/2.010, el bien jurídico protegido es la competencia leal en la adquisición de bienes y servicios, pero que ello no casa bien con determinadas circunstancias. Primera, solo puede aplicarse el subtipo privilegiado del art. 286 bis 3 del CP en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, pero no, en cambio, en atención a la menor distorsión de la competencia. Segunda, la existencia de discordancia entre la redacción de este tercer punto del art. 286 bis con la redacción del art. 2.3 de la DM, en tanto que el Estado español no parece haber hecho uso de tal expresa habilitación de la UE, puesto que no ha especificado en el tipo, por lo menos expresamente, que la conducta deba atentar la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales, al igual que tampoco incluye expresamente entre las causas que permiten moderar la pena que la conducta típica suponga una distorsión mínima de la competencia. Y, tercero, no se hace referencia alguna a la competencia en la descripción del tipo. Asimismo, críticamente, se expresa BOLEA BARDÓN, C., “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes...*ob. cit.*, pág. 12, al expresar que “la mera alusión a la competencia libre y justa no tiene la virtualidad de servir de guía de interpretación del tipo, ni permite una clara

Parece que el legislador propugna la salvaguarda de tales principios, dirigiendo un mandato de respeto y cumplimiento de los mismos. Así, la “*justicia*” y la “*honestidad*” deberán regir tanto en los principios que rigen las negociaciones como en las prácticas mercantiles. Por ello, puede interpretarse que la ausencia de tales notas¹⁰¹, como venimos diciendo, en el seno del tráfico mercantil, habilitaría tanto a los particulares como al Estado a luchar contra aquellos comportamientos que atenten a la competencia y/o al patrimonio, como se expondrá con posterioridad¹⁰².

Con la legislación anterior no se podía afirmar que conductas tales como “*aceptar injustificadamente*”¹⁰³ una cantidad de dinero¹⁰⁴, al contratar servicios o al comprar mercancías privilegiando con ello a una empresa frente a las demás, fuera constitutivo de ninguna infracción penal. A lo máximo que se podía aspirar era a entablar una acción en la vía laboral, civil o mercantil, y en ésta mediante la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) o Ley de Competencia Desleal (LCD) en contra de aquel trabajador corrupto. Y es que, con anterioridad a la incorporación del

delimitación entre injusto penal e ilícito civil o mercantil. Es más, la afectación o vulneración de las reglas de la competencia no contiene por sí sola un grado de lesividad suficiente para legitimar la intervención penal”. Tratando, asimismo, el aspecto de la competencia justa y honesta, SÁNCHEZ MELGAR, J., “La corrupción en el sector privado...*ob. cit.*, pág. 15. Este autor afirma que la competencia justa y honesta entre entidades mercantiles representaría el saneamiento del funcionamiento del mercado y el comportamiento de los administradores sociales o actores mercantiles. Por su parte, acudir a ZÁRATE CONDE, A., “Delito de corrupción en los negocios”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, VV.AA. Coord. ZÁRATE CONDE, A., Ed. Ramón Areces, Madrid, 2.016, pág. 467, “el bien jurídico...es la competencia justa y leal en el mercado pero también incide en un plano subjetivo como es la confianza en la honestidad o ética profesional de los directivos y empleados o colaboradores de una empresa”.

¹⁰¹ Ausencia de «justicia» y «honestidad».

¹⁰² Con posterioridad, en el apartado oportuno, se valorará las diferentes posiciones doctrinales respecto al bien jurídico protegido y caracteres de perseguibilidad en este tipo penal (art. 286 bis).

¹⁰³ Redacción otorgada por el legislador en el art. 286 bis, con la creación de la Sección 4ª «De la corrupción entre particulares». La aceptación (injustificada) lo es por parte del empleado de la empresa, sin tener previsto esa posibilidad o sin concretarse en el contrato de trabajo suscrito entre éste y el empresario).

¹⁰⁴ Desarrollo del contenido del art. 286 bis. Nos ocupamos en este momento a la situación en la que se ofrece, regala,...una cantidad de dinero a un integrante de la empresa al adquirir mercancías o contratar servicios profesionales. Con ello se privilegia a una empresa frente a otra/s, configurándose una lesión a la competencia.

art. 286 bis a nuestro Código punitivo, los comportamientos o conductas como las descritas, solo eran punibles si se cometían por funcionario público¹⁰⁵, mediante la subsunción de tal conducta en el delito de cohecho¹⁰⁶.

Si nos preguntamos por qué se ha procedido a regular este tipo penal, podemos encontrar una posible respuesta en que un gran porcentaje del PIB lo componen las grandes y pequeñas empresas de nuestro país. Véase que, según los datos DIRCE a 1 de enero de 2.010 sobre el volumen de ingresos de las PYME¹⁰⁷, el 96,9% de las empresas se concentraban en el tramo de menos de 2 millones de euros; un 2,3% ingresaron entre 2 y 10 millones; asimismo, aquellas que tuvieron ingresos comprendidos entre 10 y 50 millones representaron el 0,7%, y solo el 0,03% ingresaron más de 50 millones de euros en el último año. Las empresas, como podemos observar, tienen gran importancia en el sostenimiento de las sociedades económicamente desarrolladas; incrementan el desarrollo del propio mercado, creando fuentes de riqueza y haciendo posible el aumento de los puestos de trabajo. El empresario, a la cabeza del desarrollo de la entidad mercantil posee una importancia vital en nuestra sociedad puesto que su contribución en el mercado hace que la economía se siga desarrollando. Por un lado, es fuente de ingresos al propio Estado y, por otro, otorga sostenimiento a miles de economías familiares. Por todo lo expuesto, los empresarios, la organización de la empresa o la competencia, son aspectos que deben ser especialmente observados, regulados y amparados por el Ordenamiento Jurídico. Es por esta razón¹⁰⁸ por lo que se otorga protección¹⁰⁹ a la empresa y a la competencia, dependiendo de qué bien jurídico escojamos salvaguardado con este art. 286 bis de una manera similar a la protección que se otorga mediante el delito de cohecho a la Administración de Justicia.

¹⁰⁵ Conducta realizada por el funcionario público y en el seno de una competencia o función que le fuere atribuida al mismo.

¹⁰⁶ Comportamiento regulado en el art. 419 y ss. del CP.

¹⁰⁷ Retrato de la PYME 2.011. Dirección General de Política de la PYME. Subdirección general de fomento empresarial. http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2011.pdf. Páginas 5 y 6.

¹⁰⁸ Por esta y otras razones que se irán desarrollando a lo largo de este trabajo.

¹⁰⁹ Protección que se ha otorgado mediante la incorporación del art. 286 bis «De la corrupción entre particulares».

3. LOS CAMBIOS QUE SUPUSO LA REFORMA PENAL DE LA L.O. 1/2.015, DE 30 DE JUNIO. ESPECIAL REFERENCIA AL PREÁMBULO

Con ocasión de la promulgación de la L.O. 1/2.015, de 30 de marzo¹¹⁰, como hemos apuntado anteriormente, se modifica la rúbrica de la Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II, mutando su anterior rúbrica, “Corrupción en el sector privado”, por “Delitos de corrupción en los negocios”¹¹¹. En dicha Sección se incluyen “los delitos de pago de sobornos” con el objeto de obtención de “ventajas competitivas, se trate de corrupción en el sector privado o, de la corrupción de un agente público extranjero”¹¹². El legislador en su Preámbulo afirma que: “se aprovecha también para introducir algunas mejoras técnicas en la regulación de estos delitos que tienen por objeto garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que,

¹¹⁰ L.O mediante la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP.

¹¹¹ Tratando la distinta denominación de la rúbrica y la sistemática del delito, acudir a SEGRELLES DE ARENAZA, I., “De la corrupción en los negocios (arts. 286 bis, 286 ter y 286 quáter)...*ob. cit.*, pág. 1, expone el autor que, “La L.O 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal creó la Sección 4ª “Delitos de corrupción en los negocios”, dentro del Capítulo XI del Título XII del Libro II del Código penal en la que incluyó el delito de corrupción entre particulares, que antes estaba dentro de la Sección 3ª, y el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales del art. 445, que hasta entonces estaba en el Capítulo X del Título XIX del Libro II del citado texto legal. Al juntar este último delito en una misma sección, con los delitos de corrupción entre particulares, fue preciso cambiar el nombre de la misma, quitando “particulares” y poniendo en su lugar “negocios”, de modo que la rúbrica cubriera lo público y lo privado. Así, dice la Exposición de Motivos de la citada Ley: “se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero)”.

¹¹² Inciso XVIII del Preámbulo de la L.O 1/2.015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP. En opinión de MUÑOZ CUESTA, F.J. y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., en esta modificación operada en 2.015, "...cuando solo intervienen particulares se ha mejorado en su técnica legislativa, detallando las conductas delictivas y casos en que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas", (pág. 181). No obstante, continúan exponiendo los autores que, "no hay una variación sustancial respecto a lo que se tipificaba como corrupción entre particulares antes de la reforma del CP por L.O 1/2.015, se detallan los sujetos, se amplían las conductas y se mejora la tipicidad en las competiciones deportivas susceptibles de conductas propias de corrupción", (pág. 181). MUÑOZ CUESTA, J. y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., "Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2.015", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, ed. 1ª, Navarra, 2.015.

mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas”. En dicha Sección se regula, asimismo, “el cohecho transnacional”, modificándose su marco penal. Con ello el legislador unifica y otorga coherencia a aquellos comportamiento que, tal y como indica en su exposición de motivos, se encargan de perseguir el “pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero” y, la obtención de “posiciones de ventaja en las relaciones económicas”. No obstante, consideramos que la intención del legislador debería ir más allá e incorporar en esta nueva Sección los “fraudes y exacciones ilegales”¹¹³. Con ocasión de esta modificación el legislador introdujo y suprimió determinadas expresiones que deben ser atendidas en este trabajo. Por lo que respecta a la supresión, eliminó la referencia enumerativa en la que expresaba los concretos entes donde podía realizarse el acto corrupto: sociedad, asociación, fundación...Estos fueron cambiados por la referencia genérica de empresa mercantil y sociedad¹¹⁴. De la misma forma se optó por sustituir la expresión de contratación de servicios profesionales, por contratación de servicios. Esta modificación es lógica. El ámbito en el que se desarrolla el comportamiento es el marco profesional. Por ello es redundante añadir la referencia “profesionales” a los servicios. Además, se eliminó la expresión “incumpliendo sus obligaciones”¹¹⁵ que tanto margen interpretativo aportaba a la doctrina. Y se introdujo la expresión aditiva “en las relaciones comerciales” que aglutina el conjunto de operaciones mercantiles que de manera enunciativa realiza el legislador.

¹¹³ Porque si lo que se persigue es “introducir algunas mejoras técnicas para garantizar” la persecución de estos comportamientos que se basan en el “pago de sobornos” y que, propician las “posiciones de ventaja en las relaciones económicas”, no se explica que deje fuera de esta Sección comportamientos tan parecidos como los fraudes y exacciones ilegales.

¹¹⁴ Este aspecto será tratado con posterioridad en el diversos aparados de este trabajo.

¹¹⁵ Este aspecto será tratado con posterioridad en el diversos aparados de este trabajo.

IV. CONCLUSIONES

Primera.- La corrupción en el sector privado es una novedad en nuestro ordenamiento jurídico-punitivo. Una novedad que debe interpretarse en la concreta estructura mercantil y transaccional. Por ende, las necesidades y propósitos de esta andadura legislativa deben ser estudiadas a través de criterios eminentemente privados (economía de mercado).

Segunda.- El legislador busca la protección de la competencia. A esta conclusión se llega si estudiamos la regulación europea al respecto.

Tercera.- Una de las cuestiones que más importancia presenta es la interpretación que debe otorgarse a los adjetivos “justo” y “honesto”. La actividad negocial debe regirse por la confianza en las expectativas del negocio¹¹⁶. En tal sentido, el soborno o incentivo personal representa una motivación que merece, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico un reproche penal.

¹¹⁶ La confianza a la que nos referimos en el concreto aspecto de la corrupción y en lo que respecta a la específica manifestación del soborno, no es otro que el criterio y sentido a que cada operador jurídico, en las transacciones mercantiles ostenta con su rol. Si no se respetan las reglas, y lo que es más importante, el valor y sentido que en ellas se encuentran (bien jurídico protegido), no se puede garantizar un correcto desenvolvimiento de la economía en ningún sentido.

CAPÍTULO SEGUNDO

**LA CORRUPCIÓN PRIVADA Y SU RELACIÓN CON LOS MODELOS DE
CUMPLIMIENTO NORMATIVO
(*COMPLIANCE*)**

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y SU RELACIÓN CON LOS MODELOS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO (*COMPLIANCE*)

I. LOS MODELOS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO COMO INSPIRACIÓN DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

Observamos una tendencia hacia la autorregulación por la importancia de dotar a la empresa de “capacidad” de autogobierno. Es decir, una nueva vía en la que se le exige a la empresa, en diferentes ámbitos, una supervisión en los diversos departamentos que conforman a la misma. La L.O 5/2.010 de 23 de junio incorporó un novedoso art. 31 bis por el que modificó el criterio tradicional de responsabilidad penal (y único) de las personas físicas. Se ha optado por establecer un sistema de imputación reflejo de la estructura organizacional y modo en que la misma ejecuta las tareas. Las vías por las que se estableció la RPPJ, fueron básicamente dos: una primera, que establece la responsabilidad a partir de los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación. Y una segunda en la que se responsabiliza a la empresa por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados. Es aquí cuando se habla del “debido control” de carácter idóneo y adecuado del comportamiento¹¹⁷. En este sentido

¹¹⁷ CUGAT MAURI, M., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las *Compliance*”, en EPC, Vol. XXXV (2.015), págs. 919 a 963. Este autor afirma (y compartimos esta postura) que para conseguir los efectos exoneradores no basta con haber adoptado una *compliance*, es preciso que ésta sea idónea. Según el autor el problema no se resuelve admitiendo que las *compliance*, sino en “*reducir de forma significativa el riesgo de su*

afirmamos la importancia y trascendencia respecto a lo que nos referimos, es decir, la exigencia de supervisión y autorregulación de la empresa con el fin de detectar y evitar la comisión delictiva en la misma¹¹⁸.

En un primer momento el legislador dotaba de carácter atenuatorio ciertas circunstancias y comportamientos realizados por la organización de la empresa. En lo que nos ocupa, y respecto a la capacidad de autorregulación empresarial, la de haber establecido a través de los representantes legales de la empresa antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica¹¹⁹. Con posterioridad, el legislador, con la promulgación de la L.O 1/2.015 de 30 de junio, dotó

comisión” (véanse las vías de imputación reguladas en los apdos. 2 y 4, respectivamente); y para la eficacia atenuante, no falta ni tan siquiera ello, en tanto que basta con un cumplimiento parcial de los requisitos legales (art. 31 bis.2, *in fine*, y 4, 2º párr. CP).

¹¹⁸ Esta afirmación debe someterse a ciertas matizaciones; a saber, no todo incumplimiento administrativo o procedimental debe considerarse, sin más, constitutivo de un ilícito penal. El traslado de los deberes inherentes del Estado en materia punitiva no pueden ser trasladados, sin más, a la empresa a cambio de un pronóstico favorable ante una eventual investigación penal. Ello implica una inversión en la carga de la prueba a la empresa que no puede ser aceptada, so pena de vulnerarse el derecho a la presunción de inocencia. Al respecto resulta de importancia acudir a la lectura del artículo de CUGAT MAURI, M., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las *Compliance*...*ob. cit.*, págs. 919 a 963. En esta obra se trata la posibilidad de afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en empresas con *compliance*. Así expone el autor que, si con la regulación penal anterior a la reforma operada mediante la L.O 1/ 2.015 que modificó la redacción del art. 31 bis “podía resultar injusto que se derivaran responsabilidades penales para las empresas mejor intencionadas y orientadas a la evitación del delito por lo que hicieran o dejaran de hacer sus representantes cuando se desviarán de la voluntad real de la empresa, con el nuevo sistema, podría incurrirse en el defecto inverso. Esto es, eximir de responsabilidad penal a las empresas por el solo hecho de contar con un *compliance*, a pesar de la directa implicación en el delito de los representantes de la verdadera voluntad societaria (el “alter ego” del que habla la doctrina sajona), y de que hayan actuado en su provecho”, (pág. 937). Asimismo, ha sido el criterio en el que las propias USSG (*United State Sentencing Guidelines*) aceptaban la existencia de un “efectivo” el cumplimiento normativo, es decir, en el caso de que no solo se alegara la existencia de un plan de cumplimiento en la empresa, sino que se hubieran detectado, corregido y reportado el incumplimiento del comportamiento previamente descrito e instaurado. Acudir respecto a esta exigencia en las USSG a FRAGA GÓMEZ, O., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los modelos de organización y gestión”, en *Compliance en el proyecto de reforma del Código penal de 2.013*, CEEJ, Núm. 1 /2.013, págs. 43 a 88.

¹¹⁹ art. 31. *bis*, punto cuarto, de la modificación operada mediante la L.O 5/2.010 de 23 de junio.

a dicha capacidad de autorregulación de un cierto desarrollo¹²⁰. Si observamos dicho articulado comprobamos que se interpreta y, asimismo, dota de contenido al “*debido control*” al que se refería el legislador en 2.010.

¹²⁰ El pto. 2 del art. 31 bis expone: Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a. En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena. El punto 3 del art. 31 bis expone, asimismo, en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. Por su parte, el pto. 4 del art. 31 bis expresa: Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo. Y, por último, el pto. 5 del art. 31 bis reza de la siguiente forma: 5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Ahora¹²¹ se nos habla de ciertas características, gestiones, actividades que deben desarrollar las personas jurídicas; a saber: “modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos”; “modelo de prevención”; “controles internos”, “modelos de organización y de prevención”; “funciones de supervisión, vigilancia y control”; “protocolos o procedimientos de adopción de decisiones y de ejecución”; “modelos de gestión de los recursos financieros para impedir la comisión de los delitos”; “organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”; “sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo”; “sistema de verificación periódica del modelo y de su eventual modificación”. En conexión con esto, si recordamos la redacción originaria del delito que nos ocupa, y observamos la antigua referencia a la expresión “incumplimiento de las obligaciones” comprobamos la conexión con las concretas obligaciones de la persona respecto a la empresa, al ámbito comercial y negocial en el que se desenvuelve. Dicha expresión (con la promulgación de la L.O 1/2.015) fue suprimida; sin embargo en nuestra opinión sigue latente en ciertos aspectos que comprobaremos posteriormente. Posiblemente dicha supresión fue debida a la lesión al principio de legalidad penal (principio de taxatividad¹²², art. 25 CE) que conculcaba, en tanto que era una referencia

¹²¹ Con la reforma del art. 31 *bis* operada por la L.O 1/2.015 de 30 de marzo.

¹²² Sobre el principio de legalidad, muchos autores han tratado estos aspectos. Al respecto, acudir a MIR PUIG, S., “Derecho Penal. Parte General”, ed. 9ª, Ed. Reppertor, Madrid, 2.011, pág. 108 y ss. BACIGALUPO ZAPATER, E., “Derecho penal. Parte general”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1.999, pág. 127. Este autor al tratar el principio de legalidad, y en concreto respecto a la *lex certa* expone que la teoría admite como presupuesto compatible con el principio de legalidad un cierto grado de generalización del texto legal siempre que no nos encontremos ante una cláusula general y no permita al ciudadano discernir entre lo permitido y prohibido. ROXIN, C., “Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito”, Ed. Civitas, Madrid, 1.997, pág. 169 y ss. Este autor desarrolla el mentado principio exponiendo que la prohibición de preceptos penales indeterminados es consecuente con la Constitución, y con el principio de legalidad, en tanto que una ley indeterminada e imprecisa no protege al ciudadano de la arbitrariedad al no autolimitarse del *ius puniendi* estatal. WELZEL, H., “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Roque depalma, Buenos Aires, 1.956, pág. 28. Este autor expone que “es admitida una interpretación extensiva, en cuanto hace valer, por encima de una

poco afortunada e insegura de cara a los intereses jurídico-penales tutelados. En nuestra opinión, no cabe duda que la referencia al comportamiento típico respecto al “beneficio o ventaja no justificados” y “favorecimiento indebido”, son alusiones a comportamientos indebidos y a ámbitos autorregulatorios. Por un lado, el legislador, mediante el art. 288 del CP ha incluido a la corrupción en los negocios (y, por ende al art. 286 bis) como delito por el que la persona jurídica puede responder; y, por otro, existe un concreto cauce de cumplimiento normativo para la atenuación o exención de la eventual responsabilidad criminal que se le pueda exigir. El delito de corrupción en los negocios es un precepto que muestra la intención del legislador comunitario hacia la lucha contra la delincuencia más básica y común que es la del entorno privado, puesto que existen más empresas, autónomos y empresarios que administraciones y funcionarios, en comparación con el delito de cohecho.

La persecución de la corrupción en los negocios no podrá ser eficiente si no se **dota a la empresa de cierta ventaja y apoyo** por parte del Ordenamiento Jurídico. El término **ventaja** se refiere a que se le faculte a la entidad de cierta capacidad de desarrollo y auto-gestión, de cara a los posibles comportamientos ilícitos que se desarrollen en su seno; ya sea mediante la capacidad de autorregulación, modelos de organización, de gestión, de medidas de vigilancia, modelos de prevención, controles internos, protocolos, órganos de vigilancia, etc. Por otro lado, la referencia al **apoyo** debe interpretarse en el sentido de que las medidas han de reportar unas “*garantías*” o, por lo menos ciertos incentivos penológicos en caso de la eventual imputación a la empresa y/o a sus directivos, puesto que entre otros aspectos, resulta costoso desarrollarlas, instaurarlas, gestionarlas y cumplirlas. La corrupción en el sector privado resulta ser un delito que muestra la entrada, junto con la incorporación de otras instituciones penales hacia una **era de la autorresponsabilidad y la prevención**.

interpretación demasiado estrecha de las palabras, el sentido razonable del tipo”, siendo, por el contrario “inadmisible cuando con ella se llega a abarcar casos no por el sentido declarado del tipo”.

Como acabamos de exponer, la realización del tipo de injusto de este concreto delito muestra una serie de expresiones, de exigencias de cara a la realización del tipo del injusto que componen la esencia de la autorregulación para la prevención de la comisión de este tipo penal. **Para comprobar si los sujetos** -una persona interpuesta o, las personas que describe el precepto-, **han corrompido o han sido corrompidos**¹²³, **deben tomarse ciertas prevenciones en orden a la incorporación, adecuación, implementación y desarrollo de procedimientos encaminados a tal fin**. Por esto es pertinente tratar, como lo haremos a continuación, los aspectos de la autorregulación, autorreglamentación, autonomía, autoorganización, autovinculación, etc. CORCOY BIDASOLO al respecto afirma que, “en relación con el delito de corrupción privada los *compliance* deberían ser útiles no solo para excluir la RPPJ, sino también para determinar...el contenido del tipo,...(y) el alcance de las obligaciones...(y) supuestos de justificación”¹²⁴.

¹²³ Han solicitado o aceptado un beneficio o ventaja

¹²⁴CORCOY BIDASOLO, M., “Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los *Compliance*...*ob. cit.*, pág. 181.

II. AUTORREGULACIÓN: CONCEPTO Y ORIGEN

La noción de autorregulación se ha venido utilizando para referirse a numerosas “experiencias sectoriales” y “poco homogéneas”¹²⁵. Si observamos el desarrollo de este concepto podemos evidenciar cómo aparecen dos nociones diferentes de autorregulación¹²⁶. De un lado, la acepción desarrollada en Estados Unidos y en Reino Unido, a saber, “la **auto-imposición voluntaria** de estándares de conducta por parte de individuos u organizaciones”¹²⁷, y “la **delegación de la potestad normativa pública** en favor de asociaciones de base privada representativas de los sujetos que desarrollan una determinada actividad”¹²⁸. Y, de otro, la existente en Europa continental¹²⁹: “aquellas manifestaciones de la actividad de la sociedad que son tomadas en consideración o **asumidas como referencia** por los poderes públicos y por el Derecho”¹³⁰.

La autorregulación puede ser definida como la “*autoimposición voluntaria de estándares de conducta por parte de individuos (organizaciones)*”¹³¹; una serie de

¹²⁵ ARROYO JIMÉNEZ, L., "Introducción a la autorregulación", en *Autorregulación y Sanciones*, VV.AA., Dirs. ARROYO JIMÉNEZ, L. y NIETO MARTÍN, A., Ed. Lex Nova, Colección Derecho Público, ed. 1ª, Valladolid, noviembre 2.008, pág. 19 y ss. El autor cita como ejemplos de dicha noción a los reglamentos internos de conducta de las sociedades cotizadas, los códigos de autocontrol adoptados por los anunciantes, los sistemas de normalización industrial o las certificaciones de conformidad. Estos, (afirma el autor) son "manifestaciones particulares" de la autorregulación, "que permiten ilustrar la diversidad de realidades y de regímenes jurídicos" de dicho concepto.

¹²⁶ *Ídem.*, págs. 19 y ss.

¹²⁷ *Ibidem.*, págs. 19 y ss.

¹²⁸ *Ibidem.*, págs. 19 y ss. Este autor al respecto sigue la teoría de la variante dual de concepción de la autorregulación de AUGUS, A., en "Rethinking Self-Regulation", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1.995, 15-1, págs. 97 y ss.

¹²⁹ Según ARROYO JIMÉNEZ L., dicha acepción tiene su origen en la literatura alemana, generalizándose en España. *Ibidem.*, págs. 19 y ss.

¹³⁰ *Ibidem.*, págs. 19 y ss.

¹³¹ NIETO MARTÍN, A., "El cumplimiento normativo", en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, VV.AA., E. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.015, págs. 36 y ss. Este autor describe los diversos tipos de autorregulación atendiendo a la "relación del ordenamiento jurídico y los órganos estatales o

instrumentos jurídicos que mediante obligaciones estándar (corporeizadas mediante los

respecto al grado de voluntariedad". Este autor diferencia entre **autorregulación voluntaria**: donde, (afirma) no existe intervención pública destinada a fomentar o estimular la autorregulación; **la autorregulación regulada**: donde el Estado instaura el marco general de autorregulación, construyendo metanormas que establecen cómo deben establecerse las normas de la empresa y cuáles deben ser sus principios, y, **la autorregulación estimulada o coaccionada**: en ella el Estado, mediante sanciones, incentiva la autorregulación. Acudir a la lectura de COCA VILA, I., "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?", en *Criminalidad de empresa y Compliance*, VV.AA., Ed. Atelier, Barcelona, 2.013, págs. 43 y ss. Este autor afirma que la autorregulación es consecuencia de evolución en que el Estado regula el mundo empresarial; es fruto de la falta de suficiencia de la heterorregulación como mecanismo de disciplinar la actividad empresarial. Afirma el autor que el Estado no se encuentra en condiciones de disciplinar la actividad a causa, de la globalización, y del gran crecimiento y desarrollo que ha experimentado la técnica. Así, el Estado, mediante la técnica de la autorregulación puede delegar (en parte) su función regulatoria en las propias empresas, (sin perjuicio de su no cesión de la titularidad regulatoria, (págs. 43 a 48). El autor define y diferencia entre **la autorregulación pura o voluntaria**; esto es la capacidad que posee un sujeto de auto-someterse a determinadas reglas como consecuencia del ejercicio de la "libertad negativa" y la idea de la "auto-legislación como núcleo de la autonomía política y de la soberanía". La autonomía pura se refiere a supuestos donde la empresa, al margen de los poderes públicos, prevé e instaura un sistema de regulación interno, (págs. 48 y 49). De tal suerte que el Estado permanece ajeno en la elaboración, supervisión y la (eventual) imposición de sanciones. En el seno de la autorregulación pura o voluntaria (distingue el autor). Como modelo de este tipo de autorregulación destacan los **Códigos Éticos, o autorregulación normativa voluntaria de naturaleza ética**, (pág. 49). Por otro lado, el autor hace mención a la **meta-regulación**, como fenómeno normativo consistente en la determinación o condicionamiento, (*ex ante* o *ex post*), de la actividad de autorregulación, por el que se incentiva (como medio de motivación) a las empresas por autorregularse (págs. 50 y 51). Y por último, trata la **autorregulación regulada o co-regulación (*enforced self-regulation*)**, por el que el Estado, titular de la potestad regulatoria, recurre a la empresa para que colaboren con él en la elaboración de cuerpos normativos. Son tres los posibles modelos que pueden evidenciarse. El primero, "**autorregulación delegada o *delegated self-regulation***", donde el Estado regula, pero delega en la propia empresa el *enforcement*; "**la autorregulación retransferida o *devolved self-regulation***": en donde el Estado puede transferir la potestad de regulación, supervisión y sanción, pero mantiene la potestad de revisión de lo normado y de cómo se desarrolla el *enforcement*". Y, por último, **procesos puros de co-regulación o *cooperative self-regulation***: el Estado trabaja estrechamente con las empresas en la elaboración de sistemas específicos de regulación, pero es el Estado quien aprueba el sistema de regulación, (págs. 51 y 52). Sobre las diversas funciones de la autorregulación acudir, a las págs. 5 y ss. de la obra de NIETO, A., "Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa". *Polít. crim.*, Núm. 5, 2.008, págs. 1 a 18. Tratando la convergencia de intereses entre la empresa y la sociedad para garantizar el éxito de un sistema de autorregulación. Acudir a GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, A., "Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa", en *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, VV.AA., Dir. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., Coord. MONTANER-FERNÁNDEZ, R., Ed. AtelierBarcelona, 2.013, págs. 83 a 85.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

Códigos o Manuales de Buenas Prácticas y los Protocolos o procedimientos Normalizados de Trabajo,...), el sector privado voluntariamente acepta¹³² una técnica normativa dinámica¹³³, que surge de la autonomía y libertad por el que los grupos, mediante la instauración de un régimen jurídico propio, desarrollan su actividad. Tratando la autorregulación, OGUS realiza un estudio cronológico al respecto (1.789-2.008) y establece un claro objeto de este sistema, “el futuro de la regulación del riesgo”¹³⁴. Apunta a cuestiones claves, por un lado, la necesidad de valorar respuestas a la regulación en referencia a los riesgos de los costes y beneficios; y, por otro, desarrollar correctamente la tarea de evaluación en lo que respecta a las *risk-victims*, riesgo medio y las precauciones que deben tomar las mismas¹³⁵. Todas las manifestaciones de la autorregulación, defiende, “responden...a la definición del buen hacer profesional, de la *lex artis*, de las reglas técnicas o de las normas de conducta adecuadas en el quehacer cotidiano de una actividad que requiere la aplicación de ciertos conocimientos científicos o técnicos...”¹³⁶. Si observamos el desarrollo legislativo, podemos comprobar cómo paulatinamente han sido introducidos en nuestro ordenamiento jurídico modelos de comportamiento orientados a controlar e incorporar

¹³² GIRALDÉS GUTIÉRREZ, L.S., “La autorregulación en el ámbito de la contratación pública. Análisis de las posibilidades de utilización que ofrece el nuevo marco jurídico comunitario y nacional”, Revista española de Derecho Administrativo, Núm. 168/2.015 parte Crónica, Ed. Civitas, Pamplona, 2.015. La segunda edición de la propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, dedica dos artículos a los Códigos de Conducta (arts. 350-1 y 350-2), donde se anima a las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales y profesionales a la elaboración de Códigos de Conducta que incrementen las garantías establecidas en la legislación vigente.

¹³³ GIRALDÉS GUTIÉRREZ, L.S., “La autorregulación en el ámbito de la contratación pública. Análisis de las posibilidades de utilización que ofrece el nuevo marco jurídico comunitario y nacional”, Revista española de Derecho Administrativo, Núm. 168/2.015 parte Crónica, Ed. Civitas, Pamplona, 2.015, págs. 315 a 342. Tratando el concepto de autorregulación, acudir a CARREÑO AGUADO, J., “El tratamiento jurídico-penal de la inveracidad en la información social. Una propuesta de revisión del artículo 290 del CP”, Ed. La Ley, Madrid, 2.013, págs. 318 a 320.

¹³⁴ OGUS, A., “Regulation Revisited”, Sweet Maxwell, (Law Publishers), Reprinted from Public Law, Universidad de Manchester, Issue 2, 17 de octubre de 2.008, págs. 346 y ss.

¹³⁵ *Ídem*, págs. 346 y ss.

¹³⁶ DARNACULLETA GARDELLA, M.M., “Derecho Administrativo y Autorregulación: la autorregulación regulada...*ob. cit.*”, págs. 415 y ss.

en la empresa un *modus operandi*¹³⁷ determinado, dependiendo del tipo de ámbito y/o sector en el que se desarrollen u operen las organizaciones¹³⁸. Así es, recordemos en los orígenes, la diferente normativa promulgada en diversos ámbitos; por ejemplo, la referente al ámbito Bancario, como el Comité de Basilea I, Basilea II, Basilea III¹³⁹. O

¹³⁷ Véase LÓPEZ JIMÉNEZ, D., “Los sistemas de autorregulación en materia de comercio electrónico: limitaciones derivadas de la normativa de competencia desleal”, Revista Aranzadi Doctrinal num.2/2009, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009. Podemos comprobar diversa regulación en tal sentido: Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1.995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1.997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; Decisión 276/1.999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 19.99, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales; Directiva 2.000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; Directiva 2.005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior; Directiva 2.006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior; R. del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2.007, sobre la confianza de los consumidores en un entorno digital; y las Conclusiones del Consejo, de 22 de mayo de 2.008, sobre un planteamiento europeo de la alfabetización mediática en el entorno digital. Acudir a MONROY ANTÓN, A.J. y LÓPEZ JIMÉNEZ, D., “Aproximación al fenómeno de los enlaces en Internet: incidencia de la Autorregulación”, Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento Núm. 34/2.012, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2.012, págs. 157 a 168.

¹³⁸ Utilizamos el concepto de organización como sinónimo de sociedad al suprimirse, en virtud de la L.O 1/ 2.015 la enumeración de sociedad, asociación, fundación, por empresa o sociedad.

¹³⁹ Principios de la Declaración de Basilea, de diciembre de 1.988, “sobre prevención de la utilización del sistema bancario para el blanqueo de fondos de origen criminal”, compiladas en España mediante la Circular 5/1.993, de 26 de marzo, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos, (vigente hasta el 11 de junio de 2.008); al respecto, acudir a la Tesis Doctoral de RAPOSO SANTOS, J.M., “El nuevo acuerdo de capital de Basilea estimación de un modelo de calificación de pequeñas y medianas empresas para evaluar el riesgo de crédito”, Dir. MASCAREÑAS PÉREZ, J., Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Departamento de Economía Financiera y Contabilidad III, Madrid, 2009, pág. 52. Actual reforma del Acuerdo de Capital de 1.988, denominada Nuevo Acuerdo de Capital o Basilea II, diseñada por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea y hecha pública el 26 de junio de 2004. Basilea II publicado en junio de 2004, marco revisado para la convergencia internacional de medidas y normas de capital. Cfr. RAPOSO SANTOS, J.M., “El nuevo acuerdo de capital de Basilea estimación de un modelo de calificación de pequeñas y medianas empresas para evaluar el riesgo de crédito...*ob. cit.*”, págs. 58 y ss.; “...la necesaria revisión se abordó en el ámbito internacional con el Nuevo Acuerdo de Capital de Basilea de 2.004 que, posteriormente, se incorporó al acervo comunitario a través de la Directiva 2.006/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2.006, relativa al acceso a la

la referente al sector del Seguro mediante la Directiva Solvencia I y Solvencia II¹⁴⁰. Asimismo, la relativa al ámbito financiero y ámbito mercantil, el popular Código

actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición), y de la Directiva 2.006/49/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2.006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y de las entidades de crédito (refundición). La primera de estas dos Directivas es la que se traspone parcialmente al ordenamiento jurídico español mediante la presente Ley", pág. 103. Cf. DE MIGUEL DOMÍNGUEZ, J.C., MIRANDA TORRADO, F., PALLAS GONZALEZ, J., PERAZA FANDIÑO, C., VV.AA., "La medición del riesgo de crédito y el nuevo Acuerdo de Capital del Comité de Basilea", Asociación Española de Profesores Universitarios de Matemáticas para la Economía y la Empresa, XI Jornadas, Oviedo, 2.003, pág. 3, "El Comité de Basilea (en inglés, *Basel Committee*),...comité de bancos centrales y supervisores reguladores de los países más industrializados del mundo que se reúne cada tres meses en el Banco Internacional de Pagos BIS (*Bank for International Settlements*, www.bis.org), en Basilea, Suiza. Está formado por representantes de alto nivel de los supervisores de Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Luxemburgo, Holanda, Suecia, Suiza, Reino Unido y los Estados Unidos. Fue fundado por los gobernadores de los bancos centrales del G-10 en 1.975. A pesar de que el BIS alberga las reuniones y da apoyo al secretariado, no participa en el proceso de determinación de la política del Comité de Basilea. El BIS es un banco de y para los bancos centrales. (...). El principal impulso para el Acuerdo de Basilea de 1.988 fue la preocupación de que el capital de los principales bancos mundiales fuera peligrosamente bajo por la continua erosión a causa de la competencia", (págs. 3 y 4)... "su fundamento es que los requerimientos de capital sean más sensibles al riesgo, especialmente al riesgo de crédito (...) documento de consulta titulado Presentación del Nuevo Acuerdo de Capital de Basilea, divulgado por el Comité de Basilea en abril de 2.003, emitido para consulta hasta el 31 de julio de 2.003, se puede leer, que el Comité continúa teniendo como objetivo la conclusión del Nuevo Acuerdo para el cuarto trimestre del presente año, para que su entrada en vigor sea efectiva en los países miembros a finales de 2.006", (págs. 4 y 5). RODRÍGUEZ DE CODES ELORRIAGA, E., "Las nuevas medidas de Basilea III en materia de capital", Revista de Estabilidad Financiera, Número 19, Noviembre, 2.010, pág. 11, "El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea y su órgano de vigilancia, el Grupo de Gobernadores y Jefes de Supervisión (GHOS), han acordado implantar un conjunto de medidas de capital y de liquidez, con el objeto de fortalecer la solvencia del sistema bancario".

¹⁴⁰ **Solvencia I**, ver., primera Directiva del Consejo de 24 de julio de 1.973, "sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio", (73/239/CEE); Ver la Directiva 2.002/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de marzo de 2.002 por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE del Consejo en lo que respecta a los "requisitos del margen de solvencia de las empresas de seguros distintos del seguro de vida". En cuanto a **Solvencia II**, acudir a la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio. 9 17.12.2009. Diario Oficial de la Unión Europea L. 335/1; la presente Directiva tiene como objeto: "el acceso a las actividades por cuenta propia del seguro directo y del reaseguro y el ejercicio de las mismas en la Comunidad"; "la supervisión de los grupos de seguros y reaseguros y el saneamiento" y "la liquidación de las empresas de seguros directos", (art. 1).

Olivencia y la constitución de la Comisión Aldama unificados en el Código Conthe¹⁴¹, aprobado en mayo de 2.006. En la actualidad, por ejemplo, tal y como exponía la prensa

¹⁴¹ El Código **Olivencia** "...nació en 1.997, a instancias del Ministerio de Economía, con el objetivo fundamental de fomentar la transparencia de las empresas españolas", Instituto Europeo para la Gestión de la Diversidad (*European Institute for Managing Diversity*). <http://www.iegd.org/spanish800/adjuntos/codigoolivencia.pdf>, pág. 1. Ver el Informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las Sociedades Cotizadas, 8 de enero de 2.003, http://www.cnmv.es/Portal_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/Informefinal.PDF. Tratando la trayectoria del gobierno corporativo en España, acudir a PERDICES HUETOS, A. y RIAÑO LÓPEZ, D., "El Gobierno Corporativo en España", en *La Ética empresarial y Códigos de conducta*, VV.AA., Dir. GOÑI SEIN, J.L., Ed. La Ley Madrid, 2.011, págs. 42 y ss. Estos autores tratan los elementos centrales actuales del sistema de gobierno corporativo en España, enumerando el CUBG, "un código de buenas prácticas de aplicación general que cumple la función de *benchmarking*, y una obligación de informar al mercado en términos reglados –y por tanto comparables- acerca del grado de seguimiento de las recomendaciones del CUGB. El camino recorrido en España para alcanzar este resultado ha durado en torno a una década y ha estado marcado por tres grandes hitos: el Informe Olivencia, el Informe Adama y la publicación del CUBG". Asimismo, estos autores tratan El Informe Olivencia (los inicios); exponen que la tarea que tenía encomendada dicho informe era, por un lado, "redactar un informe sobre la problemática de los consejos de administración de las sociedades que apelan a los mercados financieros", y por otro, "elaborar un código ético de buen gobierno de asunción voluntaria por estas sociedades". "En cuanto a su contenido...introdujo en la agenda española el lenguaje del *corporate governance* y puso la primera piedra de un camino –el desarrollo de una cultura del buen gobierno-...el Informe Olivencia y el Código de buen gobierno que incorpora, antecesor del CUGB, sirvieron para dar visibilidad y apoyo institucional, por primera vez a España, al catálogo básico de buenas prácticas de gobierno aceptadas internacionalmente..." (págs. 41 y 42). **Aldama**: "...constituida en septiembre del 2.002, tiene por mandato fomentar la transparencia y seguridad de los mercados financieros y sociedades cotizadas", Ver Instituto Europeo para la Gestión de la Diversidad (*European Institute for Managing Diversity*),...*ob. cit.* <http://www.iegd.org/spanish800/adjuntos/codigoolivencia.pdf>, pág. 1. Tratando el Informe Aldama, acudir a PERDICES HUETOS, A. y RIAÑO LÓPEZ, D., "El Gobierno Corporativo en España...*ob. cit.*", págs. 45 a 48. Tal y como exponen estos autores, este informe "revisa asuntos de los que se ocupó la Comisión Olivencia pero analiza también cuestiones nuevas, como...el papel de los prestadores de servicios profesionales a las sociedades cotizadas (auditores, analistas financieros, bancos de inversión y agencias de calificación)...el Informe Aldama pretendió resolver una de las limitaciones del Informe Olivencia...", suplió las deficiencias del Informe Olivencia "recomendando la publicación, por parte de los consejos de las compañías, de un informe anual sobre cultura y prácticas de gobierno corporativo de la sociedad que incluyera información sobre...la estructura de propiedad y de administración, operaciones vinculadas e intragrupo, sistema de control de riesgos y funcionamiento de la junta general". Asimismo, continúan explicando que el Informe Aldama intentó resolver (respecto a las carencias del Informe Olivencia), "la ausencia de la obligación de «cumplir o explicar», que dejaba las recomendaciones de buen gobierno como normas muy blandas de derecho blando". Asimismo, ver el **Código Conthe**; el Acuerdo alcanzado por el Gobierno de España el 29 de julio de 2.005, por el que se

“Bruselas promueve un nuevo Código Conthe y exige que los salarios pasen por Junta”¹⁴². Asimismo, recordemos la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales¹⁴³. O la FCPA¹⁴⁴,

creó un "grupo especial de trabajo para asesorar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en la armonización y actualización de las recomendaciones de los Informes Olivencia y Aldama sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas, así como para formular las recomendaciones complementarias que juzgara precisas. Este trabajo se conoce como Código Unificado de Buen Gobierno, o Código Conthe, debido al apellido del Presidente de la CNMV en ese momento", hospedado por D. Manuel Conthe (antiguo presidente de la CNMV), denominado "Buen Gobierno Corporativo". <http://www.mapfre.com/wdiccionario/terminos/vertermino.shtml?c/Codigo-Conthe.htm>. Cfr., PUENTES POYATOS, P., VELASCO GÁMEZ, M.M. y VILAR HERNÁNDEZ, J., "El Buen Gobierno Corporativo en las Sociedades Cooperativas", Revista de Estudios Cooperativos, (REVESCO), Núm. 98, Segundo Cuatrimestre 2009, págs. 120 y ss.

¹⁴² NAVAS, J. A., "Bruselas promueve un nuevo Código Conthe y exige que los salarios pasen por Junta", en *El Confidencial de 29 de enero de 2.013*, <http://www.elconfidencial.com/economia/2.013/01/29/bruselas-promueve-un-nuevo-codigo-conthe-y-exige-que-los-salarios-pasen-por-junta-113771/>, "las tareas que orientan los esfuerzos regulatorios de la CNMV se centran en tres grandes apartados. El primero se refiere a la mejora en los niveles de transparencia ante la junta de accionistas. El segundo corresponde al detalle y precisión del informe de remuneraciones de consejeros y miembros de la alta dirección. El tercero está vinculado con la adecuación de género en la composición de los Consejos de Administración siguiendo las indicaciones de la directiva impulsada por la vicepresidenta comunitaria, Viviane Reding".

¹⁴³ CDOE, adoptada por la Conferencia negociadora el 21 de noviembre de 1.997.

¹⁴⁴ *The US Foreign Corrupt Practices Act* 1.997 (ley estadounidense de prácticas corruptas en el extranjero de 1977). La Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de 1977, según la enmienda, 15 USC §§ 78dd-1 y siguientes. ("FCPA"), fue promulgada con el propósito de establecer los comportamientos ilegales entre personas y entidades respecto a la realización de pagos a funcionarios de gobiernos extranjeros y respecto a las "ayudas" en la obtención de negocios. En concreto, las disposiciones antisoborno de la FCPA prohíben el uso intencional de los correos o cualquier medio de comercio interestatal corrupto que contenga cualquier oferta, pago, promesa de pago o autorización de pago de dinero o, cualquier cosa de valor respecto de cualquier persona, a sabiendas de que la totalidad o una parte de ese dinero o cosa de valor se ofrecerá, se dará o prometerá, directa o indirectamente, a un funcionario extranjero para influir o inducir en el mismo para hacer o dejar de hacer un acto en violación de su deber legal, o para asegurar cualquier ventaja indebida con el fin de ayudar a obtener o retener negocios para o con, o dirigir un negocio hacia cualquier persona. Desde 1977, las disposiciones antisoborno de la FCPA se aplica a todas las personas de Estados Unidos y ciertos emisores extranjeros de valores. Con la promulgación de determinadas modificaciones en 1.998, las disposiciones antisoborno de la FCPA se aplican también a las empresas extranjeras y a las personas que causan, directamente o a través de agentes, un acto en apoyo de tal pago corrupto que tenga lugar dentro del territorio Estadounidense. (traducción de <http://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>). Asimismo, acudir a DETZNER, J.A., "FCPA, ITAR, EAR y OFAC: alcance extraterritorial a compañías no estadounidenses y programas relacionados a su cumplimiento", Ed. La Ley, Derecho de los

cuyo objeto era perseguir las prácticas corruptas (soborno) fuera de las fronteras de EE.UU, o la *ITAR*¹⁴⁵, *EAR*¹⁴⁶. En Reino Unido, la *Bribery Act 2.010*¹⁴⁷ (Ley Británica de Corrupción).

Ahondando en nuestra regulación nacional, podemos acudir al ámbito de **la protección de la intimidad**, mediante la política de protección de datos; la promulgación de la L.O.P.D y su Reglamento¹⁴⁸ de desarrollo e, íntimamente relacionado con ésta, el tratamiento que las empresas deben observar a la hora de

Negocios, Núm. 234, Marzo 2.010, págs. 2 a 4. Tratando los orígenes de las FCPA, acudir a NIETO MARTÍN, A., “La privatización de la lucha contra la corrupción...*ob. cit.*”, págs. 193 a 196. También, tratando su análisis, ampliamente, acudir a BENITO SÁNCHEZ, D., “La corrupción de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales. Especial referencia al papel de la *Foreign Corrupt Practices Act*”, en *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, VV.AA., Dirs. CASTRO MORENO, A. y OTERO GONZÁLEZ, P., Coord. GRAFFE GONZÁLEZ, L.V., Ed. Dykinson, Madrid, 2.016, págs. 115 a 143.

¹⁴⁵ *International Traffic in Arms Regulations*, 22 C.F.R. §§120.1-130.17. Para más información acudir a http://www.pmdtc.state.gov/regulations_laws/itar.html.

¹⁴⁶ *Export Administration Regulations*, 15 C.F.R. §§730.1-774.2. Para más información acudir a http://www.access.gpo.gov/bis/ear/ear_data.html.

¹⁴⁷ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2.010/23/contents>. La estructura de la Ley de actos de soborno (o corruptos) británica es la siguiente: "**Delitos generales de soborno:** 1 Delitos de sobornar a otra persona; 2 Delitos relativos a ser sobornados; 3 función o actividad a la que se refiere soborno; 4 mala ejecución a la que se refiere soborno. Prueba de 5 Expectativa; El soborno de funcionarios públicos extranjeros. 6 El soborno de funcionarios públicos extranjeros. El fracaso de las organizaciones comerciales para prevenir el soborno. 7 La falta de organizaciones comerciales para prevenir el soborno; 8 Significado de persona asociada; 9 Orientación sobre las organizaciones comerciales que impidan el soborno. **Procesamiento y sanciones:** 10 Consentimiento para el enjuiciamiento; 11 Sanciones. **Otras disposiciones sobre delitos:** 12 Delitos tipificados en esta Ley: aplicación territorial; 13 Defensa de los delitos de soborno cierta etc. 14 Delitos tipificados en las secciones 1, 2 y 6 por los órganos corporativos, etc.; 15 delitos en virtud del art. 7 de asociaciones. **Disposiciones complementarias y finales:** 16 Aplicación a Corona; 17 prestación consecuentes; 18 Extensión; 19 Inicio y disposición transitoria etc.; 20 Título abreviado. Anexo 1 - Enmiendas consiguientes. Anexo 2 - Derogaciones y revocaciones. Ocupándose de la regulación de las *Bribery Act*, 2.010 y Derecho Penal español, (y en concreto, respecto al delito de cohecho y del delito de corrupción entre particulares), acudir a BERNAL DEL CASTILLO, J., “Los delitos de soborno en el Derecho penal español y británico...*ob. cit.*”, págs. 75 a 119. Tratando la *Bribery Act* y la internacionalización de la represión, acudir a NIETO MARTÍN, A., “La privatización de la lucha contra la corrupción...*ob. cit.*”, págs. 207 a 209.

¹⁴⁸ L.O 15/1.999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Real Decreto 1720/2.007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la L.O 15/1.999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

publicitar sus servicios (L.S.S.I)¹⁴⁹. O las específicas cautelas que deben atenderse en el campo del derecho sanitario respecto al secreto y protocolos que deben seguirse y respetarse en atención a los derechos de los pacientes, por ejemplo la “Ley reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica” o la “Ley reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes”¹⁵⁰). De la misma forma, en el **ámbito laboral**, las disposiciones existentes acerca de la prevención de los eventuales accidentes o prácticas inadecuadas que pueden cumplirse, como por ejemplo, la “Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, o la Ley “para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”¹⁵¹. No

¹⁴⁹ Ley 34/2.002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

¹⁵⁰ Ley 41/2.002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como la Ley 3/2005, de 7 de marzo, de modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes.

¹⁵¹ Ley 31/1.995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; y la L.O 3/2.007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En esta última disposición se define, en su art. 6, lo que se considera discriminación directa y discriminación indirecta; o, por ejemplo, en su art. 7, se describe las características del "acoso sexual", "acoso por razón de sexo" y actos discriminatorios: "Sin perjuicio de lo establecido en el CP, a los efectos de esta ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. 2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. 3. Se considerarán en todo caso discriminatorio el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. 4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo". Asimismo, ver las medidas específicas en el entorno laboral, como la regulación del sector de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la Orden TAS/2947/2.007 "por la que se establece el suministro a las empresas de botiquines con material de primeros auxilios en caso de accidente de trabajo, como parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social". O en el sector de las condiciones de trabajo, acudir al Real Decreto "sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual", o el Real Decreto "por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo", o el Real Decreto "sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorso lumbares, para los trabajadores", o Real Decreto "por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto". En dicho sentido ver el Real Decreto 773/1.997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas

olvidemos por último, y sin ánimo de acotar el extenso ámbito regulatorio, el elenco de **valores o criterios deontológicos** que rigen en cada sector o gremio profesional, como el “Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial”; o la Ley “sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental”¹⁵², “Código Deontológico de la Abogacía Española” y “Código Deontológico de la C.C.B.E.”¹⁵³.

Como podemos comprobar, ya viene desde hace tiempo aplicándose el modelo de cumplimiento normativo bajo dos tutelas o control y previsión en las corporaciones, entes, organizaciones y asociaciones; a saber, la tutela de responsables unipersonales de dichas materias; o la tutela bajo la estructura, de lo que viene denominándose, Gobierno Corporativo¹⁵⁴. Este último modelo, como aproximación previa al concepto, puede ser

de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual; Real Decreto 486/1.997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo; Real Decreto 487/1.997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorso lumbares, para los trabajadores. Además, leer el Real Decreto 396/2.006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto.

¹⁵² Ver el Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial aprobado por la Asamblea General sábado 9 de julio de 2.011; Ver la Ley 10/1.986, de 17 de marzo, sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental.

¹⁵³ Ver el Código Deontológico de la Abogacía Española aprobado en el Pleno de 27 de noviembre de 2.002, adaptado al nuevo Estatuto General de la Abogacía Española y aprobado por Real Decreto 658/2.001, de 22 de junio; asimismo, acudir a la lectura del Código Deontológico de la C.C.B.E. adoptado en la Sesión Plenaria del CCBE de 28 de octubre de 1.988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1.998, 6 de diciembre de 2.002 y 19 de mayo de 2.006.

¹⁵⁴ Sobre el Gobierno Corporativo se han escrito muchas obras entre monografías, artículos académicos y obras de compendio. Es una materia ampliamente tratada por el Derecho Privado, de manera particular por el Derecho de Sociedades. En este ámbito, en el del Derecho societario, destacan los trabajos en función a la cuestión que se quiere tratar, por ejemplo, sobre el concepto de Gobierno Corporativo se pueden destacar los siguientes trabajos: RAMÍREZ ARBUÉS, F.J. y DÍEZ DE REVENGA RUÍZ, A., “El *Compliance* en las organizaciones. Relación entre *Compliance* y otras áreas de la empresa. *Compliance* y Gobierno Corporativo”, en *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Coord. SÁIZ PEÑA, C.A., Ed. Aranzadi, Navarra, 2.015, págs. 55 y ss.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

enunciado como aquella "estructura, funcionamiento y sistemas de control de una organización empresarial"¹⁵⁵.

El ámbito del Gobierno Corporativo viene estudiándose desde finales del Siglo XX por numerosos estudiosos. VEASEY afirma que dicha terminología (Gobierno Corporativo) "no estaba en boga hasta mediados o finales de Década de 1970...(...)" hasta entonces, el concepto que ahora ha llegado a ser conocido como gobierno corporativo fue incluido simplemente en el derecho de sociedades y su práctica...(...); el producto del trabajo del proyecto, titulado Principios de Gobierno Corporativo: Análisis y Recomendaciones (Principios), ha ocupado el tiempo y el esfuerzo de las empresas líderes de la Bar y respetados académicos durante más de una década de intenso trabajo, de debate, y de redacción..."¹⁵⁶. FISCHER, por su parte afirmó que, "...no existe evidencia empírica para apoyar los argumentos de los defensores de la regulación corporativa..."¹⁵⁷. Este autor ahonda aún más y rechaza la idea de que una Corporación pueda asumir obligaciones, puesto que "dicha Corporación no es más que una ficción legal"¹⁵⁸. En su opinión, "tan solo las personas pueden tener obligaciones morales o responsabilidades sociales". No obstante, hemos de tener en cuenta que, en el momento y circunstancias en que FISCHER elaboró dicho discurso, dichas obligaciones eran de muy diferente índole y calado a las actuales. Como expresa dicho autor, "...el número de casos en que los directores u oficiales (fueron) declarados responsables por

¹⁵⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Aproximación a la influencia del «Gobierno Corporativo» sobre el Derecho Penal Económico", en *Gobierno Corporativo y Derecho Penal*, VV.AA., Dir. BAJO FERNÁNDEZ, M., Coord. BACIGALUPO SAGGESE, S. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., Mesas redondas de Derecho y Economía, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2.008, págs. 149 y ss.

¹⁵⁶ Cfr. VEASEY E.N., "The Emergence of Corporate Governance as a New Legal Discipline", *The Business Lawyer*; Vol. 48, August, 1.993, pág. 1.267.

¹⁵⁷ FISCHER, D.R., "The Corporate Governance Movement", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 35, Num. 6, November 1.982, pág. 1.259, "Professor Fischel argues further that no empirical evidence exists to support the contentions of advocates of corporate regulation".

¹⁵⁸ *Ídem.*, pág. 1.272

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

negligencia o incumplimiento de la obligación de atención... (era) extremadamente pequeño...¹⁵⁹.

El concreto ámbito del que venimos ocupándonos, el empresarial-negocial, hace que tengamos que referirnos al principio autorregulatorio de las organizaciones mercantiles. Principio que muestra el hecho de que, el Estado no puede regular legalmente, con carácter efectivo a las empresas. Y ello, debido por un lado al gran tamaño y complejidad que éstas en muchos casos poseen; y, por otro lado, a la “escasez de recursos y conocimientos”¹⁶⁰ que posee el Estado. En estos casos el Estado puede lograr cierto control sobre las mismas a través del “derecho reflexivo”¹⁶¹; es decir, mediante “la definición, creación y ejecución de mecanismos de autorregulación”¹⁶². De aquí que el particular, erigiéndose como titular, director, coordinador...de dichas entidades mercantiles/empresas, se forje como protagonista en el desarrollo de tales categorías organizativas. El concreto ámbito penal, el gobierno corporativo¹⁶³ o, “la

¹⁵⁹ FISCHEL, D.R., *The Corporate Governance Movement...ob. cit.*, pág. 1.286.

¹⁶⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Responsabilidad Penal de las personas Jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, VV.AA, Ed. La Ley, Madrid, 2.011, págs. 28 y ss.

¹⁶¹ *Ídem*, págs. 28 y ss. *Cfr.* ZUMBANSEN, P., "Law after the welfare State: formalism, functionalism and the ironic turn of reflexive law", Forthcoming in 56 *American Journal of Comparative Law* (2008), CLPE Research Paper 13/2008, Vol. 04, Núm. 03, 2008, pág. 8, "Hoy el ataque a la regulación del neo-formalismo se complementa con una priorización neo-funcionalista del ordenamiento privado sobre "el estado intervencionista". "El neo-funcionalismo define el papel de la Ley y el Estado a través del único mandato de facilitar la autonomía individual. Mientras que la gran parte del siglo XX se caracterizó por un rol centralista del Estado y por la creación de políticas basadas en las normas legales y dictámenes judiciales que alimentaron un ambicioso programa de ingeniería social a través de la ley, pleitos actuales del funcionalismo hincapié en los valores de la libertad de mercado y competencia como en peligro de extinción por la intervención estatal".

¹⁶² GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas"....*ob. cit.*, págs. 28 y ss.

¹⁶³ Según NIETO MARTÍN, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Polít. crim.*, Núm. 5, 2008, A3-5, págs.1 a18. A grandes rasgos el gobierno corporativo actúa entre propiedad y gestión dentro de la empresa como con el fin de evitar los abusos de poder por parte de los Administradores; en cambio, responsabilidad social corporativa iría destinada a conciliar el interés de la empresa con su entorno. No obstante, añade el autor, no existe una separación tan estricta, en tanto que el código de buen gobierno modelo del *American Law*

introducción del control del poder dentro de las empresas a través del *check and balance*¹⁶⁴, es “una fuente de relevancia”¹⁶⁵ para este específico campo jurídico, “pues a través del mismo la empresa puede distanciarse del hecho delictivo incorporando, por ejemplo, en su organización y funcionamiento un órgano autónomo e independiente de supervisión”¹⁶⁶.

Si acudimos al contenido o aproximación de la “autorregulación como autorreglamentación”¹⁶⁷ y dentro de ella nos ocupamos de la “actividad de negociación con vocación reguladora”,¹⁶⁸ (y en su seno al “campo del mercado”¹⁶⁹) puede comprobarse que se califica autorregulación a “la actividad encaminada a conseguir que las empresas de un determinado sector actúen de acuerdo con unas pautas comunes en...la determinación de los precios o al establecimiento de las condiciones de contratación”¹⁷⁰.

Institute, y otros muchos, en gran medida, “el buen gobierno corporativo consiste en garantizar el respeto a la Ley y en tener una producción respetuosa con el entorno”, (pág. 2).

¹⁶⁴ SALVO, N., "Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.014, págs. 60 y ss.

¹⁶⁵ *Ídem.*, págs. 60 y ss.

¹⁶⁶ *Ibidem.*, págs. 60 y ss.

¹⁶⁷ DARNACULLETA I GARDELLA, M.M., "Derecho Administrativo y Autorregulación: la autorregulación regulada...*ob. cit.*", págs. 423 y ss.

¹⁶⁸ *Ídem.*, pág. 423. Ambas expresiones, "autorregulación como autorreglamentación" y, "actividad de negociación con vocación reguladora", autoría de esta autora, así como del contenido ulterior que se expondrá.

¹⁶⁹ *Ibidem.*, pág. 424.

¹⁷⁰ *Ibidem.*, pág. 424. Este autor hace referencia, (para justificar este extremo) a las SST de la Sala de lo Contencioso del TS de 30 de diciembre de 1.996; 31 de diciembre de 1.996; 20 de enero de 1.997 y 22 de octubre de 1.997. Asimismo, se refiere a la R. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 1.996 donde analiza la petición de autorización, formulada por una asociación de empresarios, para publicar una guía sobre las condiciones legales de contratación en la comercialización de productos siderúrgicos. El Tribunal interpreta que si la guía incluye, entre las condiciones legales cláusulas lícitas pero no obligatorias, su seguimiento por parte de las empresas asociadas podría indicar una operación de autorregulación contraria a la libre competencia.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

En cuanto a “*autonomía*”, podemos buscar su vinculación en muchos supuestos mediante la noción de autorregulación, tal y como afirma DARNACULLETA I GARDELLA en su justificación jurisprudencial. Así, la autonomía de la voluntad significa autorregulación, el poder de regularse a sí mismo (arts. 1.091 y 1.255 del Cc.)¹⁷¹. El término autorregulación se refiere a “*la capacidad de las sociedades mercantiles para aprobar sus estatutos*”¹⁷²; y también, (se considera “*autorregulación*”) a la **potestad normativa que deriva de la autonomía a los Colegios profesionales**¹⁷³. Siguiendo la línea apuntada¹⁷⁴ nos referiremos, siguiendo a este autor al concepto y referencia de la “*autoorganización*”. Dicho término es utilizado de la siguiente manera, “*las competencias de autorregulación administrativa, (que) son reflejos de la potestad doméstica de autoorganización*”¹⁷⁵.

Por otro lado, siguiendo el orden apuntado, podemos encontrarnos, como sigue refiriéndose el autor, ante la “**autorregulación como autovinculación**”. Así, cita la

¹⁷¹ *Ibidem.*, págs. 426 y ss. Este autor trae a colación la Sentencia Núm. 122/1.998 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 14 de 1.998, Sala de lo Social y la Núm. 225/1.996 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 14 de marzo de 1.996. Ambas resoluciones, (afirma el autor), "se refieren al argumento transcrito como con fundamento para dar primacía a las relaciones asociativas de las partes, derivadas de la existencia de una sociedad civil, sobre una posible relación laboral".

¹⁷² *Ibidem.*, págs. 426 y ss.

¹⁷³ *Ibidem.*, págs. 429 y ss. Se hace referencia al Real Decreto 658/2.001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, que considera que dicho estatuto constituye una manifestación de las "facultades de autorregulación" que posee el Consejo General de la Abogacía".

¹⁷⁴ En orden a esclarecer diversas manifestaciones de la autorregulación y cierto reflejo en el ámbito que nos ocupa.

¹⁷⁵ DARNACULLETA I GARDELLA, M.M., "Derecho Administrativo y Autorregulación: la autorregulación regulada...*ob. cit.*, págs. 430 y ss. Término utilizado, (afirma el autor), "para justificar decisiones organizativas adoptadas sin cobertura legal suficiente". Este autor para referirse a dichas expresiones acude a la utilización de las mismas en las Sentencias Núm. 1786/1.993, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 14 de abril de 1.997, motivada por la impugnación de la Orden Ministerio de Economía y Hacienda de 9 de julio de 1.993, por la que se regula, entre otros aspectos, la creación de los despachos receptores de apuestas deportivas de carácter no integral para la comercialización de la Lotería del Zodíaco; y, (asimismo), en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 24 de febrero de 1.997, en la que se analiza una decisión organizativa de la Agencia Tributaria por la que se atribuyen unidades de inspección determinadas competencia de gestión vinculadas a la función inspectora".

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

STSJ de Castilla y León, de 29 de enero de 1.999 y la STS de 8 de junio de 1.992, se refieren al término “autorregulación” para subrayar la vinculación de la Administración Pública a sus propias declaraciones jurídicas. Con ello, afirma el autor, los órganos jurisdiccionales “eluden entrar en la determinación de la naturaleza jurídica de los instrumentos a través de los cuales se manifiestan tales declaraciones y se limitan a poner de relieve la autovinculación de las Administraciones a las decisiones adoptadas por ellas mismas con el objeto de regular su actividad”¹⁷⁶. Y, por último, la **“autorregulación como autocontrol”**. Dicho término es utilizado como sinónimo, en ocasiones, de “autocontrol” en atención a la capacidad de un sujeto para controlar él mismo su grado de adecuación a la legislación¹⁷⁷. Dicho lo precedente, sin más dilación y, una vez expuestas las referencias inmediatas a la regulación, acudimos a realizar una breve referencia al *corporate compliance*. ADAN NIETO afirma que “la autorregulación unida a la noción de responsabilidad social, podría convertirse en uno de los pilares de un futuro modelo europeo de responsabilidad penal de las personas Jurídicas”¹⁷⁸. Si comprobamos la incorporación de la RPPJ a nuestro ordenamiento jurídico realizada por nuestro legislador, junto con la ulterior reforma operada en 2.015¹⁷⁹ evidenciamos que se “utiliza la autorregulación como método de prevención y esclarecimiento de los delitos que atenten contra los bienes jurídicos afectados por la

¹⁷⁶ *Ídem.*, págs. 431 y ss.

¹⁷⁷ *Ibidem.*, págs. 423. Este autor, al respecto, hace alusión al sistema de autocontrol sobre el cumplimiento de la normativa previsto en la Ley Catalana 8/1.996, de 5 de julio, reguladora de la Programación Audiovisual distribuida por cable y en la Ley de la Comunidad de Madrid 2/2.001, de 18 de abril, por la que se constituye el Consejo Audiovisual. En ambas normas (afirma el autor), "se establecen una serie de límites al contenido de la programación audiovisual y se regula un mecanismo específico de autocontrol que facilita a su vez el control público de cumplimiento de las previsiones normativas". Asimismo, acudir a DARNACULLETA I GARDELLA, M.M. “La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía”, RGDA, Núm. 20 (2.009), págs. 8 y ss.

¹⁷⁸ NIETO MARTÍN, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Polít. crim.*, Núm. 5, 2008, A3-5, págs.1 a 18.

¹⁷⁹ Por la que desarrolla y concreta la expresión originaria del precepto “debido control”,

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

actividad empresarial, lo que se correspondería no solo con la actual tendencia legislativa europea sino también con la norteamericana”¹⁸⁰.

1. LA AUTORREGULACIÓN COMO ANTESALA DEL “*CORPORATE COMPLIANCE*”

El cumplimiento normativo ha sido una constante en la discusión jurídico-penal alemana, definiendo al *compliance* como un traslado o desvío de la función penal encargada originalmente al Estado a la empresa, concediéndole a la misma un determinado margen de autorregulación¹⁸¹. La razón de regular esta suerte de

¹⁸⁰ NIETO MARTÍN, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa...*ob. cit.*, págs.1 a18. Asimismo acudir a FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J, “El delito corporativo en el CP español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas”, Ed. Civitas Thomson Reuters, ed. 2ª, Navarra, 2.016, págs. 26 y 27, cuando afirma que “...cuanto más se opte por el aspecto de la auto-regulación de forma coactiva, con el consiguiente estímulo de la definición, creación e implantación de mecanismos de auto-regulación y auto-organización en detrimento de la «hetero-regulación», existirá una mayor inclinación a optar por una responsabilidad penal en detrimento de una responsabilidad jurídico-administrativa...Sobre todo si los efectos de dicha auto-regulación se vinculan a la comisión de un hecho delictivo concreto...La principal consecuencia que ésta teniendo el panorama social y jurídico...en el mundo económico y en la empresa es que obliga –de forma más o menos directa- a las personas jurídicas o «les establece la carga» a diseñar estrategias encaminadas a elaborar, poner en práctica y velar por la efectiva aplicación de «Políticas o Programas de cumplimiento normativo o de la legalidad» (*Compliance Programs, Criminal Compliance, Corporate Compliance Policy*) específicos con el fin de desarrollar la actividad societaria de modo respetuoso con las normas penales eliminando los factores que dificultan el cumplimiento...(págs. 26 y 27); “El dato de que los Compliance Programs se hayan puesto de moda no solo en el ámbito jurídico, sino sobre todo en otros como el empresarial o económico, es un síntoma claro de que el sistema jurídico exige un mayor esfuerzo a las sociedades mercantiles y organizaciones de todo tipo para que prime el cumplimiento de la legalidad en sus actividades y en el seguimiento de los fines que les son propios”, (pág. 28).

¹⁸¹ KUHLEN L., “Compliance y Derecho Penal en Alemania”, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, VV.AA., Dirs. MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., Coords. HORTAL IBARRA, J.C., y VALIENTE IVÁÑEZ, V., Ed. B del f y Edisofer. Buenos Aires, 2.014, pág. 102. Asimismo, al respecto resulta de

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

mecanismos-prevenciones por parte del legislador europeo y nacional puede encontrarse en la importancia que representa la PYME en la economía global. En la Unión Europea existen unos veintitrés millones de PYMES, que generan alrededor de setenta y cinco millones de puestos de trabajo y representan el 99% del número total de empresas. Las PYMES son base de la industria europea, pues aportan hasta el 80% del empleo en algunos sectores industriales, como el textil, el de la construcción o el de los muebles¹⁸². Sin ánimo de acotar y/o entrar a definir pormenorizadamente el concepto de autorregulación, procede tan solo hacer mención en este momento, a lo que debe interpretarse por tal y el alcance que representa.

Según la doctrina, podemos diferenciar una primera acepción, expandida o difundida en la cultura anglosajona que englobaría desde el compromiso voluntario de la realización de modelos o conductas estereotipadas, hasta el apoderamiento de la potestad normativa pública en favor de los entes privados¹⁸³. Una segunda acepción, desarrollada en Europa continental, la describe como proclamación de la actividad de la sociedad que es contraída por el Derecho y por los Poderes Públicos¹⁸⁴. Asimismo, se ha afirmado que “desde un punto de vista jurídico, la autorregulación constituye,...la forma a través de la cual actúan y se relacionan los particulares y las organizaciones

interés acudir a KUHLEN, L., “Cuestiones fundamentales de *Compliance* y Derecho penal”, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, VV.AA., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.013, págs. 68 y ss.

¹⁸² Comisión de las Comunidades Europeas, "Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Implementación del Programa Comunitario de Lisboa Una política moderna de la PYME para el crecimiento y el empleo", Bruselas, 10.11.2005, COM(2005) 551 final, pág. 3.

¹⁸³ *Cfr.*, ARROYO JIMÉNEZ, L., "Introducción a la autorregulación"...*ob cit.*, págs. 19 y ss. Lo que ARROYO JIMÉNEZ denomina "acepción construida a través de una aproximación funcional...mediante criterios de naturaleza sustantiva".

¹⁸⁴ ARROYO JIMÉNEZ, L., "Introducción a la autorregulación"...*ob cit.*, págs. 19 y ss., "noción, (a diferencia de la anteriormente expuesta), dogmática y no funcional".

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

privadas...el fenómeno autorregulativo nos remite, indefectiblemente, a la sociedad y, consiguientemente, al Derecho privado”¹⁸⁵.

Como vemos, las fórmulas de cumplimiento normativo o *corporate compliance* nacen de una mínima autonomía de disposición y organización de los entes u organizaciones privadas. Los mandatos normativos emanados por el legislador, tanto nacional como internacional, se conjugan con las medidas éticas internas de las empresas u organizaciones privadas, que posibilitan un mayor desarrollo y delimitación del objeto o finalidad de la Ley. La punibilidad de las personas jurídicas ha supuesto una “vuelta de tuerca”¹⁸⁶ a la tradicional responsabilidad por hechos ajenos¹⁸⁷. El cumplimiento normativo o *Corporate Compliance*¹⁸⁸ no es ni más ni menos que una

¹⁸⁵ DARNACULLETA I GARDELLA, M.M., "Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada...*ob. cit.*, págs. 415 y ss.

¹⁸⁶ “Hace tiempo que han pasado a ser comunes las referencias a la ética empresarial o a la responsabilidad social de las empresas y la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede entenderse como una «vuelta de tuerca» de esa dinámica social o de un cambio de visión de la responsabilidad de las corporaciones con la sociedad que ésta está decidida a imponer”, (págs. 22 y 23), en FEIJOÓ SÁNCHEZ, B.J., “El delito corporativo en el CP español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas...*ob. cit.*

¹⁸⁷ Nos referimos a las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas que establece el C.P en su art. 31 (Título II Libro I).

¹⁸⁸ Según NIETO MARTÍN, A., el término cumplimiento normativo (*compliance*) es "vago e inexpressivo"...por sí solo no dice apenas nada, salvo lo evidente, actuar conforme a la legalidad, entendiendo legalidad en un sentido amplio, que abarcaría el cumplimiento de obligaciones procedentes de la Ley...y las directrices internas de la empresa y en especial su código ético". NIETO MARTÍN, A., "El cumplimiento normativo", en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.015, pág. 25. Por su parte, SALVO, N., afirma que ("circunscribiendo el alcance del *compliance* en el sistema penal"), "podría decirse que se trata de un sistema de control social empresarial que se alimenta de diversas fuentes como la...auto-regulación regulable, propia del Derecho administrativo, y que se aplica en ámbitos como la previsión de riesgos laborales, el blanqueo de capitales o la Ley del mercado de valores. Estas regulaciones..., pueden ser aprovechadas por el Derecho Penal para la construcción de *compliance* en la RPPJ...". SALVO, N., "Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*, pág. 60. RAMÍREZ ARBUÉS, F.J. y DÍEZ DE REVENGA RUÍZ, A.D., “El *Compliance* en las organizaciones. Relación entre *Compliance* y otras áreas de la empresa. *Compliance* y Gobierno Corporativo, *ob. cit.*, pág. 56, “...el *Compliance* se configura como una cuestión cuya existencia tiene sentido en todas aquellas organizaciones sujetas a Derecho, privado y público, por cuanto es el cumplimiento de las normas lo que permite el desarrollo de las actividades empresariales y no empresariales en sociedad, manteniendo una adecuada convivencia y

serie de criterios por los que se rige el comportamiento de una organización, empresa, asociación. Un conjunto de normas, criterios, obligaciones y deberes a las que la entidad o empresa se somete, tanto *ad intra* en su regulación interna, entre los operadores que la componen (directores, coordinadores, empleados), como *ad extra*¹⁸⁹. Dicho de otra manera, el establecimiento de medidas de control preventivo de riesgos¹⁹⁰. Las bases legales del *corporate compliance* en el Derecho español, según

equilibrio entre todos los intereses, a veces contrapuestos, del tejido empresarial social y de las Administraciones Públicas en una localidad, una región, un país o en la misma comunidad internacional...la finalidad esencial del control del cumplimiento normativo se vincula...al control del riesgo de incurrir en sanciones judiciales o administrativas, en pérdidas materiales o financieras y en daño reputacional, como consecuencia de violación de cualquier normativa o código aplicable, lo lógico es que toda organización que pueda verse afectada por este riesgo esté comprometida con la implantación, en mayor o menor medida de una efectiva función de *Compliance* en el seno de su estructura”.

¹⁸⁹ Respecto a la relación que dicha entidad posee con sus competidores o colaboradores del sector en el con el que se relacionan.

¹⁹⁰ CORCOY BIDASOLO, M., “Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los *Compliance*...*ob. cit.*, pág. 166. Acudir asimismo a CARRAU CRIADO, R., “*Compliance* para PYMES”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.016, págs. 9 y 17, “Entenderemos...el sistema de prevención de incumplimientos normativos que se establece en una organización con finalidad de determinar los eventos de riesgo de que se produzcan, sistematizar su detección, procurar su control, y arbitrar las medidas a adoptar ante su ocurrencia”, (pág. 9); “*compliance* consiste en la implantación en la empresa de modelos organizativos que se dirijan a la prevención de incumplimientos normativos”, (pág. 16). Asimismo, ahondando en los rasgos del *Compliance*, acudir a BACIGALUPO ZAPATER, E., “*Compliance* y Derecho Penal”, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2.011, págs. 105 a 109. Este autor (citando a KINDLER, P. en el primer Congreso sobre *Compliance* de la Universidad de Augsburg, 3 y 4 de diciembre de 2.010), afirma que, “en la teoría se considera que los Consejos de Administración deben cuidar que la empresa y sus órganos se desenvuelvan en consonancia con el derecho vigente y que esta función es a la que se refiere el concepto de «*corporate compliance*»...no es solo el deber trivial de observar los mandatos jurídicos (de legalidad), sino –en el derecho de sociedades– el deber de instaurar un departamento especial de control y vigilancia así como los procedimientos especiales en la empresa que aseguren la observancia de los mandatos jurídicos». Así, (continúa exponiendo), los elementos de un sistema de «*corporate compliance*» son: «un análisis de los riesgos jurídicos; la declaración del Consejo de Administración de actuar en el futuro contra determinadas irregularidades (*mission statemen*); una organización, es decir un departamento propio de *compliance* y el nombramiento de un comisionado de *compliance*; la comunicación de conocimientos jurídicos en la empresa...y la documentación de las medidas adoptadas y de las irregularidades jurídicas descubiertas...el sistema de *corporate compliance* se instala en interés de la propia empresa, no en interés de terceros o del público”, (pág. 106). Acudir a MONTANER FERNÁNDEZ, R., “El *criminal compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, EPC, Vol. XXXV (2.015), págs. 733 a

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

BACIGALUPO ZAPATER¹⁹¹ se encuentran en la Ley del Mercado de Valores [art. 116.4.d)] y en el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas.

En la práctica, a la hora de planificar y desarrollar los planes de cumplimiento se suele acudir a la norma UNE-ISO 19.600¹⁹² cuyas funciones descansan en los siguientes puntos: **Identificar** las diversas **obligaciones** de *compliance* y **materializarlas** en procesos, políticas y procedimientos; **Integrar** las **obligaciones** de *compliance* en dichos procesos, políticas y procedimientos; **Proporcionar** apoyo atemporal de carácter formativo a la organización; **Promover** e **incluir** las

782; el autor afirma que “tras la era del cumplimiento normativo lo que se pretende es reducir los espacios de riesgo tolerables en el marco de la actividad empresarial...aplicable respecto del ámbito de actuación de la propia organización, sino también en relación con sus miembros individuales”, (pág. 772). Tratando el cumplimiento normativo en el marco legislativo español: Derecho vigente, sistema de penas, Circular de la FGE 1/2.016, la exención de la responsabilidad penal, la atenuación de la responsabilidad penal,...acudir a ABIA GONZÁLEZ, R., y DORADO HERRANZ, G., “Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento-*Compliance Management system*”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.017, págs. 19 a 33.

¹⁹¹ BACIGALUPO ZAPATER, E., “*Compliance* y Derecho Penal...*ob. cit.*”, pág. 106. “El art. 116.4.d) de la LMV establece que el informe anual de las sociedades anónimas cotizadas deberán hacer público anualmente un informe de gobierno corporativo, en el que deberá constar «*el sistema de control de riesgos*». El Código Unificado de Buen Gobierno (CUBG)...establece en su recomendación Núm. 49 que la política de control de riesgos deberá identificar «al menos los distintos tipos de riesgos a los que se enfrenta la sociedad», señalando entre ellos a los riesgos legales, y reseñar «las medidas previstas para mitigar el impacto de los riesgos identificados, en caso de que llegaran a materializarse».

¹⁹² Norma UNE-ISO 19600 punto 5.3.4, en AYALA DE LA TORRE, J. M^a., “*Compliance*”, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2.016, pág. 16. Tratando esta norma, acudir a GUTIÉRREZ PÉREZ, E., “Los *Compliance Programs* como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2.015”, Revista General de Derecho Penal, Iustel, Núm. 24, Noviembre, (2.015); al respecto el autor expresa que se trata de una de las manifestaciones *soft law* de gran referencia,...sobre *compliance management systems* (CMS), que se une al *Assurance Standard 980* emitido por el Instituto de Auditores Públicos alemán (2011). La ISO 19600 se introduce como un exponente en el ámbito internacional con el objetivo de detallar unos estándares específicos en materia de cumplimiento que puedan servir globalmente. Para muchos viene a establecer las orientaciones para implantar una “superestructura de *compliance*”, pudiendo articular sistemas de cumplimiento específicos (medioambientales, prevención de riesgos laborales o prevención penal) de forma unitaria. Esta norma incluso dedica un apartado específico a detallar la formación específica relativa al *compliance* que debe la organización suministrar a sus empleados, (pág. 5). Asimismo, tratando entre otros aspectos la Norma ISO 19.600, acudir a BAJO ALBARRACÍN, J.C., “Auditoría de sistemas de gestión. *Compliance*”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.017, págs. 111 a 118.

responsabilidades compliance en las *características* de cada puesto de trabajo; *Poner* en marcha un *sistema de documentación e información* de *compliance*; *Desarrollar e implementar procesos de gestión de la información*, un canal de *denuncias* anónimas, o sistemas análogos; *Establecer indicadores* de desempeño de *compliance* y *supervisar* y *cuantificar* el *efectivo cumplimiento* del *compliance*; *Analizar* el desarrollo para *identificar* las concretas necesidades de corrección; *Identificar los riesgos* de *compliance* y *gestionar los riesgos* relacionados negocialmente con terceras personas; *Cerciorarse de la revisión del sistema de gestión* del *compliance* de acuerdo con los parámetros periódicos estipulados; *Asesoramiento profesional específico* para el mantenimiento e implementación del sistema *compliance*; *Promocionar* el *acceso a los recursos compliance* a los empleados; *Proporcionar asesoramiento objetivo a la organización* en materia de *compliance*.

Con ocasión de la promulgación del art. 31 bis por la L.O 5/2.010 y, ulteriormente con la L.O 1/2.015¹⁹³, se ha popularizado la denominación de *Corporate Compliance* y se ha realizado una interpretación sumamente extensiva de dicho concepto hacia el campo del Derecho penal¹⁹⁴. Supone, tal y como han afirmado diversos autores “un desplazamiento de tareas estatales de la administración de Justicia

¹⁹³ Ambas modifican la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP.

¹⁹⁴ Sobre la introducción del *Compliance* en el ámbito penal, acudir a ROTSCH, T., “*Criminal Compliance*”, InDret 1/2.012, Barcelona, 2.012. Este autor afirma que, “De forma simultánea al progresivo desarrollo de una competencia -tanto en el ámbito científico como en el práctico- entre las distintas ramas del ordenamiento por acoger en su seno al “*Compliance*”, éste se ha ido convirtiendo en el objeto de estudio de las más variadas ramas del ordenamiento jurídico. El Derecho penal no supone en este punto excepción alguna”, (pág. 3). Así, continúa exponiendo el autor, “...en el ámbito de la Ciencia del Derecho penal sigue sin haberse abordado de forma pormenorizada la cuestión de qué supone o qué significa el fenómeno del *Compliance* para el Derecho penal desde el punto de vista político-criminal y dogmático. Al respecto, parece que se abren multitud de apremiantes ámbitos de estudio ¿Qué es y dónde comienza la “*corrupción*”? ¿Cuándo es punible la esponsorización? ¿Qué son las “*cajas negras*”? y (¿Por qué) debería mantenerse uno alejado de ellas? Cuando alguien conoce de su existencia en su propia empresa, ¿Cómo proceder entonces?”, (pág. 4).

penal hacia las empresas a las que se les conceden un cierto margen de autorregulación»¹⁹⁵

El concepto de cumplimiento normativo no es un concepto novedoso¹⁹⁶. Ha sido utilizado en el Derecho anglosajón y aplicado por las grandes compañías

¹⁹⁵ KUHLEN, L., “*Compliance y Derecho penal en Alemania*”, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, VV.AA., Dirs. MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., Coords. HORTAL IBARRA J.C., y VALIENTE IVÁÑEZ, V., Ed. B del f y Edisofer. Buenos Aires, 2.014, págs. 91 y 92, cuando afirma en el concreto campo del Derecho penal que “...no es de extrañar considerar que con el tema *compliance*...no se está tratando nada objetivamente nuevo, sino que se trata simplemente de una moda adornada de anglicismos e impulsada por el sector de la consultoría...”, (pág. 91); aunque seguidamente expresa, “No hay duda de que el tema encierra aspectos actuales innegables y está impulsado por intereses concretos de las partes formadas por asesores jurídicos y de empresa. Sin embargo, estoy convencido de que supone algo más que un tema en boga; que las circunstancias que lo hacen oportuno están vinculadas a cambios significativos no solo en la realidad empresarial, sino también en el sistema de justicia penal”, (pág. 92).

¹⁹⁶ Véase el estudio que realiza NIETO MARTÍN respecto a la evolución histórica del cumplimiento normativo: en la mitad de 1.940 fabricantes de componentes eléctricos utilizan programas de cumplimiento para la prevención de conductas contrarias a la competencia. En dicha época el Departamento de Justicia exigía (al descubrir un cartel en este sector) que las empresas incorporen en su actuación un programa de cumplimiento. Por otro lado, (continúa exponiendo este autor), el mercado de valores (en el año 1930) exigía a las empresas controles internos (*self policing*). Con ocasión de la *Insider Trading and Securities Enforcement Act* (1.988) comienzan las medidas de cumplimiento específicas. En Europa con ocasión de la promulgación de la primera directiva de *insider trading* se hacen famosas las medidas de prevención y los códigos de conducta. El autor apunta a que la SOA (*Sarbanes Oxley Act*) supuso un cambio en el cumplimiento, en tanto que se cambió de la voluntariedad en su uso al cumplimiento por decreto (*mandatory compliance*). En su análisis el autor continúa exponiendo que en los años 70 se crearon la *Foreign Corrupt Practices Act* que obligaba a establecer controles internos para evitar la corrupción. Asimismo, la *Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct* supuso una medida que fue incorporada a las empresas americanas, Dicha iniciativa se gestó voluntariamente en el entorno empresarial a raíz de los fraudes existentes en la contratación de la industria armamentística del Departamento de Defensa. Con posterioridad, (1.980) se establecieron las *Guidelines for Sentencing Organizations* al establecer los elementos necesarios a observar el cumplimiento correcto en las compañías. Para ahondar más en la evolución continuar su lectura en NIETO MARTÍN, A., “El cumplimiento normativo”, en *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.015, págs. 27 y ss. Asimismo, tratando la falta de novedad, así como el concepto y orígenes, acudir a ROTSCH, T., “*Criminal Compliance...ob. cit.* El autor afirma que el concepto se emplea, asimismo, en el campo de la Medicina, “donde la fidelidad al tratamiento del paciente condiciona la curación de muchas enfermedades que requieren comportamientos cooperativos. En nuestro contexto se trata de “*to be in compliance with the law*”, de modo que dicha fórmula, compuesta por la palabra *Compliance*, que dicho sea de paso significa también “capacidad de aprendizaje”, puede

ser traducida (de forma no absolutamente exacta) por “conformidad a Derecho” (*gesetzmäßig*). Pues bien, que el Derecho trata siempre de comportamientos conforme a Derecho, o en su caso de comportamientos no ajustados a éste y que el Derecho penal determina las condiciones y las consecuencias jurídicas de los comportamientos que infringen la norma penal es todo menos un hallazgo revolucionario”, (pág. 2). Respecto a los orígenes, expone que, “no ha sido hasta los años 90 cuando se ha dado a conocer el concepto genérico de “*Corporate Governance*” y el significado de éste. De forma simple, este concepto puede ser traducido por “*Unternehmensverfassung*” (Gobierno corporativo) y describe por ende el marco regulatorio para la dirección y supervisión de las empresas. Bajo este tópico se discute tanto en Alemania como a nivel internacional acerca de los distintos sistemas generales en tanto que instrumentos de supervisión empresarial. El *Compliance* constituye precisamente uno de estos instrumentos. Se trata en última instancia del evidente principio vigente en cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales según el cual las empresas y sus órganos deben operar armónicamente con el Derecho vigente”, (pág. 2). Tratando el origen del *Compliance*, igualmente, ver FRAGA GÓMEZ, O., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los modelos de organización y gestión...*ob. cit.*, págs. 43 a 88. Este autor expone que con el propósito de estimular mayor responsabilidad corporativa, en un sentido autorregulatorio, “se utiliza penalmente la fórmula que representan los *Compliance Programs* o *Criminal Compliance* y que consisten en una estructura de prevención delictiva diseñada y ejecutada al interno de la sociedad. El programa se concreta en protocolos específicos diseñados a fin y efecto de mitigar las conductas delictivas por parte de los trabajadores de las empresas”, (págs. 52 y 53). Así continúa exponiendo que, los escándalos empresariales de USA y Europa, (*Worldcom*, *Parmalat* y *Flowtex*), hicieron que se estableciese mundialmente una mejora en la “dirección societaria” basada en “la buena organización de la empresa” o en el “buen gobierno corporativo” (*Corporate governance*”), cuyo origen se encuentra en USA, en el S. XX, en el “movimiento por la seguridad pública”. Comienzan a surgir las agencias de seguridad pública (*Food and Drug Administration*) creada en 1.906, y se condena por mala praxis empresarial (caso *New York Central & Hudson River Railroad vs. United States* en 1.909 cuando la empresa es condenada al otorgar ilegalmente tarifas beneficiosas a determinadas compañías azucareras); por ello existió gran nivel de vigilancia que motivó una intensa “fricción” entre la empresa privada y el gobierno federal. Posteriormente, el escándalo de *Watergate*, y las investigaciones de la Comisión de Bolsa de Valores (“*Security Exchange Commission*” (SEC) descubrieron la habitualidad y generalización de sobornos en el sector empresarial, por lo que surgió la Ley de Anticorrupción Extranjera (“*Foreign Corrupt Practices Act*” o FCPA) en diciembre de 1.977. Esta Ley, y las agencias de control (“*Environmental Protection Agency and the Drug Enforcement Agency*”) impuso a las empresas en el desarrollo de instauración de controles internos con el fin de vigilar el cumplimiento de Ley y la normativa sectorial. A tal fin y complementando este proceso e intención, nacieron los programas de prevención y ética corporativa “*compliance*” en la empresa privada. Asimismo, el 1 de noviembre de 1.991 entraron en vigor las “*United States Sentencings Guidelines*” (USSG) que cambiaron los programas de “*compliance*” existentes hasta ese momento. Las USSG instauraron unas directrices o guías, que fueron recogidas en un manual, para la interpretación judicial a la hora de juzgar a las organizaciones y declarar su grado de culpabilidad y eventual pena a imponer. Estas USSG identificaron siete áreas específicas en las que las empresas debían atender mediante un programa de ética supervisado por los altos empleados, ejecutando el mismo y, corrigiendo y reportando tanto las modificaciones como su eventual incumplimiento. De ahí que para afirmar que nos encontramos ante un plan de cumplimiento

norteamericanas, tanto en la gestión y control de sus organizaciones, como en su funcionamiento. Por lo tanto, debemos dejar constancia de que el *Corporate Compliance* no es un concepto ni un tratamiento propio del Derecho Penal. En la actualidad se viene integrando como una sub-especie de Derecho penal económico de carácter preventivo¹⁹⁷, donde el Estado reconoce efectos jurídicos-penales¹⁹⁸ a aquellas

“efectivo”, no valía con presentar la existencia de dicho plan, sino que el mismo había sido promovido o desarrollado de manera activa como un “modelo de cultura empresarial basada en la ética y el cumplimiento de la Ley”. Asimismo, acudir a SIEBER, U., “Programas de “*compliance*” en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en *El derecho penal económico en la era de la compliance*, Dirs. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., VV.AA, Ed. Tirant lo Blanch, 2.013, págs. 63 y ss. Este autor presenta de qué manera los programas de “*compliance*” desarrollados en los EE.UU., influir en Alemania y, especialmente, en el Derecho penal de la empresa. Afirma que los programas de “*compliance*” usualmente son creados por la vía de una correulación estatal y privada, (pág. 77). Asimismo, continúa exponiendo que, “este análisis también tiene que ver con el ámbito límite entre el Derecho, la teoría del Derecho, la criminología, la sociología y la economía”. Así los programas de “*compliance*” formulan importantes aspectos “relacionados con una privatización de la prevención del delito y del control de la criminalidad a través de sistemas autorreferenciales de autorregulación regulada”. Así, “los programas de “*compliance*”, así como los nuevos controles dirigidos a prevenir la criminalidad vinculados con aquellos, constituyen una reacción a los espectaculares escándalos en el campo de la criminalidad económica que ocurrieron hace poco tanto en los EE.UU. como también en Europa: los desastres empresariales por. ej. de *World-Com*, *Enron*, *Parmalat* y *Flowtex* han corroborado, en los últimos años, el diagnóstico dado pioneramente por *Tiedemann* en el sentido de que la criminalidad económica también puede llevar a la ruina de empresas grandes y causar graves perjuicios para toda la sociedad”.

¹⁹⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E., “*Compliance* y Derecho Penal...ob. cit., pág. 22, “Desde esta perspectiva la práctica del Derecho penal económico podría ser mejor caracterizada como la aplicación del derecho penal a los problemas de los negocios y de la empresa *con acento a su aspecto preventivo*”. Asimismo, acudir a MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. y NIETO MARTÍN, A., “Mucho más que una circunstancia atenuante: contenido y efectos prácticos de los programas de cumplimiento normativo en el Derecho Penal Comparado”, en *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, VV.AA., Dir. DEMETRIO CRESPO, E., Coord. MAROTO CALATAYUD, M., Ed. B de F, Buenos Aires, 2.014, págs. 465 a 505, cuando afirma que, “...si bien en nuestro país eran conocidos en otras ramas de Derecho y a través de otros conceptos cercanos (Responsabilidad Social Empresarial –RSC-, Códigos éticos, Códigos de Buen Gobierno, Códigos de Buena conducta, etc.), lo cierto es que en el ámbito penal no habían recibido suficiente atención, hasta que por fin la reforma del CP de 2.010 introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, con ella, una posible causa de exoneración de la responsabilidad basada en la «la falta de control»...”, (págs.. 465 y 466). También acudir a la lectura de ARTAZA VARELA, O., “La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.013, (pág. 119), cuando afirma que, “el primer objeto que se asocia inmediatamente al PC es el de servir de reunión o sistematización de todas aquellas

empresas donde se instauren los Programas de Cumplimiento Normativo¹⁹⁹. Nos encontramos ante una novedosa visión del riesgo²⁰⁰ que la doctrina alemana ha venido

medidas o procedimientos adoptados por la empresa tendentes a asegurar y promover un comportamiento por parte de sus integrantes respetuosos con la Ley”.

¹⁹⁸ De carácter atenuatorio o de exoneración de la responsabilidad criminal a las personas jurídicas.

¹⁹⁹ Se comenzó otorgándose cierta atenuación de la responsabilidad criminal a las empresas (L.O 5/2.010, art. 31 *bis* 4º); y, en la actualidad, (a partir del 1 de julio de 2.015, Disposición Final Octava, L.O 1/2.015) y, con ocasión de la promulgación de la L.O 1/2.015, se establece la posibilidad (ya no tan solo de atenuación de la responsabilidad criminal, sino asimismo, de exención de la misma si concurren ciertos requisitos, (art. 31 *bis* 2º). Acudir a la lectura de GOMEZ-GARA DÍEZ, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, VV.AA., Ed. La Ley, Madrid, 2.011, pág. 30 y ss. El autor explica que el movimiento normativo o *compliance* surge como consecuencia de la obligación de monitorización y control de riesgos que se ha instaurado en las últimas décadas del siglo XX., (pág. 30). Afirma este autor que, "es una forma de asegurarse que los riesgos están bajo control...y consiste en fomentar que las actuaciones que se lleven a cabo por los administradores y empleados cumplan escrupulosamente con la legislación vigente", (pág. 30).

²⁰⁰ Tratando la extensión del riesgo de responsabilidades normativas y sus categorías jurídicas aplicables BACIGALUPO ZAPATER, E., “*Compliance* y Derecho Penal...*ob. cit.*”, págs. 23 a 25; y respecto la estructura de las normas determinantes de la responsabilidad normativa: respecto a las *normas de programación adicional*, págs. 25 a 27. Asimismo, DETZNER, J.A., “*FCPA, ITAR, EAR y OFAC: alcance extraterritorial a compañías no estadounidenses y programas relacionados a su cumplimiento...ob. cit.*”, pág. 11, según este autor, las agencias que administran las diferentes leyes y reglamentos regulatorios “ofrecen guías generales para un programa de cumplimiento” cuyo objetivo es disminuir los riesgos de su incumplimiento. Según expresa este autor los objetivos y características de los mismos son los siguientes (1) compromiso y apoyo de la gerencia; (2) análisis del nivel de riesgo de la compañía y desarrollo de un programa de cumplimiento que se adecúe a los riesgos analizados; (3) provisionar los recursos precisos para constituir un programa adecuado; (4) establecer una política y un procedimientos de cumplimiento adecuados de manera escrita; (5) establecer un programa de entrenamiento a la gerencia y a los empleados y agentes; (6) sistema de revisión interna y externa del programa de cumplimiento; (7) sistema de respuesta rápida ante las hipotéticas y eventuales violaciones del programa; investigación de la comisión de comportamientos de riesgo, y en caso necesario, denunciar los hechos ante la agencia relacionada y su posible sanción disciplinaria de los autores del comportamiento; (8) sistema *ad hoc* para el mantenimiento de los registros relacionados; y (9) implementación de un sistema de diligencia adecuada para cada transacción propuesta, incluyendo la revisión de gastos, clientes, proveedores de servicios, socios, fusiones o adquisiciones, (entre otros). Asimismo, tal y como expone este autor, un programa de cumplimiento eficaz requiere de un “diseño, implementación coherente a la estructura, tamaño, actividad de negocio y demás factores específicos de la compañía (pág. 11).

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

denominando *Compliance* o *Haftungsvermeidung im Unternehmen*, prevención de riesgos de responsabilidad empresarial por incumplimiento de regulaciones legales²⁰¹.

En la nueva regulación²⁰² el legislador ha intentado definir y concretar la parca regulación que en su día²⁰³ aportó al art. 31 bis cuando se refería en el apartado d) del art. 31 bis pto. 4º a las "...medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos...". A estas concretas "medidas eficaces" adoptadas por la persona jurídica viene denominándose *Corporate Compliance* Penal. Dicha expresión, en nuestra opinión, no es más que un reflejo o, utilización muy particular de la auténtica naturaleza de los planes de cumplimiento. En lo que al Derecho Penal afecta, la implementación, incorporación y desarrollo del "*corporate compliance*" introducida por nuestro legislador otorga importancia en el seno de la organización y funcionamiento empresarial a los programas de cumplimiento como una modalidad de atenuación ya común y utilizada en el ámbito de la responsabilidad criminal²⁰⁴; véase el apartado c) del art. 31 quater, cuando expone: "haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica".

²⁰¹ BACIGALUPO ZAPATER, E., "*Compliance* y Derecho Penal...*ob. cit.*", pág. 22; el autor al respecto afirma la nueva visión del penalista en su intervención como preventiva orientada, tanto a la defensa en el proceso penal, como previa al mismo, así como a cualquier decisión económica jurídicamente controvertida, en aras a la evitación contenciosa del litigio.

²⁰² La nueva regulación operada a partir de la promulgación de la L.O. 5/2.010, refleja en palabras de DOPICO GÓMEZ-ALLER, "...un cambio de perspectiva esencial en el tratamiento de la delincuencia económica, que la aleja de las concepciones más individualistas y la aproxima a una concepción funcionalista de la responsabilidad en la empresa", DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Prevención de la delincuencia empresarial", *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 2, marzo – agosto 2.012, pág. 163.

²⁰³ L.O 5/2.010 de 22 de junio.

²⁰⁴ Art. 21.5ª C.P: "La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral".

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

El alcance los *corporate compliance* representa, “un sistema de control social empresarial”²⁰⁵ que se nutre de diversas fuentes, la denominada “autorregulación regulable”²⁰⁶ (Derecho Administrativo) “aplicándose a la previsión de riesgos laborales, ley de mercado de valores, ley de blanqueo de capitales, etc.”²⁰⁷. Este sistema expuesto representa para las entidades mercantiles una importante asunción privada de las funciones preventivas mediante la instauración, asunción y desarrollo de códigos de conducta, programas de cumplimiento, asesoramiento y vigilancia de la legalidad de los comportamientos de los operadores que la forman²⁰⁸.

Ejemplo de la expansión del *corporate compliance* es la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014²⁰⁹ sobre contratación pública²¹⁰. Esta Directiva muestra cómo nuestro sistema de contratación reconoce valor al comportamiento preventivo y reparador de las empresas. En el Considerando 102 de

²⁰⁵ SALVO, N., "Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*, pág. 60.

²⁰⁶ Al respecto, acudir a ARROYO JIMÉNEZ, L., "Introducción a la autorregulación"...*ob. cit.*, págs. 19 a 35. Asimismo, acudir a DARNACULLETA, M.M., “Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias”, en *Autorregulación y sanciones*, VV.AA., Dirs. ARROYO JIMÉNEZ, L. y NIETO MARTÍN, A., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2.008, págs. 119 a 145. También en MAROTO CALATAYUD, M., “Autorregulación y legitimidad corporativa: democracia interna y control social en partidos políticos y empresas”, en *Autorregulación y sanciones*, VV.AA., Dirs. ARROYO JIMÉNEZ, L. y NIETO MARTÍN, A., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2.008, págs. 178 a 188.

²⁰⁷ SALVO, N., "Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*, pág. 60.

²⁰⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E., “*Compliance* y Derecho Penal...*ob. cit.*, pág. 109.

²⁰⁹ Tratando la Directiva europea sobre contratación pública y el incentivo para que las empresas que contraten con el Estado adopten programas de cumplimiento (*Compliance Programs*) penales y colaboren con la Administración de Justicia, acudir a GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “A propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública”, *Diario La Ley*, Núm. 8423, Año XXXV, Sección Tribuna, 18 de Noviembre de 2014, págs. 1 a 6. Tratando la corrupción en la contratación pública, acudir a GIENO FELIU, J.M^a, “La corrupción en la contratación pública”, en *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, VV.AA., Dirs. CASTRO MORENO, A. y OTERO GONZÁLEZ, P., Coord. GRAFFE GONZÁLEZ, L.V., Ed. Dykinson, Madrid, 2.016, págs. 13 a 49. Este autor trata diferentes aspectos de vital importancia como lo son los conflictos de intereses y la corrupción en el procedimiento de contratación pública, las prácticas que propician la opacidad y surgimiento de la corrupción.

²¹⁰ Que deroga la Directiva 2.004/18/CE.

dicha normativa se hace expresa mención a la adopción por parte de los operadores económicos de “medidas de cumplimiento destinadas a reparar las consecuencias” de infracciones penales o faltas cometidas y a “prevenir eficazmente” la producción de nuevos comportamientos en los ámbitos personales y organizativos. La Directiva posibilita a la empresa, o como lo denomina dicha normativa, “operador económico” que pruebe o “demuestre” la implementación de un programa de cumplimiento²¹¹ en aras a evitar la reiteración de infracciones penales con el fin de no quedar excluido del proceso licitador. Así expresa el art. 57²¹² (pto. 1), que el poder adjudicador excluirá al operador económico de su participación en el proceso de contratación, en el supuesto de existir constancia de que aquel ha sido condenado por sentencia firme por determinados delitos; a saber, pertenencia a una organización delictiva, corrupción, fraude, terrorismo, blanqueo de capitales, trabajo infantil, trata de seres humanos. El punto 6 (2º párrafo) del citado artículo expresa, “...el operador económico deberá demostrar que...ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente²¹³ con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales²¹⁴ o faltas”.

²¹¹ La citada Directiva 2014/24/UE expone como ejemplos, “la ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones que participaran en las conductas ilícitas, medidas adecuadas de reorganización del personal, implantación de sistemas de información y control, creación de una estructura de auditoría interna para supervisar el cumplimiento y adopción de normas internas de responsabilidad e indemnización”

²¹² Subsección 1, referente a los “Motivos de selección cualitativa”, y atendiendo a los Motivos de exclusión de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública

²¹³ Subrayado propio

²¹⁴ Subrayado propio

2. LA ÉTICA COMO PRINCIPIO INSPIRADOR EN EL COMPORTAMIENTO NEGOCIAL Y LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA

Una de las notas que caracteriza a este modelo autorregulatorio es la concurrencia de la ética en el entorno empresarial²¹⁵. La manifestación de la ética mediante la utilización de la “Ética de los negocios”²¹⁶ o también denominada *Business ethics* es empleada como medio de “prevención de la delincuencia”²¹⁷. Multitud de empresas han optado o comienzan a optar por la implantación y desarrollo de los *Corporate Programs* en su organización²¹⁸. En la actualidad, son constantes las

²¹⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E., “*Compliance* y Derecho Penal...*ob. cit.*”, pág. 27.

²¹⁶ AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., “El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario”, Ed. Atelier, Barcelona, 2.010, págs. 117 y 118.

²¹⁷ *Ídem.*, págs. 117 y 118. Asimismo, tal y como expone FEIJOÓ SÁNCHEZ, B.J., “El delito corporativo en el CP español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas...*ob. cit.*”, “El Derecho Penal vigente ha acabado asumiendo que el estímulo de un *management* de mayor contenido ético y de responsabilidad hacia lo público o colectivo ha pasado a formar parte de los asuntos de los que se tiene que ocupar institucionalmente la empresa y, al menos, parte de esa dimensión de consideración de intereses ajenos a la empresa ha pasado a formar parte del ordenamiento jurídico-penal”, (pág. 23). No solo al comportamiento, asimismo, el concepto e idea del sujeto: acudir a la obra de BACIGALUPO SAGGESE, S., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Ed. BOSCH, Barcelona, 1.998, págs. 90 y 91, cuando expone que “...idea rectora de la dogmática jurídica del siglo XIX, que configuró al sujeto del Derecho penal como sujeto éticamente responsable y el sistema de responsabilidad penal paralelamente al de la responsabilidad ética. La importancia de la ética, por lo tanto, también fue determinante en el concepto de delito; el delito se define como una manifestación de la voluntad mala. A partir de KANT la concepción de la ética se presenta como un problema de la buena o mala voluntad...”.

²¹⁸ Ver normas internas de gobierno corporativo de la compañía IBERDROLA, S.A.: Reglamento de la Junta General de Accionistas. Reglamento del Consejo de Administración. Reglamento de la Comisión de Auditoría y Supervisión del Riesgo; Reglamento de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones; Reglamento de la Comisión de Responsabilidad Social Corporativa. Ver otros códigos y procedimientos internos de IBERDROLA S.A., Código ético del consejero; Código ético; Procedimiento para conflictos de interés y operaciones vinculadas con consejeros, accionistas significativos y altos directivos; Reglamento interno de conducta en los Mercados de Valores; Resumen del Protocolo de actuación para la investigación de posibles usos ilícitos de información privilegiada (en desarrollo de las Normas internas para el tratamiento de la información privilegiada); Reglamento del Foro Electrónico de Accionistas. Ver, asimismo,, Informes anuales de Gobierno Corporativo de INDITEX S.A, "INDITEX tiene establecidas sus normas de gobierno corporativo en sus Estatutos Sociales, en los Reglamentos del

alusiones éticas²¹⁹ del comportamiento que debe ser observado por los trabajadores de la organización o por la empresa en el que se desarrolle el *Corporate Compliance*²²⁰.

Consejo de Administración y de la Junta General de Accionistas, en el Reglamento Interno de Conducta en materias relativas a los Mercados de Valores, en el Código de Conducta y Prácticas Responsables de INDITEX, y en el Estatuto del Consejo Social..., <http://www.inditex.com/>

²¹⁹ Acudir a lo expresado por la Compañía BAYER, "Programa para el Cumplimiento Legal y la Responsabilidad Corporativa", establece que, "...la actividad empresarial se rige por las leyes y los reglamentos de los distintos países y de sus regiones administrativas, por los principios de coexistencia y por las normas éticas que imponen una serie de obligaciones tanto para la empresa como para sus empleados en todo el mundo". Asimismo, expone un "Programa para el cumplimiento legal y la responsabilidad corporativa", (en el apdo. 1 referente a la "Libre Competencia: No al incumplimiento de las leyes de derecho de competencia") que como "prácticas en contra de la libre competencia...cualquier tipo de acción concertada, ya sean charlas informales o «pactos de caballeros»", (Programa de cumplimiento de la empresa farmacéutica multinacional Bayer). <http://www.bayer.es>. Si acudimos a la Segunda acepción propuesta por la R.A.E 22ª ed. (en relación con lo anteriormente expuesto), podemos observar, que el comportamiento que establece la Compañía, no solo entra en el presupuesto legal de respeto a la libre competencia, sino que asimismo, entra a cubrir o a tener en cuenta un comportamiento eminentemente ético como manifestación de una actuación recta, o conforme a la moral.

²²⁰ En ocasiones utiliza indistintamente la terminología *compliances* y *programas de cumplimiento*, o *Códigos de conducta*, *Códigos de valores*, *Códigos de buenas prácticas*... Acudir a diversos autores para comprobar dicha intercambiabilidad; por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, M., "Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los *Compliance*...ob. cit., pág. 181. Ver asimismo PÉREZ GONZÁLEZ, S., "La función de los *Compliance Programs* en la responsabilidad penal-económica de la empresa", *REDUR* 13, diciembre 2.015, págs. 129 a 142. Este autor expresa que "con los *Compliance Programs*, el legislador generaliza un método de construcción de la norma penal ya presente, por ejemplo, en materia de prevención del blanqueo de capitales. (No sucede lo mismo en materias afines, como la prevención de riesgos laborales, en tanto que la normativa legal es extensa y prolija, al punto que la adopción de planes de prevención y, por tanto, la facilitación de las preceptivas medidas de seguridad queda detallada en la Ley de prevención de riesgos laborales). En el caso de los *programas de cumplimiento*, la autorregulación es absoluta, de tal modo que es el propio sujeto jurídico quien debe determinar sus propias estrategias de control y vigilancia, confiando en que la diligencia por confeccionar y aplicar estos programas sea valorada positivamente por el juzgador. La propia norma penal ofrece en el art. 31bis.5 CP una serie de requisitos que apuntan una estructura básica del *sistema de cumplimiento*, pero que en ningún caso agotan el detalle de su implementación según las características concretas de la empresa y el delito que se procura evitar", (pág. 139). Asimismo, acudir a GÓMEZ COLOMER, J.L., "La persona jurídica acusada en el proceso penal español", en *El Derecho penal económico en la era Compliance*, VV.AA., Dirs. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013, págs. 65 y 66 cuando expresa, que "los términos...de *Compliance Programs*, *Risk Management*, *Value Management* y *Corporate Governance*, así como *Business ethics*, *Integrity Codes*, *Codes of Conduct* y *Corporate Social Responsibility*, describen nuevos conceptos de dirección empresarial. Todos ellos definen, acentuando de manera diferente, determinados objetivos y procedimientos de *management*. No obstante, ni se pueden diferenciar entre ellos de manera

precisa, ni tampoco es posible definirlos claramente...”. Ver NIETO MARTÍN cuando se refiere a que “el primer elemento de la autorregulación es la necesidad de que las empresas establezcan normas de comportamiento que se plasman en instrumentos de muy diverso nombre: códigos de conducta, de buen gobierno, de buenas prácticas, técnicos o éticos, etc.”, NIETO MARTÍN, A. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Polít. crim.*, Núm. 5, 2008, A3-5, pág. 5. Asimismo, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, L.M., “Aspectos mercantiles de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas” en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA ZABALLOS, E.B., VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013, pág. 167. BACIGALUPO SAGGESE, S., “Ética empresarial y responsabilidad penal de las empresas”, Encuentros multidisciplinares, Vol. 13, Núm. 39, 2.011, pág. 4, “...las obligaciones de prevención vienen definidas legalmente, mientras que en el caso de los delitos como estafa, corrupción o tráfico de influencias, el riesgo no está previsto en una legislación extrapenal que permita definir sus contornos. No obstante ello, la institución de programas de *compliance* y códigos éticos especialmente diseñados para disminuir los riesgos penales...”. FEIJOÓ SÁNCHEZ, B.J., “El delito corporativo en el CP español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas,...*ob. cit.*”, pág. 78, refiriéndose el autor a que el CP en el apdo. segundo del art. 31 bis alude a modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, “el modelo tiene un alcance mucho más amplio que la mera vigilancia y control, que solo es un medio para in objetivo de alcance más amplio. En este último sentido los Códigos éticos, de valores, de buenas prácticas o de conducta representan una herramienta de cumplimiento de importancia capital, aunque no estén expresamente recogidos en el CP”. De igual manera, utilizado indistintamente por GONZÁLEZ SIERRA, P., “La imputación penal de las persona jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.014, págs. 387 y 388, cuando afirma que “se les conoce también como «programas de cumplimiento», o «programas de cumplimiento de la legalidad», o «códigos éticos», o en acepciones en inglés *Compliance Programs, Criminal Compliance, Corporate Compliance Policy* o *Compliance guide*. Algunas legislaciones le han llamado «modelos de organización y gestión para la prevención de delitos» (art. 66 del Decreto Legislativo 231/2.001 Italiano), o «modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos» (art. 3 de la Ley 20.393 que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile)”. Tratando como sinónimos Códigos de conducta y *Compliance*, acudir a MIRALLES MARTÍN, O., “El papel del abogado en el ejercicio del debido control en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA ZABALLOS, E.B., VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013, pág. 153, cuando expresa, “ante la falta de regulación de este tipo de programas, solo por aproximación a los que el legislador ha ido perfilando en relación a materias específicas, por ejemplo, las que tienen que ver con el Mercado de Valores, o con la Prevención del Blanqueo de Capitales, o los Códigos de Buen Gobierno (el de Olivencia), se pueden ir determinando los contenidos esenciales de estos catálogos de comportamiento que deben presidir el ejercicio de las actividades de la persona jurídica...”. Utilizando como sinónimos códigos de conducta y códigos de ética, acudir a BACIGALUPO ZAPATER, E., “*Compliance* y Derecho Penal...*ob. cit.*”, pág. 121, cuando afirma “una consideración especial merecen los códigos de conducta o de ética, que tienen la finalidad de orientar comportamientos adecuados a derecho de los integrantes de los diversos niveles de actuación dentro de la empresa...”. Tratando el concepto de

código de conducta unilateral y diferencia respecto a otras figuras afines, acudir a SIERRA HERNÁIZ, E., “Tipificación y caracterización de los Códigos de conducta unilaterales de las empresas”, en *Ética empresarial y Códigos de conducta*, VV.AA., Dir. GOÑI SEIN, J.L., Ed. La Ley, Madrid, 2.011, págs. 224 a 229, “por Códigos de conducta (CC) empresariales o de la empresa se entiende aquellos documentos específicos y formalizados normalmente por escrito, que contienen los principios o reglas que guían las actuaciones éticas de la firma, o dicho de otro modo, el conjunto de prescripciones que reflejan una declaración de valores o principios propios de la empresa, una política ligada a ellos, y/o conjunto de prescripciones destinadas a guiar el comportamiento y desarrollo, en sus tareas presentes y futuras, de los directivos y/o trabajadores, ya sea entre ellos, o entre ellos y la compañía, los grupos de interés externos o la sociedad en general. Por lo tanto, quedan fuera de este concepto algunas declaraciones de voluntad o pautas de actuación de las empresas acerca de su comportamiento en la sociedad pero sin otra pretensión que ser una especie de presentación ante la sociedad”. El autor matiza que hay que diferenciar a los Códigos de Conducta de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) en tanto que en ocasiones se identifican ambas figuras por contener diferentes valores éticos-morales extraídos (frecuentemente) de las declaraciones internacionales de derechos humanos. Sigue el autor explicando que, la RSC supone una asunción de compromisos frente a terceros, (incluidos los trabajadores) y la ética empresarial aúna esta regulación y la imposición de reglas internas de actuación ética dentro de la organización. Al aprobar una empresa un Código de Conducta persigue dotarse de una ética con todo lo que ello significa de reconstrucción o incorporación de deberes éticos-morales al contrato de trabajo. El autor explica los Códigos Unilaterales de las empresas, y muestra las diversas tipologías de Códigos que se catalogan en virtud de sus las funciones que desarrollan (págs. 229 a 234): a) por el contenido de las obligaciones: Códigos de Conducta de contenido laboral y no laboral: regulan obligaciones laborales o un marco genérico de carácter ético para la relación laboral de aquellos otros que son más específicos; b) Por el método de elaboración, (desarrollados y aplicados en una empresa – *Business codes*-; los elaborados externamente y puestos a su disposición –*subscription codes*-; o meros modelos que sirven para orientar la elaboración de los códigos empresariales –*model codes*-; c) por el sujeto destinatario de las obligaciones: externos e internos: encontrándose por un lado, los Códigos de Conducta externos cuyo destinatario es un tercero ajeno a la empresa, de los internos dirigidos a los trabajadores y directivos; d) por el ámbito de sus obligaciones: Códigos en la empresa y de la empresa: es decir, los Códigos de Conducta que establecen obligaciones éticas para la empresa y, por lo tanto, para los trabajadores obligaciones morales, y los Códigos de conducta que persiguen una finalidad interna, buscando la ética en las obligaciones existentes entre empleados y empresa. También acudir a CALVO GALLEGU, F.J., “Códigos de conducta y obligaciones éticas de los trabajadores: análisis jurídico...*ob. cit.*, págs. 275 y 277, cuando afirma que los códigos éticos son “extrema diversidad..., tanto en su extensión, como en su lenguaje, como en su grado de concreción...”. También ver MORATO GARCÍA, R.M., “Incumplimiento de los Códigos de conducta y potestad disciplinaria del empresario”, en *Ética empresarial y Códigos de conducta*, VV.AA., Dir. GOÑI SEIN, J.L., Ed La Ley, Madrid, 2.011, págs. 417 y 418, cuando afirma “...con carácter previo..., ha de llevarse a cabo una somera contextualización del panorama general de los distintos instrumentos que se esconden bajo la frecuente denominación de códigos éticos o códigos de conducta «internos» y que animados o movidos por las modernas tendencias en gestión de recursos humanos progresivamente han ido adquiriendo un notable protagonismo en la escena nacional o internacional. Pues bien dedicaremos el presente estudio a un cierto tipo de estos documentos (los cuales adoptan a menudo distintas denominaciones pues no es

Asimismo, la ética de los negocios ha sido incorporada en diversos sistemas y tratamientos de su entorno mediante técnicas de auto-regulación²²¹, [véanse los mecanismos de selección de personal (*integrity test*), de prevención interna contra la deslealtad (*whistle-blowers*), de creación de relaciones estrechas entre el directivo y la empresa (*corporate identity*)]. Tal y como ya afirmaba BACIGALUPO ZAPATER²²², muchas empresas han implantado programas de cumplimiento a través de *códigos éticos, de conducta o de integridad*²²³. Estos códigos tal y como afirma el autor, son consecuencia “del creciente reclamo de medidas éticas en los negocios “ cuyo objetivo son impedir la realización de comportamientos ilícitos (penales y/o administrativos), como “el abuso de información privilegiada”²²⁴ o el concreto delito del que nos ocupamos, la corrupción entre particulares, hoy denominada corrupción en los negocios, mediante los que se persigue, afirma, la transparencia en la gestión y la protección de los intereses en la empresa y terceros contratantes, los consumidores e incluso sociales. FEIJÓO SÁNCHEZ²²⁵ asimismo apuntaba al respecto: el delito de

extraño que las empresas se refieran a los mismos como «códigos de buenas prácticas», «códigos de comportamiento ético y profesional», «credos corporativos», «códigos de responsabilidad en el trabajo», etc...”. Desarrollando el origen, los tipos de códigos de conducta, su contenido mínimo y su relación con el Derecho Penal, acudir a NAVAS MONDACA, I., “Los códigos de conducta y el Derecho penal”, en *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, VV.AA., Dir. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., Coord. MONTANER-FERNÁNDEZ, R., Ed. Atelier, Barcelona, 2.013, págs. 111 a 127.

²²¹ BACIGALUPO ZAPATER, E., “*Compliance* y Derecho Penal...*ob. cit.*”, pág. 63.

²²² Importante referencia respecto al delito del que nos ocupamos, en tanto que ya vaticinaba la injerencia de la ética y la relación del delito 286 bis y el *compliance*.

²²³ Códigos que definen los *programas de cumplimiento legal* (o *compliance-programme*), en BACIGALUPO ZAPATER, E., “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «*compliance*» (A propósito del Proyecto de reformas del CP de 2009)”, Diario La Ley, Núm. 7442, Sección Doctrina, 9 de Julio de 2.010, Año XXXI, pág. 3.

²²⁴ *Ídem.*, pág. 3.

²²⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., “Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares”, en *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, VV.AA., Eds. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. y MIRÓ LLINARES, F., Ed. La Ley, Madrid, 2.013, pág. 172.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

corrupción privada “tiene en sus genes mucho que ver con una dinámica de estabilización de la ética de los negocios a nivel internacional”.

La referencia a la ética y su vigencia en el comportamiento empresarial ya venía predicándose en el entorno americano en las *United States Sentencing Guidelines* ya por 1.991²²⁶, habiéndose encarnado incluso en la actualidad, en la práctica del arbitraje²²⁷ y en el propio sistema financiero²²⁸. Los éticos “deben estar presentes en las actuaciones del capital humano de las empresas (accionistas, administradores, directivos empleados de cualquier nivel, e incluso clientes y proveedores)”²²⁹.

²²⁶ FRAGA GÓMEZ, O., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los modelos de organización y gestión...*ob. cit.*, págs. 43 a 88. Expone la autora que el objetivo de las primeras USSG (*United State Sentencing Guidelines*), era la prevención contra el fraude mediante la identificación de las áreas específicas en las que las empresas debían centrarse a la hora de detectar, corregir y reportar las irregularidades observadas. Se calificaban de «efectivo» el cumplimiento normativo en caso de que “se promoviera activamente una cultura empresarial basada en la ética y el cumplimiento de la Ley”. Tratando las *Sentencing Guidelines* y tratando sus elementos estructurales, ver SIEBER, U., “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica...*ob. cit.*, págs. 75 y 76. Las *Sentencing Guidelines* vienen actualizándose anualmente. Acudir a <http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2016/GLMFull.pdf>

²²⁷ GIMENO BEVIA, J., “Retos del arbitraje internacional frente a la corrupción”, *Revista General de Derecho Procesal* 34, (2.015), pág. 15, “en el arbitraje, por orden público cabe entender, “...el conjunto de principios fundamentales que constituyen la esencia misma del Estado, y tiene como función esencial la de preservar los valores del ordenamiento jurídico internacional contra actuaciones contrarias a él... No obstante lo anterior, existe cierta discusión acerca del concepto “orden público internacional” pues algunos laudos lo diferencian de “orden público transnacional” (*WDF v. Kenia*)...Dicha discusión es estéril pues suelen ser conceptos prácticamente similares. También pueden ser relacionados con «ética comercial», «buenas prácticas», «buenas costumbres», etc.”.

²²⁸ LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., “De unos ciudadanos para el sistema financiero a un sistema financiero para los ciudadanos”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, Núm. 17, 2.015, págs. 1 a 26, “...cambio de tendencia del sistema financiero, que se orientará en mucha mayor medida hacia la clientela y la recuperación de su confianza. Esta conversión ha comenzado a obrarse en los propios Estados Unidos, en estrecha relación con el reforzamiento de la ética imperante en el sistema financiero,...”, (pág. 22).

²²⁹ MARTÍNEZ PUERTAS, L. y PUJOL CAPILLA, P., “Guía para prevenir la responsabilidad penal de la empresa”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.015, pág. 39, “...ese componente ético que va más allá del cumplimiento de las normas, será la base para garantizar y equilibrar los derechos e intereses de todas las personas que puedan verse involucradas en el ámbito de la actuación de una empresa...el componente ético debe ser la base de todas las decisiones y actividades de la empresa. El

Son diversos los comportamientos deshonestos que podemos encontrar en las empresas u organizaciones²³⁰; véanse, las negligencias, el rendimiento anormal en el desempeño de las tareas encomendadas, la pérdida o deterioro del material o despilfarro de las medidas, utensilios o instrumentos puestos al alcance de los empleados para el desarrollo de su tarea; la utilización de la confianza otorgada por los compañeros o encargados para lucrarse en su propio beneficio o a costa y/o en detrimento de la sociedad en la que trabajan; desempeño de ocupaciones complementarias en negocios paralelos; utilización de recursos ajenos para un beneficio propio; la aceptación de sobornos a cambio de contrapartidas de cualquier índole o procedencia, en virtud del uso de bienes o utilización de su poder de supervisión o control en la empresa en la que trabaja, por su influencia en la obtención de permisos, concesiones, adjudicación de servicio u obras, información o subvenciones, para su cesión al cedente; utilización de información privilegiada (aquellos secretos que tiene una persona por la concreta situación de confidencialidad o lealtad que ostenta en la empresa) para producir beneficios extraordinarios al alterar cualquier activo financiero en la empresa... Como podemos comprobar, estos no son más que comportamientos que deben ser castigados y, por ello, previstos para evitar el inicio de una intra-política paralela al correcto desenvolvimiento de la organización empresarial. Para erradicar y controlar esta serie de comportamientos desleales se encuentran, entre otros principios, los éticos. Estos son

fin último es conseguir que todas las actuaciones empresariales se lleven a cabo de forma «íntegra». En términos coloquiales podríamos hablar de «negocios limpios». Solo aquella actividad empresarial que pueda catalogarse como «limpia» deberá ser aceptada por la empresa”. Acudir a las referencias éticas en MERINO SEGOVIA, A., “El surgimiento de un nuevo modelo de relaciones industriales transfronterizo: un desafío para las legislaciones nacionales”, en *Ética empresarial y códigos de conducta*, VV.AA., Dir. GOÑI SEIN, J.L., Ed. La Ley, Madrid, 2.011, pág. 160, “la dimensión ética de las grandes corporaciones y de los mercados parece querer expresar la preocupación por la ética como instrumento de bienestar social, convivencia pacífica y eficacia económica...”.

²³⁰ Tratando los diversos comportamientos que evidenciamos, acudir a FERNÁNDEZ-SANGUINO FERNÁNDEZ, J., “La ética y los controles en las empresas”, en *Papeles de Ética, Economía y Dirección*, Núm. 6, 2.001; todos estos ejemplos son propuestos por este autor en su obra.

utilizados²³¹, indistintamente, en ocasiones para hacer referencia a códigos de conducta, a la responsabilidad social o a la responsabilidad en el desarrollo profesional en el seno de la empresa. A continuación veremos alguna matización al respecto.

Los programas de cumplimiento no solo sirven como medio de evitación de conductas penales realizadas por los empleados, sino que se trata de un mecanismo que se ocupa de hacer de la corporación un ciudadano respetuoso y cumplidor de la Ley en sentido formal y amplio que le afecta²³². Un “conjunto sistemático de medidas adoptadas por la empresa” cuyo fin es garantizar el cumplimiento de la legalidad y que

²³¹ MARTÍNEZ PUERTAS, L. y PUJOL CAPILLA, P., “¿Qué es la ética?”, en *Guía para prevenir la responsabilidad penal de la empresa*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2.015, págs. 39 y ss.

²³² BLUMENBERG, A.D. y GARCÍA MORENO, B., “Retos prácticos de la implementación de programas de Cumplimiento normativo”, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, VV.AA., Dirs. MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., Coords. HORTAL IBARRA J.C. y VALIENTE IVÁÑEZ, V., Ed. B del f y Edisofer, Buenos Aires, 2.014, págs. 284 y ss. Tratando los objetivos de los programas de cumplimiento, acudir a ARTAZA, O., “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal” *Polít. crim.* Vol. 8, Núm. 16 (Diciembre 2.013), Art. 6, págs. 544 – 573. Este autor afirma al respecto que, el primer objetivo de éstos es el de “servir de reunión o sistematización” de las medidas o procedimientos instaurados en la empresa que persigan “asegurar o promover” un comportamiento “respetuoso con la Ley”; asimismo, deberá “disminuir el margen” de incumplimiento o de ser sancionada. También ver SÁNCHEZ JIMÉNEZ, J.M^a., “Códigos de conducta de la persona jurídica” en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal* de las Personas Jurídicas, Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA ZABALLOS, E.B., VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013, págs. 149 a 155. Y GONZÁLEZ SIERRA, P., “La imputación penal de las persona jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP...*ob. cit.*”, págs. 389 y 390, “las normas de conducta, códigos éticos, protocolos o programas, son conceptos que describen bien a los *Compliance Programs* como cuerpos normativos con vocación de ser implementados, aplicados, ejecutados, revisados o auditados continuamente en su aplicación que también crean otros órganos con funciones muy específicas”; asimismo continúa exponiendo el autor, “...tienen su origen en la propia empresa, fundamentalmente en la Alta Dirección. Son las personas físicas en posición apical las que crean u ordenan crear esas normas de conducta o protocolos. Por eso se dice que estamos en presencia de una autorregulación. El contenido no es precisamente libre. Tienen mínimos específicos que podemos deducir de diferentes parcelas del ordenamiento español...(la) administrativa, financiera, laboral así como de las experiencias jurídicas extranjeras...los *Compliance Programs* tienen una finalidad específica...la de que la organización sea inocua, conociendo bien los riesgos generales y específicos derivados del giro de la empresa, pero introduciendo una “cultura empresarial de la legalidad”.

abarca la prevención, la detección y la reacción frente a los delitos²³³. Mediante estos programas se instauran las obligaciones que afectan a la empresa con el fin de incorporar un procedimiento de detección y evitación de comportamientos ilícitos²³⁴. Desde la óptica de la administración empresarial son un ejemplo de “sistemas de calidad”²³⁵, en tanto que contienen diversos aspectos relacionados con la organización y distribución de responsabilidades, procedimientos y recursos utilizados en la empresa, etc.²³⁶.

Los modelos de organización pueden adoptar dos sistemas de estructura. Uno, basado en la vigilancia-supervisión de los trabajadores e imposición de medidas escrupulosas de control²³⁷; o dos, generando una cultura de cumplimiento sustentada en

²³³ FEIJOÓ SÁNCHEZ, B.J, “El delito corporativo en el CP español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas,...*ob. cit.*, pág. 77.

²³⁴ CORCOY BIDASOLO, M., “Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los *Compliance*...*ob. cit.*, pág. 181.

²³⁵ ARTAZA, O., “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento...”, *ob. cit.*, págs. 544 a 573. Además, acudir a ARTAZA VARELA, O., “Programas de cumplimiento”, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, VV.AA., Dirs. MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., Coords. HORTAL IBARRA, J.C., y VALIENTE IVÁÑEZ, V., Ed. B del f y Edisofer, Buenos Aires, 2.014, pág. 241; el autor se basa en la estructura presentada por el modelo de la empresa *Fullsix* Italia, una empresa que desarrolla su actividad en Italia, y que ha establecido un modelo de prevención de delitos a tenor de la L. 231/2.001; acudir a <http://finance.fullsix.it>. Acudir a la tabla que muestra por la especial trascendencia que representa en lo que a su estructura se refiere (unidades presentadas: introducción Parte General y Parte Especial, que responden a dos ámbitos de un modelo de gestión, organización y control) y la relación que establece con el concreto contenido, (pág. 242).

²³⁶ Como representación de lo desarrollado puede acudir al esquema ilustrativo aportado por DELOACH, J. y THOMSON, J., “*How the COSO Frameworks Can Help*”, *Improving Organizational Performance and Governance*, en COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*), 2.014, <https://www.coso.org/Documents/2014-2-10-COSO-Thought-Paper.pdf>. Como puede evidenciarse en la misma el control interno en la empresa es una parte integral de la evaluación del riesgo de una empresa eficaz (ERM), y asimismo éste (ERM) es una parte integral del modelo de negocio.

²³⁷ Colocando a la corporación en un “estado policial”, con la consecuente riesgo de los derechos fundamentales de los trabajadores, BLUMENBERG, AD. y GARCÍA MORENO, B., “Retos prácticos de la implementación de programas de Cumplimiento normativo...*ob. cit.*, págs. 284 ss. Compartiendo un criterio similar (es decir, contrario al estado policial), acudir a FEIJOÓ SÁNCHEZ, B.J, “El delito corporativo en el CP español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las

dinámicas de transparencia e integridad²³⁸. Según algunos autores, esta segunda modalidad de programas de cumplimiento se denomina Códigos de Conducta²³⁹. Sus

empresas...*ob. cit.*, págs. 78 y 79, cuando expone, “El CP en su nueva redacción de 2.015 “se centra especialmente en la instauración de los procedimientos y mecanismos concretos para asegurar el cumplimiento...pero a pesar de ello no creo que haya que llegar a la conclusión de que el nuevo art. 31 bis enfatiza más un programa de cumplimiento basado en la supervisión y el control al estilo policial. Una adecuada comprensión del *Compliance* no debe tener como referencia la asunción de funciones policiales del Estado para la colaboración en la detección de delitos, sino más bien un desarrollo de la actividad empresarial de conformidad con lo prescrito por el Derecho. La empresa tiene que responsabilizarse de lo suyo, no de los cometidos del Estado. La idea de ahorro de costes y dificultades para las funciones públicas del Estado imponiendo a las empresas la asunción de labores policiales de prevención, detección, investigación o persecución de delitos representa un fundamento jurídico endeble para poder hablar con propiedad de una responsabilidad de carácter penal por el hecho”.

²³⁸ Medidas que son más respetuosas con la normativa y los derechos de los trabajadores, en tanto que la vigilancia excesiva, tal y como exponen los autores, puede dar lugar a la comisión de delitos como el descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 CP) y, que a su vez puede generar la responsabilidad de la persona jurídica (vía art. 31 bis CP). BLUMENBERG, A.D. y GARCÍA MORENO, B., “Retos prácticos de la implementación de programas de Cumplimiento normativo...*ob. cit.*, págs. 284 y ss.

²³⁹ *Ídem.*, pág. 285. Para ahondar sobre los concretos códigos de conducta para proveedores y contratistas, acudir a SANGUINETI RAYMOND, W., “Códigos de conducta para proveedores y contratistas de empresas multinacionales españolas”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Núm. 40, 2.015, págs. 1 a 40, “Los códigos de conducta para proveedores y contratistas son instrumentos de creación voluntaria a través de los cuales las empresas de dimensión transnacional proclaman de forma unilateral su compromiso de promover o garantizar el respeto de un núcleo básico de derechos laborales o estándares justos de trabajo, coincidentes al menos con los proclamados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su Declaración relativa a Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de 1.998, por parte de las empresas que integran sus redes mundiales de producción y suministro, sin importar el punto del globo en el que éstas se localicen o el tipo de vínculo jurídico que mantengan con ellas. Así definidos, estos códigos no son solo expresión de un fenómeno, a estas alturas no del todo novedoso, de interiorización de reglas mínimas de comportamiento en materia social por parte de esta clase de corporaciones, sino también de asunción por las mismas del compromiso de proyectar su aplicación más allá de su ámbito de gestión directo, hacia todos los sujetos con los que mantienen relaciones de naturaleza mercantil. Lo que los caracteriza y distingue de los demás instrumentos a los que cabe asignar esa denominación es, así pues, su vocación de operar como mecanismos de extensión del radio de acción de tales reglas a sus cadenas de valor...”, (pág. 2). Asimismo, acudir a SÁNCHEZ JIMÉNEZ, J. M., “Códigos de conducta de la persona jurídica”, en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal* de las Personas Jurídicas, Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA ZABALLOS, E.B., VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013, págs. 153 a 155; este autor trata diferentes supuestos donde los *compliance* no funcionarán, por ineficaces, no pudiendo por lo tanto atenuar o eximir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas; a) inexistencia de persona independiente de la dirección u órganos de gobierno de la persona jurídica encargada de vigilar el cumplimiento del Código de Conducta establecido para cada

valores y principios deberán quedar plasmados en un soporte documental y deberá ser público para su conocimiento por parte de los miembros de la compañía, debiendo dar instrucciones detalladas a la existencia de dudas o posibles conflictos²⁴⁰. Respecto a las concretas funciones de éstos quedan englobadas, básicamente en dos: la identificación de situaciones de riesgo a tenor de la legislación; e información de las obligaciones que cada perfil de trabajador debe realizar a tenor de dichos riesgos observados.

El contenido y requisitos mínimos que deben reunir, según BACIGALUPO²⁴¹, son los siguientes: a) la exclusión de conflictos de intereses, b) corrupción/estafa/defraudaciones, c) derecho de la competencia, d) observancia de derechos humanos, e) ética y protección contra la discriminación, f) confidencialidad y protección de datos, g) corrección de la contabilidad y facturación y derecho fiscal, h) seguridad de la disponibilidad, integridad, autenticidad y confidencialidad de las informaciones, j) cumplimiento de las exigencias de protección del medio ambiente y de la salud, k) regulación de las denuncias internas de irregularidades (*whistleblowing*).

Siguiendo el desarrollo de los Códigos Éticos, sus características o rasgos fundamentales, CALVO GALLEGO²⁴² expone que son producto de una decisión

departamento; b) falta de periodicidad de vigilancia del cumplimiento, o meramente formal; c) falta de procedimiento que garantice el anonimato de las denuncias; d) inexistencia de encargado de recepcionar y comprobar la veracidad de las manifestaciones recogidas en dichas denuncias, etc.

²⁴⁰ BLUMENBERG, A.D. y GARCÍA MORENO, B., "Retos prácticos de la implementación de programas de Cumplimiento normativo...*ob. cit.*, pág. 285 y ss.

²⁴¹ BACIGALUPO ZAPATER, E., "*Compliance* y Derecho Penal...*ob. cit.*, págs. 114 y 115.

²⁴² CALVO GALLEGO, F.J. "Códigos de conducta y obligaciones éticas de los trabajadores: análisis jurídico...*ob. cit.*, págs. 275 y ss. Para ahondar más en el aspecto de la ética empresarial, acudir a NIETO MARTÍN, A., "El cumplimiento normativo", en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.015, págs. 43 a 45. Este autor al respecto afirma que "la ética empresarial constituye el cuarto fenómeno adyacente al cumplimiento normativo, con conexiones...a la Responsabilidad Social Corporativa", (pág. 43). En su opinión para "afirmar que una empresa es un buen ciudadano", requiere el seguimiento o respeto de tres aspectos; el primero, el conocimiento de los valores que existen en la empresa, (fin perseguido por la «ética empírica»). Los valores que afectan en el "comportamiento de sus miembros" es lo que se denomina cultura corporativa, (pág. 43). Por otro lado, la ética empírica, (continúa exponiendo este autor), trata del desarrollo de teorías que se ocupen del comportamiento de la entidad en relación con las "relaciones de grupos de interés", (su función es

prácticamente unilateral de la clase dirigente empresarial; segundo, suelen cubrir la totalidad del entramado empresarial, que abarca tanto a los trabajadores, como la parte más alta del organigrama mercantil sin distinción del concreto estatus que ostente cada uno en la organización. En tercer lugar, dichos Códigos poseen un carácter expansivo o evangelizador respecto a empresas colaboradoras, contratistas, e incluso proveedores; y, en cuarto lugar, dichos Códigos Éticos poseen un carácter inspirador y perpetuo en su actuar y proceder.

Los Códigos Éticos son incorporados en multitud de empresas nacionales e internacionales²⁴³ como una forma *de soft law*²⁴⁴ por el que se imponen sanciones

determinar "cuáles son las personas afectadas por la actividad de la empresa" y cuidar sus demandas), (pág. 44). El segundo, vigilar el cumplimiento de las disposiciones éticas. (pág. 45). Y, en tercer lugar, la constitución de órganos como "la comisión del código" o *Ethics Board*, cuya función es la de hacer cumplir la diferente normativa, (pág. 45). Acudir, asimismo a MARTÍNEZ PUERTAS, L. y PUJOL CAPILLA, P., "Guía para prevenir la responsabilidad penal de la empresa", Ed. Aranzadi, Navarra, 2.015, págs. 43 y ss. Estos autores en su tratamiento del desarrollo e implantación de los códigos éticos, exponen otras características añadidas, como su tendencia expansiva y divulgativa (*ad intra* y *ad extra*) de principios propios de la organización que los instaura, y su efecto de mejora en la imagen y eficiencia de la misma. Acudir también a MALEM SEÑA, J.F., "Códigos éticos corporativos y lucha contra la corrupción", en *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, VV.AA., Coord. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2.016, págs. 411 a 421, afirma el autor que, "los códigos éticos entran a formar parte del arsenal disponible en la lucha contra la corrupción", (pág. 412). El autor trata el origen de los códigos éticos corporativos y empresariales, (pág. 413). También en PASTOR MUÑOZ, N., "La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?", *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, octubre, 2.006, págs. 8 y 9.

²⁴³ OCDE, Naciones Unidas, han impulsado la ética de empresa. Al respecto acudir a NIETO MARTÍN, A., "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal", en *Compliance y teoría del Derecho penal*, VV.AA., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.013, págs. 24 y ss.

²⁴⁴ Se trata según NIETO MARTÍN de un "mecanismo de control de formas de criminalidad de empresas globales, de carácter obligatorio para los empleados"; NIETO MARTÍN, A., "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal...*ob. cit.*", págs. 24 y ss. Asimismo, acudir en la diferenciación entre *hard law* y *soft law* a SÁIZ PEÑA C.A., "Introducción. ¿Qué es el *Compliance*? Claves para la comprensión de esta obra. Grandes confusiones sobre *Compliance*. Futuro del *Compliance*. La ISO 19600 de *Compliance*, en *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, VV.AA., Coord. SÁIZ PEÑA, C.A., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.015, pág. 38, "en la función del *Compliance* no solo se suelen englobar las Leyes y directrices de derecho positivo, obligatorias de cumplir por los sujetos afectados (conocidos como *hard law*), sino que también

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

disciplinarias en caso de incumplimiento, llegando a cubrir mediante sus programas de ética empresarial y cumplimiento de la responsabilidad penal y civil casi totalidad de las actividades de una empresa²⁴⁵.

Asimismo, se viene afirmando que nos encontramos ante “un protocolo o mecanismo integrado estatutaria, orgánica y jerárquicamente en la sociedad para ejercer el “debido control”...de sus directivos y empleados...”²⁴⁶, cuya función es la reducción o disminución de riesgos ante la eventual comisión de conductas ilícitas²⁴⁷. Con la

se suelen englobar recomendaciones y estándares de voluntaria adopción (conocidos como *soft law*)”. Tratando las técnicas *soft law*, acudir a MERINO SEGOVIA, A., “El surgimiento de un nuevo modelo de relaciones industriales transfronterizo: un desafío para las legislaciones nacionales...*ob. cit.*, pág. 163; “...el *hard law* que configura el derecho de los ordenamientos jurídicos tradicionales se manifiesta como instrumento útil para determinar las prerrogativas y los derechos empresariales a través de mecanismos de interiorización y nacionalización que toman en consideración el ámbito locativo en que la empresa madre se posiciona; ello contrasta con la activación y generalización de técnicas *soft*, cuya revalorización actual lo es en el marco de los deberes y obligaciones que está dispuesta a asumir la corporación a través de su responsabilización social...La revalorización del *soft law* en el marco de la regulación de las empresas multinacionales a través de la RSC permite ofrecer una nueva imagen de la corporación que la hace parecer en esencia, no solo como institución económica financiera, sino también como entidad social”. También, acudir a BAYLOS GRAU, A., “Empresas transnacionales y acuerdos merco-globales en *Ética empresarial y códigos de conducta*, en *Ética empresarial y códigos de conducta*, VV.AA., Dir. GOÑÍ SEIN, J.L., Ed. La Ley, Madrid, 2.011, pág. 203, “...la utilización de normas internas definidas como códigos éticos que fijan obligaciones de conducta y un cierto ideario propio de la empresa para todas sus personas. Aunque se plantea una exigencia ética se trata de reglas unilaterales de empresa que tienen su anclaje en el poder de dirección del empleador y en una moderna versión del reglamento de empresa o de lo que en el derecho español se conocen como «las órdenes generales» del empresario”.

²⁴⁵ FORD, C., "Can Corporate Monitorships Improve Corporate Compliance?", *Journal of Corporation Law*, Vol. 34, Núm. 3, Abril, 2.009, respecto los *Monitorships* y programas de cumplimiento, págs. 10 y ss.

²⁴⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad de las personas jurídicas de los entes sin personalidad y de sus directivos", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013, págs. 97 y ss.

²⁴⁷ *Cfr.* TILDEN, S.J., "Corporate Compliance Programs: More than a Footnote. Incorporation of §8B2.1 into the U.S. Sentencing Guidelines",

<http://www.law.uh.edu/healthlaw/perspectives/Fraud/040205Synopsis.pdf>. Enumera los dos objetivos que deben buscar las organizaciones para lograr el cumplimiento. "(1) actuar con la debida diligencia con el fin de prevenir y detectar el incumplimiento de la Ley"; y "(2)..., promover una cultura organizacional que fomente el compromiso de cumplimiento de la Ley. "El término «violaciones de la Ley» es definido como «violaciones de cualquier género de Ley, sea penal o no (en donde se *incluye* los propios reglamentos)». Un programa de cumplimiento efectivo debe ser diseñado, implementado y

reforma operada con ocasión de la modificación del CP²⁴⁸ la responsabilidad penal de las personas jurídicas pretende delimitar el contenido del “debido control”. El legislador

ejecutado por la organización en el marco de cumplimiento siguiendo siete pasos...Paso 1. requiere que la organización «establezca normas de cumplimiento y procedimientos para prevenir y detectar las posibles violaciones de la Ley». Normas y procedimientos de cumplimiento puede definirse como, «normas de conducta y sistemas de control interno que posean la capacidad de reducir la (probabilidad) posibilidad del incumplimiento de la Ley...». Paso 2. requiere el cumplimiento de los compromisos realizados por quienes toman las decisiones en una organización. Hay tres concretos requisitos: (a) la dirección de la organización, incluido el personal de alto nivel (personal directivo), debe estar bien informado sobre el contenido y funcionamiento de los programas de cumplimiento. (b) La autoridad de gobierno (es decir, Consejo de Administración u órgano de gobierno del más alto nivel de la organización) «debe estar, (asimismo) bien informado sobre el contenido y funcionamiento» del programa de cumplimiento y «ejercerán la supervisión de la aplicación y eficiencia» del programa de cumplimiento, informando sobre el mismo y ejerciendo su supervisión. (c) individuo(s) específico(s), al personal de alto nivel de la organización se le asignará la responsabilidad directa para garantizar la aplicación y eficacia del programa. Éstos deberán proporcionar recursos y, velarán por su cumplimiento...Paso 4. Requiere capacitación de Cumplimiento, en virtud del (4) y, se extenderá a todos los niveles de la organización. El ejercicio de tales actividades deberá incluir la comunicación a través de mecanismos prácticos de sus normas y procedimientos de cumplimiento y la información pertinente relativa a las funciones y responsabilidades individuales. Además de los empleados y agentes, la formación adecuada se extiende a los miembros de la autoridad de gobierno y el liderazgo de la organización. Paso 5. exige a las organizaciones evaluar la conducta de la organización con respecto a las normas de cumplimiento...Este paso requiere acciones adecuadas para desarrollar un sistema de organización de empleados y agentes que informen, busquen soluciones a las violaciones potenciales o reales de la Ley sin temor a represalias y que, (a su vez), incluya mecanismos de presentación de informes anónimos. La organización debe monitorear y auditar con el fin de prevenir y detectar las posibles violaciones de la Ley que puedan producirse. Asimismo, la organización debe evaluar periódicamente la efectividad del programa de cumplimiento. Paso 6. requiere que la organización, promueva el cumplimiento sistemático del programa de cumplimiento a través de incentivos adecuados al mismo y, establezca medidas disciplinarias oportunas para el caso en que se detecte su contravención, tanto en el caso de violación de la Ley, como en el caso de no haber adoptado medidas adecuadas para prevenir o detectar violaciones de la Ley. Paso 7. cuando se detecta una violación de la Ley, la organización debe tomar medidas razonables para responder apropiadamente a dichas violaciones, incluyendo las modificaciones necesarias al programa de cumplimiento de la organización. El elemento final de la diligencia debida, requiere evaluaciones de riesgos de la organización para poner en práctica los siete pasos anteriores..., las directrices preverán la contratación o el ascenso a posiciones de liderazgo o autoridad para reflejar adecuadamente el compromiso de la organización hacia una cultura de cumplimiento de la Ley. Además, las evaluaciones de riesgo deben realizarse periódicamente y, el programa de cumplimiento deberá centrarse en los riesgos más graves y comunes, debiéndose modificar el programa de cumplimiento para reducir esos riesgos".

²⁴⁸ L.O 1/2.015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP. Núm. 77, Martes 31 de marzo de 2.015 Sec. I., pág. 27061 y ss.

en su Preámbulo expresaba al respecto, “...cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal”²⁴⁹. El alcance de la expresión “debido control”, según afirma el legislador en la actual regulación, se condiciona de modo general a las dimensiones de la persona jurídica, extendiéndose el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o *presten* servicios de interés económico general, a las que se podrán imponer las sanciones actualmente previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del art. 33 del CP²⁵⁰.

En el momento actual, con ocasión de la reforma operada con la L.O 1/2.015 de 31 de marzo la responsabilidad penal de las personas jurídicas se precisa el contenido “del debido control”²⁵¹. Esta expresión ya venía utilizándose en el marco

²⁴⁹ El legislador afirma en el Preámbulo, Punto III, “...Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales”.

²⁵⁰ L.O 1/2.015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP, Núm. 77, Martes 31 de marzo de 2.015, Sec. I, pág. 27061 y ss., Punto III, pág. 27063.

²⁵¹ Al respecto, acudir a MAGRO SERVET, V., “Hacia la necesidad de implantación del plan de prevención jurídica en las empresas. (Una exigencia legal tras la L.O 5/2.010, de reforma del CP)”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 19 de Mayo de 2.011, Año XXXII. Este autor, tratando las líneas de estudio desarrolladas por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del CP”, Diario La Ley, Núm. 7534, Sección Tribuna, 23 de diciembre, 2.010, respecto a las líneas generales que debe expresar los *compliance programs* destaca los siguientes, (págs. 10 a 12), “a) Un código de conducta escrito; b) Supervisión de los efectos efectuados en el cumplimiento por parte del personal cualificado”; c) Reforzamiento de las actividades mediante sistemas efectivos de control, de auditoría y procedimientos disciplinarios; d) Adopción de medidas cautelares tras detección de la comisión de una infracción; e) Seguimiento de la formación continuada impartida a los directivos y empleados; f) Comunicación efectiva y eficiente de los estándares y procedimientos de los códigos de conducta. A estos requisitos MAGRO SERVET incorpora, 1º) creación de programas de formación y prevención diferentes para directivos y de empleados; 2º) formación específica y obligatoria en aquellos tipos penales que en la empresa puedan generar responsabilidad; 3º) siendo posible, se precisará la existencia de un puesto laboral llamado «director de implementación de los planes de cumplimiento normativo»; 4º) Poseer la posibilidad de acreditar el *conducting regular trade practices compliance risk assessments and compliance program reviews*, o cumplimiento de la ejecución de regulares prácticas de evaluación interna empresarial de la revisión de sus propios programas de cumplimiento normativo...; 5º) Poseer la capacidad de acreditar la obligación del *designing detailed guidelines and procedures for different business units that face operational trade practices risks* (diseño detallado de las directrices y procedimientos de las diferentes unidades de negocio...; 6º) Designar en las grandes empresas, al

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

comunitario mucho antes de la L.O. 5/2.010. Importante al respecto resulta la lectura del Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 1.997, (art. 3) referente a la responsabilidad de las personas jurídicas. En su apartado dos realizaba una clara referencia al respecto, “además de los casos previstos en el apartado uno, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado uno haya hecho posible que cometa un acto de fraude, corrupción activa o

director del *keeping track* o persona encargada de conocer el estado de la empresa o las operaciones realizadas en la misma; 7º) Visión estratégica en el *compliance program* para conocer las metas estratégicas de la compañía, (lo que se denomina en el derecho comparado *strategic vision*); debiéndose utilizar *benchmarks for implementation* o adecuación del programa de cumplimiento normativo a los parámetros de ejecución del mismo que deben estar conectados con los propios objetivos de la empresa; 8º) Sistema de evaluación de riesgos o *risk assessment*, donde la empresa posea la capacidad de evaluar periódicamente el sistema de riesgos de cara a la eventual asunción de responsabilidad por la actuación desarrollada por los directivos y/o los empleados; debiendo adecuar el mismo a cada sector de negocio de la empresa. En dicha área se encuentra el programa de *continuous improvement*, o autoevaluación del rendimiento empresarial en aras a asegurar que el sistema o programa implantado es eficiente en las distintas operaciones desarrolladas; 9º) puntos de control o *control points* con el fin de establecer puntos de control que individualicen los posibles riesgos existentes en cada ámbito de la empresa; 10º) documentación específica del programa de cumplimiento normativo que elabore la propia empresa mediante un soporte documental y se facilite a los directivos y empleados de la misma;...”. Tratando el debido control, acudir a PÉREZ ARIAS, J., “Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Ed. Dykinson, Madrid, 2.014, págs. 82 a 86. Asimismo, acudir a SALVO, N., “Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*”, págs. 59 a 64 y 73; “*compliance* es un sistema normativo, que, alimentado de diversas fuentes, constituye una forma de control social empresarial...situada en un ámbito extrapenal- la *compliance* puede ser considerada en la valoración de RPPJ. Puede dar contenido al debido control entendiéndose éste como norma penal en blanco...”, o en algunos casos (afirma el autor), puede tener efectos en la RPPJ por los delitos que se cometan en su seno. Tratando ampliamente el debido control y los principios constitucionales de imputación penal, acudir a LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A., “*Compliance*, debido control y unos refrescos”, en *El Derecho penal económico en la era Compliance*, VV.AA., Dirs. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013, págs. 113 a 124. Asimismo, acudir a LIÑÁN LAFUENTE, A., “El control preventivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Cumplimiento normativo. *Compliance*, Dirs. AGÚNDEZ, M.A., Coord. ALBIÑANA, C., Ed. La Ley, ed. 1ª, Madrid, octubre, 2.012, pág. 50.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

blanqueo de capitales, en provecho de una persona jurídica, una persona sometida a la autoridad de esta última”²⁵².

Por su parte, la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad”²⁵³, Capítulo III, referente a la “Responsabilidad” (el art. 8) trata la “Responsabilidad penal de los jefes de empresa”, refiriéndose a las “medidas necesarias y a los jefes o cualquier persona que ejerza poderes de decisión o de control”. A continuación en su art. 9, referente a la “Responsabilidad de las personas jurídicas”, se refiere a las “medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por los actos de fraude, corrupción activa y blanqueo de capitales...”.

La Fiscalía, en su Circular 1/2.016 expresaba que al establecer el legislador un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas del modelo implantado (pto 5º del art. 31 bis del CP) “presupone la existencia de un código de conducta”²⁵⁴, en donde se establezcan las obligaciones de los directivos y empleados.

Otras regulaciones donde se regula el tratamiento de la RPPJ mediante los *modelos de organización o modelos de supervisión* son, por ejemplo, la italiana anteriormente expuesta. Véase el Decreto Legislativo Núm. 231, de 8 de junio de 2.001

²⁵² Anexo segundo protocolo establecido sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea del Convenio "relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas", N° C 221/11 y ss., en el seno de Acto del Consejo de 19 de junio de 1.997 por el que se establece el Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 19.7.97. Este Protocolo trata la responsabilidad de las personas jurídicas, la confiscación, el blanqueo de capitales y la cooperación entre los países de la UE y la Comisión a efectos de la protección de los intereses financieros de la CE y de los datos de carácter personal relacionados con estos intereses. Protocolo que entró en vigor el 19 de mayo de 2.009.

²⁵³ "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad", El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, (2.001/C 240 E/19), COM (2001) 272 final — 2.001/0115(COD), (Presentada por la Comisión el 23 de mayo de 2.001), Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 240 E/125, 28.8.2.001.

²⁵⁴ Punto 2.5 “El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia, y control de la letra b) del art. 31 bis 1” de la Circular 1/2.016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por la L.O 1/ 2.015.

(Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana Núm. 140, de 19 de junio de 2.001²⁵⁵; o fuera de nuestro marco comunitario, la Ley 20.939 aprobada en Chile, en diciembre del año 2.009, conocida como “*Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*”²⁵⁶).

Como podemos comprobar, se trata de un elenco de reglas, protocolos, directrices que sirven de cobertura legal y preventiva que se enmarcan en el seno de la empresa acorde con la filosofía del control y la supervisión de cada ente encaminada a la prevención criminal en la empresa.

²⁵⁵ Publicada en la *Gazzetta Ufficiale* N° 140 del 19 giugno 2.001, el art. 6 se refiere a la *Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, (las personas que ocupan altos cargos y la entidad de organización), en donde se establece, "1. Si el delito fue cometido por las personas mencionadas en el artículo 5, apartado 1, letra a), la entidad no responderá si prueba que: a) el órgano de gobierno adoptó y aplicó, antes de la comisión del hecho, una organización y gestión encaminada o dirigida a la prevención del delito del tipo que se cometió; b) la tarea de supervisar el funcionamiento y el cumplimiento de los modelos de actuación fue confiada a un órgano con poderes de iniciativa y control independientes; c) las personas que cometieron el delito que se persigue no evadieron fraudulentamente los modelos de organización y gestión; d) no se omitió o supervisó insuficientemente el organismo contemplado en la letra b)". "2. En relación con la extensión de las facultades delegadas y respecto al riesgo de comisión de delitos, los modelos que se refiere el párrafo a) del apartado 1, deberán cumplir con los siguientes requisitos: a) identificar las actividades en el ámbito en el que pueden cometerse actividades delictivas; b) proporcionar protocolos específicos destinados a la planificación de formación y aplicación de prevención de delitos; c) la identificación de la gestión de modelos de recursos financieros adecuados a la prevención de comisión delictiva; d) establecer obligaciones de información al órgano encargado de supervisar el funcionamiento y el cumplimiento de los modelos; e) introducir un sistema disciplinario para castigar el incumplimiento de las medidas indicadas en dicho modelo".

²⁵⁶ Art. 3 de la Ley 20.393: "(...)...bajo los mismos presupuestos..., serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa...Se considerarán que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido,..."

III. CONCLUSIONES

La corrupción en el sector privado resulta ser un delito que muestra la entrada, junto con la incorporación de otras instituciones penales, hacia una Era de la autorresponsabilidad y la prevención.

Las expresiones “beneficio o ventaja no justificados” y “favorecimiento indebido” son alusiones a comportamientos prohibidos por el carácter desleal que representa a la competencia. Con ello muestra el carácter lesivo que el soborno representa a la competencia leal.

El delito de corrupción en los negocios responde a una fórmula de autorregulación. La fórmula de prohibir la existencia cualquier género de beneficio o ventaja en un negocio muestra la intención del legislador de autorregular el entorno jurídico-privado.

Los *compliance programs* son un mecanismo antiguo en la tradición internacional y de carácter extrapenal cuyo fundamento es la prevención del riesgo en la empresa. Su principal cometido es regular, detectar, contener, paliar, y en algunos supuestos reparar la existencia de comportamientos de riesgo. En tal sentido, el delito de corrupción entre particulares es un claro ejemplo de la incorporación de una fórmula de cumplimiento normativo al Código Penal. Este delito puede cometerse por la persona jurídica. En tal sentido, el legislador muestra la importancia de fiscalizar y concretar el riesgo que el soborno representa al negocio jurídico. El soborno genera un riesgo inaceptable en tanto que ataca a la competencia leal.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

Los criterios o fórmulas adoptadas mediante el art. 31 bis, junto con los criterios de imputación objetiva²⁵⁷, propician la posibilidad de demostrar, en un procedimiento penal, la coherencia de un sistema que pretendía garantizar y proteger a la organización empresarial de comportamientos irregulares, en este caso penales.

Asimismo, debe evidenciarse una cierta confusión o falta de unidad en el término *compliance* o *corporate compliance*. En tal sentido, se viene aludiendo de diferentes maneras a una misma realidad mediante fórmulas como *compliances*, *corporate compliance*, programas de cumplimiento, códigos de conducta, códigos éticos, códigos de valores o códigos de buenas prácticas, entre otras.

²⁵⁷ Tal y como afirma SEGRELLES DE ARENAZA, I., “Teoría Jurídica del delito y sobreseimiento”, La Ley Penal, Núm. 122, septiembre-octubre, 2.016, al expresar “...el plan de prevención de delitos es un instrumento para regular (autorregulación) el riesgo permitido, y está compuesto por un conjunto de criterios que pertenecen a la institución dogmática de la imputación objetiva”, (pág. 6). Acudir asimismo a SEGRELLES DE ARENAZA, I., “Alcance de la exención de responsabilidad por los programas de *Compliance*”, en Federación Nacional de Asociaciones de Consultoría, Oficinas, Despachos y Servicios, «*Newsletter*», junio, 2.016, <http://www.fenac.es/alcance-de-la-exencion-de-responsabilidad-por-los-programas-de-compliance/>

Segunda Parte

TIPO DE INJUSTO

CAPÍTULO ÚNICO
ELEMENTOS DEL TIPO DEL INJUSTO

Capítulo Único

ELEMENTOS DEL TIPO DEL INJUSTO

I. COMPORTAMIENTO

A continuación nos ocuparemos del análisis de la corrupción activa y corrupción pasiva de este delito.

La corrupción privada pasiva se encuentra ubicada en el apartado primero del artículo 286 bis, mientras que la corrupción activa se recoge en el apartado segundo del mismo precepto penal.

Presentamos al inicio de cada modalidad un cuadro en el que diferenciamos la distinta regulación.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

1. CORRUPCIÓN ACTIVA (Art. 286 bis 2)

L.O 5/2.010 de 22 de junio, por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP		L.O 1/2.015 de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O 10/1.995 de 23 de noviembre, del CP	
Directivo Administrador Empleado Colaborador	Empresa mercantil Sociedad Asociación Fundación Organización	Quien por sí Persona interp.	Prometa Ofrezca Conceda
Por sí Persona interpuesta	Reciba Solicite Acepte	Directivo Administrador Empleado Colaborador	
Beneficio Ventaja	De cualquier naturaleza no justificado	Beneficio Ventaja	no justificado De cualquier naturaleza
Con el fin de favorecer frente a 3º ----- A quien le otorga O del que espera el beneficio o ventaja		Para ellos Para 3º	
Incumpliendo sus obligaciones		Como contraprestación	Para favorecer indebidamente ----- A él o a un 3º frente a otros
En la adquisición o venta de mercancías		En la adquisición o venta de mercancías	
O contratación de servicios profesionales		O contratación de servicios	
		O en las relaciones comerciales	

En el apartado segundo del art. 286 bis el legislador ha optado en esta nueva redacción²⁵⁸ por modificar la expresión detallada, "Directivo", "Administrador", "Empleado", "Colaborador", por la expresión genérica "quien por sí" o "persona interpuesta". Con ello, el sujeto que realiza el comportamiento típico puede ser cualquiera, a diferencia que en la anterior redacción en la que el sujeto debía ser obligatoriamente "un directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o, de una sociedad"²⁵⁹. Si acudimos al delito de cohecho podemos comprobar cómo el comportamiento descrito con los verbos **prometa, ofrezca o conceda**, se relaciona con la conducta típica denominada doctrinalmente como **cohecho activo** (art. 424 del C.P). La pena en ambos apartados, (art. 286 bis 1 y 2), se gradúa en el apartado tercero del propio art. 286 bis, donde se establecen las reglas a las que debe atender el juzgador para aplicar la pena; a saber, "...la cuantía del beneficio o valor de la ventaja o a la trascendencia de las funciones del culpable...", pudiéndosele imponer al sujeto activo del delito la pena inferior en grado y así reducir la de multa a su prudente arbitrio.

La «cuantía»²⁶⁰ que expresa el legislador parece que queda anudada a una determinada «contraprestación económica»²⁶¹ chocando con la descripción genérica que se describe en los apartados primero y segundo del art. 286 bis. El beneficio o ventaja, como establece el precepto puede serlo de cualquier naturaleza, no teniendo por qué ser evaluable económicamente.

²⁵⁸ L.O 1/2.015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O 10/1.995 de 23 de noviembre, del CP.

²⁵⁹ Es decir, la figura del directivo, administrador, empleado o colaborador...La nueva regulación operada mediante la L.O 1/2.015 tan solo hace referencia a empresa mercantil o de una sociedad, no estableciendo a la asociación, fundación u organización.

²⁶⁰ Expresión de «cuantía» que se refleja en la redacción del apartado tercero del artículo 286 bis.

²⁶¹ SÁNCHEZ MELGAR, J., "La Corrupción en el sector privado...*ob. cit.*, pág. 22. Este autor opina que no tiene por qué ser económica, "...este rango lucrativo no es exigido rigurosamente por el tipo penal...". Asimismo afirma que son incardinables en esta conducta, "...la proposición de contratar a una persona, ofreciéndole un empleo, o un viaje, o un hospedaje, o incluso favores sexuales...".

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

Los verbos «recibir», «solicitar» y «aceptar», son modificados por el legislador por «prometer», «ofrecer» y «conceder». Al no existir en la actualidad jurisprudencia al respecto, hace difícil el estudio de los diferentes verbos típicos. Los elementos "prometer", "ofrecer" y "otorgar", al igual que en el tipo penal del cohecho, han sido interpretados por el TS en un sentido amplio. Por lo tanto, incluyen las acciones encaminadas a inducir a actuar mediante dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, (en tal sentido, Sentencias del Tribunal Supremo: STS 545/1998 de 13 enero 1999, ATS 1178/1998 de 29 abril 1998, STS 692/1997 de 7 noviembre 1997)²⁶². En cuanto al «**ofrecimiento**» puede interpretarse como «exponer una cantidad o presente que se está dispuesto a pagar o a entregar»²⁶³. Y por último, en lo referente a la «**concesión**», ésta puede consistir en «dar, otorgar, hacer merced y gracia de algo» o, «atribuir una cualidad o condición, discutida o no, a alguien o a algo»²⁶⁴.

Debemos tener presente que según el criterio jurisprudencial pacífico, en el ámbito del cohecho, "es posible sancionar no solo los supuestos en que la corrupción sea consecuencia de un pacto de carácter bilateral del delito"²⁶⁵, sino también aquellos en que "la solicitud sea unilateral con independencia de que la solicitud llegue a ser

²⁶² Ver el Informe de evaluación relativo a España, Incriminación (ETS 173 y 191, GPC 2), adoptado por el GRECO (Grupo de estados contra la corrupción), en su 42 Reunión Plenaria, Consejo de Europa, Dirección General de Derechos Humanos y Asuntos Jurídicos Dirección de Control, Tercera Ronda de Evaluación, (Tema 1), Estrasburgo, 15 de Mayo de 2009.

²⁶³ MORILLAS CUEVA, L., "Delitos contra la Administración Pública (V). Cohecho", en *Derecho Penal Español*, VV.AA., Coord. COBO DEL ROSAL, M., Ed. Dykinson, Madrid, 2.004, pág. 882.

²⁶⁴ Ambas definiciones otorgadas por la RAE. (por orden de aparición, primera y tercera definición de concesión).

²⁶⁵ STS, Sala de lo Penal: STS 504/2.003 de 2 abril 2.003. Ver el Informe de evaluación relativo a España, Incriminación (ETS 173 y 191, GPC 2), adoptado por el GRECO (Grupo de estados contra la corrupción), en su 42 Reunión Plenaria, Consejo de Europa, Dirección General de Derechos Humanos y Asuntos Jurídicos Dirección de Control, Tercera Ronda de Evaluación, (Tema 1), Estrasburgo, 15 de Mayo de 2009.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

aceptada por el particular, de que llegue a recibirse el soborno, o de que llegue a materializarse posteriormente"²⁶⁶.

En cuanto a la "promesa" es interesante, nuevamente, acudir a la jurisprudencia existente respecto al delito de cohecho. Como requisitos se exige que la misma sea "una declaración de voluntad concreta, seria y precisa, dirigida a persona determinada, que puede realizarse de cualquier forma, explícita o implícita, expresa o tácita"²⁶⁷. Se trata de "obligarse a hacer, decir o dar alguna cosa...comprometerse a una entrega futura de la ventaja objeto de la contraprestación"²⁶⁸. Dicha solicitud, mutación o recepción de la promesa o dádiva, puede hacerla la autoridad o funcionario por sí o por persona interpuesta²⁶⁹. Por lo tanto, si adaptamos dicha interpretación a la corrupción en los negocios, la promesa podría realizarla otro trabajador, el director, o colaborador de la empresa que finalmente se beneficie del beneficio o ventaja.

Resta en el presente análisis tratar la diversa interpretación del «beneficio, ventaja de cualquier naturaleza». Esta redacción originaria de la Decisión Marco expresaba «una ventaja indebida» de ahí la redacción de art. 286 bis «...de cualquier naturaleza».

²⁶⁶ STS, Sala de lo Penal: STS 1096/2.006 de 16 noviembre 2.006, STS 636/2.006 de 8 junio 2006, STS 2052/2.001 de 7 noviembre 2.001, STS 776/2.001 de 8 mayo 2.001, STS 20/2.001 de 28 marzo 2.001, STS 1114/2.000 de 12 junio 2.000. Ver el Informe de evaluación relativo a España, Incriminación (ETS 173 y 191, GPC 2), adoptado por el GRECO (Grupo de estados contra la corrupción), en su 42 Reunión Plenaria, Consejo de Europa, Dirección General de Derechos Humanos y Asuntos Jurídicos Dirección de Control, Tercera Ronda de Evaluación, (Tema 1), Estrasburgo, 15 de Mayo de 2.009.

²⁶⁷ F.º Quinto, STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) Sentencia Núm. 6/2.007 de 20 marzo.

²⁶⁸ FARALDO CABANA, P., "Hacia un delito de corrupción en el sector privado...*ob. cit.*, pág. 88.

²⁶⁹ F.º Quinto, STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) Sentencia Núm. 6/2.007 de 20 marzo.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

2. CORRUPCIÓN PASIVA (Art. 286 bis 1)

L.O 5/2.010, por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP.		L.O 1/2.015 de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O 10/1.995 de 23 de noviembre, del CP	
Quien por sí Persona interpuesta	Directivo Administrador Empleado Colaborador	Directivo Administrador Empleado Colaborador	Empresa mercantil Sociedad ----- Que por sí O, por pers. interp
Prometa Ofrezca Conceda	Empresa mercantil Sociedad Asociación Fundación Organización	Reciba Solicite Acepte	
Beneficio Ventaja	De cualquier naturaleza No justificado	Beneficio Ventaja	No justificado De cualquier naturaleza
Para que le favorezca a él o, O a un 3º frente a otros		Para sí o, Para un 3º	
Incumpliendo sus obligaciones		Como contraprestación	Para favorecer indebidamente a otro
En la adquisición o venta de mercancías		En la adquisición o venta de mercancías	
O contratación de servicios profesionales		O contratación de servicios	
		O en las relaciones comerciales	

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

El legislador relaciona los verbos²⁷⁰ con el "beneficio" o "ventaja" sin dotarlos de un concreto género o especie, al expresar "de cualquier naturaleza". A su vez, dicho "beneficio" o "ventaja",²⁷¹ se adiciona con la expresión "no justificado". En tal sentido puede interpretarse que si dicho beneficio o ventaja es justificado, el comportamiento será atípico en tanto que puede interpretarse como una causa de justificación²⁷².

La L.O 5/2.010²⁷³ se refería a que la promesa u ofrecimiento...del "beneficio" o "ventaja" debía orientarse para la oportuna realización del tipo a un favorecimiento propio o ajeno. Por el contrario, el legislador en la modificación operada en el 2.015²⁷⁴ cambió dicha expresión, e incorporó en su lugar "como contraprestación para favorecer...". Dicha modificación no conlleva implicaciones prácticas relevantes. Nos encontramos ante el intercambio o pronóstico de recibir, solicitar o aceptar un valor²⁷⁵ injustificado²⁷⁶ en un concreto contexto mercantil²⁷⁷.

En la anterior regulación²⁷⁸ se circunscribía el ámbito en el que operaba el "beneficio" o "ventaja" tan solo a la "adquisición o venta de mercancías" o a la "contratación de servicios profesionales". En la actual reforma²⁷⁹ se ha añadido a dichos ámbitos el de "las relaciones comerciales". En tal sentido, no nos encontramos ante un *numerus clausus* de actividades o de entornos donde puede realizarse el comportamiento corrupto.

²⁷⁰ "prometer", "ofrecer" o "conceder"

²⁷¹ Redacción que se mantiene en la actual regulación, (beneficio o ventaja no justificados).

²⁷² Nos encontraríamos ante el consentimiento del sujeto pasivo del delito, o frente al "cumplimiento de un deber" o "ejercicio legítimo de un oficio".

²⁷³ Tal y como puede comprobarse en el cuadro expositivo anterior.

²⁷⁴ L.O 1/2.015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O 10/1.995 de 23 de noviembre, del CP.

²⁷⁵ Esto es, un beneficio o ventaja.

²⁷⁶ Que no debiere otorgarse de acuerdo con las características y funciones del puesto que ocupa el sujeto en la empresa.

²⁷⁷ La "adquisición o venta de mercancías", "contratación de servicios", o "en las relaciones comerciales".

²⁷⁸ L.O 5/2.010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP.

²⁷⁹ L.O 1/2.015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O 10/1.995 de 23 de noviembre, del CP.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

Si acudimos al delito de cohecho podemos comprobar cómo el comportamiento descrito con los verbos **solicitar**, **recibir** o **aceptar** se relaciona con la conducta típica del **cohecho pasivo** (arts. 419, 420, 421, 422 del C.P). Analizando la estructura de la conducta de este apartado, nos percatamos de la existencia de tres comportamientos distintos: recibir, solicitar y aceptar, (antiguos verbos: «prometer, «ofrecer» o «conceder»).

Puesto que el tipo penal que es objeto de análisis en este trabajo es muy novedoso, aún no existe jurisprudencia para perfilar la interpretación de los verbos típicos. Si acudimos a la interpretación desarrollada en el delito de cohecho el verbo típico "**recibir**" viene interpretándose como "tomar uno lo que le dan o envían"²⁸⁰. La recepción del beneficio o ventaja²⁸¹ se produce "cuando el sujeto la incorpora a su propio patrimonio, es decir cuando actúa respecto a ella como dueño"²⁸². La conducta podría admitir dos modalidades. La primera, "recibiendo mediante una conducta activa lo que el particular le entrega o le envía, o (la segunda) no devolviendo, conducta pasiva, lo que ya obra en poder el particular"²⁸³. **La recepción admite tanto la "actitud expresa" del agente, como la de "actos concluyentes (del mismo)"²⁸⁴**, siendo ejemplo de esta última la no devolución del objeto. Se trata de un "apoderamiento en sentido amplio...como la incorporación efectiva de una ventaja al patrimonio del directivo, administrador, empleado o colaborador como en el cohecho respecto al funcionario"²⁸⁵.

²⁸⁰ MORILLAS CUEVA, L., "Delitos contra la Administración Pública (V). Cohecho...*ob. cit.*, pág. 882.

²⁸¹ Sirviéndonos del paralelismo existente en el delito de cohecho, respecto de la dádiva o el presente.

²⁸² OLAIZOLA NOGALES I., "El delito de cohecho", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999, pág. 255.

²⁸³ *Ídem.*, pág. 255. Este autor, aborda la cuestión de no devolver la dádiva. Al respecto, el autor no está de acuerdo "en que la conducta de «no devolver» una dádiva o un presente que ya estuviera en poder del funcionario constituya una omisión".

²⁸⁴ *Ibidem.*, pág. 256.

²⁸⁵ *Ibidem.*, pág. 258. Afirma el autor que, "no es lo mismo que al funcionario le sea ofrecido un descuento importante en la compra de un objeto que se le haga realmente el descuento. En el primer caso se trataría de un ofrecimiento que el funcionario *acepta* en tanto que en el segundo caso se trataría de

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

Asimismo, acción de recibir admite que la recepción de la ventaja se haga "con la intención de entregarla a un tercero"²⁸⁶

Respecto al verbo "**solicitar**" puede interpretarse como "pedir"²⁸⁷. Es una "declaración unilateral de voluntad"²⁸⁸ por la que se "pide recibir una dádiva o presente para realizar a cambio un acto en el ejercicio de su cargo"²⁸⁹, o "pedir y manifestar que se quiere o se desea alguna cosa, o pretender una cosa con diligencia"²⁹⁰. La "**petición**"²⁹¹ puede ser tácita o expresa, oral o escrita, por sí o mediando tercera

una entrega que el funcionario *recibe*. La diferencia fundamental no estriba...en el carácter corpóreo o no del objeto, sino fundamentalmente en el carácter presente o futuro del hecho. No obstante, se puede afirmar que lo normal sí que va a ser que la recepción sea de cosas materiales susceptibles de traslado. La discusión no tiene demasiada importancia práctica, porque el delito se consuma con la mera aceptación del ofrecimiento o de la promesa. Lo normal...es que al funcionario antes de entregarle algo se le ofrezca, porque no se puede olvidar que es preciso para que se dé el delito que el funcionario al recibir la dádiva sepa que es como contraprestación a un acto del ejercicio de su cargo, y que si no es consciente de tal relación no se dará el delito de cohecho pasivo". Por ello, lo lógico es que previamente a la entrega de la dádiva ésta le sea ofrecida para que el funcionario comprenda lo que se le está pidiendo a cambio".

²⁸⁶ FARALDO CABANA, P., "Hacia un delito de corrupción en el sector privado...*ob. cit.*, pág. 87. Este autor, al respecto matiza que, "a diferencia de la acción de «solicitar», la recepción supone el previo o simultáneo acuerdo entre la «persona» y el particular".

²⁸⁷ MORILLAS CUEVA, L., "Delitos contra la Administración Pública (V). Cohecho...*ob. cit.*, pág. 882.

²⁸⁸ *Ídem.*, pág. 882.

²⁸⁹ *Ibidem.*, pág. 882.

²⁹⁰ OLAIZOLA NOGALES I., "El delito de cohecho", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999, Monografías, págs. 229 y ss. Esta conducta se introduce por vez primera en el CP de 1944. Tal y como afirma este autor, "los arts. 385, 386 y 387 del CP 1944 son, en este sentido, idénticos a los actuales. Junto a las conductas que tradicionalmente conformaban la denominada corrupción pasiva: «recibir o aceptar», y que exigían la existencia del convenio entre dos partes para la consumación del delito, el CP 1944 introduce una conducta de carácter unilateral como es el «solicitar». Por otro lado, respecto a la corrupción activa, se tipifica como perfecto tipo de cohecho el intento de «corrupción», sin que sea posible considerar tentativa la oferta del particular no aceptada por el funcionario".

²⁹¹ MORILLAS CUEVA, L., "Delitos contra la Administración Pública (V). Cohecho...*ob. cit.*, pág. 882. En el mismo sentido, OLAIZOLA NOGALES I., "El delito de cohecho...*ob. cit.*, pág. 231. Así, afirma que, "la petición...puede ser expresa o implícita a través de actos concluyentes".

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

persona. No se exige acuerdo entre ambos, sino manifestación externa de voluntad por parte del sujeto²⁹².

La solicitud supone la injerencia del soborno en la contratación, y por tanto, la lesión del bien jurídico, y se circunscribe en torno a la "petición de una dádiva o un presente a otra persona como contraprestación a un acto, pasado o futuro, relativo al ejercicio del cargo del funcionario que realiza esa conducta"²⁹³. La solicitud consiste en un "acto de comunicación... que debe llegar a conocimiento de la otra parte"²⁹⁴.

El verbo «**aceptar**» se desarrolla mediante la recepción voluntaria de lo que se le da, ofrece o encarga por parte del corruptor. Afirmar la doctrina²⁹⁵ que en este caso el verbo no se relaciona con una cosa concreta material, a diferencia de recibir que se relaciona con un ofrecimiento o promesa. Esto supone su "materialización" en la obtención de beneficio. **El acuerdo injusto**, como ocurre en el delito de cohecho, discurre de la siguiente manera: "**se pretende con la solicitud, se cierra con la aceptación y se realiza con la recepción**"²⁹⁶. **El comportamiento** concreto de

²⁹² Recordemos lo expuesto anteriormente, es posible sancionar no solo los supuestos en que la corrupción sea consecuencia de un pacto (carácter bilateral del delito), sino también aquellos en que la solicitud sea unilateral, con independencia de que la solicitud llegue a ser aceptada por el particular, de que llegue a recibirse el soborno, o de que llegue a materializarse posteriormente.

²⁹³ OLAIZOLA NOGALES I., "El delito de cohecho...*ob. cit.*", págs. 231 y ss.

²⁹⁴ *Ídem.*, págs. 231 y ss. El autor afirma al respecto que, "...se plantea la duda de si el destinatario de la solicitud debe comprender su significado en el sentido de captar la relación entre la solicitud y el acto oficial. Tanto para responder de forma positiva como negativa se alegan razones relativas al bien jurídico protegido. La doctrina mayoritaria es partidaria de no exigir dicho entendimiento por parte del particular al que le llega la solicitud. La declaración debe ser reconocible desde un punto de vista objetivo sin que sea necesario que en el caso concreto sea objeto de comprensión por parte del potencial dador de la dádiva. Ello se defiende alegando que el bien jurídico protegido se perturba cuando la solicitud llega a su destinatario independientemente de que sea comprendida por éste, siempre que desde un punto de vista objetivo sea reconocible como tal solicitud. Los autores que defienden esta postura son aquellos que consideran como bien jurídico protegido la «confianza de la generalidad en el correcto funcionamiento de la Administración pública»".

²⁹⁵ MORILLAS CUEVA, L., "Delitos contra la Administración Pública (V). Cohecho", Derecho Penal Español, Ed. Dykinson, Madrid, 2.004, pág. 882.

²⁹⁶ OLAIZOLA NOGALES I., "El delito de cohecho...*ob. cit.*", pág. 255. Tal y como afirma este autor, "a diferencia de la conducta de «solicitar» en la que no es precisa la aceptación del particular para que se

«aceptar» precisa de la existencia de dos personas para que pueda conformarse²⁹⁷. La aceptación del ofrecimiento o la promesa "es el estadio temporal anterior al de la recepción de la dádiva o el presente...así...se extiende desde la mera solicitud...hasta la recepción, pasando por la aceptación del ofrecimiento o la promesa"²⁹⁸. La aceptación significa la admisión de "una oferta de futuras ventajas...a cambio de realizar (o abstenerse) de realizar un acto"²⁹⁹. Asimismo, no es necesaria la efectiva recepción de la ventaja para considerar consumado el delito³⁰⁰. Al respecto FARALDO³⁰¹ afirma que la interpretación que debe darse al término «**ventaja**» debe ser sinónimo al concepto de «beneficio» por lo que quedarían inmersas en el tipo las conductas tendentes a la obtención de «favores sexuales, ascensos laborales o distinciones honoríficas»³⁰².

consume el delito, en estas conductas es preciso un acuerdo entre el particular y el funcionario en el que el particular entrega una dádiva o un presente o realiza el ofrecimiento o la promesa de la misma y el funcionario acepta el ofrecimiento o recibe la dádiva. En estos casos, sí que se trata de un delito de carácter pluripersonal".

²⁹⁷ *Ídem.*, pág. 257. Afirma al respecto este autor, "la presencia del particular que ofrece y la del funcionario que acepta. No se puede aceptar algo si previamente no hay un ofrecimiento. Se trata por tanto de un delito en esta modalidad de conducta pluripersonal. El funcionario acepta un ofrecimiento o una promesa. Este ofrecimiento o promesa hacen referencia a las dádivas y presentes anteriores".

²⁹⁸ *Ídem.*, pág. 257. El autor al respecto afirma que "la mayoría de la doctrina distingue la aceptación de la recepción desde un punto de vista temporal. De forma que aquella conducta típica consistiría en aceptar la *futura* dádiva o presente...mientras en la recepción el funcionario recibe algo de carácter material, en la aceptación el funcionario recibe una declaración de voluntad del particular en la que se compromete a darle algo en el futuro".

²⁹⁹ FARALDO CABANA, P., "Hacia un delito de corrupción en el sector privado...*ob. cit.*", pág. 88. Este autor matiza dicho postulado afirmando que, "es necesaria una previa o simultánea oferta de tales ventajas por el sujeto interesado en que realice o se abstenga de realizar un acto...".

³⁰⁰ *Ídem.*, pág. 88. El autor matiza lo expresado afirmando que basta con que "la persona y el particular hayan alcanzado in acuerdo sobre las prestaciones que serán objeto de intercambio".

³⁰¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)...*ob. cit.*", pág. 508.

³⁰² *Ídem.*, pág. 508.

3. EXPRESIÓN "NO JUSTIFICADO" Y "DE CUALQUIER NATURALEZA".
RELACIÓN DE LA ANTIGUA EXPRESIÓN "INCUMPLIENDO SUS
OBLIGACIONES" Y LA ACTUAL REFERENCIA AL "FAVORECER
INDEBIDAMENTE"

Aun habiendo desaparecido la expresión *incumpliendo sus obligaciones*³⁰³ debe ser tenida en cuenta para interpretar el comportamiento del tipo actual. La redacción originaria del precepto³⁰⁴ expresaba: "...beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, **incumpliendo sus obligaciones** en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales". Ulteriormente³⁰⁵ **el legislador optó por suprimir la expresión "incumpliendo sus obligaciones"**, por la fórmula "beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para **favorecer indebidamente a otro** en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales...". Esta mutación del comportamiento, en nuestra opinión, no representa un cambio sustancial en la interpretación del mismo. El adverbio *indebidamente* viene a representar una fórmula que aglutina el incumplimiento. Y ello en tanto que la antigua referencia a "incumpliendo sus obligaciones" se refiere al campo de actuación del comportamiento corrupto³⁰⁶. Y el adverbio "indebidamente" añadido al "favorecimiento" se refiere a lo mismo. Por ende, la actual redacción "**favorecer indebidamente**" viene a representar el antiguo concepto de "**incumplimiento de obligaciones**".

En la redacción originaria del precepto (L.O 5/2.010) el comportamiento tan solo hacía referencia a favorecer a un tercero en la adquisición o venta de mercancías o

³⁰³ Expresión suprimida en virtud de la L.O 1/2.015

³⁰⁴ L.O 5/2.010, de 22 de junio.

³⁰⁵ L.O 1/2.015, de 30 de marzo.

³⁰⁶ A la "adquisición o venta de mercancías" o "contratación de servicios profesionales".

contratación de servicios profesionales", y en 2.015 se exige, una vez eliminada la expresión *incumpliendo sus obligaciones, como contraprestación "para favorecer indebidamente a otro"*. **El núcleo y esencia común se encuentra en que favorecer indebidamente e incumplimiento de obligaciones se encuentran en un mismo fin y esencia: "incumplir" es sinónimo de "indebido"**. En tal sentido, **la existencia de un soborno, como elemento ajeno a lo que se contrata³⁰⁷ atenta a la voluntad de las partes negociales en el concreto bien o servicio y por ende a la competencia leal.**

Por otro lado, si se afirma que es el patrimonio lo que se protege en este delito, favorecer indebidamente supondría un incumplimiento de la obligación de enriquecerse indebidamente a costa de la empresa, o más concretamente, gracias al puesto que el corrupto ocupa en la empresa. En otro sentido, si se afirma que lo que se defiende es la fidelidad de las relaciones empresa-trabajador, "favorecer indebidamente", por ejemplo, cobrar doblemente por un acto propio de su puesto, representaría un acto deshonesto.

El origen a la referencia al incumplimiento de obligaciones puede encontrarse en la utilización que realiza el Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa³⁰⁸, en relación con la ulterior Decisión marco 2.003/568/JAI del Consejo, de 22

³⁰⁷ Esto es, el concreto bien que se compra o vende, o el servicio que se contrata, o cualquier relación comercial de que se trate.

³⁰⁸ Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio Núm. 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1.999, firmado por España el 10 de mayo de 2.005. El art. 7 (expresaba), Corrupción activa en el sector privado: "Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes". Y, su artículo 8: *Corrupción pasiva en el sector privado*: Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de que una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado solicite o reciba, directamente o por mediación de terceros, una ventaja indebida o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

de julio de 2.003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Dicha Decisión afirmaba, en su art. 1³⁰⁹ que "a efectos de la presente Decisión marco: "la expresión incumplimiento de las obligaciones se entenderá conforme al Derecho nacional. El concepto del incumplimiento de las obligaciones en el Derecho nacional deberá incluir como mínimo cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado". Se ha afirmado que dicha expresión afecta a la interpretación del bien jurídico, en tanto que no se exige un peligro efectivo para el patrimonio del titular de la empresa, "se limita a castigar el mero incumplimiento de obligaciones, es decir, la infracción de un deber"³¹⁰. Asimismo, se mantiene que el "incumplimiento de obligaciones" tiene efectos en la configuración del propio bien jurídico, y en concreto respecto al empresario del corrupto³¹¹ siendo las obligaciones las que "exijan un comportamiento leal del administrador, directivo, empleado, colaborador...respecto a la entidad a la que se encuentren vinculados"³¹².

³⁰⁹ Referente a las definiciones

³¹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN MARTÍNEZ, C., "El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis), en *Derecho Penal. Parte Especial*, VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.010, pág. 509. El autor se refiere a "las relaciones de deber que incumben al administrador o trabajador ante el titular de la empresa". Este autor se refiere a la referencia que realiza GILI PASCUAL, A., "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2.007", RECPC 09-13 (2.007).

³¹¹ GILI PASCUAL, A., "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2.007", RECPC 09-13 (2.007), pág. 34. El autor realiza un paralelismo entre la expresión "abuso de las funciones propias del cargo" del delito de administración fraudulenta (art. 295 CP -254 bis en el PLOMCP-) y la expresión "incumplimiento de obligaciones" del art. 286 bis. Este autor apunta a que la existencia de ventajas "en esa clase de comportamientos desleales", afecta a la "libertad de empresa valorando las contrapartidas obtenidas como contraprestación libre". Así, "solo si se afecta, amén de al competidor, al empresario propio, se podrá incurrir en responsabilidad penal", (págs. 34 y 35).

³¹² SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., "El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)", en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Dir. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., Coord. PASTOR MUÑOZ, N., Ed. La Ley, Madrid, 2.012, pág. 428

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

En atención al alcance de **la falta de justificación**, según sector doctrinal, afecta **no solo a la contrariedad a las leyes, sino también respecto a los usos mercantiles**³¹³. **Se afirma, asimismo que tan solo se refiere a la modalidad activa del delito**, y por lo tanto, a los **corrompidos**³¹⁴; es decir, a los directivos, administradores, empleados, colaboradores de la entidad que favorece a quien ofrece o concede la ventaja o al tercero, en tanto que el mentado incumplimiento no puede afectar al oferente o concedente, quien con su proceder (según afirma cierto sector³¹⁵) tan solo quiere beneficiar a su propia entidad, no afectando con su proceder a empresas competidoras³¹⁶. La existencia de sometimiento a las diferentes obligaciones por parte del corruptor y corrompido hace que **la doctrina cuestione la extraña homóloga respuesta penológica establecida por el legislador en ambos supuestos**. Y es que, parece que la pena debería ser reducida en los supuestos del oferente, al no tener obligación respecto a nadie³¹⁷.

³¹³ SANTANA VEGA, D.M. y GÓMEZ MARTÍN, V. "De la corrupción entre particulares", en *Comentarios al CP. Reforma L.O 5/2.010*, Dirs. CORCOY VIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.010, pág. 635.

³¹⁴ MENDOZA BUERGO, B., "El nuevo delito de corrupción entre particulares, (art. 286 bis del CP...*ob. cit.*, pág. 437. Asimismo, CASTRO MORENO, A., "Corrupción entre particulares", Memento Práctico, Penal Económico y de la Empresa, VV.AA., Ed. Francis Lefebvre, pág. 22. Ver, asimismo a FARALDO CABANA, P., "Hacia un delito de corrupción en el sector privado...*ob. cit.*, pág. 76. El autor, explica que la ventaja debe ser indebida, en tanto que la persona que lo recibe "no tiene que tener ni el deber, ni el derecho, ni la facultad de recibirla".

³¹⁵ MENDOZA BUERGO, B., "El nuevo delito de corrupción entre particulares, (art. 286 bis del CP...*ob. cit.*, pág. 437. Asimismo, CASTRO MORENO, A., "Corrupción entre particulares", Memento Práctico, Penal Económico y de la Empresa, VV.AA., Ed. Francis Lefebvre, pág. 22. No obstante, matiza SILVA SÁNCHEZ, que "no parece que tenga sentido vincular al administrador, directivo, empleado o colaborador con otras obligaciones externas...hallándose implícitamente presentes-y son vulneradas- en el caso del sujeto corruptor activo; y su vulneración por el sujeto corrompido no tiene lugar sino indirectamente en virtud del acuerdo (o intento de acuerdo) de éste con aquél", SILVA SÁNCHEZ, J.M^a, "El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)...*ob. cit.*, pág. 428

³¹⁶ En nuestra opinión el incumplimiento afecta a todas aquellas personas que sobornen o sean sobornadas.

³¹⁷ MENDOZA BUERGO, B., "El nuevo delito de corrupción entre particulares, (art. 286 bis del CP...*ob. cit.*, pág. 437. Asimismo, CASTRO MORENO, A., "Corrupción entre particulares", Memento Práctico, Penal Económico y de la Empresa, Ed. Francis Lefebvre, pág. 22

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

Respecto a las modalidades de dichos incumplimientos obligacionales existen diversas corrientes³¹⁸. Por una lado, aquellas que afirman que "solo pueden referirse a las **derivadas de las normas que regulan la competencia**"³¹⁹. Por otro lado, aquella que mantiene que debe acudir marginalmente a normas externas al CP, como **norma penal en blanco**³²⁰, acudiéndose a diversos principios alojados en ramas ajenas del Derecho Penal, como el Derecho mercantil, Civil o Laboral. Véase por ejemplo, la regulación que se encarga de regular los actos de competencia desleal, los deberes de diligencia, de lealtad, de conflicto de intereses, de buena fe contractual o los deberes del mandato.

³¹⁸ Ver las opciones expuestas por GARCÍA ALBERO, R., "Corrupción en los negocios y modificación del cohecho...*ob. cit.*, pág. 559. Afirma que para un sector de la doctrina, los deberes que han de ser incumplidos son, simplemente, los deberes de lealtad del dependiente (en sentido amplio) respecto de su principal,...solo los «sobornos» clandestinos o pactados a espaldas del principal (empresa) resultan punibles". Y, por otro lado, aquella doctrina que sostiene que "no pueden limitarse tales obligaciones a las de lealtad, rectitud y probidad con la empresa...(donde)...el incumplimiento de las obligaciones que exige el tipo penal ha de ser de otra naturaleza, lo que tiene importantes repercusiones en la interpretación del tipo, acaso más respetuosas con las exigencias del principio de intervención mínima".

³¹⁹ OTERO GONZÁLEZ, P., "Corrupción entre particulares...*ob. cit.*, págs. 174 a 183.

³²⁰ NAVARRO MASSIP, J., "El delito de corrupción entre particulares...*ob. cit.* El autor se refiere a la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal, que prevé expresamente «actos de competencia desleal» (art. 4 y siguientes), a los arts. 225 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital que, respecto de los administradores, consagra los deberes de diligencia (art. 225), de lealtad (art. 226), la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio (art. 228) y el conflicto de intereses (art. 229), o al artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores en relación a los empleados, que consagra la buena fe contractual, o al propio Cc. respecto del mandato (art. 1718 y ss.). Asimismo, este autor, respecto del incumplimiento de las obligaciones como comportamiento desleal, cita la Sentencia del TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª, Núm. 782/2008 de 20 noviembre) al describir las conductas del tipo del artículo 252 CP en su modalidad de gestión desleal, se refiere a: «la disposición sin razones que lo justifiquen», explicando que, "es precisamente ese acto de favorecimiento el que pone en peligro el bien jurídico objeto de protección. Por lo tanto, la punibilidad de estos comportamientos -en atención a este tipo penal - reside en que un representante «leal» hubiera deducido del importe total de la prestación la parte correspondiente a su soborno; esto es, que en la negociación con la otra parte contratante hubiera, cuando menos, propuesto una rebaja en la oferta a cambio de no percibir la correspondiente «comisión»."

4. BENEFICIO O VENTAJA

La existencia de «intereses ajenos» como sinónimo de beneficio o ventaja «no justificado» en las actividades comerciales-mercantiles-transaccionales suponen una distorsión en la motivación de los contratantes. Cuando se negocia se parte de una ortodoxa concepción de la voluntad que se centra en un concreto bien o servicio objeto de contrato. El soborno³²¹ constituye un elemento anómalo y en tal sentido ajeno a los elementos esenciales del contrato. El soborno, por tanto es un componente que en la negociación no debería concurrir. Interpretense en este momento las características del contrato como elementos que no son llamados a justificar o formar parte de las cualidades, cantidades del servicio y/o bien, o de su respectivo precio. El soborno, por tanto, infectará la motivación-voluntad de las partes que conforman el negocio.

Las motivaciones ajenas al rol de cada operador jurídico han sido desterradas por el legislador en muchos ámbitos. En la Administración de Justicia la existencia de dádivas se ha considerado que perturban la esencia de las resoluciones emitidas por los funcionarios. Por ello, se castiga la concurrencia de sobornos en su seno a través del delito de cohecho. En el ámbito privado, no tiene por qué ser menos. Por ello, en el delito de corrupción en las transacciones internacionales³²² se viene castigando del mismo modo al funcionario que tome decisiones al margen del interés general y se guíe por un interés privado³²³. De aquí que se afirme que el soborno ataca la ineficacia y arbitrariedades de muchas Leyes y reglamentos del gobierno³²⁴.

³²¹ Beneficio o ventaja no justificado.

³²² Sin perjuicio de las diferentes posiciones doctrinales al respecto. Ahondando en ello, acudir a BENITO SÁNCHEZ, D., “El delito de corrupción en las transacciones internacionales”, Ed. Iustel, Monografías, Madrid, 2.012, págs. 145 s 172.

³²³ *Ídem.*, pág. 169.

³²⁴ ROSE ACKERMAN, S., “La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma”, Ed. Siglo veintiuno de España editores, Madrid, 2.001, pág. 34.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

No obstante, no todas las voces que se han escuchado sobre los efectos del soborno en la sociedad han sido negativas. Se ha expuesto que si se administran por agentes mal pagados y sin estimulación, puede suponer un alto grado de motivación³²⁵. Sin perjuicio de estas opiniones minoritarias, podemos afirmar que en los negocios la existencia de un «beneficio» o «ventaja» representa una amenaza a la competencia leal.

Para abordar qué es y qué representa el beneficio o ventaja de este delito debemos analizar las siguientes cuestiones:

a) ¿qué debe interpretarse por «beneficio» y «ventaja»?; b) ¿hasta dónde deben llegar las interpretaciones de los conceptos «de cualquier naturaleza»?; estas preguntas deben ser respondidas de manera conjunta. c) ¿son conceptos equivalentes «beneficio» y «ventaja»?; (fijense en que el legislador, en la redacción del precepto une ambas expresiones mediante la preposición «o»); d) ¿qué beneficios o ventajas pueden considerarse atípicos y, por lo tanto, aceptados en el entorno mercantil?

El beneficio o ventaja en el tipo penal que nos ocupa puede ser «de cualquier naturaleza»³²⁶. El alcance de este sustantivo, abarca muy diversas interpretaciones; por

³²⁵ ROSE ACKERMAN, S., "La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma", Ed. Siglo veintiuno de España editores, Madrid, 2.001, pág. 34.

³²⁶ En tal sentido, BLANCO CORDERO, I., "Artículo 286 bis", en *Comentarios al CP*, VV.AA., Ed. Lex Nova, ed. 2ª, Valladolid, págs. 1.111 y 1.112. En el mismo sentido, MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C., "Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado o la libre competencia", en *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2.013, pág. 175. VENTURA PÜSCHEL, A., "Corrupción entre particulares, (art. 286 bis 1, 2 y 3)" en *Comentarios a la Reforma Penal de 2.010*, VV.AA, Dirs. ALVAREZ GARCIA, F.J. y GONZALEZ CUSSAC, J.L., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.010. Asimismo, acudir a DE ALFONSO LASO, D., "La corrupción pública a través del delito de cohecho. Doble perspectiva: la del particular, y la del funcionario público", Cuadernos de derecho local, Núm. 24, 2.010. Este autor aborda, en cuanto al concepto, las expresiones dádiva, presente, ofrecimiento, promesa, regalo, o soborno, resolviendo que "son utilizadas por nuestro legislador como términos sinónimos, en cuanto que todos ellos encierran un similar sentido. Siendo empleada tal variedad de expresiones con la única finalidad de amplificar el significado del concepto", (pág. 64). En relación al contenido cualitativo, el autor afirma la falta de consenso acerca de la cualidad eminentemente económica o no de la dádiva, aceptándose por lo tanto, "las «corrupciones» de otro género en forma de seducciones, ascensos o menciones honoríficas", (pág. 64).

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

ejemplo se ha venido incluyendo productos alimenticios, e incluso bebidas como el vino³²⁷. Tal y como mantiene VENTURA PÜSCHEL³²⁸ la ventaja debe interpretarse, en atención a lo que la doctrina alemana ha ido elaborando, como “cualquier prestación material o inmaterial, a título lucrativo, que mejore objetivamente la situación personal o jurídica del receptor de la ventaja o beneficio, y sobre los que no tenga derecho”. Recordemos que la propia Acción Común no establecía una descripción al respecto, lo que faculta a que se pueda llegar a esta extensa y amplia interpretación. Por ello puede afirmarse que se encuentran incluidos los simples tratos de favor, como la concesión de cantidades de dinero, ayudas físicas en tareas laborales y favores de índole sexual. Las expresiones "beneficio" o "ventaja", adolecen, por tanto de imprecisión y amplitud al ser un concepto laxo. Por ello probablemente se justifique que el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de 2.008 proponía su sustitución por la expresión "ventaja indebida".

Para una completa interpretación de este concepto, "beneficios" o "ventajas" podemos acudir a la lectura de los diversos Informes de evaluación relativos a España adoptados por el GRECO, (Tercera³²⁹ y Cuarta Ronda³³⁰), respecto a la Corrupción de los Funcionarios se refiere.

³²⁷ STS Núm. 513/2.008 de 23 julio, (Sala de lo Penal, Sección 1ª), donde se condena por aceptar del acusado (entre otros regalos) "cajas de vino".

³²⁸ VENTURA PÜSCHEL, A., “Corrupción entre particulares, (art. 286 bis 1, 2 y 3)”...*ob. cit.*, pág. 325.

³²⁹ Adoptado por el GRECO (Grupo de estados contra la corrupción), en su 42 Reunión Plenaria, Consejo de Europa, Dirección General de Derechos Humanos y Asuntos Jurídicos, Dirección de Control, Estrasburgo, 15 de Mayo de 2.009, Tercera Ronda de Evaluación, Informe de evaluación relativo a España, Incriminación (ETS 173 y 191, GPC 2), (Tema 1), (Estrasburgo, 11-15 Mayo 2.009).

³³⁰ Aprobado por el GRECO (Grupo de estados contra la corrupción), en su 62ª Reunión Plenaria, IV Evaluación Greco Informe (2.013), cuarta ronda de evaluación, Prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales. Informe de Evaluación. España, (Estrasburgo, 2 a 6 de diciembre de 2.013).

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

Comenzaremos analizando el concepto de "dádiva" como sinónimo de **beneficio o ventaja**:

En este aspecto, como hemos operado anteriormente, recurriremos a la interpretación jurisprudencial de dádiva en el delito de cohecho. Al respecto se afirma que la dádiva debe representar una proyección psicológica para el autor del delito³³¹. OLAIZOLA NOGALES en su monografía sobre el cohecho trata pormenorizadamente el aspecto referente al concepto de dádiva, concluyendo que "es todo aquello que es valorable económicamente"³³². Por su parte, la jurisprudencia opina que la dádiva puede ser de cualquier naturaleza o clase, llegándose a definir como "una ventaja personal indebida que aparece a los ojos de los ciudadanos como una contrapartida a un acto público". Dicha ventaja personal indebida aparecería como una contrapartida a un acto indebido en las relaciones comerciales que no queda justificada por la concreta causa y objeto negocial.

Podría plantearse el supuesto en que el comportamiento corrupto no tenga entidad suficiente, o no sea idóneo para promover o asegurar las prestaciones de un tercero. Es decir, que no lesione realmente a la competencia aun buscándose corromper a esa concreta persona a la que se soborna³³³. No obstante partir de esta concreta premisa no nos parece un planteamiento correcto, en tanto que la existencia de

³³¹ F.º Quinto, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) Sentencia Núm. 6/2.007 de 20 marzo

³³² OLAIZOLA NOGALES I., "El delito de cohecho", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999, pág. 311. El autor analiza los criterios elaborados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

³³³ Si acudiésemos a la lectura de la Ley de Defensa de la Competencia Desleal, (Ley 3/1.991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, modificada por la Ley 29/2.009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios), en su artículo 1 hace referencia a la finalidad, donde se establece que, "tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado". Por su parte el apdo. segundo de la misma Ley establece, (respecto a su ámbito objetivo) que, "...tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales), presumiéndose los mismos cuando, "por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero".

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

corrupción en las transacciones comerciales-mercantiles supone un quebranto de las normas esenciales del mercado, y en tal sentido, se atenta a la neutralidad en la formación del contrato, en el proceso de contratación como elemento esencial de la competencia leal.

¿En qué medida “recibir, solicitar o aceptar”³³⁴, o “prometer, ofrecer o conceder” un beneficio o ventaja en un entorno mercantil puede ser constitutivo del ilícito contemplado en el precepto que venimos analizando? ¿Qué beneficios o ventajas pueden considerarse atípicos y, por lo tanto, aceptados en el entorno mercantil?

Aunque se ha afirmado que la trascendencia penal del comportamiento debería basarse en la aplicación del principio de insignificancia, en nuestra opinión este criterio es tan solo uno de tantos que deben tenerse en cuenta para determinar si el comportamiento es o no típico. Veamos a continuación cuáles.

1. PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA:

Hay quienes al referirse al **principio de intervención mínima**³³⁵ lo hacen en su relación³³⁶ al *principio de proporcionalidad*³³⁷ o de *prohibición del exceso*³³⁸. En tal

³³⁴ Como modalidades del comportamiento descrito en el apdo. 1 del art. 286 *bis*.

³³⁵ Analizando críticamente la utilización parcial por parte de los Tribunales del principio de intervención mínima, acudir a VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M., ¿Qué es el principio de intervención mínima?, Revista Internauta de Práctica Jurídica, Núm. 23, año 2.009, pág. 7. Así, este autor al respecto afirma, “...un recordatorio del principio in dubio pro reo, de la presunción de inocencia y, en definitiva, de todo el repertorio interpretativo a favor del sujeto pasivo de la acción penal que ha regido tradicionalmente en los juzgados patrios. Insistimos, lo que llama muchísimo la atención es que, invocando tan vaporoso principio, se llegue nada más y nada menos que a inaplicar la legislación criminal”. Asimismo, acudir a la STS de 13 de junio del año 2.000, FJº Segundo, ponente don Enrique Bacigalupo Zapater, citada en dicha obra, pág. 7.

³³⁶ Como parte integrante.

³³⁷ Tratando el principio de proporcionalidad, DE LA MATA BARRANCO, N., “El principio de proporcionalidad penal”, Ed. Tiran lo Blanch, Valencia, 2.007, en esta obra monográfica el autor se ocupa de su significado en el Derecho penal (ahondando en el concepto, en su ámbito de aplicación, en

sentido, de una parte tan solo deben protegerse aquéllos bienes jurídicos más importantes³³⁹ para la convicción social³⁴⁰ y, para aquellos conductas que atacan o agreden de forma más grave a los mismos³⁴¹. Y de otra, se trata de un derecho subsidiario que debe entrar en juego, tan solo, en aquel orden jurídico que *no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal*³⁴².

El criterio de intervención mínima ha sido, asimismo, utilizado como criterio de “*restricción típica en el momento de aplicación de Ley penal*”³⁴³, o dicho de otra manera, como criterio para determinar que la acción enjuiciada no es suficiente para la realización del comportamiento típico.

2. AUSENCIA DE TIPICIDAD

Asimismo, puede mantenerse que el comportamiento no será típicamente antijurídico acudiendo al **principio de insignificancia**³⁴⁴ o **principio de adecuación**

su contenido, en sus diversos criterios que determinan la gravedad de la intervención penal...), así como la individualización judicial de la pena.

³³⁸ Al respecto, podemos traer a colación una STAP de Córdoba de 8 de enero del año 2.004, ponente don José Ramón Berdugo y Gómez de la Torre; sentencia analizada, (entre otras) por VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M., *¿Qué es el principio de intervención mínima?...ob. cit.*

³³⁹ *la injerencia del ius puniendi* tan solo es autorizada en supuestos de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos relevantes y, en tanto a ataques de intensidad determinada.

³⁴⁰ STAP de Córdoba de 8 de enero del año 2004, cuyo ponente don José Ramón Berdugo y Gómez de la Torre; sentencia analizada, (entre otras) por VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M., *¿Qué es el principio de intervención mínima?...ob. cit.*

³⁴¹ *Ídem.*

³⁴² *Ibidem.*

³⁴³ Tratando este aspecto, acudir a NAVARRO MASSIP, J., “La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima”, Revista Aranzadi Doctrinal, Núm. 8/2.011 Ed. Aranzadi, 2.011. Este autor cita al respecto la SAP de Barcelona de 8 de febrero de 2.006, Sección tercera (Ponente, Ana Ingelmo Fernández).

³⁴⁴ Interpretando la falta de adecuación social en la teoría del tipo penal, acudir ROXIN, C., “La falta de adecuación social”, en *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Ed. B del f, ed. 2ª, Argentina, 2.014, págs. 15 y 16.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

social, “si resulta ser *socialmente adecuado*, si no contradice “*el orden de la vida social tal como este se ha configurado históricamente*”³⁴⁵.

El **principio de insignificancia**³⁴⁶ es de aplicación a aquellos supuestos donde la conducta es irrelevante (cualitativamente hablando) por falta de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido y valorado desde una perspectiva *ex ante*. El **principio de adecuación social**, por su parte, se fundamenta en la falta de tipicidad de determinadas actividades que se desarrollan en el marco de órdenes ético-sociales de la vida social³⁴⁷, o lo que es equivalente, “*recortar de las palabras formales de los tipos aquellos sucesos de la vida que materialmente no pertenecen a ellos*”³⁴⁸. Este principio se basa³⁴⁹ en considerar *ab initio* pseudo-típicas determinadas conductas sin serlo al

³⁴⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Manual de Derecho penal”, Ed. Temis, Colombia, 1.996 págs. 115 a 117. Manteniendo el criterio de “**principio de adecuación social del beneficio o ventaja**” para determinar la entidad de dicho soborno acudir a CASTRO MORENO, A., “El nuevo delito de corrupción privada...*ob. cit.*, pág. 6. Este autor, es partidario (en la adecuación social del beneficio o ventaja), de una interpretación *ad hoc* (caso por caso), estudiando el concreto entorno en el que se desenvuelve este comportamiento. Asimismo, aboga (al encontramos en el ámbito privado de los negocios o, las relaciones profesionales) “por tener más manga ancha...efectuando una interpretación de este elemento típico mucho más restrictiva del tipo penal que la existente para los casos de corrupción pública en el delito de cohecho”. Acudir al respecto a NIETO MARTÍN, A., “La prevención de la corrupción”, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Tratados, VV.AA., Valencia, 2.015, págs. 313 y ss. Este autor aborda el problema de la “ventaja indebida” respecto al delito de cohecho. Al respecto el autor apunta que, “la ventaja indebida...normalmente se trata de cantidades de dinero pero también es posible cualquier u otro bien, servicio o ventaja”, (pág. 313). Este autor, interpreta como posibilidad, (en la interpretación de la ventaja) a “los favores sexuales, la concesión de premios, títulos o menciones honoríficos, «campañas de imagen» en los medios de comunicación que controla el empresario, etc.”, (pág. 314). Asimismo, el autor se ocupa del contenido de la cuantía de la ventaja; al respecto opina que no existe delito cuando este comportamiento entra dentro de las costumbres o usos sociales”, (pág. 314). SANTANA VEGA, D.M. y GÓMEZ MARTÍN, V., afirman la atipicidad de entregas previas insignificantes como las cestas de frutas, flores, o regalos de escasa entidad económica. No obstante, siguen afirmando los autores, “pueden merecer su desvalorización administrativa o interna”, en SANTANA VEGA, D.M. y GÓMEZ MARTÍN, V., “De la corrupción entre particulares...*ob. cit.*, pág. 635

³⁴⁶ NAVARRO MASSIP, J., “La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima...*ob. cit.*

³⁴⁷ WELZEL, H., “Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*, pág. 63

³⁴⁸ *Ídem.*, pág. 66

³⁴⁹ En palabras de JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T., “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Ed. Comares, ed. 5ª, Granada, 2.002, págs. 268 y ss. La teoría de la adecuación social afirma que el

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

interpretarse como "adecuadas" o "toleradas" socialmente³⁵⁰. Existen diferentes teorías en torno a su ubicación sistemática. Unos afirman que se encuentra en el tipo de lo injusto; otros que se trata de una causa de justificación; o que se trata de una interpretación restrictiva orientada hacia el bien jurídico protegido; o que es un cuestión de legalidad penal. En opinión de ROXIN, no se trata de una característica del tipo, sino "un auxiliar interpretativo para restringir el tenor literal...de conductas socialmente admisibles"³⁵¹. En palabras de WELZEL, la adecuación social "es en cierto modo la falsilla de los tipos penales: representa el ámbito «normal» de la libertad de acción social, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos"³⁵². Se trata, añade este autor de "un permiso especial, de una autorización para realizar acciones típicas, es decir, socialmente inadecuadas"³⁵³. Son acciones que se desarrollan en los límites de los

desarrollo de acciones practicadas con el oportuno deber de cuidado, que están completamente radicadas dentro del marco de la ordenación de la vida comunitaria que se ha configurado históricamente, no realizan el tipo delictivo alguno aun cuando sean peligrosas para bienes jurídicos penalmente protegidos, (pág. 269)... "En el establecimiento de los tipos penales el legislador ha excluido tácitamente todas estas modalidades de comportamiento del ámbito de la eficacia del mandato normativo, de forma que el acaecimiento del resultado típico no le es imputado al autor en caso de que, con independencia de su acritud interior, observe el deber objetivo de cuidado que le es exigible (reducción teleológica del tipo), (pág. 270). ROXIN, C., "Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito...*ob. cit.*, págs. 292 y ss. Afirma este autor que "aquellas acciones que se «mueven dentro de lo que históricamente ha llegado a ser el orden ético-social de la vida en comunidad», y que por tanto son «socialmente adecuadas», no pueden encajar nunca en un tipo, aunque según su tenor literal se las pudiera subsumir en el mismo, (pág. 293). Para ahondar en el principio de adecuación social acudir a MAURACH, R., "Tratado de Derecho Penal", Ed. Ariel, Barcelona 1.962, pág. 348.

³⁵⁰ OBREGÓN GARCÍA A. y GÓMEZ LANZ, J., "Derecho Penal. Parte General: elementos básicos y teoría del delito", Ed. Tecnos, Madrid, 2.012, págs. 101 y ss. Su base puede encajarse como base del principio de legalidad penal. La teoría de la adecuación social ha sido ampliamente estudiada por WELZEL, H., en su libro "El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista", Ed. B de f, ed. 2ª, Buenos Aires, 2.004, págs. 84 y ss.

³⁵¹ ROXIN, C., "Política Criminal y sistema del derecho penal", Ed. Hammurabi, ed. 2ª, Buenos Aires, 2.002, pág. 73

³⁵² WELZEL, H., "El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista...*ob. cit.*, pág. 88. Así, afirma este autor que, "por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas aunque pudieran ser aún sub-sumidas en ellos, según su tenor literal".

³⁵³ *Ídem.*, pág. 88

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

órdenes sociales, sin incluirse en los tipos de delito³⁵⁴. JESCHECK y WEIGEND afirman que tan "solo puede hablarse de la exclusión de la tipicidad de una acción por motivos derivados de su adecuación social cuando falta el contenido de injusto típico"³⁵⁵.

Sea como fuere, y se adopte la opción sistemática de este principio como se desee, no debemos olvidar la importancia que el principio de adecuación social posee respecto al desarrollo de los criterios de imputación objetiva³⁵⁶ y lo relevante que resulta su utilización en la interpretación del beneficio o ventaja.

El alcance y cualidad del beneficio y la ventaja ha sido estudiada, tanto en el campo del Derecho Privado³⁵⁷ y del Derecho Público³⁵⁸ como comprobaremos a continuación.

En el entorno mercantil, (Ley de Sociedades de Capital), comprobamos cómo en el apartado e) del art. 299 aparece un mandato de no lucrarse (obtener ventajas o remuneraciones) de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño

³⁵⁴ WELZEL, H., "Derecho Penal, Parte General", Ed. Roque Depalma, Buenos Aires, 1.956, págs. 64 y ss. Este autor afirma que, "socialmente adecuadas son todas las actividades que se mueven dentro del marco de las órdenes ético-sociales de la vida social, establecidos a través de la historia", (pág. 64). Este autor afirma que, "acciones típicamente adecuadas, que se mueven completamente dentro del margen de los órdenes ético sociales de la vida común, no constituyen delito, porque en ellas la adecuación típica no indica la antijuricidad. La adecuación social no deja surgir la antijuricidad de una conducta típicamente adecuada, porque esta conducta, socialmente normal, es, también, socialmente adecuada", (pág. 89).

³⁵⁵ JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T., "Tratado de Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*", pág. 271.

³⁵⁶ JAKOBS, G., "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación", Ed. Marcial Pons, ed. 2ª, Madrid, 1.997, pág. 225. Al respecto, este autor afirma que, "los criterios de la imputación objetiva en su conjunto cabe reconducirlos a dos raíces y tienen —correlativamente a ambas raíces— dos contenidos distintos. Por una parte, se trata de la finalidad propia del Derecho penal de garantizar la seguridad de las expectativas. De esta finalidad de la regulación se deriva que el comportamiento adecuado socialmente no se puede imputar como injusto, ni siquiera aun cuando tenga efectos dañosos por un desgraciado encadenamiento de circunstancias. La realización de la conducta socialmente adecuada está permitida. Sobre todo, los criterios del riesgo permitido, del principio de confianza, de la comisión referida al garante y de la prohibición de regreso no son sino desarrollos de la adecuación social...", (pág. 225).

³⁵⁷ En concreto del Derecho privado especial: Derecho Mercantil.

³⁵⁸ En el Derecho Penal

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía. Por otro lado, en lo que respecta a la interpretación realizada en la esfera del Derecho Penal, el TS ha excluido aquellos regalos meramente afectivos o insignificantes, considerándolos por ende atípicos. La STS de 28 de noviembre de 1956³⁵⁹ interpretó atípico un obsequio de boda que se le hizo a un funcionario³⁶⁰ bajo la errónea creencia de suponer una obligación social³⁶¹. A juicio de la Sala el comportamiento estuvo huérfano de malicia por parte de cuantos intervinieron, en tanto que fueron "cumplidores de buena fe de lo que creyeron ser mera práctica social del agasajo a dos de sus amistades con ocasión de contraer matrimonio, y como excluye en absoluto la idea de un tributo para los funcionarios públicos, siquiera debieron los mismos rechazar las dádivas, dada su indiscreta cuantía, precisa declararlo así, sin perjuicio de cualquier correctivo de carácter disciplinario que les correspondiera surtir con motivo del expediente formado,..."³⁶². Por ello, los

³⁵⁹ Sentencia de 28 de noviembre de 1.956 del Tribunal Supremo, Sección Primera, Núm. Roj. 1082/1.956, Núm. 895.

³⁶⁰ La STS de 28 de noviembre de 1956 se basa en el siguiente supuesto de hecho: José Miguel, jefe provincial interino del Servicio de Carnes, Cueros y Derivados, y Bernardo auxiliar de dicho Servicio y delegado del Matadero de Palma de Mallorca, recibieron 100.000 y 20.000 pesetas, respectivamente, de determinadas personas, pertenecientes a industrias cárnicas como regalo con motivo de la boda de los primeros. Se tratan los detalles del delito de cohecho.

³⁶¹ La STS de 28 de noviembre de 1.956. Los hechos probados se basan en que Millán, Juan Ramón, Gerardo, José Daniel, Cesar y Ramón y otros no identificados, pertenecientes a Industrias cárnicas, acordaron hacer un regalo, con motivo de la boda próxima del procesado Bernardo, auxiliar del Servicio de Carnes, Cueros y Derivados y delegado del Matadero de esta ciudad, y advirtiéndole que el otro procesado, José Miguel, jefe provincial interino del Servicio de Carnes, Cueros y Derivados había contraído matrimonio recientemente y que con ambos existían iguales relaciones de amistad, aunque el origen de ella, motivado de su trato en la tarea sindical, resolvieron hacerle otro regalo con el mismo motivo de su boda, encargando al también procesado Ángel Daniel recaudar el dinero suficiente y hacer la entrega en la creencia y con la buena fe de que con ello cumplían una obligación social, y efectivamente, alrededor del 15 de diciembre de 1949 este último procesado entregó a José Miguel 100.000 pesetas y a Bernardo 20.000 pesetas, manifestándoles que así era más práctico y que ellos se adquirieran con ese dinero lo que fuese más conveniente. El procesado José Miguel al verse envuelto en un expediente se apresuró a entregar al Excmo., Sr. Gobernador civil las 100.000 pesetas que había recibido, mostrando su conformidad, como asimismo lo hicieron los demás donantes a que fueran destinadas a beneficencia, y el procesado Bernardo entregó 1.000 pesetas, que se hallan depositadas legalmente. La sentencia estimó que dichos hechos no eran constitutivos de delito alguno.

³⁶² Fundamento de Derecho Único, STS de 28 de noviembre de 1.956

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

requisitos mínimos que deben exigirse³⁶³ han de basarse en el "carácter de (la) recompensa (y al concreto propósito que) no es otro que el de influir en la actuación del empleado público...(e) idoneidad"³⁶⁴. Es decir, han de basarse en la capacidad persuasiva que ostente lo solicitado o recibido en la persona para que ésta incumpla sus obligaciones³⁶⁵.

La STS núm. 362/2.008 de 13 junio³⁶⁶ afirmaba respecto del delito de cohecho **la dificultad de delimitar el alcance acerca de la relevancia típica en determinadas acciones**. Así exponía que, "la **existencia de módulos sociales generalmente admitidos** en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía **forma parte de la normalidad de las relaciones personales**, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios **adquieren carácter típico y cuándo**, por el contrario, **pueden inscribirse en el marco de la adecuación social**"³⁶⁷. En la actualidad se afirma la importancia de las políticas anticorrupción de la empresa³⁶⁸, destacándose la necesidad de la concreción y delimitación de sus costumbres y usos sociales. Se propone para conseguir una mayor transparencia y seguridad jurídica en la entrega de regalos que se

³⁶³ Respecto a la entidad, cualidad o cantidad del beneficio o ventaja para considerarse ilícitos.

³⁶⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía: STJ Núm. 6/2.007 de 20 de marzo 2.007.

Aprobado por el GRECO (Grupo de estados contra la corrupción), en su 62ª Reunión Plenaria, IV Evaluación Greco Informe (2.013), Cuarta Ronda de Evaluación, Prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales. Informe de Evaluación. España, (Estrasburgo, 2 a 6 de diciembre de 2.013).

³⁶⁵ FARALDO CABANA, P., "Hacia un delito de corrupción en el sector privado...*ob. cit.*", pág. 76.

³⁶⁶ Sala de lo Penal, Secc. 1ª, en su F.Jº Segundo.

³⁶⁷ Por ello, la Sala aconseja el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales", STS Núm. 362/2.008 de 13 junio, Sala de lo Penal, Sección 1ª, F.Jº Segundo.

³⁶⁸ NIETO MARTÍN, A., "La prevención de la corrupción", en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Tratados, VV.AA., Valencia 2.015, pág. 314. Este autor afirma que el empleado que se comporte de manera adecuada respecto a los "límites impuestos en la política anticorrupción" podrá asegurarse su impunidad. Así, continúa exponiendo el autor, podrá "seguir la política anticorrupción le permitirá invocar un error, (art. 14 CP) que excluirá su responsabilidad penal", y asimismo, para determinar la adecuación social los jueces deben atender a las políticas de empresa, cuya función es concretar un concepto flexible como lo es el de «adecuación social», (pág. 314)

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

cuenta con un "registro de regalos y atenciones" con el fin de "determinar la adecuación social de la atención"³⁶⁹.

Una de las preguntas que nos realizamos es la siguiente, ¿qué ocurre si la ventaja o beneficio, (si es que se puede cuantificar y es material), se devuelve? Pues bien, podrían deducirse dos posibles consecuencias. Dependiendo del bien jurídico que se esté manteniendo que defiende el presente precepto penal operaría de distinta forma. Es decir, si el bien jurídico protegido es el patrimonio y éste se devolviera, en principio podría operar como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, puesto que nos encontraríamos ante una posible reparación del daño. No obstante, si el bien jurídico protegido es la competencia, el destino o el uso de dicha ventaja o beneficio sería inocuo a efectos penológicos.

En nuestra opinión deben plantearse una serie de criterios³⁷⁰ basados en la imputación objetiva³⁷¹ en aras a poder afirmar la citada trascendencia del

³⁶⁹ NIETO MARTÍN, A., "La prevención de la corrupción", en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Tratados, VV.AA., Valencia, 2.015, pág. 315. Cfr. En el ámbito públco, la naturaleza y el valor de la invitación, en BLANCO CORDERO, I., "Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y otros eventos", en *La Ley Penal*, Núm. 113, Secc. Estudios, Marzo-Abril, 2.015, págs. 8 y 9.

³⁷⁰ Se propondrán una serie de criterios de imputación objetiva alternativos. Véase que existen ciertas discrepancias en torno a sus elementos configuradores de dicha institución; en tal sentido, JAKOBS, G., "La imputación objetiva en el Derecho penal", Ed. Ad-hoc, Argentina, 1.996, así afirma el autor como elementos, "el riesgo permitido", (pág. 28); "principio de confianza", (pág. 29); "prohibición de regreso", (pág. 31); "competencia de la víctima", (pág. 34). A *sensu contrario*, GIMBERNAT ORDEIG, "A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad", ADPCP, Vol. LXVI, 2.013, mantiene como elementos configuradores de la imputación objetiva: "el fin de protección de la norma", (pág. 38); "exclusión de la imputación objetiva cuando la acción dolosa causante del resultado típico es una objetivamente correcta", (pág. 41); "el consentimiento de la víctima en el riesgo como factor excluyente de la imputación objetiva", (pág. 43); "casos de ausencia (o de presencia) de imputación objetiva cuando entre la acción inicial dolosa o imprudente y el resultado típico final se interpone la conducta, también dolosa o imprudente, de un tercero", (pág. 45); "Comportamiento alternativo conforme a Derecho Vs. teoría del incremento del riesgo", (pág. 47).

³⁷¹ Interpretando la imputación objetiva, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, E., "A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

comportamiento típico. No toda creación de un riesgo del comportamiento puede ser objeto de una prohibición del Derecho penal, pues ello significaría una *limitación intolerable de la libertad de acción*³⁷². Nuestra posición doctrinal, en cuanto al lugar, o al encuadre sistemático en que se asienta la imputación objetiva, es la de su pertenencia a la tipicidad³⁷³.

Existe en la práctica un riesgo jurídicamente permitido en la entrega de regalos. En tal sentido existen supuestos donde aun realizándose el comportamiento no se sobrepasa el umbral de exigencia del riesgo permitido. Por esta razón es de vital importancia el desarrollo e implementación de un programa de cumplimiento que delimite en cada sector³⁷⁴ los baremos que determinen la cantidad y calidad de los obsequios, regalos o contraprestaciones.

La siguiente pregunta que debemos contestar es, ¿son conceptos equivalentes «beneficio» y «ventaja»? El legislador une ambas expresiones mediante la preposición «o» en la redacción del precepto. Para ello debemos acudir a las diferencias que de manera brillante desarrolla ROSE ACKERMAN³⁷⁵ en atención a la distinción entre sobornos, precios, propinas y regalos.

culpabilidad...*ob. cit.*, pág. 37, como “un filtro exclusiva y excluyentemente de carácter normativo– que tiene que recorrer un comportamiento doloso o imprudente causante del resultado típico para que pueda afirmarse que concurre en él, definitivamente, el elemento del delito de la tipicidad”. Tratando las diversas posturas de la Teoría de la Imputación Objetiva, (funcionalismo, funcionalismo teleológico moderado, funcionalismo sistémico extremo...), acudir a PRUNOTTO LABORDE, A., “Causalidad e imputación objetiva”, Ed. Juris, Argentina, octubre, 2.004, págs. 315 a 366

³⁷² BACIGALUPO ZAPATER, E., “Derecho penal. Parte general...*ob. cit.*, pág. 272

³⁷³ Acudir a SEGRELLES DE ARENAZA, I., “Teoría Jurídica del delito y sobreseimiento”, La Ley Penal, Núm. 122, septiembre-octubre, 2.016, pág. 6, cuando expresa que, “...la parte objetiva del tipo del injusto incluye la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido y la imputación objetiva de la acción y del resultado”. Asimismo, acudir a GIMBERNAT ORDEIG, E., “A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad...*ob. cit.* pág. 37, cuando expone, “...la concepción de la imputación objetiva como un criterio normativo perteneciente al tipo objetivo”.

³⁷⁴ Habida cuenta de las exigencias de cada sector o entorno mercantil.

³⁷⁵ ROSE-ACKERMAN, S, “La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma”, Ed. Siglo veintiuno de España editores, Madrid, 2.001, págs. 125 y ss.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

ROSE ACKERMAN expone que la dificultad de distinguir los regalos de los sobornos radica “en su similitud fundamental”³⁷⁶, en tanto que en ambos casos el sistema legal no autoriza una retribución. Los pagos tanto en dinero como en especie implican obligaciones recíprocas³⁷⁷.

En función de la jerarquía empresarial se ha venido estableciendo una denominación al soborno³⁷⁸. Ello puede contestarse mediante el siguiente cuadro del autor³⁷⁹:

PAGOS POR CLIENTES		
	COMPENSACIÓN	AUSENCIA DE COMPENSACIÓN EXPLÍCITA
PAGO AL SUPERIOR	PRECIO	REGALO
PAGO AL SUBORDINADO	SOBORNO	PROPINA

Al acudir a distintas definiciones que la RAE establece respecto al beneficio y ventaja, observamos lo siguiente. Cuando se ocupa de definir el beneficio (Del lat. *beneficium*) muestra siete definiciones. De entre todas nos interesa destacar, tan solo, la primera (*bien que se hace o se recibe*), la segunda (*utilidad*) y la séptima (*ganancia económica que se obtiene de un negocio, inversión u otra actividad mercantil*).

³⁷⁶ *Ibidem.*, págs. 125.

³⁷⁷ *Ibidem.*, pág. 127. “Aunque no implican explícitamente reciprocidad...muchos generan obligaciones implícitas”

³⁷⁸ *Ibidem.*, pág. 127

³⁷⁹ *Ibidem.*, pág. 127

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

Por otro lado, ventaja viene de *aventaja*. La RAE propone cinco definiciones que nos parece muy interesantes destacar; la primera (*superioridad o mejoría de alguien o algo respecto de otra persona o cosa*); la segunda (*excelencia o condición favorable que alguien o algo tiene*), la tercera (*sueldo sobreañadido al común que gozan otros*); la cuarta (*ganancia anticipada que un jugador concede a otro para compensar la superioridad que el primero tiene o se atribuye en habilidad o destreza*), y quinta (*en algunos juegos de equipo, beneficio que se obtiene de una falta cometida por el contrario*).

Proponemos las siguientes posibilidades interpretativas:

CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN		
BENEFICIO		VENTAJA
CRITERIO TEMPORAL O DE COMPENSACIÓN		
A CORTO PLAZO		A LARGO PLAZO
CRITERIO GRAMATICAL		
AUMENTO O INCREMENTO DEL RENDIMIENTO PARTICULAR O PERSONAL DE CUALQUIER ÍNDOLE		SUPERIORIDAD RESPECTO A UN IGUAL, PROPORCIONADA PARA UNA MEJORA EN UN ESTATUS

Criterio gramatical: las ventajas muestran o reflejan *una superioridad respecto a un igual* (que podría ser un competidor) *proporcionada para una mejora en un estatus*. Mientras que el beneficio es una recepción o entrega de una cosa como el aporte personal que ofrece o, el rendimiento como resultante de una actividad mercantil o negocial.

Criterio temporal: el beneficio puede sintetizarse en la corrupción entre particulares como el aumento o incremento del rendimiento particular o personal de cualquier índole (a corto plazo). No obstante, si tal beneficio se prolonga en el tiempo, podría hablarse de ventaja.

En nuestra opinión, el legislador, desde una concepción amplia, pretende interpretar el beneficio o ventaja como manifestación de una misma realidad. Esto es, como cualquier género de propuesta irregular y, por ende ajena a la causa y objeto del contrato mercantil que posee la intensidad suficiente para modificar o mutar la ortodoxa y neutra voluntad de las partes en el contrato. Y ello en tanto que el soborno³⁸⁰ distorsiona las reglas de mercado al atentar a la confianza de los potenciales operadores de las transacciones en los negocios. Esta opción es la que nos parece más acertada en atención a los argumentos esbozados en este trabajo. No obstante desde el punto de vista técnico o casuístico puede acudirse a los diferentes criterios expuestos, que sin perjuicio de no compartirlos resultan sugerentes desde el punto de vista interpretativo.

³⁸⁰ Como sinónimo de beneficio o ventaja no justificado.

5. CONCLUSIONES

Primera.- Nos encontramos ante un delito de mera actividad³⁸¹ donde “la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y, por tanto, no se produce un resultado separable de ella”³⁸². En el tipo penal que nos ocupa³⁸³ la conducta no es separable espacio-temporalmente del resultado. El injusto resulta perfeccionado por el mero hecho de realizar los verbos descritos en el tipo. Esto es, prometer, ofrecer o

³⁸¹ Afirmando que nos encontramos ante un delito de mera actividad, ver CASTRO MORENO, A., "El nuevo delito de corrupción privada...*ob. cit.*, pág. 7. En el mismo sentido, OTERO GONZÁLEZ, P., "Delito de Corrupción entre particulares...*op. cit.*, pág. 177. En el mismo sentido, SÁNCHEZ MELGAR, J., "La Corrupción en el sector privado...*ob. cit.*, págs. 31 y ss. En el mismo sentido, GILI PASCUAL, A., "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2007", REPCPC, N° 9, 2.007, pág. 34. En el mismo sentido, GONZALEZ BLESA, F.J., "Delito de corrupción entre particulares: comentarios y críticas al artículo 286 Bis CP", Noticias Jurídicas, Artículos doctrinales, Mayo 2.012, pág. 11. En el mismo sentido, CAMPANER MUÑOZ, J., "La corrupción entre particulares", Ed. Lex Nova, pág. 2. En el mismo sentido, VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P., "Derecho Penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura", Diario La Ley, Núm. 6314, septiembre, 2.005, pág. 8. Este autor mantiene que es punible la mera solicitud de la dádiva aunque no se produzca su entrega, y también la mera promesa u ofrecimiento de la dádiva aunque ésta no sea aceptada". También en VÁZQUEZ IRUZIBIETA, C., "De la corrupción en los negocios", en Código Penal comentado, Ed. Atelier, Barcelona, 2.015, pág. 503

³⁸² ROXIN, C., "Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos y Estructura Jurídica del delito...*ob. cit.*, págs. 328 y ss. El autor establece como ejemplos de esta tipología, los delitos de allanamiento de morada, el falso testimonio, acciones sexuales... Este autor, matiza dicha explicación, "todo delito tiene un resultado; en los casos de mera actividad, el resultado radica en la propia acción del autor, que se presenta como realización del tipo y, en los delitos de resultado habrá que considerar el resultado en el sentido de la teoría de la imputación como abarcado por la acción típica de modo que su separación solo tiene una importancia relativa...No todos los tipos se pueden encuadrar claramente en los delitos de resultado o de actividad...". Frente a los delitos de actividad se encuentran clasificados los delitos de resultado, donde "el resultado consiste, en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor. Un delito de resultado, entre la acción y el resultado hay una distancia temporal y espacial". Asimismo, continúa exponiendo el autor, "el conocimiento por parte de un tercero es un proceso autónomo frente a la acción del autor, pero necesario para que se cumpla el tipo...".

³⁸³ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A. "Derecho Penal. Parte especial", Ed. Dykinson 2.010, ed. 15ª, pág. 528.

conceder cualquier beneficio o ventaja. El tipo “se cumple con la intromisión,...que lleva en sí misma su desvalor y, cuya punibilidad no presupone ningún resultado ulterior”³⁸⁴. Para la comprobación de la consumación del hecho solo es preciso examinar la existencia de la propia acción del autor, coincidiendo, asimismo, la tentativa acabada³⁸⁵ con la consumación del delito³⁸⁶.

Segunda.- La falta de incorporación del titular de la empresa se fundamenta en que el empresario espera que sus colaboradores y trabajadores se comporten de una determinada forma. Es decir, de manera coherente a sus mandatos, de forma coherente al objeto y causa contractual y en beneficio de la empresa³⁸⁷. El comportamiento expresado en el art. 286 bis busca castigar a terceros relacionados con la empresa, no al propio empresario, en tanto que el ordenamiento jurídico ya castiga cualquier otra suerte de comportamientos ilícitos realizados por éste.

Tercera.- La expresión "incumplir" es sinónimo de "indebido". El legislador busca una concreta motivación en los operadores mercantiles. Las partes negociales deben ostentar un rol en el que no tiene cabida el soborno, en tanto que atenta a la competencia leal. El soborno representa un «interés ajeno» a la esencia del negocio, y supone una distorsión en la motivación de las partes contratantes al infectar su voluntad. Cuando se negocia se parte de una ortodoxa concepción de la voluntad que se centra o circunscribe en un concreto bien o servicio objeto de contrato. El soborno³⁸⁸ constituye un elemento anómalo y en tal sentido ajeno a los elementos esenciales del contrato.

Cuarta.- El beneficio o ventaja son manifestaciones de una misma realidad, debiéndose interpretar como cualquier género de propuesta irregular y, por ende ajena a

³⁸⁴ ROXIN, C., "Derecho Penal. Parte General", Tomo I, Fundamentos y Estructura Jurídica del delito,...*ob. cit.*, pág. 328.

³⁸⁵ Esto es, el momento en el que el autor ha hecho todo lo necesario para provocar el resultado.

³⁸⁶ ROXIN, C., "Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Fundamentos. Estructura Jurídica del delito,...*ob. cit.*, pág. 328.

³⁸⁷ Evidentemente, en su propio beneficio como persona que encabeza los intereses de la empresa.

³⁸⁸ Beneficio o ventaja no justificado.

la causa y objeto del contrato mercantil, con intensidad suficiente para modificar o mutar la ortodoxa y neutra voluntad de las partes en el contrato. El soborno³⁸⁹ distorsiona las reglas de mercado al atentar a la confianza de los potenciales operadores de las transacciones en los negocios.

³⁸⁹ como sinónimo de beneficio o ventaja no justificado.

II. BIEN JURÍDICO

Antes de nada debemos dejar apuntados una serie de criterios que utilizaremos en este trabajo. En primer lugar, para abordar el análisis de este precepto penal utilizaremos la estructura bipartita del delito³⁹⁰. Y en segundo lugar, a pesar de que la mayor parte de la doctrina adopta un criterio mixto de función de la norma, nosotros adoptaremos un modelo neoclásico valorativo³⁹¹ como forma de explicar la diferencia normativa entre la antijuridicidad y la culpabilidad³⁹².

³⁹⁰ Respecto al desarrollo de la estructura bipartita y tripartita del delito, acudir a ROXIN, C., "Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito...*ob. cit.*, págs. 284 y ss. Asimismo, acudir a la lectura de la obra de SCHÜNEMANN, B., "El propio sistema de la teoría del delito", Revista InDret, Núm. 1, Barcelona, 2.008, (pág. 14); en la misma se afirma que, "los (únicos) elementos básicos del sistema penal son el injusto y la culpabilidad, ambos en un sentido específicamente penal. Es decir, por un lado, una acción socialmente intolerable, lo cual fundamenta la necesidad de la intervención penal y, por el otro, una reprochabilidad personal cualificada, que legitima la aplicación del mal de la pena al autor. Por el contrario, la tipicidad es solo una categoría heurística...En el debate sobre la «topografía» correcta solo se puede sostener una estructura bipartita del delito, mientras que la estructura tripartita tradicional, imperante en la doctrina alemana, representa un tradicionalismo erróneo, desde el punto de vista lógico, similar al de la escuela de los elementos del sistema penal francés,... La vuelta de los fines del Derecho penal a dos valores fundamentales, la dañosidad social del comportamiento y la reprochabilidad personal frente al autor individual, constituye, además, la colocación de las bases decisivas para una topografía bipartita del sistema de Derecho penal,...".

³⁹¹ Críticamente, WELZEL, H., "Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*, págs. 45 a 49. En contra del concepto causal de la acción se oponen serias dudas: a) no responde a la verdadera estructura de la acción en tanto destruye la función de la finalidad dentro de ella, y la reduce a un proceso meramente causal. Se equivoca en determinar la función del dolo en la acción. "El dolo no es un reflejo secundario de la acción exterior, sino el factor que la anticipa mentalmente, que sobre determina finalísticamente el acontecer de la acción, y que no puede, por tanto, ser separado, porque pertenece a él como factor creador"; b) Asimismo, expone que el concepto finalista de acción- a diferencia del causalismo- se basa en os tipos del derecho penal; c) "tampoco para los tipos culposos satisface la teoría de la acción causal,..esos tipos deberían ser cumplidos por toda lesión de bienes jurídicos causada por un acto de voluntad. El derecho no puede prohibir lesiones de bienes jurídicos a secas...".

³⁹² MEZGER, E., "Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General", Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1.958, pág. 134. Este autor afirma al respecto que, "distinguimos,... una *norma* objetiva de *valoración* del derecho que materializa esa ordenación objetiva de vida y una *norma* subjetiva de

determinación que se deduce de aquella norma y que se dirige al individuo y le dice y le quiere decir lo que debe hacer y omitir para satisfacer dicha norma de valoración. Lo que contradice la norma objetiva de valoración es «*antijuridicidad objetiva*» o, como se acostumbra a decir en la actualidad, «*injusto*»... la norma objetiva de valoración del derecho puede referirse tanto a la *conducta externa* («objetiva») como a la *conducta interna y psíquica* ("subjctiva"). Por consiguiente, las palabras «*objetivo-subjctivo*» tienen un *significado distinto*; sin embargo, siempre se las ha confundido: nosotros las tendremos rigurosamente separadas: el derecho es una ordenación «objetiva» de vida, en tanto que materializa, sin una relación con sujetos determinados (que se realiza convirtiéndose en la «norma de determinación»), una valoración de sucesos sociales que, sin embargo, no necesita estar limitada a sucesos externos «objetivos». La conversión a lo «subjctivo» se realiza allí en la transición desde la norma de valoración a la de determinación y aquí, en cambio, en la transición desde la valoración del suceso externo (objetivo) a la del suceso interno (subjctivo)...la antijuridicidad es un juicio "general-objetivo", pero no, necesariamente, un juicio sobre «sucesos objetivos del mundo externo»...". En un sentido contrario, ver MIR PUIG, S., "Derecho Penal. Parte General", Ed. Reppertor, Barcelona, 2.011. Este autor afirma que, (la construcción de Mezger), "...no puede ser aceptada en cuanto atribuye el carácter de norma a la mera valoración. Valorar no es todavía *normar*. Conviene distinguir entre valoraciones y normas. El Derecho está integrado de ambas cosas, además de constar de principios. Así, por ejemplo, si el Derecho valora positivamente el bien de la vida humana, ha de valorar negativamente toda muerte de un ser humano, y, sin embargo, no puede prohibir mediante sus normas toda causación de muerte, ni siquiera por parte de un ser humano, sino solo las producidas por conductas voluntarias previstas en un tipo penal no justificadas y evitables por el sujeto. Pero, si las valoraciones jurídicas no bastan para la existencia de normas determinadoras de conductas concretas, resultarán insuficientes para quien vea en la función directiva (de determinación)", (pág. 69). El autor se realiza la siguiente pregunta, "¿establecen las normas penales meras *valoraciones* acerca de las conductas delictivas, poseen por el contrario carácter *imperativo*, o existen normas penales de una y otra naturaleza? Una norma sería (solo) de valoración si se limitase a expresar un *juicio de valor*, positivo o negativo, sin imponer ningún imperativo concreto dirigido a su destinatario. «Norma de determinación» significa, en cambio, la expresión de un *mandato o prohibición* que trata, a modo de imperativo o directivo, de *determinar* la conducta de su destinatario. En el ámbito del Derecho penal de la pena la discusión de esta alternativa tiene sentido con relación a las «normas primarias» dirigidas al ciudadano...las «normas secundarias» dirigidas al Juez tienen carácter imperativo, puesto que sin duda *ordenan* la imposición de una pena. En cambio, cabría discutir si las normas primarias son de valoración o de determinación. Así, en el primer caso el precepto que castiga al homicidio establecería para el ciudadano un mero juicio desvalorativo de la conducta homicida, según el cual «el homicidio es lo suficientemente grave para merecer la pena señalada». Ello no implicaría ningún imperativo dirigido a los ciudadanos para que no mataran. Entendidas, por el contrario, como normas de determinación, las normas primarias expresarían la prohibición de realizar la conducta penada". Respecto a la antijuridicidad penal consistente en la infracción del imperativo normativo, ver MIR PUIG, S., "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", RECPC (RECPC), Núm. 6, 2.004. Hablando de la norma de determinación y norma de valoración, ver ROXIN, C., "Derecho Penal. Parte General". Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,...*ob. cit.*, págs. 322 y ss. Afirma el autor: "la concepción actualmente dominante, a diferencia de lo que sostenía Mezger, considera ya la norma en la que se basa el injusto como imperativo, como norma de determinación, que se dirige a la voluntad humana y le dice al individuo lo que debe hacer y dejar de hacer;...la concepción hoy dominante pone

Por lo tanto, la base del tipo del injusto³⁹³ será prevalentemente objetiva, salvo la eventual concurrencia del elemento subjetivo³⁹⁴ del injusto³⁹⁵. De aquí que en dicha

también en la base del injusto una norma de valoración, en cuanto que la realización antijurídica del tipo se desaprueba por el Derecho como algo que no debe ser. Según esto, mientras que la infracción contra la norma de determinación fundamenta el desvalor de la acción y se agota en el mismo, la norma de valoración también abarca adicionalmente el resultado, de tal modo que el delito consumado supone un injusto más grave que la mera tentativa". Para ahondar más en este aspecto, acudir a "la norma de determinación, valoración de la norma, y tipo penal" expuesta por MIR PUIG, S., "Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal", en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, VV.AA., Tomo II, Ed. Edisofer, Madrid, 2.008, págs. 1.307 y ss. En relación con las distintas propuestas del concepto material de delito, ver OBREGÓN GARCÍA A., y GÓMEZ LANZ, J., "Derecho Penal. Parte General: elementos básicos de teoría del delito...*ob. cit.*", págs. 28 y ss. Estos autores realizan una crónica de la transformación del concepto material del delito; a saber, "*clasicismo* (2ª mitad del Siglo XIX-principios del Siglo XX), desarrollada principalmente por los representantes de normativismo alemán BELING, BINDING, VON LISZT...caracterizado por la influencia del positivismo jurídico, dando lugar a un concepto de carácter objetivo y forma, tendente...a satisfacer las necesidades de seguridad jurídica..."; "*neoclasicismo* (principios del Siglo XX, Tratado de MEZGER de 1.931), el concepto de delito neoclásico es principalmente valorativo y sus elementos se encuentran estrechamente ligados, particularmente en lo que se refiere a la relación entre acción, tipicidad y antijuridicidad"; "*finalismo*, (años treinta, difusión después de la II Guerra Mundial), su máximo exponente WELZEL, parte de los postulados filosóficos y metodológicos que condicionan la elaboración dogmática de la teoría del delito...el ontologismo finalista propugna que los valores residen en la naturaleza de las cosas y constituyen estructuras lógico-objetivas que limitan el conocimiento del sujeto. La concepción finalista del delito es ante todo una nueva concepción de la acción..."; "*funcionalismo* (último tercio del Siglo XX),...". Tratando el carácter valorativo o imperativo de la norma penal, la naturaleza objetiva o subjetiva de la antijuridicidad, acudir a HUERTA TOCILDO, S., "Sobre el contenido de la antijuridicidad", Ed. Tecnos, Madrid, 1.984, el autor trata el desvalor de acción y desvalor de resultado en la constitución del injusto, (págs. 17 a 74).

³⁹³ Injusto como esencia de la antijuridicidad. Al respecto, MEZGER, E., "Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General...*ob. cit.*, 1.958, pág. 131. Ver también en BELING, E., "Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo", Ed. Librería El For, Buenos Aires, 2.002, pág. 46.

³⁹⁴ Único elemento subjetivo integrante en el juicio de antijuridicidad en esta estructura de la teoría jurídica del delito.

³⁹⁵ Posteriormente se tratará este elemento del tipo del injusto, donde se atenderá a una de las principales cuestiones que deben ser atendidas, ¿aporta dicho elemento subjetivo en el precepto que analizamos algo ajeno al dolo (culpabilidad)? Acudir, así a MEZGER, E., "Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General...*ob. cit.*, 1.958, pág. 79, cuando el único elemento que no deshecha del juicio de antijuridicidad es el elemento subjetivo del injusto, "...no se deben descuidar o eliminar totalmente el aspecto "subjetivo" del hecho punible, la voluntad junto con el resultado, los elementos subjetivos del injusto sobre una base objetiva del derecho y de la anti juridicidad, la realización consecuente de una teoría de la culpabilidad basada en la voluntad subjetiva, el punto de arranque subjetivo en la teoría de la tentativa y

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

estructura no introduzcamos el dolo o la imprudencia como representación de la tipicidad subjetiva. En nuestra estructura no existe dicha distinción; el dolo y la imprudencia son formas propias del juicio de culpabilidad³⁹⁶ y ajenas, por ende, al juicio de antijuridicidad³⁹⁷. La piedra angular de la antijuridicidad³⁹⁸ es el bien jurídico, y la antijuridicidad la manifestación del injusto material o dañosidad social o lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, único supuesto en que podrá justificarse la injerencia del *ius puniendi* estatal³⁹⁹.

de la participación, etc. Ambos aspectos del hecho punible son indispensables. "Una cosa es inatacable: todo hecho punible presenta un aspecto concreto (objetivo) y personal (subjetivo)".

³⁹⁶ MEZGER, E., "Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General", Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1.958, pág. 131. "...la culpabilidad destaca la imputación personal del autor".

³⁹⁷ *Ídem.*, pág. 131. Esta antijuridicidad (injusto) significa, el juicio inter-personal-objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico,...". En el mismo sentido, BELING, E., "Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo...*ob. cit.*, págs. 43 y 47, "la antijuridicidad de la conducta es, sin excepciones, el presupuesto general de la punibilidad... además de su característica de ser contraria al Derecho, la acción antijurídica vulnera otros valores que dan sustento político a las normas jurídicas. Tales valores están representados por las normas de cultura, según la denominación de Mayer, que permiten acceder a la noción del injusto como esencia de la antijuridicidad. Lo injusto es, en este sentido, lo que lesiona aquellos valores superiores, que representan el sentido ético de la comunidad en un momento dado de su historia". Diferente en WELZEL, H., "Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*, pág. 58, donde "la antijuridicidad es un juicio de valor objetivo, en cuanto se realiza sobre la acción, en base a una escala general... del orden social jurídico", pero, "el objeto que se valora, la acción, es, en cambio, una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos (psíquicos)". Sobre lo sistema clásico y dualismo, acudir a PORCIÚNCULA, J.C., "Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia la «exteriorización de lo interno»", Ed. Atelier, Barcelona, 2.014, págs. 96 a 103.

³⁹⁸ MEZGER, E., "Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General...*ob. cit.*, pág. 131, "una acción es punible solo si es antijurídica. La antijuridicidad, o, como se acostumbra decir en la actualidad, el INJUSTO, es el presupuesto imprescindible de todo hecho punible. Antes, el término más usado era "antijuridicidad", que significa, sencillamente, que el delito constituye una violación del derecho,...". Acudir a DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., tratando las teorías del deber jurídico material o de la antijuridicidad material en su obra "Omisión e injerencia en Derecho Penal", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.006, págs. 148 y ss.

³⁹⁹ DE TOLEDO Y UBIETO, E.O, "Sobre el concepto del Derecho penal", Ed. Universidad Complutense Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, Madrid, 1.981, págs. 336. Acudir, asimismo, a la lectura de HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.989, "el concepto de *bien jurídico* ofrece al legislador un criterio bastante aceptable como principio inspirador de sus decisiones en materia penal: solo las acciones que pongan en peligro o lesionen un bien jurídico pueden ser objeto del Derecho penal", (pág. 20); "el bien jurídico solo puede llegar a serlo -más allá de cualquier tipo de fundamentación normativa,

A continuación nos ocuparemos de uno de los elementos más relevantes del tipo del injusto⁴⁰⁰, el bien jurídico. Interpretándolo en su concreta "función protectora" como

cuando existe una clara necesidad social, que con cierta frecuencia se ponga en peligro o se lesione y cuya lesión produzca sentimientos reales de amenaza. Esta triple cualidad del bien jurídico determina también la intensidad y la jerarquía en su protección", (pág. 70). Sobre los límites del Derecho Penal, acudir a SCHÜNEMANN, B., "Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado de Derecho Liberal", en Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo, VV.AA., Ed. Atelier, Barcelona, 2.012, págs. 65 a 67. Asimismo, sobre los límites al *ius puniendi*, acudir a ABEL SOUTO, M., "Teorías de la pena y límites al *ius puniendi* desde el Estado democrático", Ed. Dilex, Madrid, 2.006, págs. 69 a 75, en cuanto a los límites del *ius puniendi* desde el Estado democrático, el principio de ofensividad, el principio de intervención mínima y el principio de proporcionalidad.

⁴⁰⁰ Utilizamos el concepto de tipo como conjunto de elementos y características que definen lo injusto. En tal sentido acudir a SEGRELLES DE ARENAZA, I., "Teoría Jurídica del delito y sobreseimiento", LA LEY Penal, Núm. 122, septiembre-octubre 2.016, como "el conjunto de características y elementos que definen lo injusto", "Desde un punto de vista neoclásico, partiendo de que el tipo (de injusto) es, como hemos visto, el conjunto de elementos que constituye lo injusto, (págs. 5 y 6). Ver en un sentido similar a BACIGALUPO ZAPATER, E., "Manual de Derecho Penal. Parte General", Ed. Temis, ed. 3ª, Santa Fe, Bogotá, 1.996, págs. 80 y ss. Este autor al respecto afirma, "En general, "tipo" es una expresión que designa todo conjunto de elementos unidos por una significación común. El *tipo penal* es el conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma". BACIGALUPO ZAPATER, realiza la siguiente distinción según su contenido, "*Tipo garantía*: contiene todos los presupuestos que condicionan la aplicación de una pena. *Tipo sistemático*: es el tipo en sentido estricto, el que describe la acción prohibida por la norma. El tipo sistemático coincide con el *tipo de error*: los elementos objetivos de este tipo son los que, en su caso, debe haber conocido y querido el autor para que pueda afirmarse que obró con dolo; el error sobre uno de esos elementos excluye el dolo". JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T., "Tratado de Derecho Penal. Parte General...ob. cit., pág. 262. Ver el sentido cuando afirma que, "...en el tipo deben encontrar acogida todos aquellos elementos que fundamentan el contenido material de injusto del hecho punible. El tipo debe proporcionar claridad acerca de cuál es el bien jurídico en el que el legislador ha pensado como sentido de la norma penal, qué objetos de la acción entran en consideración..., en qué consiste la acción u omisión prohibida, si una u otra deben haber causado una lesión o solo un peligro concreto para el bien jurídico...". En este momento no nos referimos al "tipo" como "tipo de la acción punible, ver MEZGER, E., "Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General...ob. cit., págs. 81 y ss. Asimismo, para ver otras referencias, como por ejemplo "tipo de injusto", ver ROXIN, C., "Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito...ob. cit., págs. 281 y ss. Para comprobar la expresión delito-tipo: BINDING, E., "La doctrina del delito-tipo", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1.944, págs. 44 y ss., cuando afirma que "«el» delito-tipo significa solo la función de los distintos contenidos como «esquema» para la figura delictiva correspondiente". Continúa exponiendo el autor que, "todo delito-tipo traza fundamentalmente el cuadro abstracto de un acontecimiento vital de determinada clase, y cuenta con que el examen de los hechos humanos establezca si éstos corresponden a ese cuadro. En este sentido, todos los contenidos del delito-tipo son equivalentes entre sí. De acuerdo con los elementos o notas del delito-tipo se pueden distinguir

"medio valioso e imprescindible para interpretar correctamente la esencia íntima de los preceptos del derecho penal"⁴⁰¹.

grupos de delito-tipos, que luego permiten una agrupación de clases de delitos...El contenido de cualquier delito-tipo traza una línea delimitativa alrededor del acontecimiento «configurado». Su sello característico lo recibe el verbo en él contenido...Todo verbo típico sugiere en nosotros la representación de una antítesis cuádruple: la antítesis...El delito-tipo («*gesetzliche Tatbestand*») es un concepto fundamental para todo el Derecho Penal. Su importancia no se limita a la de constituir el esquema unitario para cada figura delictiva autónoma, esquema en el cual todas las características de éstas se enhebran como en un hilo...por de pronto, no puede prescindirse de él para la clara comprensión de la esencia de las figuras delictivas subordinadas (las «formas mediatas»). Tratando el fundamento del injusto como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos o el injusto como infracción de deberes, acudir a ALCÁCER GUIRAO, R., "¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?: apuntes sobre el concepto material del delito", Ed. Atelier, Barcelona, 2.013, págs. 17 y ss. Y, asimismo, a FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., "Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva," Ed. Reus, Madrid, 2.007, este autor interpreta "la protección de bienes jurídicos como una función derivada de la protección de normas mediante la pena", (pág. 21); asimismo, expone que, "...si se enfatiza demasiado la idea de protección de bienes ello tiene un efecto expansivo de la responsabilidad penal, mientras la relativización de esa idea mediante criterios normativos da lugar a una restricción de la intervención jurídico-penal", (pág. 61).

⁴⁰¹ MEZGER, E., "Derecho Penal", Libro de Estudio, Parte General, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1.958, págs. 159 y ss. Asimismo, MAURACH, R., "Tratado de Derecho Penal", Ed. Ariel, Barcelona, 1.962, págs. 253 y ss. Este autor afirma, "El bien jurídico constituye el núcleo de la norma y del tipo. Todo delito amenaza un bien jurídico...No es posible interpretar, ni por lo tanto conocer, la ley penal, sin acudir a la idea de bien jurídico". Ver también a MARTÍNEZ GONZALEZ, M.I., y NÚÑEZ CASTAÑO, E., "Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General", Ed. Tecnos, ed. 2ª, Madrid, 2.010, págs. 35 y ss. Asimismo, acudir a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Derecho Penal económico y de la empresa", Ed. Tirant lo Blanch, ed. 3ª, Valencia, 2.011, págs. 139 y ss. Al respecto acudir a la visión procedimental del bien jurídico. Este autor afirma que, en el marco de la concepción significativa de la acción denominada pretensión de ofensividad o de lesividad (basada en la idea de bien jurídico) pasa por un primer plano, representando el primer tópico de la argumentación en torno a la validez de la norma, antepuesto a todas las categorías del sistema penal...el bien jurídico se erige en el primer momento en el proceso de justificación de la intervención penal...el primer requisito...para la legitimidad del castigo penal". Asimismo, sigue exponiendo el autor, "...la concepción procedimental del bien jurídico se muestra estrechamente vinculada a la que sustenta la jurisprudencia constitucional en el ámbito de los principios de intervención mínima y de proporcionalidad: el bien jurídico aparece configurado en términos de justificación, como todo aquello cuya tutela legitima el castigo". Asimismo, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Estudios de Derecho Penal Económico", Ed. Civitas, Thomson Reuters, Colección: Estudios y Comentarios Legislación, ed. 1ª, Navarra, 2.009, pág. 82. Este autor afirma que, "la determinación de cuál es el bien jurídico protegido por una norma penal nos suministra...una importante información relativa a los presupuestos axiológicos del sistema, y facilita con ello su evaluación y crítica desde esa misma perspectiva valorativa...la íntima conexión existente

entre norma penal y bien jurídico-penal, objeto de protección de aquella fuerza a que la determinación éste pase principalmente y ante todo, por la interpretación de los términos con los que la norma se anuncia...En otro sentido, JAKOBS, G., "Estudios de Derecho Penal", Ed. Civitas, ed. 1ª, Madrid, 1.997, págs. 22 y ss. Este autor mantiene una "desvinculación de la misión del Derecho penal respecto de la función de protección de bienes jurídicos...no se puede considerar como misión de la pena la evitación de lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien la confirmación de la vigencia de la norma...Esa desvinculación se produce...mediante la distinción...entre bien jurídico (objeto de protección...de *algunas* normas...y bien jurídico penal, que sería el aseguramiento de las expectativas normativas esenciales frente a sus defraudaciones o, lo que resulta igual, la vigencia efectiva de las normas en que esas expectativas se fundamentan...". Asimismo, ver el concepto de bien jurídico en JAKOBS, G., "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación", Ed. Marcial Pons, Madrid, 1.995, págs. 50 y 51. En su opinión, "un bien es una situación o hecho valorado positivamente", interpretándose por "situación", los objetos (corporales y otros) y los estados y procesos. En su opinión, "un bien llega a convertirse en bien jurídico por el hecho de gozar de protección jurídica". El bien jurídico "se determina de forma positivista y el concepto abarca todo lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica es valioso para ésta". El bien jurídico debe interpretarse como "sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares" o como "abreviatura de la idea de fin". Asimismo, según este autor un bien es bien jurídico cuando se encuentre configurado como derecho del titular; no existen los bienes jurídicos "que fluctúan libremente sin estar asignados a un titular", (pág 60). Acudir a JAKOBS, G., "Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal", Thomson Civitas, Madrid, 2.003, pág. 60. Asimismo, JAKOBS, G., "Imputación jurídico-penal. Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma", en *Problemas capitales de derecho penal moderno, Libro homenaje a Hans Welzel*, VV.AA. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1.988, págs. 33 a 35. El autor afirma que "el Derecho penal tiene la misión de garantizar la identidad de la sociedad. Eso ocurre tomando el hecho punible en su significado, como aporte comunicativo, como expresión de sentido, y respondiendo ante él. Con su hecho, el autor se aferra a la afirmación de que su conducta, esto es, la defraudación de una expectativa normativa en cuestión es un accesorio no determinante para la sociedad". También JAKOBS, G., ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? en *El funcionalismo en Derecho penal, Libro homenaje al profesor Günter Jakobs*, Coord. MONTEALEGRE LYNETT, E., Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.003, págs. 42 y 43, "el derecho penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques, y solo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecerán en la lente del derecho, y serán, por consiguiente bienes jurídicos...el Derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los viene, sino el derecho es la estructura de la relación entre las personas. Por lo tanto, el derecho penal como protección de bienes jurídicos significa (¡en todo caso!) que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona...el lugar de la afirmación de que el derecho penal persigue la protección de bienes jurídicos, también puede plantearse -con mayor corrección-...que el derecho penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes", (pág. 42); "el derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos", (pág. 43). Asimismo, pág 493, "...el principio mismo de la protección de bienes jurídicos. Este principio induce a creer en la legitimación de todo aquello que puede ser puesto en relación positiva con el bien jurídico. Lo que con razón se puede calificar como un ataque peligroso a un bien jurídico tiene que ser, según parece, socialmente nocivo, si se intenta definir

el estado de integridad de la sociedad por la intangibilidad de los bienes jurídicos”. Analizando el concepto de bien jurídico, evolución y límites del Estado democrático, acudir a OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.O, "Sobre el concepto del Derecho penal...*ob. cit.*, págs. 336 y ss. Respecto al problema del concepto de bien jurídico penal, acudir a ALONSO ÁLAMO, M., "Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los Derechos Humanos", Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 2.014, págs. 24 y ss. Este autor afirma que, "...existe un concepto y diferentes concepciones o teorías sobre el bien jurídico, entendiendo, con Dworkin, que el contraste entre concepto y concepción es el contraste entre diferentes niveles de abstracción, que en el concepto se concentran las ideas utilizadas indiscutiblemente en todas las interpretaciones, y en la concepción o concepciones se identifican y asumen las controversias latentes en la abstracción conceptual...será preciso, pues, establecer las exigencias mínimas, las propiedades, los rasgos generales, acaso el «aire de familia», que informan la noción o el concepto de bien-jurídico-penal...y examinar...las diferentes concepciones, que presentan un acusado dinamismo histórico, pueden contribuir, incluso si son contradictorias entre sí, a aclarar el concepto...las diferentes concepciones sobre el bien jurídico son expresión de diferentes opciones filosóficas-políticas; la orientación filosófico-política de que se parta arrastra o prefigura lo que deba entenderse por bien jurídico penal hasta el punto de que, cabe decir, establece una narrativa en la que el bien jurídico penal debe encajar como la pieza de un puzzle...Indiscutiblemente, el bien jurídico penal posee siempre una fuerte carga valorativa, lo que sea bien jurídico penal se decide, en último término, mediante un juicio de valor que eleva el «bien» a «bien jurídico penal»...Pero la cuestión es que si el juicio de valor se haya vinculado a criterios previos materiales (ético sociales, constitucionales-que a su vez se remiten a criterios previos-etc.) y/o procedimentales, o si la desvaloración de la conducta «crea el objeto de protección» y, en todo caso, si es un valor el objeto de protección o, por el contrario, bien jurídico es la materia de la valoración”. Para analizar el estado de la teoría del bien jurídico, (teorías funcionalistas de la pena, la estructura del debate del bien jurídico) y, la legitimación de normas basadas en principios, (el principio del daño, el principio de ofensividad), la protección paternalista, la protección penal de valores, acudir a SEHER, G., “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, en *La teoría del bien jurídico*, VV.AA., en Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.007, págs. 78 y ss., "una vez se propone la protección penal de un determinado hecho (un interés, un recurso, un valor, etc.), debe mostrarse de modo plausible, a partir de principios éticos de carácter crítico, que ese hecho merece tal protección. Si ello se confirma, puede entonces afirmarse, como conclusión de (la) argumentación basada en principios, que en sentido jurídico-penal ese hecho constituye un bien jurídico. Desde esta perspectiva, el concepto de bien jurídico no es un instrumento de legitimación de normas, sino que es un producto de esos principios. Ello no le priva de valor, lo que hace es precisar sus contornos. Así desde estos presupuestos, puede entenderse por «bien jurídico» todo hecho (interés, recurso o valor) que es reconocido legítimamente en principios. Con ello, el concepto de bien jurídico viene a expresar el estatus jurídico-penal cualificado que tienen determinadas realidades. Y al mismo tiempo mantiene su contenido crítico, en tanto se forma en torno a principios críticos aceptados". Sobre el concepto de «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, acudir a AMELUNG, K., “El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos en *La teoría del bien jurídico*, VV.AA., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.008, págs. 227 y ss. Este autor para explicar el concepto de bien jurídico aborda las cuestiones sobre el juicio de valor (donde se ocupa de la relación entre, el concepto de bien jurídico utilizado por la dogmática jurídico-penal y la política); y, asimismo, trata el análisis desde la teoría de las normas y la lingüística normativa, el «objeto» de

protección penal. El autor, afirma que, "el concepto de bien jurídico, entendido como objeto de protección de la norma de conducta...puede inferirse del Derecho positivo, es un instrumento polivalente de la argumentación jurídico-penal....las normas de conducta penalmente protegidas siempre deben proteger un objeto «detrás de ellas»,...exige que...tengan una utilidad que vayan más allá del mantenimiento de su vigencia fáctica. En qué ha de consistir tal utilidad es una cuestión que, dentro de los límites constitucionales, se deja a juicio de valor del legislador. Esta caracterización, la teoría de la protección de bienes jurídicos es un dogma que,...niega la legitimación a las normas penales inútiles...(y) es tan flexible que toma en consideración la facultad del legislador de decidir qué ha de considerarse útil y digno de protección. Junto a esta teoría cabe una teoría sociológica sobre la lesividad social que no concibe el daño social como el deterioro de objetos, sino que retoma la vieja idea de que el delito ataca las condiciones de organización de la convivencia humana". Acudir a la lectura de lo expuesto por ROXIN, C., "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", RECPC, (RECPC), 15-01- 2.013, págs. 3 y ss., cuando afirma: "el primer presupuesto de un reconocimiento de la función limitadora del Derecho penal del pensamiento de la protección de bienes jurídicos está, como es natural, en que se reconozca que la protección de bienes jurídicos es el cometido del Derecho penal...". En otro sentido acudir a WELZEL, H., "Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*, págs. 3 y ss. donde afirma "...el mero amparo de bienes jurídicos solo tiene una finalidad negativo-preventiva, policial-preventiva. En cambio, el papel más profundo que juega el derecho penal es de naturaleza positivo-ético-social proscribiendo y sancionando el apartamiento realmente manifestado de los valores fundamentales del pensamiento jurídico. El Estado exterioriza del modo más ostensible de que dispone, la validez inviolable de estos valores positivos de acto, forma el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su sentimiento de permanente fidelidad al derecho. Aún es generalmente aceptado el concepto de que el derecho penal tiene por misión el amparo de bienes jurídicos, ello solo no es suficiente cuando la referencia se hace al contenido ético-social de nuestra disciplina... Lo justo o injusto de una acción se determina, según ese criterio, conforme al grado de su utilidad o daño social. De ello resulta, no solamente una marcada utilitariedad, sino también una señalada actualidad en la apreciación del valor: la utilidad actual o daño del resultado de la acción determinan el valor de la acción. Con ello se pasa por alto que al derecho penal debe interesarle menos el resultado positivo actual de la acción, que la permanente tendencia positiva del actuar humano, de acuerdo con el pensar de los juristas. Asegurar el *respeto* por los bienes jurídicos (es decir, la validez de los valores de acto), es más importante que regular los resultados positivos en los casos individuales y actuales... De ello resulta que es misión del derecho penal la protección de los valores ético-sociales elementales del sentir (de acción), y solo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales...". Acudir a la lectura de lo expuesto por JAKOBS, G., "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación", Ed. Macial Pons, ed. 2ª, Madrid, 1.997. El autor afirma que, "...no cabe considerar que el núcleo de todos los delitos sea la lesión de un bien jurídico. Tal conclusión se ha modificado en el sentido de que el núcleo de todos los delitos solo se hallaría en el incumplimiento de un deber, (pág. 53). Asimismo, afirma este autor, "no cabe prescindir del filtro de la dañosidad social, y las normas que pasan ese filtro en parte son normas protectoras de bienes jurídicos, en parte normas para la creación de bienes jurídicos (delitos especiales y delitos de propia mano) y en parte normas para proteger la paz jurídica. Lo importante es que la punibilidad se oriente no a lo disvalioso *per se*, sino siempre a la dañosidad social...", (pág. 58). Además, acudir a la interpretación desarrollada por WELZEL, H., "Teoría de la acción finalista", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1.951, págs. 13 y 14. El autor afirma que, "el mero amparo de los bienes

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

En este trabajo, el bien jurídico nos servirá para justificar la injerencia del *ius puniendi* como criterio teleológico, y como guía para delimitar el concreto tipo de injusto. La concepción de bien jurídico⁴⁰² que utilizaremos se basa en un valor, o

jurídicos tiene un objetivo negativo-preventivo, policial preventivo, mientras que la misión central del derecho penal es de naturaleza ético-social. En cuanto rechaza y castiga la trasgresión realmente cometida de los valores fundamentales del sentir legal-jurídico, el Estado manifiesta de la manera más ostensible de que dispone, la validez inviolable de estos valores positivos del actuar humano, forma el juicio ético social de los ciudadanos y fortalece su sentir jurídico permanente. En esta función ético social reside la misión más importante del derecho penal. Por eso debe expresar de manera precisa esta función en su estructura, ante todo mediante una distinción nítida frente a las medidas finalistas meramente preventivas; vale decir, la pena debe aplicarse solamente contra acciones reprobables desde el punto de vista ético-social y no abusando de ella para la obtención de fines políticos...". Cfr. CALDERON TELLO, L.F., "El delito de blanqueo de capitales: problema en torno a la imprudencia y la receptación", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.016, donde el autor se ocupa de diversas cuestiones, (¿es la protección del bien jurídico-penal la función prioritaria del Derecho Penal en un Estado de Derecho?, págs. 257 a 266; o el concepto de bien jurídico en la doctrina del Tribunal Constitucional, págs. 266 a 271; o las funciones del concepto jurídico penal de bien jurídico, págs. 271 a 274).

⁴⁰² ROXIN, C., "Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito...ob. cit.", págs. 49 y ss. Ver las referencias pormenorizadas respecto al concepto de bien jurídico. Asimismo, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Derecho Penal. Parte General", Ed. Civitas, Madrid, 1.978, págs. 19 y ss. Según este autor, el concepto de bien jurídico "solo puede configurarse partiendo del concepto de «bien» perteneciente a la teoría general de los valores", donde el bien (afirma), "comprende lo que está lleno de valor para alguien. Bien es, desde esta perspectiva, todo aquello que satisface las necesidades físicas, intelectuales o morales del hombre". Continúa exponiendo, "en la medida en que el Derecho protege a los bienes, éstos se convierten en bienes jurídicos...no existen como tales bienes en la realidad naturalística,...en cuanto valor es, como todos los valores, irreal, pero es algo objetivo que reside, como cualidad irreal, en las cosas. No es el pensamiento del sujeto quien da vida al valor, como si el objeto no lo tuviese ya con anterioridad. Mediante la abstracción de nuestro pensamiento no creamos, sino que *reconocemos* el valor que *tienen* las cosas". Para ahondar más acerca del concepto de bien jurídico acudir a LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "Bien jurídico y objeto protegible", ADPCP, Tomo 60, Fasc./Mes 1, 2.007. Este autor afirma que "la denominación de bien jurídico" debe reservarse...para referirse a lo protegido por una norma. Con más precisión y en atención al cumplimiento de las funciones que están en su propia génesis,...ha de definirse el bien jurídico como el objeto inmediato de protección de la norma penal". Asimismo, Revista penal, Núm. 18, 2.006. Este autor trata en dicho artículo sobre la teoría tradicional de bienes jurídicos y alternativas a la misma. De igual manera, SZCZARANSKI VARGAS, F.L., "Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra", Política criminal, Revista electrónica semestral de Políticas Públicas en materias penales, Vol. 7, Núm. 14, Diciembre, 2.012, Art. 5, págs. 378 a 453. Este autor (entre otros aspectos) trata la evolución e historia del bien jurídico, así como el concepto de bien jurídico de Birnbaum. Sobre el bien jurídico penal y las perspectivas neoconstitucionalistas acudir a ALONSO ÁLAMO, M., "Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo...", ob. cit., págs. 47 y ss.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

interés digno de protección. Si falta la lesión o ataque al bien jurídico, supondrá la atipicidad de la conducta y por ende la inexistencia de antijuridicidad. Sin perjuicio de que la utilidad del concepto de bien jurídico ha sido sumamente discutida⁴⁰³, en nuestra opinión, el bien jurídico sirve como límite al legislador⁴⁰⁴.

Debido a que excede del objeto de este trabajo, no ahondaremos en las diversas funciones que desarrolla el bien jurídico⁴⁰⁵. No nos ocuparemos de otras cuestiones

⁴⁰³ Ver al respecto, MENDEZ RODRÍGUEZ, C., "Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación", Monografías, Ed. Publicaciones Facultad de Derecho U.C.M., Madrid, 1.993, pág. 10. Este autor al respecto afirma que, "la situación actual del estudio de la teoría del bien jurídico se mueve entre la posición de quienes piensan que el concepto de bien jurídico tal y como se ha estructurado hasta nuestros días no puede seguir manteniéndose, y optan por el abandono del mismo y la búsqueda de otros criterios de selección, y la posición de los que defienden el mantenimiento del concepto como única vía de limitación a la capacidad selectiva del legislador penal...".

⁴⁰⁴ *Ídem.*, págs. 10 y ss. Este autor al respecto afirma que, "...junto al intento de precisión del concepto de bien jurídico colectivo,...ha dado legitimación y fundamento al mantenimiento de la categoría dogmática del bien jurídico y...ha supuesto, al mismo tiempo, el abandono o el rechazo de la misma...El esfuerzo realizado por encontrar un criterio fijo, más o menos estable y determinado a partir del cual deducir, de una manera más o menos lógica, los objetos de protección del Derecho penal, ha centrado los estudios y las investigaciones de los penalistas preocupados por encontrar barreras seguras y claras a la penalización legislativa...la pretensión de establecer un criterio lo suficientemente descriptivo del concepto de bien jurídico que al mismo tiempo cumpla una función crítica y que permita una selección de bienes jurídicos,...«dirigida» ha sido hasta el momento un esfuerzo condenado al fracaso...En realidad la convicción de la imposibilidad de crear un concepto de bien jurídico totalizador y globalizador que permita el desarrollo de todas estas funciones lo que ha llevado a la doctrina a centrar sus análisis e investigaciones en la búsqueda de descripciones y estudios cada vez más profundos sobre cada uno de los objetos de tutela, y últimamente, en el desarrollo de criterios orientativos útiles de cara a una selección de bienes jurídicos, abandonando, o por lo menos descuidando, el estudio del núcleo del concepto de bien jurídico..."

⁴⁰⁵ Analizando las concretas funciones del bien jurídico, ver OBREGÓN GARCÍA A. y GÓMEZ LANZ, J., "Derecho Penal. Parte General: elementos básicos de teoría del delito...*ob. cit.*, págs. 68 y ss. Expresada usualmente en el "principio de exclusiva protección de bienes jurídicos"; asimismo, este autor, aborda otras funciones, (como las funciones *justificativa o legitimadora; de sanción y prevención; o la clasificatoria o sistemática*). Asimismo, analizando el concepto y fundamento del bien jurídico, ver MAURACH, R., "Tratado de Derecho Penal", Ed. Ariel, Barcelona 1.962, págs. 254. En palabras de este autor, "la convicción jurídica conduce a la formación de un sistema de mandatos, dirigido a la colectividad, destinado al mantenimiento del bien". Este autor afirma que el bien jurídico "constituye el núcleo de la norma y del tipo". En su opinión "todo delito amenaza un bien jurídico", y es imposible (según su opinión) conocer e interpretar la Ley penal en su ausencia". ROXIN, C., "Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito...*ob. cit.*, págs. 55 y ss. Afirma el

autor que, "los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema". De ello se derivan, en su opinión, una serie de límites: primera, "las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos"; segunda, "las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos"; y tercera, "las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos"; no obstante, importante es subrayar la siguiente manifestación de este autor, "Dicho concepto solo sigue teniendo una función como medio de interpretación teleológica ("según el bien jurídico protegido") y para la estructuración sistemática de la Parte especial, pero polítocriminalmente carece de importancia". Asimismo, ROXIN, C., "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?", en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, E. Marcial Pons, Madrid, 2.007, pág. 458. Este autor expone que "los bienes jurídicos no tienen una eterna validez iusnaturalista, sino que se ven afectados por los cambios en la estructura constitucional y las relaciones sociales...El Derecho penal contemporáneo de la democracia parlamentaria es el único trasfondo de mi noción de bien jurídico... algunas disposiciones penales no cumplen de antemano función legítima alguna". MIR PUIG, S., "Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método", Ed. Bosch, Barcelona, 1.976, págs. 128 y ss., se basa en la "necesidad absoluta de protección de la Sociedad", límite que, (afirma), "se halla íntimamente relacionado con otro que suele destacarse de forma particular en la actual ciencia penal... la necesidad de que el derecho penal subjetivo se ejerza únicamente para proteger *bienes jurídicos*...". Tratando este aspecto, GARCÍA-PABLOS, A., "Derecho Penal. Introducción", Ed. Servicio de publicaciones Facultad de Derecho U.C.M., Madrid, 1.995, págs. 48 y ss. Este autor afirma que, al Derecho Penal "incumbe exclusivamente la protección de bienes jurídicos, no la moralización de sus ciudadanos no la mejora ética de la sociedad". RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Compendio de Derecho Penal (Parte General)", Ed. Trivium, ed. 3ª, Madrid, 1.986, pág. 173. Cuando afirma "solo un concepto de norma equilibrado en el que tanto monten y monten tanto voluntad y razón decisión y protección de bienes, puede aceptarse, pues el imperativismo que haga resaltar el carácter de mandato o prohibición sobre el de teleologismo de la norma (protección de bienes) no es más que una divinización del Estado del poder en detrimento de la persona...". Asimismo, la Jurisprudencia ha aceptado esta función, (entre otras muchas), STC 161/1.997, de 2 de octubre de 1.997, F. 10, en la cuestión de inconstitucionalidad Núm. 4.198/96, planteada por el Juzgado de lo Penal Núm. 1 de Palma de Mallorca respecto del art. 380 del CP, cuando afirma que, "antes de enjuiciar la alegada desproporción de la sanción desde la perspectiva suscitada por el órgano cuestionante, conviene precisar, como *prius* lógico de este enjuiciamiento, los bienes o intereses que la norma cuestionada pretende proteger. Esta primera aproximación al problema de proporcionalidad suscitado podría incluso conducir ya a su resolución desestimatoria si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes (STC 111/1.993, FJ. 9) (STC 55/1.996, FJ. 7)". También acudir a RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¿*Societas delinquere potest!*. Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", Ed. La Ley, Núm. 5, 1.996, págs. 1940 a 1.495, el autor expresa que "la aplicación del axioma *societas delinquere non potest*, basado en los principios de culpabilidad y de imputación objetiva, sirve para conculcar subrepticamente tales principios y algún otro. Estatuyendo una responsabilidad penal objetiva y arbitraria - sin fundamentos de imputación -respecto a ciertas personas físicas".

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

como la función del Derecho Penal, íntimamente ligada a la defensa del bien jurídico o prevención de la lesión del mismo⁴⁰⁶ o, asimismo, lo que respecta a la esencia de la norma⁴⁰⁷, etc.

En cuanto a la elección de los bienes jurídicos por parte de la corriente doctrinal atenderemos⁴⁰⁸ a la noción de bien jurídico inmediatamente protegido⁴⁰⁹ como

JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T., "Tratado de Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*", págs. 8 y ss., Estos autores afirman que, "el Derecho penal materializa la protección de bienes jurídicos, pues busca mantener la concordancia entre la voluntad de los destinatarios de la norma y las exigencias del Ordenamiento jurídico. El delito se muestra así, simultáneamente, como la lesión del bien jurídico y/o infracción del deber". La misión del Derecho penal, (en opinión de estos autores) "no se acomoda sin contradicciones en una construcción monista, sino que únicamente puede ser explicada de forma plenamente coherente si la *protección de bienes jurídicos y su incidencia sobre la voluntad de la acción* de los destinatarios de la norma, son entendidas como funciones valorativamente equivalentes, recíprocamente complementarias, así como condicionantes y limitadoras". MEZGER, E., "Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General...*ob. cit.*", págs. 155 y ss. Para este autor, "...la determinación del bien jurídico no es siempre clara y terminante. A menudo, se ponen de manifiesto en la misma, también, diferencias profundas de pareceres acerca del verdadero fin de una disposición penal, que tienen, por su parte, una amplia influencia sobre la interpretación de la ley...". Sobre las teorías del bien jurídico, acudir a FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, J., "Blanqueo de capitales y principio de lesividad", Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2.014, págs. 45 a 62, el autor trata (sin perjuicio de diversos apartados donde se ocupa del desarrollo histórico de la teoría del bien jurídico) sobre las teorías constitucionales, sociológicas y de la integración de ambas el Estado social y democrático de derecho.

⁴⁰⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E., "Manual de Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*", págs. 4 y ss. Ver también, la reflexión de ROXIN respecto a la cuestión que plantea, ¿tiene el Derecho penal como fin la protección de bienes jurídicos o la confirmación de la vigencia de la norma?, en su artículo, "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", RECPC, RECPC 15-01 (2.013), págs. 3 y ss.

⁴⁰⁷ No abordaremos cuestiones importantes (pero que, no obstante, sobrepasan el objeto de este trabajo), como son las cuestiones referentes a la disquisiciones en torno a la *norma de valoración y norma de determinación*. Al respecto, por todos, MIR PUIG, "Introducción a las bases del Derecho Penal", Ed. B de f, ed. 2ª, Colección Maestros del Derecho Penal Núm. 5, Montevideo, 2.003, págs. 41 y ss.

⁴⁰⁸ No obstante, a pie de página expondré algunas matizaciones que realice la doctrina. Asimismo, cuando me ocupe de la defensa de los consumidores, haré referencia, a su defensa de manera mediata.

⁴⁰⁹ En atención a la diferencia entre bien jurídico inmediato y bien jurídico mediato, ver MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Derecho Penal Económico y de la empresa...*ob. cit.*", págs. 146 y ss. En España este autor ha estudiado de manera amplia este aspecto; al respecto, "únicamente el bien jurídico inmediato (bien jurídico por antonomasia) el que se incorpora al tipo de injusto o tipo de acción de la infracción delictiva de que se trate, en el sentido de que su vulneración (su lesión o puesta en peligro) por parte de la acción del sujeto activo se erige como un elemento implícito indispensable de la parte objetiva de cualquier tipo...la noción de bien jurídico inmediato es la que debe de servir de principal

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

guía para delimitar y concretar el mismo. Los distintos autores que tratamos en el presente trabajo no expresan, con carácter general, una delimitación o exposición tradicional u ortodoxa del bien jurídico en el sentido de afirmar la inmediatez en su función. Tampoco se posicionan claramente en torno a si nos encontramos ante un delito pluriofensivo o mono-ofensivo. Interpretan y valoran⁴¹⁰ el bien jurídico con ocasión, por ejemplo, del estudio de la regulación de la Directiva, del tenor literal del precepto, o del Preámbulo de la propia Ley.

referencia para designar las diversas funciones que tradicionalmente se han venido contribuyendo a esta institución en la Ciencia del Derecho penal, señaladamente la función «interpretativa», en virtud de la cual el bien jurídico desplegará una relevante misión en la tarea de descubrir sentido y la finalidad de un determinado tipo en el marco de la denominada función teleológica,...". Por otro lado, continúa exponiendo el autor, "...la vulneración del bien jurídico mediato no aparece incorporada al tipo de injusto de la infracción correspondiente y, por tanto, el intérprete no tiene por qué acreditar que en el caso concreto se ha producido la lesión o puesta en peligro de dicho bien, no tiene por qué exigir que el dolo o la imprudencia del autor vayan referidos a él...el concepto de bien jurídico mediato desempeña una función mucho más modesta en Derecho penal...", (pudiendo servir) "como criterio auxiliar en la interpretación teleológica del bien jurídico directamente protegido...(...)...cumple...una relevante función, (tanto) en el plano de la denominada lesividad abstracta...en el seno del discurso sobre la legitimidad de la intervención penal...(como)...en la función sistemática...(y)...en la función de criterio de medición o determinación de la pena...". Además, acudir a TIEDEMANN, K., "Corrupción entre particulares...*ob. cit.*, págs. 33 y ss. donde trata la cuestión de los bienes jurídicos intermedios *al socaire* del tratamiento que realiza respecto al "Derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico". Afirma: "...se trata de bienes situados entre el orden económico y el particular con sus intereses patrimoniales u otro tipo de intereses (...) muchos de estos bienes intermedios se condensan en instituciones como son la libre competencia, la libertad de precios, la seguridad social, la hacienda pública, el crédito mercantil, las subvenciones públicas, la publicidad como medio para informar de los consumidores o balances y otros documentos de contabilidad, con el fin de informar a los (actuales y posibles) acreedores, etc.,(...). Son realidades sociales que necesitan ciertas condiciones para funcionar y que resulta legítimo proteger bajo determinadas circunstancias...". Asimismo, ocupándose de la protección mediata o remota y la protección inmediata o próxima de bienes jurídicos en los delitos socioeconómicos, acudir a FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, J., "Blanqueo de capitales y principio de lesividad,...*ob. cit.*, págs. 93 a 95.

⁴¹⁰ Insistimos, casi la totalidad de la doctrina

1. POSIBLES BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR EL LEGISLADOR

Tras tratar las diversas cuestiones en torno al peligro, debemos concretar qué bien o bienes jurídicos son los que protege el delito que nos ocupa. No obstante, con carácter previo debemos decir que este tipo penal no ha estado huérfano de críticas⁴¹¹. Entre

⁴¹¹ Ver las opiniones de diferentes autores como, GUARDIOLA LAGO, M.J., "Limitaciones del Derecho Penal en la protección del mercado y los consumidores: dos ejemplos", en *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.014, pág. 235. Este autor ha afirmado la existencia de "dificultades interpretativas...y excesos en...la pretendida tutela de determinados bienes jurídicos...". NAVARRO MASSIP, J., "El delito de corrupción entre particulares", en "La Corrupción a Examen", VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Monografías de Doctrina, ed. 1ª, Navarra, 2.012, pág. 110. Este autor ha afirmado la existencia de "falta de claridad en su delimitación". En este sentido acudir a NAVARRO MASSIP, J., VV.AA, "La Corrupción a Examen", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Monografías de Doctrina, ed. 1ª, Navarra, 2.012, pág. 110. Este autor ha afirmado la existencia de "falta de claridad en su delimitación". Asimismo VENTURA PÜSCHEL, A., "Corrupción entre particulares, (no deporte): art. 286 bis 1, 2 y 3 PCP...*ob. cit.*, pág. 264. Este autor ha afirmado una "profusa tendencia hacia un Derecho penal «simbólico», apartado de los principios de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos...". En un sentido similar se muestra CASTRO MORENO, A., "El nuevo delito de corrupción privada...*ob. cit.*, pág. 3. Este autor afirma que "...se introducen...parámetros ajenos al concepto de bien jurídico". En un sentido similar se muestra MENDOZA BUERGO, B., "El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del C.P..., *ob. cit.*, págs. 429. Este autor afirma al respecto que, "...parece muy diluido el carácter lesivo de la infracción...". Al respecto GILI PASCUAL, A., "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2.007", RECPC 09-13 (2.007), pág. 11. Este autor viene a exponer que, "la pena seleccionada para castigar estas conductas también parece apuntar más al uso simbólico del Derecho punitivo que a una pretensión aplicativa real. Téngase en cuenta que, por lo que hace a la pena privativa de libertad, ésta resulta ser superior a la de buena parte de las modalidades de cohecho (su máximo, de 4 años, solo es rebasado por el cohecho delictivo del art. 419 CP), superando el límite de tres años con el que se conformaba la propia Decisión Marco de la que trae causa". ANDRÉS DOMINGUEZ, A.C., "La corrupción entre particulares, (art. 286 bis del CP español)", en *Libro homenaje al profesor LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS*, VV.AA., Coords. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013, págs. 339 y ss. Este autor al respecto afirma, "la alusión de la Exposición de Motivos a la «competencia justa y honesta» no permite describir con precisión un bien jurídico penal, y, desde luego, la conducta típica no parece alcanzar el grado de lesividad necesario". MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)...*ob. cit.*, pág. 506. Este autor afirma que este delito se ha "basado en un modelo de tipificación que resulta político-criminalmente insostenible...". Desarrollando la exigencia de "racionalidad de las leyes", (y sus

características) como inspiración de toda decisión legislativa penal, acudir a DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "La racionalidad de las Leyes penales", Práctica y teoría, Ed. Trotta, ed. 2ª, Madrid, 2.013, págs. 91 y ss. Este autor identifica "diferentes contenidos de racionalidad a tener en cuenta en la legislación", (basándose en la propuesta de Atienza). Así, enumera "determinados niveles de racionalidad". Afirma que "...el estudio de las diversas racionalidades debe realizarse en modo inverso a como procede Atienza: si lo que queremos es establecer un procedimiento racional de elaboración de leyes,...la racionalidad ética marcaría el ámbito de juego de las restantes racionalidades, la teleología establecería los objetivos a satisfacer dentro de ese marco, y las restantes se sucederían en un orden de proyección decreciente de instrumentalidad. En segundo lugar,...a través de la *racionalidad ética* se saca a la luz el sistema de creencias, cultura e históricamente condicionado, que sustenta a una determinada colectividad, y en el que se ha de enmarcar necesariamente el proceder legislativo...Cada sector del ordenamiento jurídico dispone de criterios o principios éticos específicos, referidos al conjunto de interacciones con la realidad social propio de este sector, por más que se producirán un buen número de coincidencias intersectoriales y que todos ellos serán coherentes con los criterios éticos que inspiran al ordenamiento en su totalidad. Dentro de los contenidos éticos que condicionarían la intervención jurídico-penal habría que distinguir en primer lugar unos principios que podríamos denominar *estructurales de primer nivel*, divididos a su vez en tres grandes grupos, y que establecerían los contornos básicos de una intervención penal legítima: Los principios de la *protección* atenderían a las pautas delimitadoras de los contenidos de tutela del derecho penal. Los principios de la *responsabilidad* se ocuparían de los requisitos que deben concurrir en un comportamiento para que se pueda exigir responsabilidad criminal por él, y de algunos aspectos de su verificación. Y los principios de *sanción* destacarían los fundamentos de la reacción con sanciones a la conducta criminalmente responsable. A estos principios les es común su origen ético, es decir, una legitimación vinculada a las profundas convicciones culturales de la colectividad...a la racionalidad ética pertenece igualmente el *criterio democrático*, esto es, el criterio que una vez aseguradas con los principios estructurales, las referencias éticas, va a permitir legitimar decisiones concretas controvertidas en las subsiguientes racionalidades o en la interrelación entre ellas. Este criterio,...remite a las convicciones sociales ampliamente mayoritarias, y tiene una relevancia distinta según a racionalidad de la que se trate...la propia estructura en cinco niveles de la racionalidad legislativa es una cuestión ética...En tercer lugar, y por lo que se refiere a la *racionalidad teleológica*, (el autor no comparte el punto de vista con Atienza), respecto a que se ha de ocupar de la eficacia de la Ley, (es decir), de si se pueden lograr los objetivos sociales perseguidos por ella..."éste es un importante aspecto que deberá ser sometido a consideración en alguna racionalidad...Así como en la racionalidad ética hemos descubierto los principios incuestionados que deben orientar cualquier decisión legislativa penal, se trata ahora, en esta racionalidad de sentar las bases para un discurso ético-político en el que presupuestos los principios anteriores, se produzca una confrontación racional entre contenidos éticos de segundo orden, es decir, carentes de una aceptación libre de cualquier desacuerdo en la colectividad, e intereses particulares y sectoriales muy diversos, procedentes todos ellos de agentes sociales y grupos de presión de amplio espectro. Tal confrontación implicará la obtención de compromisos y un empleo decisivo del criterio democrático. De ella habrán de surgir, en el ámbito jurídico penal en el que nos movemos, una formulación de los objetivos perseguidos por esa concreta decisión legislativa penal, que determina, cuanto menos, el objetivo de tutela, su grado de protección deseable y los correspondientes niveles de exigencia de responsabilidad y de sanción aplicable que se estiman procedentes en caso de incumplimiento de una norma"...En cuarto lugar, "...la

otros aspectos, se han cuestionado los bienes jurídicos protegidos. Como tendremos la ocasión de comprobar nos encontramos ante la posibilidad de que se proteja: la competencia; la regularidad en la contratación civil y mercantil; el mercado; los consumidores; la competencia desleal; el patrimonio; la empresa; la confianza, honestidad y ética; la lealtad de los empleados; la infracción de deberes y, por último, la que defendemos. Esto es, la neutralidad en la formación del contrato (proceso de contratación) como elemento esencial de la competencia leal.

1.1. EL PATRIMONIO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Antes de nada, debemos realizar unas breves precisiones acerca del concepto⁴¹², contenido y alcance del concepto de patrimonio, junto con las diversas concepciones jurídica, económica y mixta de patrimonio⁴¹³.

racionalidad *pragmática* tiene la misión de ajustar los objetivos trazados por la racionalidad teleológica a las posibilidades reales de intervención social que están al alcance de la correspondiente decisión legislativa. Ello implica, en el ámbito jurídico-penal, asegurar lo más posible una respuesta positiva a una serie de exigencias mutuamente entrelazadas planteadas a la norma: Que el mandato o la prohibición sean susceptibles de ser cumplidos, satisfaciendo así la función de la norma como directiva de conducta. Que va a estar en condiciones de reaccionar al incumplimiento del mandato o la prohibición mediante la *aplicación* coactiva de la ley, satisfaciendo así su función como expectativa normativa;...Que el directo *cumplimiento* de la norma es presumible que produzca los efectos de la tutela perseguidos. Que la *aplicación* contra-fáctica de la norma va a producir indirectamente esos mismos efectos de tutela. Y que la *aplicación* de la norma se va a poder mantener dentro de la delimitación perseguida de la responsabilidad y de la efectividad de la norma, esto es, de su puesta en práctica o vigencia, las tres restantes lo hacen de su eficacia, es decir, de la obtención de los objetivos de tutela perseguidos....".

⁴¹² Con ello tendremos una idea del objeto de tutela y, del momento en que se produce materialmente la lesión del bien jurídico. Al respecto, acudir a QUINTERO OLIVARES, G., "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal", VV.AA., Ed. Thomson Aranzadi, ed. 5ª, Navarra, 2.005, pág. 589. Según este autor, "(el)...concepto, en principio, no alcanza a la totalidad del Título, sino tan solo a los delitos de hurto, robo, apropiación indebida, insolvencias fraudulentas, usurpación, daños y defraudaciones de fluido. Otros delitos requieren,...contar con una configuración propia del patrimonio tutelado/lesionado (caso de la estafa) o aminorar el sentido estrictamente patrimonial (propiedad intelectual e industrial) o simplemente tendrán un sentido solo indirectamente ligado a lo patrimonial-personal (alteraciones de

precios en subastas, delitos relativos al mercado y a los consumidores, delitos societarios)". Para ahondar en el bien jurídico en los delitos contra el patrimonio, acudir, MESTRE DELGADO, E., "Derecho Penal. Parte Especial"; VV.AA., Ed. Colex, ed., 4ª, Madrid, 2.008, págs. 240 y ss. El autor afirma al respecto que, "los delitos contra el patrimonio pretenden proteger el conjunto de bienes y derechos, de contenido económico, sobre el que cada ciudadano puede ejercer legítimamente derechos de aprovechamiento o disposición. El concepto de patrimonio supera...el concepto más limitado que con la expresión «propiedad»...La propiedad...es uno de los títulos jurídicos en virtud de los cuales una persona puede usar y disponer de un bien, pero no es único. En el patrimonio de cada ciudadano puede integrarse, además de bienes poseídos en propiedad, otros bienes y derechos que, en virtud de vínculos jurídicos de arrendamiento, comodato, derecho de uso, usufructo y otros semejantes, pueden ser legítimamente disfrutados por él. Todas las relaciones jurídicas con los bienes (y en algunos casos con los derechos sobre estos bienes), conforman situaciones de derecho subjetivo, que gozan de la protección estatal y, en consecuencia, por decisión del Legislador, de tutela penal". El autor, asimismo, expone las diferentes nociones de patrimonio; a saber, "a) la noción de patrimonio como riqueza de trascendencia familiar, y su consecuencia: la exención personal de responsabilidad penal por los delitos patrimoniales (sin violencia ni intimidación) que se realicen en ese ámbito...b) El concepto de «cosa mueble» como expresión de una realidad trascendencia penal, desvinculada de su significado en el orden jurídico civil...c) El concepto de «ajenidad» de la cosa mueble que es objeto de protección en los delitos contra el patrimonio, como noción igualmente desligada de su significación jurídico-civil...". Asimismo, respecto a las figuras excluidas del Derecho Penal Económico, ver GARCÍA CAVERO, P., "Derecho Penal Económico. Parte general", Ed. Ara Editores, Lima, 2.003, págs. 62 a 67. Este autor se ocupa de los delitos patrimoniales, delitos contra el medio ambiente, delitos informáticos y delitos de funcionarios. Ocupándose del concepto dogmático del patrimonio, del concepto personal del patrimonio, acudir a CHOCLÁN MONTALVO, J.A., "El delito de estafa", Ed. BOSCH, ed. 2ª, Barcelona, 2.000, págs. 66 a 76.

⁴¹³ PÉREZ MANZANO, M., "Compendio de Derecho Penal", Parte Especial, VV.AA., Vol. II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.998, pág. 345. El autor, al respecto expone que, "La doctrina española ha defendido tres tesis en torno a la delimitación del bien jurídico. La doctrina dominante (por todos BAJO/PEREZ MANZANO) sostiene que el bien jurídico protegido es la propiedad entendida en sentido jurídico-económico, es decir, el conjunto de facultades jurídicamente protegidas que constituyen la completa relación de señorío de la persona sobre una cosa, así como el contenido económico que entraña. Para otro sector (por todos MUÑOZ CONDE) el único bien jurídico al que se pueden reconducir con carácter general todas las figuras comprendidas en este capítulo primero sería la posesión. Para otros, en fin, se trataría del patrimonio mobiliario del que goza una persona bajo la protección del ordenamiento (por todos HUERTA TOCILDO), en particular, una relación fáctica protegida jurídicamente -con independencia de la forma que revista, propiedad o posesión- entre sujeto y objeto que forma parte del patrimonio". Asimismo, acudir a GONZALEZ RUS, J.J., "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I)", en *Derecho Penal Español. Parte Especial*, VV.AA., Coord. COBO DEL ROSAL, M., Ed. Dykinson, Madrid, 2.004, págs. 429 y ss. Asimismo, acudir a FARALDO CABANA, P., "Los delitos societarios", Ed. Tirant lo Blanch, ed. 2ª, Valencia, 2.015, pág. 16. Y, también a GARCÍA ARÁN, M., "El delito del hurto", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.998, págs. 16 y ss. Ahondando, asimismo, en el concepto de patrimonio, acudir a VENTURA PÜSCHEL, A., "Introducción: La rúbrica del Título XIII CP. II. El patrimonio como bien jurídico penalmente

La concepción jurídica del patrimonio "vincula al sujeto con la cosa"⁴¹⁴. En esta concepción, "el sujeto pasivo del delito solo puede ser el titular del derecho patrimonial lesionado"⁴¹⁵. El perjuicio se interpreta como pérdida jurídica, sin tener en cuenta la "trascendencia económica"⁴¹⁶.

La concepción económica del patrimonio se basa, por el contrario, en "el valor económico de la cosa"⁴¹⁷. La importancia estriba (a diferencia de la concepción jurídica anteriormente expuesta) en "el conjunto de bienes que se encuentren bajo el poder fáctico de una persona"⁴¹⁸, aquí las expectativas (como las "posiciones económicas antijurídicas"⁴¹⁹) forman parte del patrimonio⁴²⁰.

La concepción mixta, o económico-jurídico de patrimonio, resultante de la conjunción de las dos primeras expuestas⁴²¹, que aunaría (respecto la económica) las

protegido", en Derecho Penal Español. Parte Especial (II), VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.011, págs. 53 y ss. El autor afirma que, "el patrimonio, desde el punto de vista económico se centra en el valor conjunto y esencialmente objetivo del llamado acervo patrimonial, así como en la capacidad de poder, desde el punto de vista fáctico, que el sujeto tiene sobre los elementos que lo integran, con abstracción, entre otros factores, del origen-lícito, ilícito de las posiciones patrimoniales. Así, continúa exponiendo el autor, "el concepto jurídico de patrimonio se asienta o pivota sobre la específica relación, de naturaleza jurídica, que el sujeto ha de tener con los diversos elementos que integran...el acervo patrimonial, desentendiéndose, en principio, del valor económico de aquellos. El patrimonio, jurídicamente entendido, estaría integrado por el conjunto de derechos patrimoniales de una persona, obligando entonces a concretar qué derechos merecen tal calificación y generando el problema, caso de ser adoptado dicho concepto como objeto de protección jurídico penal, de otorgar protección respecto de conductas que afectando un determinado derecho de orden patrimonial...sin embargo no representan un menoscabo o pérdida de naturaleza económica para su titular...".

⁴¹⁴ GONZALEZ RUS, J.J., "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I)...*ob. cit.*, págs. 429 y ss.

⁴¹⁵ *Ídem.*, págs. 429 y ss.

⁴¹⁶ *Ibidem.*, págs. 429 y ss.

⁴¹⁷ *Ibidem.*, págs. 429 y ss.

⁴¹⁸ *Ibidem.*, págs. 429 y ss.

⁴¹⁹ *Ibidem.*, págs. 429 y ss.

⁴²⁰ *Ibidem.*, págs. 429 y ss.

⁴²¹ Conjunción de las concepciones jurídica y económica de patrimonio. Tratando la cuestión de si el patrimonio se debe interpretar en términos jurídicos o económicos, acudir a PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., "El delito de administración desleal. Claves para la interpretación del art. 252 del CP", Ed. Atelier, Barcelona, págs. 87 a 90. Tal y como recogen en su obra los autores, tras liderar una primera

cosas que tengan valor económico *intra-commercium* y de *res licita*⁴²² y, respecto a "bienes y derechos de contenido patrimonial puestos a disposición de una persona bajo la tutela del derecho"⁴²³.

Cuando el CP se refiere a los delitos patrimoniales se habla de la concreta protección del derecho de propiedad⁴²⁴. Este género, (delitos patrimoniales⁴²⁵) es una "fórmula sintética"⁴²⁶ que abarca el concreto Título en el que se encuentra el tipo penal que nos ocupa; por lo que acoge o reúne, por un lado, aquellos delitos que afectan al patrimonio, "entendido de forma unitaria como *universitas iuris*"⁴²⁷, y de otro, aquellos que lesionan concretos valores patrimoniales⁴²⁸, (como pudiera ser el derecho a la

interpretación de una concepción predominantemente jurídica (a la cabeza de BINDING), la doctrina y jurisprudencia se inclinó por un concepto eminentemente económica. No obstante, el problema de realizar una vinculación de la protección de las prestaciones ilícitas como parte del patrimonio, sin sustentarse en criterios jurídicos, empujó a adoptar un criterio ecléctico o mixto, acogido mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia en la actualidad. Estos autores ahondan en las diversas concepciones de la dimensión jurídica y criterio de apariencia jurídica del patrimonio.

⁴²² GONZALEZ RUS, J.J., "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I)", en *Derecho Penal Español. Parte Especial*, VV.AA, Coord. COBO DEL ROSAL, M., Ed. Dykinson, Madrid, 2.004, págs. 429 y ss.

⁴²³ Por todos, QUINTERO OLIVARES, G., "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal...*ob. cit.*", pág. 590. Asimismo, CÁCERES RUIZ, L., "Delitos contra el patrimonio: aspectos penales y criminológicos", Ed. Vision Net, Madrid, 2.006, págs. 22 y ss.

⁴²⁴ BAJO FERNANDEZ, M. y PÉREZ MANZANO, M., "Manual de Derecho Penal Económico. Parte Especial", Delitos patrimoniales y económicos, VV.AA., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, ed. 2ª, Madrid, Agosto 1.993, pág. 34.

⁴²⁵ Junto al ámbito socioeconómico que da nombre al Título XIII del Libro II del CP.

⁴²⁶ BAJO FERNANDEZ, M. y PÉREZ MANZANO, M., "Manual de Derecho Penal Económico. Parte Especial...*ob. cit.*", pág. 34.

⁴²⁷ *Ídem.*, pág. 35.

⁴²⁸ *Ibidem.*, pág. 35. *Cfr.* FARALDO CABANA, P., "Los delitos societarios...*ob. cit.*", pág. 70. Este autor, respecto de los delitos societarios desarrolla una concreta posición en torno al concepto jurídico de patrimonio, es decir, ("correcciones individualizadoras del concepto jurídico de patrimonio"). Así, este autor, arroja "una perspectiva objetivo individual en la estimación del perjuicio patrimonial". Afirma que, "en caso de que el bien obtenido no le reporte la satisfacción pretendida también podrá afirmarse la existencia de un perjuicio patrimonial pese a que no se dé un desequilibrio económico en el sentido de saldo contable negativo. Los criterios de carácter objetivo que permiten afirmar el daño patrimonial en estos supuestos han sido reconducidos a tres por la doctrina alemana: a) que se haya previsto una utilidad concreta, expresa o tácitamente, en la transacción contractual que no pueda satisfacer el bien recibido como contraprestación del pago efectuado; b) que la contraprestación conlleve una merma o carencia de

propiedad, la posesión, la titularidad de derechos reales, derechos de crédito, derecho de uso, capacidad competitiva en el mercado, etc.). Por ello, más adelante nos ocuparemos de los argumentos referentes a los valores patrimoniales que pueden verse lesionados en este delito.

Por lo expuesto, como primera aproximación, debemos realizar la siguiente pregunta, ¿qué intereses económicos se defienden en este precepto? No es lo mismo defender **el interés económico del titular de la empresa** que, por otro lado, **el interés económico de la empresa en su conjunto**⁴²⁹, **que la competencia** y la consecuente lesión que puede producirse a los intereses económicos⁴³⁰ de las diferentes empresas que componen el mercado.

valor de uso, de acuerdo con lo que puede considerarse útil o razonablemente para una persona situada económicamente en el lugar del afectado; y/o c) que sea imposible utilizar lo recibido de cualquier otro modo razonable distinto del que le es propio. Con estas correcciones individualizadoras del concepto jurídico económico de patrimonio, (el autor), asume la perspectiva objetivo individual en la estimación del perjuicio patrimonial".

⁴²⁹ Es diferente que se vea afectada la economía individual del empresario, como consecuencia de la acción corrupta que se haya desarrollado en su empresa, (el patrimonio como bien jurídico defendido de manera mediata); que, por el contrario, el interés económico de la empresa, (en su conjunto), entendido como la merma de la actividad económica de la empresa por la existencia de dicha corrupción; la existencia de intereses ajenos al del negocio, es decir, los intereses propio de la corrupción, (o mejor dicho del corruptor y corrompido) producen la extinción de dicha empresa a medio corto plazo.

⁴³⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE S. "Derecho Penal Económico", Ed. Universitaria Ramón Areces, ed. 2ª, Madrid, 2.010, págs. 12 y ss. Los autores analizan el Derecho Penal económico en sentido estricto y en sentido amplio. Por lo tanto en sentido estricto: "es la infracción jurídica penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica de intervencionismo estatal en la Economía de un país"; afirmando estos autores que, "queda reducido a los delitos que atentan contra la determinación o formación de los precios, los delitos monetarios, las infracciones de contrabando, el blanqueo de capitales y el delito fiscal". No obstante, respecto al sentido amplio, "es el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios". De este modo, el delito quedaría conformado como "la infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios". Asimismo, arrojan sendas definiciones, BAJO FERNÁNDEZ, M. y PÉREZ MANZANO, M., "Manual de Derecho Penal Económico. Parte Especial", en *Delitos patrimoniales y económicos*, VV.AA., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, Agosto 1.993, pág. 562 y ss. Estos autores, al respecto lo definen de la siguiente manera, "el Derecho Penal Económico

es una parte del Derecho Penal que se aglutina en torno al denominador común de la actividad económica...podemos definir Derecho penal económico, como el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico. La clave para desentrañar en toda su profundidad el sentido y alcance de esta definición estriba en el objeto de protección: el orden económico...el equilibrio que se intenta mantener en las comunidades de nuestra área cultural entre la defensa de valores patrimoniales individuales y otros de carácter público, o entre la economía de mercado libre y la economía planificada permite concebir el orden económico desde una doble perspectiva, dando lugar a dos concepciones del Derecho penal económico, una estricta y otra amplia". Así continúan explicando, "...en sentido estricto es el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la participación estatal en la economía...esta concepción estricta...en consecuencia, delito económico en sentido estricto es la infracción penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica de la participación estatal en la economía de un país...(Por el contrario), "desde una perspectiva amplia, (se define), como el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios", (por lo tanto), "ya no se trata de la protección de la participación estatal, sino de la actividad económica dentro de la economía de mercado". Con esta concepción..."se ensanchan...los límites del Derecho penal económico, presentándose el orden económico...como un bien jurídico de segundo orden detrás de los intereses patrimoniales individuales..." (por ende), "delito económico en sentido amplio, es aquella infracción que afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios". Asimismo, FARALDO CABANA, P., "Los delitos societarios...*ob. cit.*, págs. 54 y ss. Este autor aborda las definiciones de Derecho penal económico y delito económico. Afirma que es «el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico», no predetermina la solución del problema de la subsidiariedad del Derecho penal económico frente al Derecho penal común, o lo que puede resultar más interesante, del Derecho penal en su relación con el Derecho penal económico. La correcta comprensión del concepto ofrecido exige determinar el sentido del objeto de protección, esto es el orden económico. El compromiso actualmente alcanzado a nivel comunitario y constitucional entre la iniciativa pública y la privada, entre la defensa de valores patrimoniales individuales y de otros valores de carácter público, colectivo o difuso, permite concebir el orden económico desde dos perspectivas distintas, dando lugar a dos concepciones de Derecho penal económico. «Derecho penal en sentido estricto», (es el) conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico en la economía. En consecuencia, delito económico en sentido estricto es la infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país...Desde una perspectiva amplia, se define derecho penal económico como el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. En esta concepción amplia el orden económico se presenta como un objeto de protección de segundo grado detrás de los intereses patrimoniales individuales. Así, el delito económico en sentido amplio es aquella infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios....Parece oportuno recordar también un concepto intermedio, funcional del Derecho penal económico que incluye aquellos delitos que, sea por su modo de llevarse a cabo, sea por el perjuicio que producen, pueden poner en grave peligro o lesionar la estabilidad económica o hacer

De igual modo, tampoco representa la misma lesión, si la sociedad o entidad mercantil en la que el acto corrupto se desarrolla ostenta una cierta entidad o trascendencia⁴³¹ en el mercado, y la adquisición o venta de mercancías o contratación de servicios profesionales son de una importancia notable en el sector socioeconómico. Como podemos comprobar, nos encontramos con un interés que trasciende de lo puramente patrimonial. Y es por ello que podría protegerse no solo el patrimonio sino el orden socioeconómico⁴³² mediando su tutela, junto con la defensa de la competencia. Como vemos esta precisión no es cuestión baladí⁴³³.

desaparecer la confianza del público en la honestidad de las prácticas comerciales o en el buen funcionamiento de las instituciones públicas relacionadas con la economía". Para ahondar el concepto, evolución histórica y principios de Derecho Penal económico, acudir a TIEDEMANN, K., "Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial", Ed. Tirant lo Blanch, ed. 1ª, Valencia, 2.010, págs. 55 y ss. Tratando la génesis de la protección del orden socioeconómico: el Derecho Penal económico, acudir a SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M.J., "Delitos societarios y conductas afines", Ed. Wolters Kluwer- La Ley, ed. 4ª, Madrid, 2.017, págs. 59 a79. Acudir también a VENTURA GONZÁLEZ, "Nociones generales sobre Derecho penal económico", Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1.998, págs. 18 a 22, el autor entre otros aspectos se ocupa del concepto del Derecho Penal Económico. Tratando también la definición de los delitos societarios, acudir a VERA RIVERA, Mª.C., "El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.016, págs. 103 a 106. Tratando la trascendencia histórica y funcional del los delitos patrimoniales y socioeconómicos, acudir a GARCÍA VALDÉS, C., "Los delitos patrimoniales y socioeconómicos. Aproximación histórica y visión panorámica moderna", en *Libro homenaje al profesor LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS*, VV.AA., Coords. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013, págs. 545 a 549.

⁴³¹ Nos referimos a la cantidad de Vol. anual de ventas, Núm. de trabajadores que posea la empresa, y actividad mercantil que desarrolle.

⁴³² FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., "Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos". Revista InDret 2/2.009, Barcelona, pág. 4. Tal y como afirma este autor, "...los delitos socioeconómicos son delitos que consisten en la infracción de deberes básicos de los ciudadanos cuando actúan en el subsistema económico o en un rol que podemos definir como económico (deudor, gestor empresarial, etc.), pudiendo en algunas ocasiones afectar a bienes jurídicos colectivos (Derecho Penal económico en sentido estricto) mientras que en otras representan agresiones contra bienes jurídicos individuales, especialmente de tipo patrimonial (Derecho Penal económico en sentido amplio)...". Tratando los criterios de identificación de la categoría de delitos socioeconómicos, ver MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Derecho Penal Económico", Biblioteca Básica de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ed. Iustel, Madrid, 2.012, págs. 67 y ss. Este autor al

El modelo patrimonialista es el seguido en Europa por Austria e Italia. Austria, relaciona "la corrupción privada con la deslealtad patrimonial entre mandatario y mandante"⁴³⁴.

Italia, "parece encaminarse hacia una patrimonialización de la figura al exigir un daño patrimonial efectivo para su sanción penal"⁴³⁵, en tanto que su art. 2.635 del

respecto afirma que para la identificación de la categoría de delitos socioeconómicos, "(primero) hay que tomar en consideración el bien jurídicamente protegido...la figura delictiva (debe afectar) a un bien jurídico colectivo o supraindividual de contenido económico, sea un interés general o sea un interés difuso o sectorial, (que) confiere a la infracción (una cualidad) socioeconómica diferente de la patrimonial...no obstante, la concepción amplia...permite extender la referida noción a delitos que no poseen un bien jurídico supraindividual como objeto inmediato de protección, sino que se trata de delitos que tutelan directamente un bien jurídico individual de contenido económico, pero con la particularidad de que se orientan a la protección de un bien jurídico mediato supraindividual, o si se prefiere, se caracterizan por el hecho de que entre los motivos o razones que influyen en la decisión del legislador de otorgar el rango penal se cuenta la existencia de intereses colectivos o supraindividuales necesarios para un correcto funcionamiento del sistema económico imperante...en lo que atañe a esta segunda categoría de delitos socioeconómicos, interesa advertir de que en buen número de casos es, precisamente, la constatación de un bien jurídico mediato supraindividual del orden económico la que sirve al legislador para justificar la criminalización de algunas infracciones cuyo bien jurídico o directamente protegido no puede ser configurado *prima facie* como un bien jurídico penal propiamente dicho. De hecho, esta última circunstancia aporta un problema común a los delitos económicos en sentido amplio (aunque pueda ser predicable ciertamente, también de otras infracciones cuya lesividad penal no esté fuera de toda duda, como, por ejemplo sucede en materia de delitos contra la administración pública), a saber, el problema de la legitimación de la intervención penal, que se plantea con toda su crudeza en infracciones que directamente no están al servicio de la protección de valores básicos del individuo, sino del cumplimiento de determinadas funciones...El criterio del bien jurídico ha de erigirse como criterio fundamental e inexcusable para la conformación de la categoría rechazando la calificación de delitos socioeconómicos allí donde...el objeto primordial al ataque al bien jurídico se oriente sustancialmente en una dirección diferente y esta apreciación resulta particularmente importante para diferenciar los conceptos de «Derecho penal de la empresa» y «Derecho penal económico» (o socioeconómico)...". Ver las consideraciones político criminales, respecto a los intereses individuales y colectivos en los delitos patrimoniales, en BAJO FERNÁNDEZ, M., "Manual de Derecho Penal. Parte especial", Ed. Ceura, ed. 1ª, Madrid, abril, 1.987, págs. 7 y ss. El autor afirma que, "...se acusa al CP de una excesiva preocupación por la protección de la propiedad privada y las relaciones jurídico económicas de carácter privado, relegando a un segundo plano otros valores patrimoniales económicos de interés colectivo...".

⁴³³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Derecho Penal Económico y de la empresa...*ob. cit.*, págs. 87 y ss.

⁴³⁴ OTERO GONZÁLEZ, P., "Corrupción entre particulares...*ob. cit.*, pág. 178.

Cc., (denominado infidelidad como consecuencia de entrega o promesa de ventajas: "*indifeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*"), se encuentra inmerso en el marco de los delitos societarios"⁴³⁶.

Dentro de la postura que afirma ser el patrimonio el bien jurídico protegido, nos encontramos un primer criterio que afirma que se defiende **el patrimonio del propio**

⁴³⁵ Asimismo, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I., "La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente en el Derecho penal español?...*ob. cit.*, pág. 275. Tratando el mismo aspecto, GUARDIOLA LAGO, M.J., "Limitaciones del Derecho Penal en la protección del mercado y los consumidores: dos ejemplos...*ob. cit.*, pág. 235. Este autor se refiere al modelo patrimonialista que afirma "se centra en la causación o...puesta en peligro del patrimonio de la empresa, partiendo de la idea de que los fondos que se utilizan para sobornar a un empleado suponen un menoscabo patrimonial desde el punto de vista económico, mientras que, desde otro lado..., la conducta del administrador que recibe un soborno constituye un riesgo de administración desleal".

⁴³⁶ Núm. 88 de la Gazzeta Ufficiale de 15 de abril de 2.002, publicado por el Decreto Legislativo Núm. 61/2.002. Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366. (GU Serie Generale n.88 del 15-4-2.002). El artículo 2365 expresa: "Los directores, gerentes generales, auditores, liquidadores y administradores de auditoría, que, a raíz de la concesión o promesa de utilidad, realicen u omitan actos en violación de las obligaciones inherentes a su cargo, causando daño a la sociedad serán castigados con penas de prisión de hasta tres años..." Ahondando sobre la regulación de la corrupción en Italia, acudir a SOUTO GARCÍA, E.M^a., "Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico: Economía y Derecho penal en Europa. Una comparación entre las experiencias española e italiana", en *Economía y Derecho Penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*, Servizio de Publicações Universidade da Coruña, Coruña, 2.015, págs. 7 y ss. Asimismo, acudir a SEMINARA, S., "Riserve extrabilancio e gestione d'impresa: profili penali", en *Economía y Derecho Penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*, Servizio de Publicações Universidade da Coruña, Coruña, 2.015, págs. 246 y 247 cuando trata *le riserve extrabilancio e il reato di corruzione privata*, (las reservas extrapresupuestarias y el soborno privado). Asimismo, acudir a FOFFANI, L., "La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana", en *SERTA In Memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Universidad Salamanca, Salamanca, mayo, ed. 1^a, 2.004, págs. 323 a 338, este autor explica que en la tradición jurídica italiana no había existido en ámbito alguno, (ni en el Derecho Civil, ni en el Derecho Penal), "previsiones específicas que tomaran en consideración (con finalidad represiva y/o represiva) el fenómeno de la corrupción en el sector privado entendido como modelo global", (pág. 328). Tradicionalmente se acudía para atajar estos comportamientos a la estafa o a la apropiación indebida (arts. 640 y 646 del CP). En Italia, la reforma de los delitos societarios llevada a cabo por el Decreto Legislativo de 11 de abril del 2.002, nº 61, figura delictiva de corrupción en la gestión de las sociedades mercantiles, que el legislador define como "comportamiento desleal por dádiva o promesa de favor", (art. 2635 CC) supone una novedad de gran trascendencia, (pág. 331).

empresario donde tiene lugar el acto corrupto⁴³⁷, puesto que sobornar constituye siempre un delito de apropiación indebida⁴³⁸.

⁴³⁷ En este sentido, NIETO MARTÍN, A., "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho Comparado)...*ob. cit.*, pág. 68. Ver la concepción bifronte de MORALES PRATS, F. y MORON LERMA, E., "Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)...*ob. cit.*, pág. 122. Estos autores, al respecto afirman que, "...la fórmula legal empleada para sancionar la corrupción privada solo permite inferir o identificar como interés protegido, lo deberes de fidelidad del empleado. La cuestionable legitimidad, en términos penales de este bien jurídico, obliga a vincularlo con otros intereses esenciales de la empresa, para dotarlo de un mínimo contenido material. En este sentido, podrían sugerirse dos líneas: de una parte, las reglas de la leal competencia, cuya afectación a través del intercambio de comisiones no siempre podrá constatarse y, de otra, los intereses patrimoniales del empresario, que pueden verse afectados por la toma de decisiones clandestina de sus empleados". Ver, asimismo, la concepción bifronte de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)...*ob. cit.*, pág. 507. Este autor mantiene que nos encontramos ante una "concepción bifronte...dos bienes jurídicos...la vertiente relativa a la leal competencia carece de *lege data* de la necesidad lesiva penal la cual ni siquiera podría afirmarse aunque se sobreentendiese que debe concurrir un peligro para los intereses patrimoniales de los competidores. Por su parte, la vertiente patrimonialista podría servir de base a un ilícito penal, pero tal ilícito no es otro que la administración desleal del patrimonio ajeno, en atención a lo cual debería ser incluido entre los delitos societarios...". Ver el carácter pluriofensivo mantenido por RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E., "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal", VV.AA, Ed. Aranzadi, Madrid, 2.011, pág. 937. Esta autora afirma que debido a que la fórmula legal empleada para sancionar la corrupción privada solo permite inferir o identificar como interés protegido los deberes de fidelidad del empleado y, (esta postura) es de "cuestionable legitimidad en términos penales, este bien jurídico obliga a vincularlo a otros intereses esenciales de la empresa para dotarlo de un mínimo contenido material". Este autor sugiere dos líneas interpretativas al respecto, por un lado, "las reglas de la leal competencia, cuya afectación a través del intercambio de comisiones no siempre podrá constatarse", (y, de otro), "los intereses patrimoniales del empresario, que pueden verse afectados por la toma de decisiones clandestina de sus empleados".

⁴³⁸ Siguiendo a NIETO MARTÍN, A. "La corrupción en el sector privado, reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado", Revista Penal, Núm. 10, 2.002, pág. 68. De *lege ferenda*, el autor, propone que, "el legislador interviniera mediante la creación de un delito específico de cohecho activo entre privados o, mejor, para no dar lugar a imprecisiones terminológicas, de administración desleal mediante pago de sobornos...". Ver este respecto, la concreta postura de GILI PASCUAL, A., "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2.007", RECPC 09-13 (2.007), pág. 15. Este autor afirma al respecto, que, "...cuando se persigue la salvaguarda de la competencia, se busca evitar la existencia de dos consecuencias negativas. De un lado, "la lesión a la propia empresa en la que tiene lugar esta corrupción al perder capacidad adquisitiva", (como manifestación de la lesión en la esfera patrimonial) y, de otro, "el encarecimiento de los productos y pérdida de calidad". Asimismo, GILI PASCUAL, A., "Pago de comisiones en el ámbito de los negocios

Un segundo criterio, se ha basado en que se protegen **los intereses de carácter patrimonial de la empresa**, en donde el directivo, empleado resulta sobornado⁴³⁹. Este

y *kick-backs*: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada", CPC, Núm. 109, mayo, 2.013, pág. 61. Este autor al respecto afirma que, "en el concreto ámbito del trasiego de sobornos que ahora nos ocupa, la escasa pero relevante doctrina que en España se ha interesado por la cuestión –sea anterior o posterior a la aparición del art. 286 *bis* CP –ha apuntado ya, tanto para el pago de aquéllos como para su recepción (y más acusadamente para la realización de las actuaciones a las que el corrompido se compromete con motivo de esa recepción) que tales conductas resultarían ser constitutivas de administración desleal, calificación que, como no puede ser de otra manera, corre el riesgo de desembocar en la figura de la apropiación indebida (art. 252) al someterla al tratamiento jurisprudencial indicado. Se evidencia, pues, que una de las claves destacadas para resolver acerca de la calificación de los supuestos de hecho por los que nos preguntamos reside precisamente en identificar el trazado que describe –si la hay– la cumbre que ha de separar las dos vertientes de un mismo tejado, discriminando entre las aguas que deben verter en el lado de la administración desleal (295) y las que deben hacerlo en el de la apropiación indebida (252)...la tipificación de la corrupción privada contiene trazas de administración desleal...", (pág. 72). Ver GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?...*ob. cit.*, págs. 235 a 243. Este autor afirma al respecto que, "da la impresión de que la existencia de algún tipo de administración desleal se encuentra indisolublemente unida a la constatación de una corrupción privada, no obstante resulta aconsejable ceñir la corrupción privada estrictamente a la competencia desleal y relegar dicha infracción de deberes a la constatación de si existe (o no) un delito de administración desleal subyacente...". Asimismo, ver cómo se mantiene la defensa pluriofensiva respecto al bien jurídico mantenido por ANDRÉS DOMINGUEZ, A.C., "La corrupción entre particulares,...", *ob. cit.*, págs. 339 y ss. Este autor afirma que, "...se trata de un modelo mixto que mezcla indebidamente dos bienes jurídicos diferentes: la competencia (sea como un bien jurídico institucional colectivo, sea como un bien individual representado por los intereses de los competidores, sea como la suma de los dos) o el patrimonio del titular de la empresa".

⁴³⁹ Ver las referencias al respecto de MENDOZA BUERGO, B., "El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 *bis* del C.P), en *Estudios sobre reformas del CP operadas por las L.O 5/2.010, de 22 de junio, y 3/2.011, de 28 de enero*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi y Civitas, Navarra 2.011, págs. 428 y ss. Asimismo, ver lo expuesto por BOLEA BARDON, C., "El delito de corrupción privada, Bien Jurídico, Estructura Típica e Intervinientes", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 2, Barcelona, 2.013, pág. 14. Este autor, al respecto, afirma que, "más acertado resulta entender que la protección penal solo opera (o debiera operar) cuando se altera el buen funcionamiento de las relaciones comerciales (afectación de la competencia) a través de la vulneración del deber (negativo) de no perjudicar el patrimonio de la empresa por parte del administrador, empleado o colaborador". MORALES PRATS, F. y MORON LERMA, E., "Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 *bis* del CP...*ob. cit.*, pág. 122. Estos autores afirman que, "podrían sugerirse...los intereses patrimoniales del empresario, que pueden verse afectados por la toma de decisiones clandestina de sus empleados". NAVARRO MASSIP, J., "La Corrupción a Examen", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Monografías de Doctrina, ed. 1ª, Navarra, 2.012, págs. 109 y ss. Este autor afirma que "proteger la competencia es proteger su función económica (calidad y precio). Asimismo, "debido a la falta de claridad en su

razonamiento nos lleva al campo de los llamados "bienes jurídicos colectivos o supra-individuales de la vida económica"⁴⁴⁰.

delimitación, puede entenderse que es un delito de carácter patrimonial, pues en el seno de una empresa mercantil donde se produce el «perjuicio»...

⁴⁴⁰ Al respecto, TIEDEMANN, K., "El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de delito económico", CPC, Núm. 28, 1.986, págs. 61 y ss. El autor explica que "...lo característico del Derecho Económico y del Derecho Penal Económico,...ofrecen una posibilidad de conectar los puntos de partida contradictorios que estriban, uno, en la idea del autor penal económico, y otro, en el hecho penal económico...". Asimismo, acudir a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Bien jurídico y Derecho Penal Económico", en *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, VV.AA., Dir. DEMETRIO CRESPO, E., Coord. MAROTO CALATAYUD, M., Ed. B de F, Madrid, 2.014, págs. 293 a 337, donde no solo trata la concepción "procedimental" del bien jurídico, la justificación ético-social e instrumental de la intervención penal en el ámbito económico, sino también los diversos bienes jurídicos en el Derecho Penal Económico. Así aborda la diferenciación entre bien jurídico inmediato y bien jurídico mediato los delitos económicos orientados a la tutela de un bien colectivo general institucionalizado no individualizable; los delitos económicos orientados a la tutela de un bien colectivo institucionalizado individualizable; y los delitos económicos orientados a la tutela inmediata del patrimonio individual y mediata de un bien supraindividual general). KINDHÄUSER, U., "Los tipos de delito en el derecho penal económico" Revista Derecho Penal, Núm. 40, Jul.-Sep. 2.012, págs. 145 a 162.

Acudir a GRACIA MARTÍN, L., "Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos por el Estado social y democrático de Derecho", en *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, VV.AA., Dr. DEMETRIO CRESPO, Coord. MAROTO CALATAYUD, M., Ed. B de F, Madrid, 2.014, págs. 339 a 379. SOTO NAVARRO, S., "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos", ADPCP, Tomo 58, Fasc./Mes 3, 2005, págs. 887 a 918. Este autor analiza el análisis sociológico-normativo, la función social como criterio de concreción y la lesión de los bienes jurídicos colectivos. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., "Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales", Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, Núm. 1, págs. 135 a 153. Este autor realiza un estudio sobre la naturaleza de los bienes jurídicos colectivos. (págs. 141 y ss.). Acudir para ahondar sobre "la sistematización de los bienes jurídicos colectivos y exclusión de los bienes jurídicos aparentemente colectivos", y "estructuras de bienes jurídicos colectivos" a HEFENDDEHL, R., "La teoría del bien jurídico", ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, Madrid, 2.007, págs. 182 y ss. Este autor afirma que, "todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser utilizado potencialmente por cualquier miembro de la sociedad, del modo que no es posible el bien jurídico colectivo o un fragmento del mismo solo a una determinada parte de la sociedad", (pág. 189). Ahondando en la concepción amplia de los bienes jurídicos colectivos y el conflicto entre bienes jurídicos individuales y colectivos, acudir a ALONSO ÁLAMO, M., "Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos. (Derecho Penal mínimo y máximo)", Revista Penal, Núm. 32, Julio 2.013, págs. 23 a 40.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

¿Cómo puede verse lesionado dicho patrimonio? Veamos cómo: En el caso de que se agraven los costes de producción en el seno de la empresa en la que tenga lugar la corrupción, aumentan consecuentemente los costes finales de los bienes y/o servicios. Así, a su vez, esto propicia que los consumidores y/o usuarios, no les compren a esta empresa sino a la competencia, al resultar los productos o servicios más baratos; es aquí, por lo tanto, donde se lesiona el patrimonio de la empresa en la que tiene lugar la corrupción, puesto que nos encontramos con un daño emergente y un lucro cesante.

La pregunta que surge inmediatamente es, ¿cómo ocurre esto? De la siguiente manera: el trabajador de una empresa es corrompido, obteniendo una cantidad de dinero a cambio de contratar con esta empresa. A su vez, esta empresa que corrompe posee productos o servicios de peor calidad o los vende al por mayor a un precio mayor; por ello, el empresario que ha contratado a este trabajador (que está siendo corrompido y que a cambio de «...un beneficio o ventaja no justificado...» ha comprado bajo estas condiciones, es decir, ha comprado más caro o, a igual precio pero con peor calidad) venderá los productos o servicios finales a los consumidores y/o usuarios con estos inconvenientes aparejados, (es decir, más caro o a igual precio y peor calidad), perjudicando con ello a esta empresa dedicada a la producción de bienes o a la prestación de servicios, puesto que la competencia (es decir, las distintas empresas en las que no exista esta corrupción) venderá sin estos inconvenientes añadidos, siendo sus precios finales más competitivos.

Por otro lado, se encuentra otra corriente que afirma, ya no la protección del patrimonio de la empresa donde tiene lugar el acto corrupto, sino **el patrimonio de las empresas competidoras**⁴⁴¹. Y ello se debe a que las mismas quedan apartadas

⁴⁴¹ Ver la concreta interpretación que adopta FARALDO CABANA, P., “Hacia un delito de corrupción privado”, EPC, Núm. 23, 2.002, págs. 72 y ss. En opinión de este autor "se tutelan los intereses legítimos de los empresarios competidores, que constituyen el bien jurídico individual de contenido económico, pero con la particularidad de que su tutela se orienta a la protección de un bien jurídico mediato supraindividual, la competencia leal, que es lesionado ya al ponerse en peligro abstracto el bien jurídico individual. Para asegurar la existencia de una competencia suficiente, libre y no falseada es preciso que

competitivamente y, por ende, van mermando la economía de las mismas, al no participar en la actividad corrupta⁴⁴². No obstante lo expuesto, a estos argumentos a favor de la defensa del patrimonio, se encuentran los siguientes **contra-argumentos**; a saber,

Primero, el tipo penal no exige, ni un perjuicio injusto para los intereses patrimoniales de los competidores, ni tampoco para los consumidores⁴⁴³. Y es que, si leemos el apartado tercero del art. 286 bis., observamos que no se menciona ningún perjuicio, y mucho menos injusto; tan solo se otorga importancia «al beneficio o valor de la ventaja»⁴⁴⁴.

la lucha concurrencial se desarrolle de acuerdo con ciertos principios, entre los que destaca el principio de competencia por propio esfuerzo y no por interferencia en la actividad de otros competidores...". Asimismo, interpreta el autor, "el orden económico en sentido amplio concebido como un bien jurídico mediato que se sitúa detrás del bien jurídico individual inmediatamente protegido, los intereses económicos legítimos de los empresarios competidores. Es el bien jurídico inmediato el que sirve de principal referencia a la hora de descubrir el sentido y la finalidad de los delitos que nos ocupan en el marco de la interpretación teleológica, pues la vulneración del bien jurídico mediato no aparece incorporada al tipo de injusto y, por tanto, no es necesario acreditar que en el caso concreto se ha producido una lesión o puesta en peligro de dicho bien...".

⁴⁴² NAVARRO MASSIP, J., "La Corrupción a Examen", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Monografías de Doctrina, ed. 1ª, Navarra, 2.012, págs. 109 y ss. Asimismo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)...*ob. cit.*, pág. 507. Este autor opina que, "...si se entiende que el legislador español está realmente obligado a introducir en nuestro CP un nuevo delito de corrupción entre particulares...es obvio que debe optar por el modelo basado en la afectación de la competencia. Pero, si se quieren respetar los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, habrá que incorporar a la descripción típica de elementos que denoten la afectación a ese bien jurídico concebido ante todo en su dimensión colectiva institucional, sin perjuicio de que pudiera integrar asimismo la vertiente de afectación a los intereses patrimoniales de los competidores...".

⁴⁴³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)...*ob. cit.*, pág. 506. Dicho perjuicio, (afirma el autor), no se toma en consideración en el apdo. 3º al señalarse los criterios de menor gravedad de la conducta, y sin que esté acreditado por qué no habrían de ser suficientes, en todo caso, las sanciones administrativas y las medidas civiles".

⁴⁴⁴ Rúbrica literal, del punto 3 del art. 286 *bis* introducido por la Reforma operada en el CP L.O 5/2.010 de 23 de diciembre de 2.010. En otro sentido NIETO MARTÍN, A., "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho Comparado)...*ob. cit.*, pág. 68. Al respecto, afirma el autor que, "aun no exigiéndose dicho perjuicio injusto para los intereses patrimoniales de los competidores, ni tampoco para el de los consumidores, también es cierto que, «los costes de la corrupción de representantes acaban siendo trasladados al representado»".

Segundo, no puede afirmarse que nos encontremos ante la defensa del interés del titular del patrimonio administrado, dado que "se encuentra suficientemente protegido por el delito de administración desleal"⁴⁴⁵; "la disposición de dinero o bienes del administrado para sobornar o, la venta o contratación de servicios a menor precio, para favorecer al corruptor, no estará cubierto por los poderes de representación, ni por los estatutos en el caso de una sociedad (art. 234 LSC) y tendrá como consecuencia daño patrimonial"⁴⁴⁶.

Tercero, de naturaleza sistemática. Este tipo penal se encuentra ubicado en el Título XIII, (De los delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico) por lo que resulta "poco afortunada"⁴⁴⁷, dado que si "las prácticas, a las que el tipo penal se refiere, repercuten...en los precios de las mercancías y los servicios"⁴⁴⁸, debería haberse incorporado sistemáticamente en los delitos relativos al mercado y a los consumidores⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E., "Compliance y Derecho Penal...*ob. cit.*, pág. 156.

⁴⁴⁶ *Ídem.*, págs. 156. En el mismo sentido, GARCÍA ALBERO, R., "Corrupción en los negocios y modificación del cohecho...*ob. cit.*, págs. 554 y 555. Este autor, en su concepción pluriofensiva, (libre concurrencia-competencia y la fidelidad en la relación entre dependiente y principal), afirma, "el interés digno de protección en este ámbito no se identifica con los intereses patrimoniales concretos de quienes intervienen en el tráfico mercantil (empresas), sino con las mismas reglas que garantizan la competencia entre los actores económicos: el «buen funcionamiento del mercado», el marco, en suma, que hace posible una asignación eficaz de los recursos y una fijación correcta de los precios. Porque para la protección de los intereses patrimoniales de las empresas frente a conductas desleales de sus comerciales, sobra y basta las infracciones ya conocidas de apropiación indebida (artículo 252 CP) y administración desleal de patrimonio societario (art. 295 CP)". En referencia al estudio del bien jurídico protegido en los delitos societarios, con especial referencia a la administración desleal, acudir a RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Estudios de Derecho Penal Económico...*ob. cit.*, págs. 81 y ss.

⁴⁴⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E., "Compliance y Derecho Penal...*ob. cit.*, págs. 156.

⁴⁴⁸ *Ídem.*, págs. 156.

⁴⁴⁹ *Ibidem.*, págs. 156. En el mismo sentido, ver GUARDIOLA LAGO, M. J., "Limitaciones del Derecho Penal en la protección del mercado y los consumidores: dos ejemplos...*ob. cit.*, pág. 240. Este autor afirma que, "si el legislador hubiera pretendido la protección de intereses propios del empresario, la ubicación sistemática del precepto hubiera correspondido, eventualmente, entre otros delitos societarios- por poner un ejemplo- pero no en un capítulo dedicado a la tutela de intereses colectivos...".

Cuarto, de orden procedimental. El delito que analizamos no depende de la denuncia de la persona agraviada. Si nos fijamos, el art. 287 del CP "no somete la persecución de este delito a la denuncia del agraviado, por lo que el titular del patrimonio administrado no necesita ser perjudicado en forma individual para poder perseguir al administrador, empleado o colaborador que haya cometido el delito de corrupción perjudicando sus intereses patrimoniales"⁴⁵⁰. Por lo tanto, no es muy plausible que sea el titular del bien jurídico⁴⁵¹. Asimismo, "el carácter colectivo, referido a la protección del mercado" no es coherente con la naturaleza de un delito semi-privado, sino público⁴⁵².

Quinto, existen determinados supuestos que reflejan la inconsistencia de este bien jurídico. Supongamos que un empleado, en concreto, un director de compras del sector alimentario es sobornado en la compra de desechos cárnicos para la elaboración de piensos a cambio de una cuantiosa cantidad, (el uno por ciento del total de compras que se realizan en las transacciones). El resultado es que el sobornado ha conseguido aumentar el volumen de negocio anual y, asimismo, obtener en los controles sanitarios de sus productos unos índices de vitaminas más elevados que con los anteriores compuestos. Además, mediante este *ratio* porcentual en los resultados de calidad ha logrado obtener un certificado de una prestigiosa entidad sanitaria del sector. Como

El artículo 286 *bis* se encuentra recogido en la novedosa Sección 4ª, "De los delitos de corrupción en los negocios" y, si lo que se quiere proteger es el mercado y la competencia, hubiera sido más lógica su incorporación en la Sección 3ª, ("De los delitos relativos al mercado y a los consumidores").

⁴⁵⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E., "*Compliance* y Derecho Penal...*ob. cit.*, págs. 153 y ss.

⁴⁵¹ *Ídem.*, págs. 153 y ss. En el mismo sentido, BLANCO CORDERO, I., "Artículo 286 bis", en *Comentarios al CP*, VV.AA., Ed. Lex Nova, ed. 2ª, Valladolid, pág. 1.116. En el mismo sentido, VENTURA PÜSCHEL, A., "Sobre la tipificación de la mal llamada corrupción entre particulares (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado)", en *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, VV.AA., Coords. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., MANJÓN-CABEZA-OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.009, págs. 504 y ss. Respecto a la exigencia de denuncia como requisito de procedibilidad en los delitos societarios, FARALDO, CABANA, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 2ª, Valencia, 2.015, pág. 16.

⁴⁵² GUARDIOLA LAGO, M.J., "Limitaciones del Derecho Penal en la protección del mercado y los consumidores: dos ejemplos...*ob. cit.*, pág. 240.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

podemos comprobar el acto corrupto en este supuesto, no solo ha generado beneficios de toda índole a la empresa, aumentando los ingresos hasta la fecha conocidos, sino asimismo superar los estándares de calidad existentes. De igual forma, los ingresos obtenidos irregularmente por el sobornado superan con creces el riesgo y el fin de protección de la norma, así como la superación del principio de insignificancia y el principio de adecuación social. Por ello, si el bien jurídico protegido fuera el patrimonio no correspondería lógicamente a supuestos como el contemplado.

Como **conclusión** podemos decir que a pesar de que parte de la doctrina apuesta por la defensa de intereses patrimoniales, nos encontramos con ciertos problemas interpretativos y técnicos que hacen cuestionarnos dicho bien jurídico. En primer lugar, el **del art. 286.3 bis no menciona ningún perjuicio**; en segundo lugar, **la defensa del interés del titular del patrimonio administrado, ya se encuentra protegido por el delito de administración desleal**; asimismo, **si fuera el patrimonio del empresario el bien jurídico protegido, el delito tan solo se perseguiría a instancia de parte y, no (asimismo), de oficio**⁴⁵³; y, en tercer lugar, es incoherente afirmar la defensa del patrimonio puesto que tanto la regulación Comunitaria como las alusiones que realiza el legislador en las diversas Exposiciones de Motivos indican la defensa tan solo de la competencia y no del patrimonio.

⁴⁵³ Sección 5ª "Disposiciones comunes a las secciones anteriores", (en el seno del Capítulo XI, "De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores"), artículo 287 C.P: 1. **"Para proceder por los delitos previstos en la Sección 3ª de este Capítulo, excepto los previstos en los arts. 284 y 285, será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales.** Cuando aquella sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. No obstante, este criterio es discutible, en tanto que el punto 2 del mismo artículo expresa que, "No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas".

1.2. LA COMPETENCIA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En este delito, casi la totalidad de la doctrina ha opinado que con carácter mediato, o de forma pluriofensiva el bien jurídico es la competencia⁴⁵⁴. No obstante existe algún sector que afirma que no se deduce "cuál es el aspecto de la libre competencia que se ve vulnerado, ni cuál es el elemento típico que comporta una agresión singularmente relevante a ese bien jurídico"⁴⁵⁵. A continuación desarrollaremos las diferentes

⁴⁵⁴ Debemos adelantar que, dentro de aquellas teorías que afirman ser la competencia el bien jurídico protegido en este tipo penal, hay otras posturas que defienden de manera, (o no) concadenada otros valores. Al respecto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Derecho Penal Económico y de la empresa", Ed. Tirant lo Blanch, ed. 3ª, Valencia, 2.011, págs. 146 y ss. Ver la referencia que este autor realiza respecto al bien jurídico inmediato, ("el que debe servir de principal referencia para designar las diversas funciones que tradicionalmente se han venido atribuyendo a esta institución en la Ciencia del Derecho penal,...señaladamente la función "interpretativa", en virtud de la cual el bien jurídico desplegará una relevante misión en la tarea de descubrir el sentido y la finalidad de un determinado tipo en el marco de la denominada interpretación teleológica..."); por el contrario, la vulneración del bien jurídico mediato, ("no aparece incorporado al tipo de injusto de la infracción correspondiente y, por tanto, el intérprete no tiene por qué acreditar que en el caso concreto se ha producido una lesión o puesta en peligro de dicho bien...").

⁴⁵⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)...ob. cit., pág. 505. Asimismo, acudir a MENDOZA BUERGO, B., "El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del C.P...ob. cit., pág. 429. Este autor, afirma que, "...por más que la pretendida intención del legislador sea la tutela de la competencia y que el tipo contenga notas que traslucen ese objetivo, con razón la doctrina...ha puesto de manifiesto que,...no resulta evidente que la regulación positiva responda a ese modelo de tutela exclusiva de los intereses de una competencia justa y que, de otra, o aparecen con claridad las notas de lesividad de tal interés en las conductas típicas,...resulta muy diluido el carácter lesivo de la infracción contenida en el art. 286 bis,...". Asimismo, este autor propone que, sin perjuicio de que no debiera intervenir la tutela penal, a tenor de la descripción del precepto penal, el comportamiento sería típico: "el pago de una comisión al recepcionista de un hotel por parte del encargado de un restaurante o de una atracción local para que lo recomiende a los clientes del hotel; la oferta a un precio reducido de otros productos al encargado de compras de un establecimiento para que se decida por la contratación con ese ofertante, frente a otros competidores; la invitación que hace un proveedor de material sanitario a un médico que trabaja para una consulta privada, para asistir a un congreso científico con todos los gastos pagados para él y su acompañante, con el objetivo de que tome en consideración preferente su oferta de suministro frente a la de otras empresas competidoras".

posiciones al respecto⁴⁵⁶, no sin antes realizar una breve referencia al entorno jurídico-privado de la competencia.

Proteger la competencia "es proteger su función económica, -calidad y precio- y su función político-social, la posibilidad de acceso de otros competidores, posibilidad de elección del consumidor"⁴⁵⁷; y, solo es posible su protección dentro del contorno Constitucional⁴⁵⁸. En tal sentido se ha venido defendiendo que en el delito de corrupción en los negocios se ataca **la competencia económica** interpretada como, **"el conjunto de principios concurrenciales del sistema económico"**⁴⁵⁹, cuyos principios

⁴⁵⁶ Ver las concretas referencias al respecto de los siguientes autores: GILI PASCUAL, A., "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2.007", RECPC 09-13 (2.007), pág. 29. Asimismo, NIETO MARTÍN, A., "El derecho penal económico español", Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Castilla La Mancha. <http://www.cienciaspenales.net>, pág. 1.

⁴⁵⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M y BACIGALUPO SAGGESE S. «Derecho Penal Económico...*ob. cit.*, págs. 476 y ss. Acudir a MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C., "Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado o la libre competencia", en *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2.013, pág. 175. El autor afirma que el bien jurídico es de "naturaleza colectiva", y "lo constituye la competencia en el mercado...la libre competencia en igualdad de condiciones en aras de un buen funcionamiento de aquél".

⁴⁵⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M y BACIGALUPO SAGGESE S. «Derecho Penal Económico...*ob. cit.*, pág. 476. El autor refiere la protección de la competencia "dentro de los márgenes de nuestro texto constitucional...(junto) a los intereses económicos de carácter individual, (se manifiesta)...en defensa de los intereses económicos colectivos". Nuestra Constitución se ha pronunciado por in modelo concreto de competencia imperfecta, caracterizada por, "a) libertad de acceso al mercado y multiplicidad de empresarios; b) falta de homogeneidad de los productos y servicios y carácter sustituible de los mismos; c) presencia en cada mercado de los denominados poderes económicos que controlan directamente o indirectamente la oferta y la demanda y los precios; d) tendencia a la concentración de empresas; e) intervención del Estado en la economía".

⁴⁵⁹ GILI PASCUAL, A., "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2.007", RECPC 09-13 (2.007), pág. 9. Este autor mantiene que, "al tutelar la competencia leal puede estarse ante la (legítima) protección inmediata de un bien individual, afectando a la correspondiente parcela del orden económico solo de forma mediata". No obstante, los efectos lesivos de la lesión al bien jurídico podrían alcanzar "a la propia competencia y su relación con los competidores" y, "a los propios consumidores".

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

se encuentran protegidos o amparados en el seno de nuestra Carta Magna⁴⁶⁰, entendiéndose por tanto, defendida la "lealtad competencial"⁴⁶¹.

¿Por qué se afirma que se lesionan los principios concurrenciales del sistema económico? Si acudimos al concepto de competencia, comprobamos que "proviene de las ciencias económicas"⁴⁶². No existe una definición legal que la delimite como concepto jurídico; no obstante, podemos afirmar que la competencia "consiste en la

⁴⁶⁰ Por ejemplo, el artículo 38 de la CE, en el que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía del mercado; garantizándose y protegiéndose por los poderes públicos el ejercicio y la defensa de la productividad. Asimismo, de acuerdo con el artículo 51 de la misma CE se defienden a los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces tanto a la salud como en aquellos intereses económicos de los mismos, promoviéndose de igual forma la información y la educación que pudieren precisar.

⁴⁶¹ GILI PASCUAL, A., "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2.007", RECPC 09-13 (2.007), pág. 9. Ver GIL NOBAJAS, M.S., "El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia...*ob. cit.*, págs. 574 y ss. Este autor opina que el bien jurídico protegido es "la competencia leal o correcto funcionamiento del mercado en términos de igualdad de oportunidades de los competidores a la hora de ofrecer, adquirir o contratar productos o servicios en el ámbito de las relaciones comerciales". Así, el autor concibe la libre competencia "como un elemento esencial de la economía del mercado y...al desarrollo de estrategias que permitan desplazar los productor y/o servicios de los competidores directos...". Por su parte, BAÑERES SANTOS, F., apunta que el bien jurídico es "la defensa de la libre competencia", en tanto que así queda reflejado en la EM del proyecto y del contenido de la Decisión Marco. Así, afirma este autor, "la posición en el mercado de un determinado agente mercantil o profesional no dependa de la cantidad de regalos o promesas que ofrezca sino del precio o calidad de sus bienes o servicios, ...no debiéndose concebirse este delito como un deber genérico de probidad u honestidad comerciales", (pág. 248). BAÑERES SANTOS, F., "La corrupción entre privados, (art. 286 bis, 287 y 288), en *La reforma Penal de 2.010: análisis y comentarios*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, ed. 1ª, Navarra, 2.010. Por otro lado, acudir a GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)...*ob. cit.*, págs. 420 y 421. Este autor, defiende que el bien jurídico protegido es exclusivamente, la leal competencia, interpretada como aquellos "intereses de las empresas o particulares que ofreciendo sus bienes y servicios sin acompañarlos de incentivos individuales injustificados, son preteridos a favor de aquellos que, aun ofreciendo bienes o servicios de calidad inferior o superior precio, sí incentivan a administradores, directivos, empleados o colaboradores de la empresa receptora. Desde esta perspectiva parece que se trata de evitar los comportamientos "externamente desleales", que vicien la competencia entre unas y otras empresas".

⁴⁶² ORLANSKI, L.T., "La defensa de la competencia desde el Derecho Público: su diseño institucional, su interacción con otras formas de intervención estatal en la economía y el procedimiento aplicable", en *Competencia y Regulación*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2.006, pág. 3.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

rivalidad entre agentes económicos que están en una misma posición en el mercado, pujando sobre todo por vender –aunque en casos excepcionales también por adquirir un mismo bien⁴⁶³. Por lo tanto, puede ocurrir que al existir un comportamiento fraudulento (por ejemplo, la existencia de un soborno en una empresa) se quiebren los principios de equilibrio y capacidad a la hora de contratar o negociar. Por ello, existe alguna postura que afirma que el art. 286 bis protege el "**respeto a la competencia equitativa y leal**"⁴⁶⁴, dado que "la corrupción,...distorsiona las reglas de la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido"⁴⁶⁵. Cuando nos referimos al desarrollo económico sólido, hacemos mención a un "espacio...donde convergen los agentes económicos (oferentes, demandantes e intermediarios) para satisfacer sus necesidades mediante la interacción de la oferta y la demanda"⁴⁶⁶.

Nuestro ordenamiento jurídico, a la hora de defender la competencia prohíbe determinadas formas de competencia: la desleal⁴⁶⁷ y la restrictiva⁴⁶⁸. La defensa de la

⁴⁶³ *Ídem.*, pág. 3.

⁴⁶⁴ OTERO GONZÁLEZ, P., "Delito de Corrupción entre particulares...*op. cit.*", págs. 175 y ss.

⁴⁶⁵ *Ídem.*, págs. 175 y ss. Asimismo, CAMPANER MUÑOZ, J., "La corrupción entre particulares", Ed. Lex Nova, pág. 3. MENDOZA BUERGO, B., "El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del C.P), en *Estudios sobre reformas del CP operadas por las L.O 5/2.010, de 22 de junio, y 3/2.011, de 28 de enero*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi y Civitas, Navarra 2.011, pág. 428. Este autor al respecto afirma que, "...esta infracción...se dirige a tutelar intereses diversos, de modo que, tal y como justifica el legislador este precepto en el Preámbulo de la ley de reforma, el bien jurídico protegido sería la competencia justa o leal en el mercado...".

⁴⁶⁶ ORLANSKI, L.T., "La defensa de la competencia desde el Derecho Público: su diseño institucional, su interacción con otras formas de intervención estatal en la economía y el procedimiento aplicable...*ob. cit.*", págs. 3 y ss. Este autor afirma que, "mercado competitivo se entiende aquél en el que existe (efectiva o potencialmente), al menos, más de un oferente y más de un comprador que competirán entre sí en algún aspecto de un determinado producto".

⁴⁶⁷ Ocupándose de los antecedentes del incumplimiento de los códigos de conducta en la Ley de Competencia Desleal de 1.991, e incumplimiento de los códigos de conducta reflejada en la Directiva 2.005/29/CCE y diferencias existentes con el tratamiento de la Ley 29/2.009, así como la sistemática y fundamento de la deslealtad y sus presupuestos, acudir a MASSAGUER, J., "Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales", *InDret* 2/2.011, Barcelona, Abril, 2.011.

⁴⁶⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M y BACIGALUPO SAGGESE S., "Derecho Penal Económico...*ob. cit.*", pág. 479.

competencia "reconoce el derecho a competir (por quienes) participan profesionalmente en el tráfico económico"⁴⁶⁹. Asimismo, "la represión de las prácticas restrictivas integran, además, el deber de competir"⁴⁷⁰; y "el castigo de la competencia ilícita, el deber de competir lealmente"⁴⁷¹. Por ello, se ha afirmado que el delito de corrupción que analizamos protege de un lado la "**competencia leal en la adquisición de bienes y servicios**"⁴⁷² y, de otro, la posible **amenaza de la competencia "respecto de la**

⁴⁶⁹ *Ídem.*, pág. 479.

⁴⁷⁰ *Ibidem.*, pág. 479.

⁴⁷¹ *Ibidem.*, pág. 479.

⁴⁷² SÁNCHEZ DE ROJAS, C.E., "Delito de corrupción entre particulares", Ed. Fe d'erratas, Madrid, 2.013, págs. 21 y ss. Este autor afirma que el bien jurídico es "la regularidad en la contratación mercantil y civil y, cuyo propósito no es otro que la búsqueda de la competencia justa y honesta, (protegiéndose con ello) "a las empresa(s) competidora(s) que por no participar en la actividad corrupta, se queda(n) apartada(s) en el marco de contratación". Asimismo, en este sentido GUARDIOLA LAGO, M. J., "Limitaciones del Derecho Penal en la protección del mercado y los consumidores: dos ejemplos...*ob. cit.*, pág. 234. Este autor afirma que, "...se pretende evitar que el cobro o recepción de beneficios o ventajas puedan distorsionar la competencia y afectar a la igualdad de oportunidades en el ámbito de prestación de bienes y servicios...la competencia leal resulta el bien jurídico supraindividual protegido, al que se suma también la protección de los competidores, específicamente en su igualdad de oportunidades y en sus intereses patrimoniales". Asimismo, ver la concreta postura que mantiene MUÑOZ CUESTA, J., "La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación", en *La corrupción a examen*, VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.012, págs. 95 y 96. Afirma este autor que, "...en la corrupción privada se pretende preservar la no alteración de la ley de la oferta y la demanda, la libre concurrencia de las entidades privadas en la contratación de bienes y servicios, enclavados sistemáticamente dentro de los delitos socioeconómicos y a su vez, de forma más específica, entre los delitos relativos al mercado y los consumidores, en definitiva la libre competencia en la actividad económica entre proveedores de bienes y servicios a otras entidades no se altere por el afán de obtener beneficios ajenos al funcionamiento ordinario del mercado por quienes tienen la capacidad de su contratación". Ver la opinión concreta y, bifronte, de ENCINAR DEL POZO, M.A., "La transparencia de las relaciones mercantiles y la reforma del CP de 2.010", CPC, Núm. 103, I, Época II, mayo 2.011, págs. 188. El autor defiende que, "...el artículo 286 *bis* del CP protege la libre competencia y la transparencia de la gestión, sin que sea necesario para la comisión del delito una vulneración añadida de los deberes que unen al subordinado con su principal". Este autor ahonda en esta posibilidad afirmando que, "...las conductas de corrupción atentan contra la competencia mercantil", puesto que "si en las relaciones comerciales median sobornos entonces el sobornado preferirá al competidor que le ofrece o promete la dádiva respecto a otros competidores...de manera desleal al corruptor frente a un tercero, a causa de la dádiva recibida o prometida". Continúa explicando el autor, "...se considera que las conductas de corrupción alteran la competencia leal ya que se favorece de manera injusta a un competidor (el desleal, el que soborna) respecto a otros (que usan solo métodos leales); lo que supone que éstos deberán también acudir a tal vía para poder competir en el mercado («efecto contagio»)..."

adquisición de bienes y servicios"⁴⁷³ en tanto que "impide el desarrollo económico sólido al adoptarse decisiones en el ámbito empresarial (que) no debe(n) estar guiada(s) por el cobro de comisiones"⁴⁷⁴. La competencia "queda mermada en aquellos casos donde no se paguen sobornos, en tanto que, «no tendrán posibilidades reales de adjudicarse un contrato en un concurso público»"⁴⁷⁵.

¿De dónde se puede deducir que el bien jurídico protegido es la competencia? Pues en principio, de determinadas referencias normativas. Por un lado, respecto a la propia descripción del tipo penal, en tanto que se refiere a la compraventa de mercancías, contratación de servicios o relaciones comerciales. Tales alusiones, concretan el comportamiento respecto de la realización de prácticas o actividades concurrenciales en el seno de la competencia en general y de los competidores en particular⁴⁷⁶.

relaciones comerciales no se basan en la calidad y precio de los productos o servicios, sino en el beneficio que el sobornado obtiene con la dádiva; (asimismo) afectan tanto al empresario (al que está subordinado el empleado sobornado) como a los consumidores...a causa del soborno, se aceptan productos o servicios de peor calidad que otros y porque el corruptor se las ingeniará para que el montante de la dádiva sea incluida en el precio del producto (esto es, se paga un «sobreprecio»). De modo que, tanto empresario como consumidores, tendrán a su disposición un producto de peor calidad y más caro que otros...", (pág. 177). Ver asimismo SANTANA VEGA, D.M., "De la corrupción entre particulares", en *Comentarios al Código Penal. Reforma al Código Penal 1/2.015 y L.O 2/2.015*, Dirs. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Coord. VERA SÁNCHEZ, J.S., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.015, pág. 1.002, "el bien jurídico-penal protegido...es la competencia leal y justa en el ámbito de los negocios privados como medio para preservar las reglas del buen funcionamiento del mercado, así como la competitividad justa y honesta en las competiciones deportivas profesionales".

⁴⁷³ MORALES PRATS, F. y MORON LERMA, E., "Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)...*ob. cit.*, págs. 121 y 122.

⁴⁷⁴ *Ídem.*, págs. 121 y 122.

⁴⁷⁵ ROSAS OLIVA, J.I., "Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España...*ob. cit.*, págs. 93 a 123. Al respecto, el autor valora dicha posibilidad exponiendo el siguiente ejemplo, como en la actualidad ocurre, donde determinados servicios públicos son gestionados por empresas privadas puede correrse el riesgo de que, un empleado sobornado opte por un modelo de calidad (ya sea contratado o comprando determinados bienes) en detrimento del servicio llamado a realizar (generando un servicio más caro, o más deficiente).

⁴⁷⁶ *Cfr.*, MENDOZA BUERGO, B., "El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del C.P...*ob. cit.*, pág. 430. Al respecto, el autor afirma que, "la idea de que nuestra regulación no responde

Por otro lado, si acudimos al "germen" que instaura el presente precepto en nuestro ordenamiento jurídico, comprobamos cómo la Decisión Marco destaca "una importancia especial (en) la lucha contra la corrupción...por estimar que...constituye una amenaza para el Estado de Derecho, (y)...distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico

a un modelo «puro» de tutela de la libre y leal competencia, sino que el tipo estaría más bien construido de modo que se protegerían, conjuntamente con la libre competencia como institución y con los intereses de los competidores o incluso más directamente-, intereses de la empresa o del titular de la sociedad cuyo directivo o empleado resulta sobornado, constituyendo nuestro modelo de punición en realidad uno de carácter híbrido o mixto, parece de *lege data* la más plausible". Asimismo, ROSAS OLIVA, J.I., "Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España...*ob. cit.*, pág. 116. El autor al respecto expone que, "la normativa comunitaria adopta un modelo híbrido o mixto, por cuanto se pretende tutelar conjuntamente la competencia leal y el deber de fidelidad que corresponde al destinatario del soborno con el empresario u órgano decisorio de una empresa, con lo que la protección de la competencia pasa a un segundo plano, pues solo interesa su protección cuando la conducta corrupta es idónea para afectar los intereses económicos del empresario o empresa a la que está vinculado el destinatario del soborno". Asimismo, ver GILI PASCUAL, A., "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2.007", REPC 09-13 (2.007), pág. 17. Este autor afirma que, "la dimensión concurrencial del nuevo tipo penal..., parece que no puede negarse a la vista de los términos típicos utilizados. Apunta en esa dirección, de entrada, la limitación del ámbito relevante al campo de la «adquisición o venta de mercancías o de contratación de servicios profesionales» – acogiendo en tal sentido la autorización expresa de la Decisión Marco 2.003/568/JAI-, lo que dota de claros tintes de mercado a la figura, concentrando el interés objeto de tutela. Esa restricción no se aprecia, en cambio, en tipicidades que siguen un claro paradigma de protección distinto al competencial, acogiendo el modelo de «infracción de deberes»"; por lo tanto, afirma este autor, "tiene, en ese sentido, un carácter mixto la redacción propuesta por el Consejo de Europa, pues vincula la referencia a la infracción de deberes al marco de una actividad comercial". En un sentido similar, ANDRÉS DOMINGUEZ, A.C., "La corrupción entre particulares...", *ob. cit.*, pág. 339 y ss. Este autor afirma que, "...se trata de un modelo mixto que mezcla indebidamente dos bienes jurídicos diferentes: la competencia (sea como un bien jurídico institucional colectivo, sea como un bien individual representado por los intereses de los competidores, sea como la suma de los dos) o el patrimonio del titular de la empresa". Asimismo, OTERO GONZÁLEZ, P., "Corrupción entre particulares...*ob. cit.*, págs. 178 y 179. El autor afirma al respecto que, "la DM 2.003,...alude al bien jurídico competencia leal como pilar básico del mercado único europeo pero destacando que el mismo se lesiona por los sujetos activos «incumpliendo sus obligaciones». Esto ha llevado a la doctrina española a interpretar que se protege un modelo mixto de administración desleal *ad intra* y de competencia desleal *ad extra*, y que así ha sido trasladado al reciente precepto español".

sólido...."⁴⁷⁷. Asimismo, el Preámbulo del Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción, llega a la conclusión de que, "...la corrupción constituye una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos, que la misma socava los principios de una buena administración, de la equidad y de la justicia social, que falsea la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad"⁴⁷⁸.

Y por último, sin intentar acotar las referencias al respecto sino para evidenciar la justificación de este bien jurídico, comprobamos que el legislador español ha llegado a afirmar que "se aprovecha esta modificación para introducir algunas mejoras técnicas en la regulación de estos delitos que tienen por objeto garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas"⁴⁷⁹. Esta postura no es novedosa. A nivel comunitario, Alemania ya seguía este modelo desde 1997 mediante el art. 299 en su título relativo a los delitos contra la competencia, castigando con pena de tres años o multa al empleado o representante de una empresa que pretende, se deja prometer o acepta una ventaja para sí o para tercero a título de contraprestación para privilegiar deslealmente al corruptor o a un tercero en el intercambio de mercancías o de prestaciones profesionales⁴⁸⁰. En este sentido se ha

⁴⁷⁷ Decisión Marco de 2.003/568/JAI del consejo de 22 de julio de 2.003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, en su Considerando 9ª.

⁴⁷⁸ Preámbulo del Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio Núm. 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999).

⁴⁷⁹ Exposición de Motivos de la L.O 1/2.015, de 30 de marzo.

⁴⁸⁰ OTERO GONZÁLEZ, P., "Corrupción entre particulares...*ob. cit.*, pág. 179. Al respecto expresa el autor, "el corrupto no tiene que infringir sus obligaciones para con el empresario a efectos de la comisión de la conducta típica. Ello implica, a su vez, que en los casos de pago de comisiones (*kick backs*) puede plantearse la existencia de concurso entre el delito de competencia desleal (corrupción privada, &299) y el de administración desleal (&266)". GARCÍA ALBERO, R., "Corrupción en los negocios y modificación del cohecho...*ob. cit.*, págs. 568 y ss. Este autor afirma que este delito "protege las reglas de leal competencia, frente a graves ataques contra la misma, solo así se explica la gravedad de las penas y la idéntica penalidad asignada a las formas comisivas activas y pasivas". Además, GUARDIOLA

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

afirmado por algún sector que el legislador comunitario ha apostado por este modelo, puesto que "la DM 2.003,...alude al bien jurídico competencia leal como pilar básico del mercado único europeo pero destacando que el mismo se lesiona por los sujetos activos «incumpliendo sus obligaciones»"⁴⁸¹; y además por la necesidad de "evitar las afrentas a la libre y leal competencia"⁴⁸² muy habituales en el entorno empresarial. Dicho comportamiento puede suponer una ventaja competitiva a la empresa que acepte o reciba dicho "obsequio" en comparación con la que no lo haga⁴⁸³. Asimismo, se justifica que la competencia sea el bien jurídico protegido en atención a "la gravedad de las penas y la idéntica penalidad asignada a las formas comisivas activas o pasivas"⁴⁸⁴, y también a "su ubicación sistemática"⁴⁸⁵. De igual manera, la existencia del elemento subjetivo del injusto –“para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros”- en un

LAGO, M.J., "Limitaciones del Derecho Penal en la protección del mercado y los consumidores: dos ejemplos...*ob. cit.*, pág. 234. Este autor se ocupa del modelo de protección de la competencia en el mercado seguido en Alemania. *Cf.*, MENDOZA BUERGO, B., "Estudio sobre las reformas del CP", VV.AA., Ed. Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2.011, pág. 428. Este autor al respecto, realiza las siguientes precisiones: "...la afirmación, frecuente en la doctrina, de que el modelo de regulación alemán se corresponde con uno orientado de manera unívoca a la tutela de la competencia leal en el mercado ha de ser matizada...ya que no resulta tan evidente que el precepto del CP alemán, y especialmente la interpretación que se hace del mismo, se oriente con carácter exclusivo a la represión de la distorsión de la competencia, esto es, de actos de corrupción que supongan únicamente la lesión de la leal competencia en el mercado, sino que también toma en cuenta otros aspectos".

⁴⁸¹ OTERO GONZÁLEZ, P., "Corrupción entre particulares...*ob. cit.*, pág. 179.

⁴⁸² *Ídem.*, pág. 179.

⁴⁸³ ORBEGOZO, X., "El nuevo delito de corrupción entre particulares: un paso significativo contra el soborno de directivos de empresas", *Lefebvre-El Derecho, Boletín Contable*, 1 de mayo de 2.011.

⁴⁸⁴ GARCÍA ALBERO, R., "Corrupción en los negocios y modificación del cohecho...*ob. cit.*, págs. 568 y ss. Además de la protección de la competencia, este autor afirma protegerse "los deberes de lealtad para con las empresas por parte de sus dependientes, en el concreto ámbito de la contratación de bienes y servicios".

⁴⁸⁵ Acudir a MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C., "Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado o la libre competencia", en *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2.013, pág. 175.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

concreto ámbito o actividad económica hace que la competencia parezca el bien jurídico protegido⁴⁸⁶.

Junto con estos argumentos que mantienen que en el delito de corrupción en los negocios se protege la competencia (en sus diferentes modalidades), se viene afirmando la defensa mediata **del mercado y los consumidores**.

El concepto de consumidor, elaborado en los últimos tiempos a partir de su desarrollo normativo comunitario podemos circunscribirlo a "toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional"⁴⁸⁷; desarrollándose el "acto de consumo" en ámbitos externos al profesional⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ GILI PASCUAL, A., "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2.007, REPCP 09-13 (2.007). Este autor afirma al respecto que, "aunque no sea una interpretación necesaria ni tampoco exacta sí es al menos cierto que en una de sus acepciones usuales el término «favorecer» cobra su sentido a partir del correlativo perjuicio de otro, lo que nos debe llevar a exigir situaciones de competencia efectiva en las que la corrupción sea usada para desplazar a un competidor. Por otro lado, la consideración al competidor se confirma con la especificación de que la ventaja debe tender a procurar (a modo de delito de resultado cortado) el beneficio del otorgante «frente a terceros», (pág. 17) Si bien los intereses de los competidores,...encuentran clara cobertura en la descripción legal, más difícil es extraer de los términos típicos la tutela supraindividual de la «competencia como institución», (págs. 17 y 18). Asimismo, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?...*ob. cit.*, pág. 234. Este autor afirma al respecto que, "...el propuesto artículo español parece constreñirse a los supuestos que distorsionen la competencia, y, así, señala que se tendrá que favorecer «frente a otros» (corrupción activa) o «frente a terceros» (corrupción pasiva). Ello parece acentuar el componente de tutela de la competencia leal, pese a que, como se ha apuntado anteriormente, exige el requisito típico del incumplimiento de las obligaciones, por lo que da la impresión de que introduce un decisivo elemento de administración desleal". Asimismo, GUARDIOLA LAGO, M.J., "Limitaciones del Derecho Penal en la protección del mercado y los consumidores: dos ejemplos...*ob. cit.*, pág. 241.

⁴⁸⁷ CÁMARA LAPUENTE, S., "El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español", Cuadernos de Derecho transnacional, Vol. 3, Núm. 1, 2.011, págs. 85 y ss. "El transcrito «concepto *general* de consumidor y de usuario» del art. 3 TR-LGDCU, procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGDCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado marginadas de este nuevo texto de 2.007. De esta forma, según su Exposición de Motivos (III § 2), el concepto «se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las personas jurídicas». En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refundida por el

Los argumentos que afirman su defensa son las siguientes:

En primer lugar, **la concreta posición sistemática de este delito**. Se encuentra ubicada en el seno de los delitos relativos al mercado y a los consumidores⁴⁸⁹. No obstante, en la actualidad, no puede admitirse dicha precisión, en tanto que la

RDL 1/2.007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es «*toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*». Asimismo, CÁMARA LAPUENTE, S., "El concepto legal de «consumidor» en el Derecho Privado europeo y en el Derecho español...*ob. cit.*, págs. 21 a 44.

⁴⁸⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., "El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español...*ob. cit.*, págs. 101 y ss. Tal y como expresa el autor, "Lo difícil será especificar qué actos quedan *dentro* de ese ámbito empresarial o profesional y, en consecuencia, quedan excluidos de las normas de protección del TR-LGDCU (y del DCFR y las Directivas...(siendo de ayuda)...dentro de la interpretación positiva o integradora que se patrocina con base en la EM del TR-LGDCU..., acudir a la jurisprudencia recaída hasta la fecha sobre el art. 1 LGDCU...en busca de una lectura fácilmente congruente con el nuevo concepto legal". Este autor, realiza una agrupación de actividades empresariales o profesionales: "en primer lugar, los contratos típicamente mercantiles celebrados entre empresarios o profesionales. En segundo lugar, los supuestos en que un empresario o profesional entabla relaciones jurídicas «disfrazado de empresario» cuando en realidad quiere el bien o servicio para usos enteramente privados; es elocuente la conocida sentencia del Tribunal Federal alemán de 22 diciembre 2.004, que declaró la validez de la exclusión de una garantía de conformidad firmada a mano por un demandante que adquirió un vehículo de segunda mano en su calidad de empresario porque el concesionario solo quería vender a empresarios para excluir toda garantía. En la jurisprudencia española, un caso próximo, con idéntico rechazo de la condición de consumidor, en la SAP Barcelona 15 enero 2.009 (compra de hidrochufa por una sociedad mercantil); el AAP Madrid 10 diciembre 2.008 sobre compra de teléfono móvil por un empresario. (Y), en tercer lugar, también son actos realizados dentro de una actividad empresarial o profesional [a] los realizados *para garantizar una mejor «organización» profesional* (como uno de los rasgos, la organización, que define la actividad empresarial o profesional), los realizados para incorporar los bienes o servicios, directa o indirectamente, según resalta expresamente la EM del TR-LGDCU, *en [b] procesos de producción, [c] de comercialización o [d] de prestación a terceros*. Como se puede apreciar, el primero [a] se infiere de la nueva definición, aunque la jurisprudencia española ya venía descartando ese tipo de actos empresariales con los parámetros del art. 1 LGDCU, y los otros tres [b, c, d] traen causa de este precepto y han sido aplicados con toda corrección por los tribunales españoles incluso en los supuestos limítrofes a los que hoy apela la EM del TR como «incorporación indirecta» en esos procesos propios del mercado y la actividad económica".

⁴⁸⁹ En tal sentido, CASTRO MORENO, A., "Corrupción entre particulares...*ob. cit.*, pág. 619. Este autor afirma que el bien jurídico es "de carácter colectivo, y estriba en la salvaguarda de la competencia empresarial o profesional en la contratación de bienes y servicios, con la consiguiente afectación al normal funcionamiento del mercado. De ahí su ubicación sistemática...tras los delitos contra el mercado y los consumidores".

modificación operada en el año 2.015 alteró el lugar en el que se encontraba pasándose de la Sección Tercera relativa a los delitos relativos al mercado y a los consumidores a una nueva Sección Cuarta, denominada de corrupción en los negocios⁴⁹⁰. Esta concreta "dimensión social del tipo, orientado a la tutela del consumidor" puede tener origen en el Proyecto Alternativo alemán (1977)⁴⁹¹.

En segundo lugar, este tipo de corrupción propiciará que **"las relaciones comerciales no se basen en la calidad y precio de los productos, sino en la cuantía del beneficio injustificado o comisión"**⁴⁹² y así afectará a los consumidores, "puesto que tendrá acceso a un producto de peor calidad y más caro que otros"⁴⁹³.

Y en tercer lugar, **las referencias a las que apuntó el Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de 2.008⁴⁹⁴ al afirmar la DM que se distorsionan las reglas de la**

⁴⁹⁰ Rúbrica de la Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II redactada por el número ciento cincuenta y cinco del artículo único de la L.O. 1/2.015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP.

⁴⁹¹ Al respecto, GILI PASCUAL, A. "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada", RECPC 09-13 (2.007), pág. 20. Este autor refiere lo siguiente: "El §176 AE evitó la referencia restringida a una actuación «con fines competitivos» (*zuZwecken des Wettbewerbs*) que entonces contenía el vigente §12 UWG (y sigue conteniendo el actual §299 StGB), incluyendo a cambio una más amplia referencia al carácter contrario a deber (*pflichtwidrig*) del comportamiento"...persiguiéndose, (según expone el autor), "garantizar unas supuestas funciones de correcta orientación de la clientela y de distribución de mercancías sin interferencias ajenas por parte del comerciante...".

⁴⁹² ESTÉVEZ SÁNCHEZ ROJAS, C., "Delito de corrupción entre particulares", Ed. fe d'erratas, Colección jurídica, Madrid, 2.013, pág. 23.

⁴⁹³ *Ídem.*, pág. 23.

⁴⁹⁴ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de L.O por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP, en donde expresa "para la Decisión Marco la corrupción, tanto en el sector público como en el sector privado, distorsiona las reglas de la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido. Es por ello que el objetivo perseguido por la Decisión Marco es que tanto la corrupción activa como pasiva en el sector privado, sean una infracción penal en todos los Estados Miembros y que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de tales infracciones". Asimismo, el Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 27 de junio de 2.013, Núm. de expediente: 358/2.013 (JUSTICIA), Referencia 358/2.013, respecto al Anteproyecto de Anteproyecto de L.O por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP, emitió un dictamen que expresaba: "en el Capítulo XI del Título XIII del Libro II del CP, se crea una nueva sección referida a los "Delitos contra la competencia", en los que se

competencia y al desarrollo económico sólido. Y asimismo, las razones que se expusieron en el desarrollo parlamentario ulterior⁴⁹⁵. Se querían introducir determinadas expresiones, -como por ejemplo, "afectando gravemente la competencia"- y penas, como la inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio, que se encuentran íntimamente ligadas a la idea de este bien jurídico.

Otra postura doctrinal es aquella que defiende –dentro de la defensa de la competencia- que el bien jurídico protegido es **la competencia desleal**⁴⁹⁶. El

incluyen los delitos contra el mercado, que sancionan conductas ilícitas que alteran y falsean el régimen de libre competencia, y los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas, mejorando su regulación así como la del cohecho transnacional. Dentro de los delitos relativos al mercado, se crea una nueva figura delictiva que sanciona a los representantes o administradores de hecho o de derecho que dejan de adoptar las medidas necesarias para evitar la comisión de delitos, por la falta de implementación de los programas de prevención a que estaban obligados".

⁴⁹⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Proyecto de L.O por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre, del CP, (621/000108), Núm. 475, 23 de febrero de 2.015, (Cong. Diputados, Serie A, Núm. 66, Exp. 121/000065), pág. 220. El Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC), formuló la ENMIENDA Núm. 233 al Artículo único. Ciento cincuenta y cuatro, donde propuso la modificación de la redacción dada al nuevo artículo 286 *bis* introducido por el apartado ciento cincuenta y cuatro del artículo único, añadiendo la expresión "afectando gravemente la competencia": "1. 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 triple del valor del beneficio o ventaja pretendidos u obtenidos, el socio, administrador de hecho o de derecho, apoderado o empleado de una sociedad que, en las relaciones comerciales y afectando gravemente la competencia, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte, para sí o para un tercero y como contraprestación para favorecer a otro, un beneficio o ventaja no justificados. 2. El que, en las relaciones comerciales y afectando gravemente la competencia, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a los socios, administradores de hecho o de derecho, apoderados o empleados de una sociedad y como contraprestación para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, un beneficio o ventaja no justificados, 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 triple del valor del beneficio derivado de la ventaja competencial pretendida u obtenida".

⁴⁹⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I., "La criminalización de la corrupción en el sector privado; ¿asignatura pendiente del Derecho Penal Español?...*ob. cit.*, págs. 275 y ss. Al respecto esto autores exponen que, "Suiza sigue la tradición Alemana tipificando este delito en la normativa de competencia desleal. Frente a otros países, únicamente castiga el delito de corrupción activa en el sector privado (Art. 23 en relación con el art. 4 de la Ley Federal contra la competencia desleal de 1.986). El artículo 4 (de la misma Ley), señala que actúa de manera desleal, especialmente quien «letra b» busca obtener para sí o para otro una ventaja, y para ello da u ofrece ventajas a un empleado, mandatario u otras personas auxiliares de un tercero, a las que no tiene derecho legalmente, y

fundamento se basa, por un lado, en "la limitación del ámbito relevante en la «adquisición o venta de mercancías o de contratación de servicios profesionales...» que dota de claros tintes de mercado a la figura"⁴⁹⁷.

En segundo lugar, la existencia del elemento subjetivo, "consistente en la realización de la conducta «para ser favorecido» (art. 286.1 CP) o, «con el fin de favorecer» (art. 286 bis.2 CP) al corruptor frente a otros"⁴⁹⁸.

En tercer lugar, las diferentes referencias expuestas en la DM⁴⁹⁹, donde se hace referencia a la expresión «incumpliendo sus obligaciones». Dicha referencia no

que son idóneas para inducir a esta persona a un comportamiento contrario a deber en el cumplimiento de su servicio o negocio. El artículo 23 castiga penalmente a quien con dolo actúa de forma contraria a la competencia leal, según los arts. 3, 4, 5 o 6, con la pena de prisión o de multa. Frente a los delitos de corrupción de funcionarios que son perseguibles a instancia de parte (art. 23). Están facultados para promover la acción de la justicia los amenazados en sus intereses comerciales o los competidores perjudicados y, los clientes. En opinión de estos autores, "es discutible si el Derecho suizo sigue el criterio de la infracción de deber, en la medida en que precisa de un acto «contrario a deber», o bien el núcleo del injusto viene determinado por la deslealtad competitiva".

⁴⁹⁷ OLAIZOLA NOGALES, I., "Algunas reflexiones sobre la corrupción entre privados (art. 286 bis CP español)...*ob. cit.*, págs. 3 y ss. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)...*ob. cit.*, pág. 508. Este autor, al respecto afirma que, "lo característico de la regulación española es que, (respecto a la regulación Francesa), conserva elementos que afectan al bien jurídico competencia, dado que,...la esfera típica aparece limitada al ámbito de la «adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales»".

⁴⁹⁸ OLAIZOLA NOGALES, I., "Algunas reflexiones sobre la corrupción entre privados (art. 286 bis CP español)...*ob. cit.*, pág. 69. Asimismo, este autor define la competencia desleal como "todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe...un tipo penal que proteja la competencia tendría las siguientes características: a) La conducta debería referirse únicamente a suministro de mercancías y no a conductas relacionadas con el cumplimiento de la relación laboral; b) el consentimiento del empresario resultará irrelevante y c) los empresarios serían los posibles sujetos activos del delito". Asimismo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)...*ob. cit.*, pág. 508. Este autor, al respecto afirma que, lo característico de la regulación española es que, (respecto a la regulación Francesa), conserva elementos que afectan al bien jurídico competencia, dado que...el autor ha de obrar guiado por un elemento subjetivo del injusto, que consiste en la finalidad de que éste favorezca a la persona que «le otorga el beneficio o ventaja» o a la persona de la «que espera» la dádiva, favorecimiento que deberá ser realizado «frente a terceros», o sea, frente a los competidores del sobornante".

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

tiene por qué relacionarse con un comportamiento desleal hacia su empresa (*ad intra*): ni se realiza una administración desleal, ni la Decisión Marco dirige dicha expresión a tal fin⁵⁰⁰.

En cuarto lugar, si acudimos al estudio de **otros ordenamientos** -como por ejemplo, Italia, de corte patrimonialista- comprobamos que **no acatan las directrices expuestas en la DM** (proteger la competencia leal), **obviando la defensa de la competencia desleal** "ante la dificultad de deslindarla del correspondiente delito de administración desleal"⁵⁰¹.

Y en quinto y último lugar, el art. 287 CP **no limita la intervención penal a la previa denuncia de la persona agraviada** como sí sucede en otros delitos⁵⁰².

En atención a los contra-argumentos⁵⁰³ que descartan que en este delito se proteja la competencia, podemos evidenciar las siguientes posturas:

Por un lado, **en atención a la persona concreta que realice el comportamiento típico**. Condicionar que el comportamiento sea o no típico en función de que la acción se realice por el empleado o por el empresario, no muestra coherencia

⁴⁹⁹ OTERO GONZÁLEZ, P., "Corrupción entre particulares...*ob. cit.*, pág. 179. En el mismo sentido, acudir a CARDONA TORRES, J., "Corrupción entre particulares (art. 286 bis)", en *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Bosch, Barcelona, 2.010, pág. 319.

⁵⁰⁰ OTERO GONZÁLEZ, P., "Corrupción entre particulares...*ob. cit.*, pág. 179. Afirma este autor que, "ejemplo más claro del principio de lealtad en las relaciones laborales por el que optó el Derecho francés antaño al tipificar la corrupción privada, hoy ha sido abandonado, proyectando el desvalor de la corrupción en el ámbito social o profesional, sin vinculación con la organización societaria de la empresa".

⁵⁰¹ OTERO GONZÁLEZ, P., "Corrupción entre particulares...*ob. cit.*, pág. 179.

⁵⁰² GUARDIOLA LAGO, M.J., "Limitaciones del Derecho Penal en la protección del mercado y los consumidores: dos ejemplos...*ob. cit.*, pág. 240. Como afirma este autor, "la configuración del delito de corrupción entre particulares como un delito de peligro, de carácter colectivo, referido a la protección del mercado no resulta compatible con la concepción de un delito semi-privado, sino público, como ha resultado configurado finalmente".

⁵⁰³ En nuestra opinión se protege la competencia leal. A continuación mostramos los contra-argumentos como manera de evidenciar las críticas que se realizan al respecto y no como forma de justificar o compartir dicha crítica.

con la pretendida defensa de la competencia justa y honesta que promulga el legislador⁵⁰⁴.

⁵⁰⁴ NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V., "Delito de Corrupción entre particulares y tutela del mercado", InDret 4/2.011, Barcelona, 2.011, págs. 9 y ss. Acudir a la lectura de GUARDIOLA LAGO, M.J., "Limitaciones del Derecho Penal en la protección del mercado y los consumidores: dos ejemplos...*ob. cit.*", pág. 241. Este autor afirma que "el hecho de que el empresario quede excluido como posible sujeto activo...no ha impedido que otros ordenamientos jurídicos sostener la protección penal de la competencia en el mercado, ni ha conseguido, por sí solo, considerar atípicos los comportamientos venales realizados por el empleado cuando media el conocimiento o asentimiento de su principal...(como) es el caso de Alemania...". De igual manera, afirma, que "...la libertad de la que goza el empresario dentro del poder de organización y gestión que le asiste como tal parece justificar la exclusión del mismo como sujeto activo del delito previsto en el art. 286 *bis* apartado 2 CP. En este sentido, se ha reconocido que la libertad de empresa protegida constitucionalmente (art. 38 CE) abarca todos los aspectos de la actividad empresarial, es decir, todos los comportamientos que estén en relación con el ejercicio de una actividad empresarial y que sirvan al desarrollo de ésta...Por tanto, y en este sentido,...no se le debería imponer al empresario, además por la vía del Derecho penal, y concretamente del tipo de corrupción entre particulares, una especie de deber genérico de decidir en el ámbito de la gestión de su actividad de manera objetiva, neutral o eficiente en términos de mercado, pues en nuestro ordenamiento no existe una base para ello...". Al respecto, KINDHÄUSER, U. "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el CP alemán, Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Núm. 3, 2.007, pág. 13. Este autor afirma que, "sanciona penalmente la aceptación de ventaja por parte del empleado de una empresa comercial. El titular mismo del negocio no puede ser sancionado por la aceptación de una ventaja. Sin embargo, las reglas de una competencia leal pueden ser infringidas de igual forma por el titular del negocio como por su empleado, de manera tal que desde el punto de vista de la distorsión de la competencia no parece haber ninguna diferencia si, por ejemplo, el carnicero otorga una ventaja financiera privada al propietario o al administrador de una cadena de restaurantes para que compren su carne y no la de otros competidores. En ambos casos los competidores son perjudicados de forma desleal". Asimismo, MENDOZA BUERGO, B., "Estudio sobre las reformas del CP", VV.AA., Ed. Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2.011, pág. 429. Este autor, afirma que, "...por más que la pretendida intención del legislador sea la tutela de la competencia y que el tipo contenga notas que traslucen ese objetivo, con razón de la doctrina...ha puesto de manifiesto que,...no resulta evidente que la regulación positiva responda a ese modelo de tutela exclusiva de los intereses de una competencia justa y que, de otra, o aparecen con claridad las notas de lesividad de tal interés en las conductas típicas,...resulta muy diluido el carácter lesivo de la infracción contenida en el art. 286 *bis*, ...además, resulta difícil catalogarlo como un delito dirigido a sancionar en todo caso y fundamentalmente actos de exclusivo menoscabo a la competencia, porque si así fuera no habría por qué excluir del círculo de posibles autores de la modalidad de la corrupción pasiva al titular de la sociedad o empresa que favorece a un competidor frente a otros, a causa de la ventaja o beneficio que éste ofrece". MORALES PRATS, F. y MORON LERMA, E., "Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP...*ob. cit.*", págs. 121 y 122. Estos autores afirman que, "la regulación

En segundo lugar, se afirma la falta de **lesión u ofensividad al bien jurídico y criterios de carácter interpretativo**; puesto que la simple expresión a la competencia libre y justa no puede servir de pretexto, ni para la interpretación del tipo, ni para "delimita(r) (el) injusto penal e ilícito civil o mercantil"⁵⁰⁵. Y es que, **la lesión de la competencia no conforma "por sí sola un grado de lesividad suficiente para legitimar la intervención penal** de la afectación de la competencia *ad extra* y *ad intra*"⁵⁰⁶. Incluso se ha llegado a afirmar que **no queda claro qué concreto aspecto de la libre competencia se está defendiendo**. La incorporación de la expresión "en las relaciones comerciales", con ocasión de la modificación del CP (L.O 1/2.015), junto a las anteriores referencias del ámbito en el que se desarrolla el comportamiento, (a saber, compraventa de bienes o contratación de servicios), **apunta hacia un Derecho Penal simbólico**⁵⁰⁷ con el fin de justificar una intensa cruzada contra todo género de

propuesta en el art. 286 *bis* CP se compadece mal (con la tutela penal de la competencia)...el obstáculo principal radica en que el operador económico que se ve afectado y obligado por los deberes legales dirigidos a preservar la libre y leal competencia es el empresario, que, sin embargo, se ha visto excluido del círculo de posibles sujetos activos de este precepto". Cuestionando la posibilidad de que el bien jurídico protegido sea la competencia, se muestra REQUEJO NAVEROS, M.T., "Actas de las XIII Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid", Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2.013, pág. 127. Este autor afirma al respecto, "la exclusión del empresario como posible sujeto activo hace que surjan las primeras dudas respecto de cuál es el bien jurídico protegido por este tipo penal. Si el legislador pretende proteger la competencia justa y honesta, no se entiende que se castigue la conducta del empleado que acepta un soborno pero no esa misma conducta cuando la realiza el titular del establecimiento, en tanto que no puede afirmarse que esa conducta sea menos lesiva para el bien jurídico competencia. La exclusión del empresario no se compadece por tanto con la protección de la competencia leal como bien jurídico protegido, pues esta se ve igualmente afectada cuando es el empresario el sujeto activo en la percepción del soborno...".

⁵⁰⁵ BOLEA BARDON, C., "El delito de corrupción privada, Bien Jurídico, Estructura Típica e Intervinientes", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 2, Barcelona, 2.013, pág. 14.

⁵⁰⁶ *Ídem.*, pág. 12.

⁵⁰⁷ VENTURA PÜSCHEL, A., "Corrupción entre particulares, (no deporte): art. 286 bis 1, 2 y 3 PCP...*ob. cit.*, pág. 264. Este autor, al respecto afirma que, "se evidencia...un nuevo hito en la cada vez más profusa tendencia hacia un Derecho Penal «simbólico» apartado de los principios de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos; manifestándose el interés objeto de protección es la competencia en el mercado-la evitación de conductas que eliminen o distorsionen la libre competencia en igualdad de condiciones, en realidad se incriminan conductas escasamente lesivas de tal interés, so pretexto de la falta de ética (en los negocios) que dichas conductas evidencia...". También en VENTURA PÜSCHEL, A., "Sobre la tipificación de la mal llamada «corrupción entre particulares» (o

de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado)...*ob. cit.* págs. 498 a 507. Asimismo, GILI PASCUAL, A., "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada, (Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2.007", UNED, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, Núm. 19, (2.007), págs. 156 y 157. Al respecto afirma el autor que, "...la eficacia preventiva de una determinada incriminación no debe ser infravalorada, al punto de negarle toda aptitud siquiera para atemperar el resultado de una aséptica valoración del hecho a la luz del principio de intervención mínima. Pero lo que debe considerarse de todo punto censurable, por contraproducente, es la incursión en el terreno del mero Derecho penal simbólico, (en tanto), "la pena seleccionada para castigar estas conductas también parece apuntar más al uso simbólico del Derecho punitivo que a una pretensión aplicativa real. Téngase en cuenta que, por lo que hace a la pena privativa de libertad, ésta resulta ser superior a la de buena parte de las modalidades de cohecho (su máximo, de 4 años, solo es rebasado por el cohecho delictivo del art. 419 CP), superando el límite de tres años con el que se conformaba la propia Decisión Marco de la que trae causa". En un sentido similar se muestra MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)...*ob. cit.*, pág. 506. El autor afirma que "a la vista de la gravedad de las sanciones que se establecen en el art. 286 bis, en el que la pena de prisión llega hasta cuatro años, rebasando el límite fijado por la Decisión Marco y equiparándose a la pena prevista para el delito de cohecho en el caso de la modalidad en el (antiguo artículo 420 CP)...permite sospechar fundadamente...que el legislador penal español ha estado animado por un propósito esencialmente simbólico". Para ahondar en el Derecho Penal simbólico, acudir a HASSEMER, W., "Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos", VV.AA., «Pena y Estado», Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1.995, págs. 23 a 36. El autor expone una clasificación (existente en la literatura) de diversas formas simbólicas de Derecho: "Leyes de declaración de valores (ejemplo: aborto, entre la exigencia moral de la mujer a su determinación y descendencia por un lado y la confirmación de la prohibición de matar por otro lado); Leyes con carácter de apelación (moral) (ejemplo: Derecho penal del medio ambiente con el objeto de dotar de conciencia ecológica a las personas que ocupan posiciones relevantes *StGB*); Respuestas sustitutorias del legislador: Leyes que sirven de coartada, leyes de crisis (ejemplo: leyes en contra del terrorismo con el objeto de por lo menos tranquilizar el miedo y las protestas públicas); Leyes de compromiso (ejemplo: cláusulas penales generales, las que si bien son poco decisorias siempre tiene un núcleo central para satisfacer la «necesidad de actuar»)", (pág. 26). El autor afirma la importancia del concepto de «simbólico» "...quien utiliza este término para designar un rasgo del Derecho penal moderno está utilizando un concepto más amplio, en cualquier caso distinto, de aquellos que denuncian al Derecho penal o a parte de éste como «solo simbólico». Por consiguiente debemos prestar atención al propio término «simbólico>". (pág. 28). Respeto a la expansión del Derecho penal y coexistencia del Derecho penal simbólico, ver LASCANO, C.J., "La insostenible modernización del derecho penal basada en la "tolerancia cero" desde la perspectiva de los países "emergentes", en Homenaje al Prof. Louk Hulsman, Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, VV.AA., <http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/homenajehulsman>, págs. 158 y ss. y LASCANO, C.J., "La insostenible modernización del derecho penal basada en la "tolerancia cero" desde la perspectiva de los países "emergentes, en *Homenaje al Prof. Louk Hulsman*, ", VV.AA., Coord. GARCÍA ALFARAZ, I., DÍAZ CORTÉS, L.M., PÉREZ ÁLVAREZ, F., 2.016, págs. 789-798, y LASCANO, C.J., "La insostenible «modernización del derecho penal» basada en la «tolerancia cero» desde la perspectiva de los países «emergentes»", artículo publicado en la Revista de Derecho penal y procesal *Cahiers de*

corrupción. El legislador hace referencia a **un ámbito de protección excesivamente abierto e impreciso**.

En tercer lugar, **la regulación operada en otros órdenes**, ya daba respuesta a comportamientos como el descrito en el art. 286 bis⁵⁰⁸. Los comportamientos existentes en el ámbito del Derecho privado especial (LDC y LCD) ya regulan la esencia pretendida por el legislador, por lo que asimismo **se lesiona el principio de última ratio del Derecho penal**.

Défense Sociale: bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste, núm. 30, 2003. Este autor afirma que, "Frente a esta realidad, que exhibe una tendencia maximalista debemos preguntarnos: ¿qué ha quedado del abolicionismo penal que postula la supresión total del poder punitivo?; ¿dónde se sitúan los principios de un derecho penal de intervención mínima, basado en el respeto de las garantías constitucionales, con sus subprincipios de fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal?; ¿cuál es su rol en la actualidad ante la potenciación de sus efectos simbólicos que proporcionan a la opinión pública la ilusión de que la ley penal puede resolver o reducir el problema de la criminalidad?,...(...). Aquella tendencia expansiva del Derecho Penal se refleja en una verdadera "inflación penal" con la introducción de un mayor número de tipos penales y la agravación de los ya existentes, la creación de nuevos "bienes jurídico-penales", la ampliación de los espacios de riesgos penalmente relevantes (delitos de peligro abstracto), la flexibilización de la reglas de imputación, la responsabilidad de las personas colectivas y la relativización de los principios político-criminales de garantía...".

⁵⁰⁸ BOLEA BARDON, C., "El delito de corrupción privada, Bien Jurídico, Estructura Típica e Intervinientes...*ob. cit.*, pág. 5. En el mismo sentido, VENTURA PÜSCHEL, A., "Corrupción entre particulares, (no deporte), art. 286 bis, 1, 2 y 3", en *Consideraciones a propósito del proyecto de Ley de 2.009 de modificación del CP, (Consideraciones del Seminario Interuniversitario sobre la reforma del CP celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*, VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2.010, pág. 263. Este autor al respecto afirma que, "las conductas recogidas en el art. 286 bis como estrategias de captación de clientela o negocio que, como complemento o alternativa a la calidad y las condiciones de las prestaciones ofrecidas en el mercado, recurren activa o pasivamente al soborno de los empleados de las empresas con las que se pretende comerciar, son perfectamente subsumibles en los tipos sancionadores-administrativos; civiles-recogidos en las normas de Defensa de la Competencia y en el Derecho contra la Competencia Desleal, cuyos expresos objetivos son, precisamente, los de garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contra el interés público (Ley de Defensa de la Competencia) y la persecución de ciertas conductas que, implicando verdadera competencia, rebasan determinados límites, concretamente, las exigencias de la buena fe (Ley de Competencia Desleal)".

En cuarto lugar, **la actual redacción vulnera los principios de legalidad penal respecto al principio de taxatividad y al principio de ofensividad**⁵⁰⁹, así como “el carácter fragmentario que debe poseer toda norma penal...”⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T., "Tratado de Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*, pág. 146. El autor se refiere a una manifestación del principio de legalidad En un sentido positivo la función garantista significa el establecimiento de importantes exigencias en la determinación de la Ley penal (*nullum crimen sine lege certa*). Los tipos penales deben poseer una redacción lo más exacta posible que evite la remisión a conceptos extensivos, amenazar con consecuencias jurídicas inequívocas y conceder tan solo marcos penales de envergadura limitada. La razón del mandato de determinación reside, de un lado, en que la reserva de Ley solo puede desarrollar plenamente su eficacia cuando la voluntad jurídica de la representación popular ha encontrado en el texto una expresión tan clara, que queda excluida la posibilidad de una resolución subjetiva y arbitraria por parte del juez...". Para acudir a esta manifestación del principio de legalidad, acudir a ROXIN, C., "Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito...*ob. cit.*, Este autor afirma al respecto que, "...la infinita multiplicidad de tipos penales (dentro y fuera del CP) es una consecuencia del principio de legalidad. Pero también son inadmisibles las penas totalmente indeterminadas...", (pág. 141)... "Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del ius puniendi estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo-general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad", (pág. 169). Asimismo, acudir a lo expuesto por MIR PUIG, S., "Derecho Penal. Parte General", Ed. Reppertor, Barcelona, 2.011 Este autor afirma al respecto, principio de legalidad no es solo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera solo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo...", (pág. 106). Por su parte, el TC exponía el mentado principio de legalidad, en la Sentencia Núm. 133/1.987 de 21 julio, (F.J 4º), "el principio de legalidad penal es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad (STC 62/1.982, fundamento jurídico séptimo), previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el art. 24.2 y el art. 117.1 de la CE., especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la ley»". El principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: La existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*); y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador. La garantía material del principio de legalidad significa un mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

Y en quinto lugar, se llega a afirmar que nos encontramos ante una concepción utópica puesto que "se basa exclusivamente en la ley de la oferta y la demanda y en la ausencia de influencias en los precios"⁵¹¹, convirtiéndose el objeto de protección penal "en una aspiración (más) que en una realidad...en tanto que no todos los sujetos concurren en el mercado en condiciones de igualdad ni todos tienen los mismos apoyos institucionales"⁵¹².

1.3. LA DEFENSA DE LA REGULARIDAD EN LA CONTRATACIÓN
MERCANTIL Y CIVIL.

En la discusión en torno a cuáles son los bienes jurídicos protegidos no falta aquella posición que afirma que nos encontramos ante un tipo penal que protege "la regularidad en la contratación mercantil y civil"⁵¹³, en tanto que con ello se garantiza una competencia justa y honesta, protegiéndose "a aquella empresa competidora que

predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones («*lex certa*»). Esta exigencia tiene implicaciones no solo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En la labor de interpretación y aplicación de las Leyes penales los órganos judiciales se hallan también sometidos al principio de tipicidad: por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la Ley penal (SSTC 133/1.987, de 21 de julio, FJº 5; 182/1.990, de 15 de noviembre, FJº. 3; 156/1.996, de 14 de octubre, FJº. 1; 137/1.997, de 21 de julio, FJº. 6; 151/1.997, de 29 de septiembre, FJº. 4; 232/1.997, de 16 de diciembre, FJº. 2) y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía «*in malam partem*» (SSTC 81/1.995, de 5 de junio, FJº. 5; 34/1.996, de 11 de marzo, FJº. 5; 64/2.001, de 17 de marzo, FJº. 4; 170/2.002, de 30 de septiembre, FJº. 12), es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan.

⁵¹⁰ GUARDIOLA LAGO, M.J., "Limitaciones del Derecho Penal en la protección del mercado y los consumidores: dos ejemplos...*ob. cit.*, pág. 248.

⁵¹¹ ENCINAR DEL POZO, M.A., "La transparencia de las relaciones mercantiles y la reforma del CP de 2.010...*ob. cit.*, pág. 178.

⁵¹² *Ídem.*, pág. 178.

⁵¹³ ESTÉVEZ SÁNCHEZ ROJAS, C., "Delito de corrupción entre particulares", Ed. fe d'erratas, Colección jurídica, Madrid, 2.013, págs. 22 y ss.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

por no participar en la actividad corrupta se queda apartada en el marco de la contratación"⁵¹⁴.

Asimismo, se viene afirmando en tal sentido que la regularidad en la contratación constituye una defensa del mercado y los consumidores "en sentido muy amplio"⁵¹⁵, donde se busque prescindir de comportamientos ajenos a la ética y la honestidad., "(proscribiéndose) toda clase de contraprestaciones ilícitas en la contratación...(y) perjudicando a los demás proveedores (o adquirentes de bienes y servicios) de la empresa o sociedad para la que se trabaja (o de la que es titular)"⁵¹⁶.

En un sentido similar, puede plantearse como posibilidad que se proteja **la desobediencia contractual orientada a las transacciones comerciales o, el desobedecimiento concreto de las normas de competencia leal**. Tal interpretación se basa en la lectura de la antigua regulación de este tipo penal y en la interpretación de la posible ausencia de bien jurídico⁵¹⁷. Si acudimos, por ejemplo, al art. 228 de la LSC⁵¹⁸ vemos que se establece, "...el deber de lealtad obliga al administrador a:

(...)

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

⁵¹⁴ *Ídem.*, págs. 22 y ss.

⁵¹⁵ SÁNCHEZ MELGAR, J., "La Corrupción en el sector privado...*ob. cit.*", págs. 17 y ss.

⁵¹⁶ *Ídem.*, págs. 17 y ss. El autor viene al respecto a afirmar que, "...la Decisión nos refiere en su art. 1º que «el concepto del incumplimiento de las obligaciones» en el Derecho nacional deberá incluir como mínimo cualquier comportamiento *desleal* que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado".

⁵¹⁷ Ver al respecto MORALES PRATS, F. y MORON LERMA, E., "Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)...*ob. cit.*", págs. 121 y ss.

⁵¹⁸ RDL 1/2.010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Por su parte, el art. 229 de la misma Ley recoge los deberes orientados a la evitación de situaciones de conflicto de interés, donde se establece⁵¹⁹:

(...)

d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.

f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o **que de cualquier otro modo le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad**.

(...).

La idea de defensa del bien jurídico “regularidad en la contratación mercantil y civil”, puede reforzarse si leemos los intereses expresados en el art. 14.1 de la LCD. Así se establece que “se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores”.

Como contra-argumentos a este bien jurídico debemos decir lo siguiente: primero, la importancia de hacer expresa mención a la defensa de la regularidad en la contratación privada como bien jurídico protegido en este delito supone poner de manifiesto la existencia de un ámbito jurídico previo. Nos referimos a las normas de la LSC y a la LCD entre otras. Por esta razón, la regularidad en la contratación es uno de los elementos necesarios para configurar el bien jurídico protegido, pero no puede

⁵¹⁹ *Ídem*.

interpretarse como único. Segundo, el soborno supone la injerencia en los elementos esenciales del contrato. Y por ello, como posteriormente comprobaremos atenta a la neutralidad en la voluntad contractual. No obstante, criminalizar la regularidad mercantil y civil sin una vinculación al bien jurídico -competencia leal- supone extender las competencias del *ius puniendi* a comportamientos ya regulados por el derecho privado, y en tal sentido, se vulnerará el Derecho de mínima intervención penal.

1.4. LA DEFENSA DE LA EMPRESA

En este punto aglutinaremos aquellas posturas que defienden los bienes jurídicos que tienen como punto de conexión a la empresa⁵²⁰. Diferenciaremos aquella posición que dota de importancia a las conductas con trascendencia laboral; en segundo lugar, la confianza en la honestidad; y en tercer lugar, aquélla que se refiere a la infracción de deberes.

Comencemos con la posición que defiende las **conductas con trascendencia laboral**. Esta postura⁵²¹ se basa en un modelo de incriminación seguido en Francia, por el que "se incriminaba la corrupción de empleados en el marco de las relaciones laborales protegiendo el deber de fidelidad del trabajador respecto del empresario"⁵²².

⁵²⁰ Sin perjuicio de que se ha optado sistemáticamente por incorporar y elaborar un apartado referente a la empresa por motivos expositivos y, en atención a la importancia que (para algún sector de la doctrina representa), debemos decir que muestra muchos puntos coincidentes con aquellas teorías que justifican (con carácter general) defenderse el patrimonio y, (en especial) los intereses económicos de la propia empresa.

⁵²¹ La posición que afirma defenderse las conductas con trascendencia laboral.

⁵²² OTERO GONZÁLEZ, P., "Corrupción entre particulares...*ob. cit.*, pág. 178. Asimismo, OTERO GONZÁLEZ, P., "La corrupción en el sector privado...*ob. cit.*, pág. 7. Tal y como expone este autor, el delito de corrupción de particulares se introduce en el CP Francés en virtud de la Ley Núm. 2005-750 de 4 de julio (art.3 Diario Oficial de 6 de julio de 2005) en los arts. 445.1, 2, 3 y 4, reformándose el 445.1 y

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

La primera razón es de naturaleza interpretativa. Se afirma que se protegen **los deberes de fidelidad del empleado**⁵²³ puesto que es la única forma de justificar en el delito de corrupción pasiva, la exclusión del titular de la empresa o del empresario profesional individual como sujeto del delito "(y, en consecuencia la atipicidad de los «sobornos» pagados a éstos, como corrupción activa"⁵²⁴. Esta razón ha sido criticada a razón de que es de "cuestionable legitimidad a efectos penales"⁵²⁵.

Un segundo argumento a favor de este bien jurídico protegido es "**la limitación del ámbito relevante** al campo de la «adquisición o venta de mercancías o de contratación de servicios profesionales» —acogiendo en tal sentido la autorización

445.2 por Ley nº 2.007-1598 de 13 de noviembre 2.007 (art. 1 JORF 14 de noviembre de 2.007) relativa a la lucha contra la corrupción, "donde se añade como sujetos activos los que no están investidos de un mandato público electo así como el hecho de que la ventaja o donación sea para el propio sujeto activo o para otro, dentro del Título genérico De los atentados contra la fe pública, de modo que se desvincula del ámbito iuslaboralista con un contorno típico muy amplio pues no se limita al ámbito estrictamente comercial", aunque, para que el comportamiento pueda considerarse típico debe realizarse incumpliendo las obligaciones, legales, contractuales o profesionales.

⁵²³ MORALES PRATS, F. y MORON LERMA, E., "Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)...*ob. cit.*, pág. 122. Asimismo, GARCÍA ALBERO, R., "Corrupción en los negocios y modificación del cohecho...*ob. cit.*, pág. 569. También, OLAIZOLA NOGALES, I., "Algunas reflexiones sobre la corrupción entre privados (art. 286 bis CP español...*ob. cit.*, pág. 70. Este autor, al respecto, afirma que se podría defender, tanto a "los competidores del operador económico desde el que el corrupto interviene en el mercado (y, de forma mediata la competencia); como, (por otro lado), al propio empresario, al protegerse los deberes de lealtad de los empleados hacia el titular de la empresa".

⁵²⁴ GARCÍA ALBERO, R., "Corrupción en los negocios y modificación del cohecho...*ob. cit.*, pág. 569.

⁵²⁵ MORALES PRATS, F. y MORON LERMA, E., "Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)...*ob. cit.*, pág. 122. En el mismo sentido, MENDOZA BUERGO, B., "El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del C.P...*ob. cit.*, pág. 431. Este autor, al respecto, afirma que, "habría que preguntarse si nuestra regulación, a pesar de las declaraciones del legislador, ha sido delineada de modo que acabe destinada básicamente a reprimir la lesión de deberes del empleado respecto de su principal o empleador. Sin embargo, esta concepción no solo resulta político-criminalmente discutible, sino que, además vaciaría de contenido el supuesto de corrupción activa, que no parece que pueda verse como infracción de deberes laborales; así mismo reduciría la modalidad pasiva bien a un delito de administración desleal, o en su caso de apropiación indebida, y si no hay lesión patrimonial, a un incumplimiento del contrato de trabajo".

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

expresa de la Decisión Marco 2.003/568/JAI—, lo que dota de claros tintes de mercado a la figura, concentrando el interés objeto de tutela"⁵²⁶.

Asimismo, en segundo lugar, se ha mantenido como una posible referencia al ámbito laboral, que lo que se defiende, además de la competencia leal, es **la confianza en la honestidad o ética profesional de los directivos y similares de una empresa**⁵²⁷. Y en tercer lugar, como anunciábamos, se ha mantenido que nos encontramos ante una **infracción de deberes**⁵²⁸. Respecto a este último se justifica como bien jurídico protegido habida cuenta de la antigua expresión **al "incumplimiento de sus obligaciones"**. Se ha afirmado que nos encontramos ante "«un elemento normativo del tipo», al tener que integrarse éste con normas extrapenales que...servirán de clave interpretativa, (y) de complemento del precepto por vía de remisión"⁵²⁹. El segundo argumento descansa en el hecho de que este precepto penal

⁵²⁶ GILI PASCUAL, A., "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. (Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2.006)", Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª Época, Núm. 19, 2.007, págs. 264 y ss.

⁵²⁷ MUÑOZ CONDE, F., "Derecho penal. Parte especial...*ob. cit.*, pág. 492. *Cfr.* MORALES PRATS, F. y MORON LERMA, E., "Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)...*ob. cit.*, págs. 121 y ss. Se ha mantenido que uno de los posibles bienes jurídicos llamados a tutelar mediante la corrupción en los negocios son, "los intereses patrimoniales del empresario que pueden verse afectados por la toma de decisiones clandestina de sus empleados".

⁵²⁸ Ver las consideraciones que realiza al respecto GILI PASCUAL, A., "Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y *kick-backs*: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada...*ob. cit.*, pág. 51. El autor afirma que, "...queriéndose aparentemente tutelar una cosa, se ha tutelado, *de facto*, otra no exactamente igual...aunque los precisos precedentes de esta figura permiten rastrear con facilidad 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 (por cierto, muy remota y entumecida) de la Competencia. Así resulta si se desciende del nivel político garantista al dogmático interpretativo 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) 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".

⁵²⁹ SÁNCHEZ MELGAR, J., "La Corrupción en el sector privado...*ob. cit.*, pág. 30. Este autor, al respecto matiza que, "no es propiamente un tipo penal en blanco, pero este elemento atrae al mismo toda

"sitúa el núcleo de la prohibición en la infracción de deberes por parte del empleado"⁵³⁰, puesto que la conducta típica consistente en comerciar "a cambio de una «recompensa»...debe llevarse a cabo infringiendo las obligaciones propias de este sujeto..."⁵³¹. Asimismo, el comportamiento se limita a castigar "el mero incumplimiento de obligaciones, es decir, la infracción de un deber, sin incluir un elemento expreso de afectación"⁵³² (al bien jurídico). A ello, se podría añadir otro argumento, las referencias a la LCD. Si acudimos al art. 14 de la LCD⁵³³, respecto a la inducción a la infracción contractual, comprobamos ciertas referencias al bien jurídico que apuntamos. Se afirma en su primer punto que "se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores"; y en su segundo punto que "la inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena solo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas". Como comprobamos, el punto primero afirma que es un comportamiento desleal la inducción a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores, de aquí la primera aproximación al interés básico de protección. Los deberes contractuales

la legislación principalmente de naturaleza mercantil sobre los deberes de los administradores sociales, pero también las normas civiles sobre tal contratación, que se han de traducir en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales".

⁵³⁰ MORALES PRATS, F. y MORON LERMA, E., "Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)...*ob. cit.*, pág. 122.

⁵³¹ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E., "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal", VV.AA, Ed. Aranzadi, Madrid, 2.011, pág. 940. Afirman estos autores que, "...parece que la única obligación que puede resultar quebrantada es la que le incumbe con su principal,..y esencialmente, la de comunicar o someter a su consentimiento las decisiones que afecten a la empresa".

⁵³² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)...*ob. cit.*, págs. 508 y 509. Este autor, al respecto afirma que, "el injusto no requiere necesariamente la acusación de un perjuicio patrimonial para el titular de la empresa, a cuyo servicio se halla el sujeto activo. Es más, ni siquiera exige un peligro efectivo para dicho patrimonio...".

⁵³³ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

son, "la adquisición de o venta de mercancías", "contratación de servicios" y "relaciones comerciales". Y el punto segundo, la expresión "el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena", trae paralelismo en la redacción del precepto penal cuando se afirma, "beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza" y, "...para favorecer indebidamente a otro en la adquisición de o venta de mercancías", "contratación de servicios" y "relaciones comerciales"⁵³⁴.

⁵³⁴ Este paralelismo debe relacionarse con la expresión del pto. 2 del art. 14 de la LCD. Cuando se afirma que "... solo se reputará desleal cuando,...tenga por objeto...o vaya acompañada de circunstancias tales como..., la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas. Si comprobamos la redacción del art. 286 bis, vemos que el legislador afirma "para favorecer indebidamente a otro". Acudir para el análisis del art. 14 de la LCD a DOMINGUEZ PÉREZ, E.M^a., "Comentario al art. 14 de la LCD. Inducción a la infracción contractual", en *Grandes Tratados, Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Aranzadi, Marzo, 2011, pág. 12. El autor afirma que "el legislador ha incluido en sede del art. 14.2 LCD el supuesto de la inducción a la terminación regular de un contrato que va acompañada de la intención de eliminar a un competidor. Se trata de un supuesto de inducción que podría calificarse como *acto de obstaculización*, puesto que pretende obstaculizar o impedir la actividad del competidor en el mercado; en este sentido, se trata de una actividad de inducción con ánimo predatorio, en el sentido de que el inductor pretende mejorar su posición competitiva en el mercado aniquilando al competidor -que es precisamente el empresario vinculado con el inducido-. La deslealtad en este supuesto de inducción no deriva de las dificultades que el competidor puede atravesar como consecuencia de la actividad de mercado de otros participantes en el mercado -recuérdese que en el mercado «lo que uno gana, otro pierde»...". Acudir a la lectura de NIETO MARTÍN, A., "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho Comparado)...*ob. cit.*, págs. 59 y ss. El autor trata el aspecto referente a la competencia y la corrupción privada. Relaciona el art. 5 de la LCD ("todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe" y el art. 14 del mismo cuerpo legal (inducción a los trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores". El autor afirma que, "doctrinalmente...uno de los arquetípicos de esta figura consiste en la entrega de dádivas o ventajas económica a trabajadores de una empresa" para "establecer o asegurar una relación contractual". Igualmente se afirma que "existiría un acto de competencia desleal cuando los sobornados son los administradores de una sociedad mercantil o se trata de colaboradores o personas vinculadas contractualmente a la empresa que se haya comprometido a prestar servicios de asesoramiento relativos a la elección de proveedores, clientes o de productos o servicios...la corrupción en el sector privado tal y como es definida por la Acción Común constituye en el ordenamiento español un supuesto característico de competencia desleal...De su exposición de motivos se desprende...que la evitación de este tipo de comportamientos...es algo que es imprescindible en aras a la eficiencia del mercado y la protección de los consumidores. Con ello se pone de manifiesto la complementariedad existente entre la competencia desleal y la prohibición de prácticas restrictivas: la libre competencia implica también que la captación de la clientela en el mercado debe hacerse mediante la calidad y las condiciones de las prestaciones ofrecidas y no acudiendo al

Como contra-argumentos⁵³⁵ a la defensa de estos bienes jurídicos propuestos podemos presentar los siguientes; el primero de índole político-criminal por el que se afirma que **la referencia a la expresión "incumpliendo sus obligaciones" refleja una política sectaria o parcial**⁵³⁶ y dicho bien jurídico **"no es digno de protección penal"**⁵³⁷, interpretarla en tal sentido "vaciaría de contenido material a la figura, que quedaría reducida a un mero ilícito formal"⁵³⁸. Además, se afirma que dicha **expresión**

ofrecimiento de sobornos, engaños, etc. También con la normativa de protección del consumidor...La represión penal o administrativa de la competencia desleal se sitúa...en el CP y en la Ley de defensa de la competencia. La trenza de intereses (patrimoniales, competencia, consumidores) que confluyen en la LCD resulta imprescindible para entender el diseño del sistema sancionador español".

⁵³⁵ El bien jurídico es la neutralidad en la voluntad del contrato. A continuación mostramos los contra-argumentos como manera de evidenciar las críticas que se realizan al respecto y no como forma de justificar o compartir dicha crítica.

⁵³⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)...*ob. cit.*, pág. 507.

⁵³⁷ GILI PASCUAL, A., "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2.007", RECPC 09-13 (2.007), pág. 27.

⁵³⁸ *Ídem.*, pág. 27. Respecto a las normas de valoración y normas de determinación, MEZGER, E., "Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*, págs. 133 y ss., "...Distinguimos, por lo tanto, una *norma* objetiva *de valoración* del derecho que materializa (la) ordenación objetiva de vida y una *norma* subjetiva *de determinación* que se deduce de aquella norma y que se dirige al individuo y le dice y le quiere decir lo que debe hacer y omitir para satisfacer dicha norma de valoración. Lo que contradice la norma objetiva de valoración es "*antijuridicidad objetiva*" o, como se acostumbra decir en la actualidad, "*injusto*"....La norma objetiva de valoración del derecho puede referirse tanto a la *conducta externa* ("objetiva") como a la *conducta interna y psíquica* ("subjetiva"). Por consiguiente, las palabras "*objetivo-subjetivo*" tienen un *significado distinto*; sin embargo, siempre se las ha confundido: nosotros las tendremos rigurosamente separadas: el derecho es una ordenación "objetiva" de vida, en tanto que materializa, sin una relación con sujetos determinados (que se realiza convirtiéndose en la "norma de determinación"), una valoración de sucesos sociales que, sin embargo, no necesita estar limitada a sucesos externos "objetivos". La conversión a lo "subjetivo" se realiza allí en la transición desde la norma de valoración a la de determinación y aquí, en cambio, en la transición desde la valoración del suceso externo (objetivo) a la del suceso interno (subjetivo)...". Asimismo, JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T., "Tratado de Derecho Penal. Parte General"...*ob. cit.*, págs. 252 y ss., "...dado que el Derecho debe *actuar* en la comunidad, su función como norma de determinación posee una significación preferente. Pero simultáneamente el Derecho tiene también la misión de enjuiciar con posterioridad el comportamiento del autor, lo que conduce a que sea también norma de valoración. Según ello las proposiciones jurídicas tienen un *doble* carácter: como imperativo son normas de determinación y como escala para el enjuiciamiento jurídico de la conducta son normas de valoración". Asimismo, BACIGALUPO ZAPATER, E., "Manual de Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*, 1.996, págs. 27 y

fue **suprimida en su ulterior reforma**⁵³⁹, por lo que no tiene sentido cuestionarse como posible bien jurídico las posibilidades apuntadas. Desde el principio de mínima intervención la doctrina apunta a que **las herramientas existentes en el ámbito jurídico privado del Derecho común**, así como las del Derecho privado especial, **son suficientes para solucionar este aspecto que se pretende proteger con la infracción de deberes privados**. Y en segundo lugar, en atención al principio de legalidad: **la supresión de la expresión "incumplimiento de obligaciones" obliga a reformular la posibilidad de que el bien jurídico discorra en este sentido**. Además, se afirma que **"el elemento no posee virtualidad suficiente para protagonizar la mutación de la figura hacia el modelo de «infracción de deberes»"**⁵⁴⁰.

ss., "la función del derecho es garantizar una convivencia exteriormente ordenada"; las normas del derecho, por lo tanto, son "normas objetivas de valoración", es decir, "juicios sobre determinados sucesos y estados desde el punto de vista del derecho". "El objeto de estas valoraciones jurídicas puede ser tanto el comportamiento de un capaz de acción como el de un incapaz de acción, tanto personas capaces de culpabilidad como incapaces de culpabilidad...sucesos y estados del mundo circundante que no provienen de seres vivos, aunque naturalmente relacionados siempre con la vida en común. Especialmente se dan estados jurídicos y antijurídicos..."

⁵³⁹ L.O 1/2.015 de 30 de marzo por la que se reforma la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre.

⁵⁴⁰ GILI PASCUAL, A., "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2.007, RECPC 09-13 (2.007), págs. 13. Este autor afirma, sin embargo que, a esta expresión "hay que conferirle el valor de complemento a la tutela competencial en esa dirección". Asimismo, "...hay que excavar igualmente hasta el sustrato material que puede fundamentar la exigencia de fidelidad hacia el «empresario», lo que apunta hacia los intereses patrimoniales de éste". DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I., "La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente en el Derecho penal español?...*ob. cit.*, pág. 281 y ss. Estos autores afirman que, "las posturas que defienden los valores expuestos ya no pueden ser mantenidos con la misma fuerza que con anterioridad, puesto que la referencia a «incumplimiento de las obligaciones» ha sido suprimida. Dicha postura se configuraría como un ilícito puramente formal, dirigido a reforzar la normativa extra-penal". Ver GILI PASCUAL, A., "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada", (Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2.007), RECPC, 2ª Época, Núm. 19, (2.007), págs. 262 y ss. El autor analiza profundamente la descripción típica, en relación a la infracción de deberes y la tutela de la competencia leal y, (entre otros aspectos), la tutela penal de las estructuras de organización de la empresa y su sintonía con dicho ámbito".

1.5. LA NEUTRALIDAD EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO (PROCESO DE CONTRATACIÓN) COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA COMPETENCIA LEAL.

Una vez abordados los distintos bienes jurídicos que pueden ser protegidos, debemos expresar las iniciales dudas en torno a la intención real del legislador con la incorporación de este precepto. El legislador, como hemos podido comprobar, apuntaba en el Preámbulo a la competencia "justa y honesta". Con ello hace referencia a los principios que quiere garantizar mediante la criminalización de esta suerte de comportamientos.

En nuestra opinión, se intenta prohibir el soborno. Éste modifica o altera el proceso de formación de la voluntad de las partes respecto del contrato. En cuanto que el beneficio o ventaja, como un factor motivacional irregular, atenta a los valores que deben regir en la contratación. Por ello, el legislador por medio de la erradicación del soborno en el entorno transaccional busca encontrar la neutralidad en la formación del contrato. Erradicar toda suerte de **intención ajena** al negocio jurídico que se fragüe en el seno de la empresa. Esta neutralidad en la formación del contrato debe presidir -especialmente- en el **proceso de formación de la voluntad**, y asimismo, en la determinación de los demás elementos esenciales del contrato.

Si el legislador castiga el soborno en las negociaciones garantiza la igualdad de armas de los operadores. Es decir, competirán en función de la calidad y precio de los productos y servicios que ofrezcan, y no en función del beneficio o ventaja que ofrezcan. Siendo así, se garantizará el proceso de voluntad ortodoxo⁵⁴¹ pudiéndose

⁵⁴¹ En este caso, ortodoxo quiere decir que el negocio jurídico esté compuesto por los elementos esenciales del negocio jurídico. Elementos esenciales: consentimiento, objeto y causa. Elementos accidentales: condición, término y modo. En tal sentido, si en el negocio concurre el soborno hablaríamos de un proceso de voluntad no ortodoxo.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

afirmar una real competencia leal. En tal sentido, **la competencia leal significa garantizar la confianza contractual de las partes negociales** que liciten. ¿Qué queremos decir con la expresión “**confianza**⁵⁴² contractual”? Las partes contratantes en las relaciones comerciales ostentan un concreto rol. En este sentido, deben respetar diferentes reglas y comportarse de acuerdo con ellas. En caso contrario no se puede garantizar un correcto desenvolvimiento de la economía en ningún sentido. Se ataca a la competencia, a los consumidores y usuarios y en definitiva a la economía. Al respecto podemos relacionar a la voluntad del legislador al regular la *Bribery Act* mediante *the wrong of bribery*. La esencia o base de la conducta punible del soborno⁵⁴³ como elemento de abuso de confianza en las concretas actuaciones inherentes al tráfico mercantil. Esto es, la desvaloración de las conductas cumplidas de forma impropia contrariando las expectativas previstas⁵⁴⁴. “Una conducta que se dirige contra un conjunto de ideas o valores exigibles como formas del correcto cumplimiento de deberes públicos o profesionales”⁵⁴⁵. Al respecto, es interesante acudir al desarrollo que realiza del principio de confianza JAKOBS⁵⁴⁶. Expone este autor que quien controla a terceros de manera permanente no puede ocuparse plenamente de su actividad; el objetivo de este principio supone la división y reparto del trabajo de acuerdo a un rol.

⁵⁴² No nos referimos a la confianza como principio de la imputación objetiva. No es la confianza como institución.

⁵⁴³ BERNAL DEL CASTILLO, J., “Los delitos de soborno en el Derecho penal español y británico...*ob. cit.*”, págs. 88 y 89.

⁵⁴⁴ *Ídem.*, pág. 89.

⁵⁴⁵ *Ídem.*, pág. 89.

⁵⁴⁶ JAKOBS, G., “La imputación objetiva en el Derecho Penal...*ob. cit.*”, págs. 30 y 31. También en JAKOBS, G., “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de imputación”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1.995, págs 252 y ss. ROXIN, C., “Derecho Penal, Parte General”. Tomo I. Fundamento. La estructura de la teoría del delito...*ob. cit.*”, págs. 1004 y ss. FERRANTE, M., “Una introducción a la teoría de la imputación objetiva”, en *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, VV.AA., Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1.988, págs 26 y ss. LÓPEZ DÍAZ, C., “La teoría de la imputación objetiva”, en *Imputación objetiva y Dogmática Penal*, VV.AA., co-edición del Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico y Tecnológico, de la Universidad de los Andes y FUNDACITE, Mérida, 2.005, págs 155 y ss. LÓPEZ DÍAZ, C., “Introducción a la imputación objetiva”, Ed. Dpto. de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios Núm. 5, Bogotá, 1.996, págs. 119 y ss.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

Por su parte, FEIJOÓ SÁNCHEZ⁵⁴⁷ tratando el mismo principio expone que “el ámbito de autonomía que disfruta un ciudadano es equivalente a su ámbito de responsabilidad...los contactos sociales y la convivencia se basa en la necesidad de que el ordenamiento garantice ciertas expectativas o reglas de comportamiento que permitan saber en una determinada situación lo que se puede esperar de los otros participantes en el sistema social y lo que se espera de nosotros”⁵⁴⁸. Así nos parece importante utilizar como reglas de control los criterios de confianza. AGUTINA SANLLEHÍ⁵⁴⁹ afirma que la empresa no puede entenderse *sin la necesaria confianza entre sus miembros (ad intra) y entre los agentes con los que interactúa (ad extra)*, en tanto que existe una “estrecha dependencia respecto del valor de la honradez que existe en el mundo de la organización empresarial –en cuanto capacidad de generar confianza-, (que) se visualiza con las consecuencias prácticas que conlleva operar con información contraria a la realidad”⁵⁵⁰. Resuelve que información, veracidad y confianza son tres elementos interrelacionados de enorme repercusión organizacional⁵⁵¹. Estos criterios, no obstante, deben ser normativizados y asentados mediante la previa protección de bienes jurídicos, en tanto que toda inveracidad, lógicamente no puede ser antijurídica⁵⁵². Debe ahondarse, como afirma este autor, tanto en las concretas relaciones entre la confianza y la lealtad⁵⁵³ como en las previas expectativas de confianza. La ruptura de estas expectativas quiebra las relaciones laborales en las que fueron concebidas e instauradas

⁵⁴⁷ FEIJOÓ SÁNCHEZ, B., “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas”, *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. 21, Núm. 69, 2.000, págs. 37 a 76

⁵⁴⁸ *Ídem.*, pág. 41.

⁵⁴⁹ AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., “El delito en la empresa...*ob. cit.* págs. 87 a 89.

⁵⁵⁰ *Ídem.* pág.87.

⁵⁵¹ *Ibidem.*, pág. 87, “por este orden en tanto que la información veraz genera confianza –o su contrario”.

⁵⁵² Acudir para complementar nuestra idea a GREEN, S.P., “Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.013, pág. 81. Este autor trata la ilicitud como infracción de normas cotidianas, donde trata de demostrar cómo determinados conceptos, como defraudación, engaño, deslealtad, si son entendidos correctamente y articulados con claridad informan y ayudan a consolidar el grupo de delitos de cuello blanco y éstas poseen por sí un contenido.

⁵⁵³ AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., “El delito en la empresa...”,...*ob. cit.*, págs. 107 a 112.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

y la existencia y funcionamiento de la empresa. *Preservar una expectativa de confianza en otro* en base a unas determinadas reglas⁵⁵⁴ produce: el pronóstico de que un importante porcentaje de los trabajadores sean *leales a sus compromisos*; así como en caso de acreditarse una *ruptura de la lealtad debida a las normas el empresario debe poder confiar en los mecanismos de solución* previamente encarnados en un sistema de *forma satisfactoria a sus intereses*.

En consideración con lo hasta aquí dicho, podemos afirmar que permitir el soborno en el ámbito de los negocios constituye “una traición, una acción despreciable”⁵⁵⁵. El soborno es una muestra de la existencia de falta lealtad (o de deslealtad) que justifica un atentado a la confianza *ad intra* y *ad extra* de la empresa.

La pena establecida apunta hacia una clara desproporción en relación con otros preceptos que atentan a la competencia, e incluso a otros géneros de corrupción cuyo comportamiento sean los sobornos, como el cohecho. Ello nos hace interpretar que lo que se persigue es castigar de manera grave este proceder irregular, puesto que los actos de soborno pueden interpretarse "como manifestación para inducir a la infracción de un deber contractual básico son ilícitos (desleales)⁵⁵⁶". El soborno, puede atentar a principios constitucionales básicos que protejan a los consumidores y a los usuarios⁵⁵⁷, así como la economía del mercado⁵⁵⁸, pudiendo lesionar (a la par) la competencia, - puesto que genera la desigualdad en los operadores concurrenciales-. El soborno, tal y

⁵⁵⁴ Expuestas en AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., “El delito en la empresa...”,...*ob. cit.*, págs. 106 y 107.

⁵⁵⁵ *Ídem.*, pág. 113.

⁵⁵⁶ DOMINGUEZ PÉREZ, E. M^a., "Comentario al art. 14 de la LCD. Inducción a la infracción contractual,...*ob. cit.*, pág. 9.

⁵⁵⁷ Art. 51 CE: "1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca".

⁵⁵⁸ Art. 38 CE: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

como se ha interpretado tradicionalmente (y respecto al ámbito público), implica el "uso inapropiado del servicio público para obtener beneficios materiales personales o privados"⁵⁵⁹; "actuaciones interesadas, cuyo potencial nocivo reside en introducir criterios externos a las reglas de funcionamiento del mercado con un considerable potencial desestabilizador"⁵⁶⁰. Sin perjuicio de que los convenios internacionales no muestran un criterio general en su configuración, ni en su denominación, existen ciertas características comunes⁵⁶¹; a saber, el soborno en el seno de los actos corruptos y, como consecuencia, "la concreción de este tipo de conductas como objetivo preferente de la Política Criminal internacional contra la corrupción"⁵⁶².

Si acudimos al estudio del *Bribery Act* de 2.010, podemos encontrar cierto paralelismo al aspecto que venimos analizando. Veremos⁵⁶³ cómo la Ley anticorrupción o antisoborno (*bribery*), se configura como una "ventanilla única" para los delitos de

⁵⁵⁹ DEL CASTILLO, A., "El soborno un marco conceptual para su análisis", *Gestión y Política Pública*, Vol. X, Núm. 2, II Semestre de 2.001, págs. 276 y 277. Este autor al respecto, desarrolla la idea y afirma, "un actor, el sobornador, ofrece incentivos o recompensas ilegales, como dinero o regalos para manipular la decisión o el juicio de un funcionario público como en favor de su propio interés. El funcionario, a cambio, actúa en concordancia con la petición del sobornador, que le proporciona el beneficio".

⁵⁶⁰ TORRES FERNÁNDEZ, M. E., "Marco normativo internacional contra la corrupción", en *Urbanismo y corrupción política, (una visión penal, civil y administrativa)*, Dir. MORILLAS CUEVA, L., Coord. SUÁREZ LÓPEZ, J.M., Dykinson, Madrid, 2.013, pág. 166.

⁵⁶¹ BERNAL DEL CASTILLO, J., "Los delitos de soborno en el Derecho penal español y británico...*ob. cit.*", pág. 78.

⁵⁶² *Ídem.*, pág. 78. El autor desarrolla los términos "soborno" y "corrupción" afirmando que desde un punto de vista conceptual no son equivalentes, dado que "corrupción" posee un sentido más amplio, y por ende "debe considerarse el soborno como uno de los delitos que deben ser calificados como corruptos al lado de otros especificados en los convenios internacionales y desarrollados en la legislación penal de los diversos Estados como por ejemplo, la malversación o el tráfico de influencias", (pág. 78). El autor afirma la importancia, so pena lo anterior, que se le otorga en los instrumentos internacionales al soborno mediante la concreción específica de sus elementos y modalidades y proposición de su persecución como el principal objetivo de la obligación de los Estados en la adopción de medidas penales. En tal sentido, se puede constatar la peligrosidad de los actos de soborno respecto a la corrupción en un ámbito político y económico globalizado.

⁵⁶³ En el apartado oportuno.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

soborno⁵⁶⁴. En dicha Ley se acude a los criterios de actuación del sujeto basada en la buena fe e imparcialidad en relación con las diversas expectativas que deba cubrir el sujeto. La Ley antisoborno regula distintas figuras delictivas⁵⁶⁵ cometidas, tanto por personas físicas, como por personas jurídicas.

2. APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS DEL RIESGO Y LA LESIÓN EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES.

Tras tratar las distintas posiciones que existen en torno al bien jurídico en este precepto penal, debemos realizar algunas precisiones respecto a si el presente delito es de peligro⁵⁶⁶, y en tal caso si lo es abstracto o concreto o si por el contrario es de lesión.

El legislador no exige un concreto perjuicio para ningún interés específico. Tan solo prohíbe la realización de los verbos típicos, circunscribiendo el comportamiento a la admisión o aceptación de un beneficio o ventaja, como un pronóstico de mejora o aumento de cualquier expectativa **no justificada**. De tal suerte que puede relacionarse dicha expresión -“no justificada”- con las específicas obligaciones o singular estatus laboral, mercantil o contractual del sujeto activo.

El legislador no ha precisado si la contraprestación –beneficio o ventaja- debe generar efectivamente una lesión a los consumidores, al comercio, a los competidores, o a la economía de la empresa. Las SSTS de 11 de julio de 2.002 y de 6 de mayo de

⁵⁶⁴ SANTANA VEGA, D.M., "La Ley antisoborno del Reino Unido (*Bribery Act*, 2.010)", CPC, Núm. 111, III, Época II, diciembre 2.013, pág. 241.

⁵⁶⁵ Se regula, el cohecho activo y pasivo, el soborno en el ámbito de los negocios, el delito de soborno a un funcionario público extranjero y el incumplimiento del establecimiento de planes de prevención de sobornos por parte de las empresas.

⁵⁶⁶ Acudir en el estudio de la puesta en peligro de bienes jurídicos a ESCRIBA GREGORI, J. M^a., "La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal", Ed. Bosch, Barcelona 1.976.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

2.005, cuando se han ocupado del delito de cohecho expresan que se trata de "un delito de mera actividad que se consuma por el mero hecho de solicitar, recibir o aceptar". En tal sentido no es preciso que el provecho perseguido llegue a producirse, ni que el funcionario o la autoridad realicen u omitan el acto relativo a su cargo, ni siquiera que alcance a percibir la dádiva. La conducta se subsume en las variantes de solicitar dádiva o presente (STS de 8 mayo de 2.001) o aceptar o recibir ofrecimiento o promesa⁵⁶⁷.

Volviendo al delito de corrupción entre particulares, según la doctrina mayoritaria, la consumación de la conducta típica tan solo requiere la puesta en peligro del bien jurídico protegido, esto es, la probabilidad de la lesión del mismo⁵⁶⁸. En tal sentido se afirma que es un delito de peligro abstracto⁵⁶⁹. No obstante, existe algún autor que mantiene que este delito es de peligro concreto⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ F.º 5, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), Sentencia Núm. 6/2.007 de 20 marzo.

⁵⁶⁸ OBREGÓN GARCÍA A., y GÓMEZ LANZ, J., "Derecho Penal. Parte General: elementos básicos y teoría del delito...*ob. cit.*, págs. 89 y ss.

⁵⁶⁹ Defendiendo la misma postura, ver ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., "Delito de corrupción entre particulares", Ed. fe d'erratas, Madrid, 2.013, págs. 25 y ss. Asimismo, ver NIETO MARTÍN, A., "La corrupción en el sector privado reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho Comparado", Revista Penal, Núm. 10 (2.002), pág. 68. Este autor afirma que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto. Asimismo, defendiendo la misma postura, SÁNCHEZ MELGAR, J., "La corrupción en el sector privado...*ob. cit.*, pág. 43. En el mismo sentido ver OLAIZOLA NOGALES, I., "Algunas reflexiones sobre la corrupción entre privados (art. 286 bis CP español)", Revista Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP) 2.013-1 (mayo 2013), pág. 6. En el mismo sentido, NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V., "Corrupción entre particulares y tutela del mercado", InDret 4/2.011, Barcelona, 2.011, págs. 22 y ss. En opinión de estos autores, "De cara a concretar en la interpretación del tipo las exigencias del principio de lesividad parece que debería exigirse, si no un resultado de lesión o de peligro concreto para los intereses económicos de terceros, pues parece que esto excedería de lo previsto en el tenor literal del precepto, sí al menos la peligrosidad de la acción para tales intereses desde una perspectiva *ex ante*; es decir, su idoneidad para poner en peligro los intereses económicos de terceros aunque esta peligrosidad no se haya traducido finalmente en un resultado de peligro concreto". En el mismo sentido, GONZALEZ BLESA, F.J., "Delito de corrupción entre particulares: comentarios y críticas al artículo 286 Bis CP...*ob. cit.*, pág. 11. En el mismo sentido, CAMPANER MUÑOZ, J., "La corrupción entre particulares", Ed. Lex Nova, pág. 2. Este autor afirma que, "...el tipo no exige para su consumación ni un resultado (el perjuicio patrimonial para la empresa) ni un peligro efectivo (para el expresado patrimonio), de tal manera que se configura como un delito de mera actividad. Asimismo, MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C., "Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

Si se afirma que el delito que nos ocupa es un delito de peligro concreto, debe partirse de que el bien jurídico que venga escogiéndose con la defensa de dicho tipo penal "debe haber sufrido un riesgo real de lesión"⁵⁷¹, o en otras palabras, "que en el caso concreto se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo"⁵⁷². En tal sentido, BOLEA BARDON⁵⁷³ mantiene que este delito pertenece a la modalidad de peligro concreto, en tanto que "exige la idoneidad de la conducta para perjudicar los intereses patrimoniales de la empresa"⁵⁷⁴. Por el contrario, el resto de la doctrina afirma que es un delito de peligro abstracto⁵⁷⁵.

o la libre competencia", en *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2.013, pág. 175.

⁵⁷⁰ Defendiendo que nos encontramos ante un delito de peligro, pero concreto y no abstracto, ver BOLEA BARDON, C., "El delito de corrupción privada, Bien Jurídico, Estructura Típica e Intervinientes...*ob. cit.*, págs. 18 y ss. Esta autora afirma al respecto que, "el tipo responde a la estructura del delito de peligro concreto, y como tal, exige la idoneidad de la conducta para perjudicar los intereses patrimoniales de la empresa, lo que se produce siempre que el intraneus adopta una decisión a favor de una opción que constituye la peor oferta para la misma".

⁵⁷¹ Por todos, BACIGALUPO ZAPATER, E., "Manual de Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*, pág. 102.

⁵⁷² ROXIN, C., "Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Fundamento. La estructura de la teoría del delito...*ob. cit.*, pág. 404. Asimismo, acudir respecto a la problemática de los delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto a JAKOBS, G., "Derecho Penal. Parte General", Fundamentos y Teoría de la imputación, Ed. Marcial Pons, ed. 2ª, Madrid, 1.997, págs. 212 y ss. Así el autor afirma que, "no está claro...qué delitos son de peligro abstracto, ni...hasta qué punto lo es cada uno".

⁵⁷³ BOLEA BARDON, C., "El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes...*ob. cit.*, págs. 18 y ss.

⁵⁷⁴ *Ídem.*, págs. 18 y ss.

⁵⁷⁵ ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.E., "Delito de corrupción entre particulares", Ed. fe d'erratas, Madrid, 2.013, págs. 25 y ss. Asimismo, ver, NIETO MARTÍN, A., "La corrupción en el sector privado, reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado", *Revista Penal*, Núm. 10, (2.002), pág. 68. Este autor afirma que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto. Asimismo, defendiendo la misma postura, SÁNCHEZ MEGAR, J., "La corrupción en el sector privado", *REVISTA JURÍDICA GALEGA*, pág. 43. En el mismo sentido ver OLAIZOLA NOGALES, I., "Algunas reflexiones sobre la corrupción entre privados (art. 286 bis CP español)...*ob. cit.*, págs. 69 y 72. En el mismo sentido, NAVARRO FRÍAS, I., MELERO BOSCH, L.V., "Corrupción entre particulares y tutela del mercado...*ob. cit.*, págs. 22 y ss. En opinión de estos autores, "De cara a concretar en la interpretación del tipo las exigencias del principio de lesividad parece que debería exigirse, si no un resultado de lesión o de peligro concreto para los intereses económicos de terceros, pues parece que esto excedería de lo previsto en el tenor literal del precepto, sí al menos la peligrosidad de la acción para tales

Si se opta por mantener que el presente delito es de peligro concreto se debe dilucidar cuál es la **proximidad y concreta lesión** de que se trata. La acción debe haber "estado a punto de causar una lesión a un bien jurídico determinado"⁵⁷⁶. Un límite al concreto peligro del bien jurídico se establece mediante el estudio de la entidad y trascendencia del "beneficio" o "ventaja", mediante la interpretación del principio de insignificancia. Cuando concurre una falta de antijuridicidad material de la acción por falta de un certero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo del injusto el comportamiento no será típico.

Dicho esto, si se mantiene –extremo que no compartimos– que este delito es de peligro concreto o de peligro abstracto, se precisa con carácter previo desarrollar una específica configuración del concepto de peligro⁵⁷⁷. Quienes se inclinan por mantener que este delito es de peligro parten de una determinada **secuencia**. El soborno en un entorno empresarial supone **la creación de un peligro en sí mismo. Ello representa, por designios del legislador un peligro**⁵⁷⁸ en tanto el comportamiento corrupto -el soborno, aceptar, solicitar un beneficio o ventaja- puede causar una afectación al ámbito

intereses desde una perspectiva ex ante; es decir, su idoneidad para poner en peligro los intereses económicos de terceros aunque esta peligrosidad no se haya traducido finalmente en un resultado de peligro concreto". En el mismo sentido, GONZALEZ BLESA, F.J., "Delito de corrupción entre particulares: comentarios y críticas al artículo 286 bis CP...*ob. cit.*, pág. 11. En el mismo sentido, CAMPANER MUÑOZ, J., "La corrupción entre particulares", Ed. Lex Nova, pág. 2. Este autor afirma que, "...el tipo no exige para su consumación ni un resultado (el perjuicio patrimonial para la empresa) ni un peligro efectivo (para el expresado patrimonio), de tal manera que se configura como un delito de mera actividad.

⁵⁷⁶ Analizando los delitos de peligro concreto y peligro abstracto, por todos, MIR PUIG, S., "Derecho Penal. Parte general", Ed. Reppertor, ed. 9ª, Barcelona, 2.011, págs. 240 y 241. Tratando el alcance y contenido de los delitos de peligro abstracto, GÓMEZ PAVÓN, P., "La reforma de los delitos contra la seguridad vial", en Revista jurídica UAM, Núm. 25, 2.012, I, Ed. Dykinson, Madrid, 1.999, pág. 131.

⁵⁷⁷ Para estudiar las distintas teorías referentes a la configuración del concepto de peligro, acudir a MENDEZ RODRÍGUEZ, C., "Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación...*ob. cit.*, págs. 51 y ss. El autor trata la teoría subjetiva y objetiva.

⁵⁷⁸ "Concepto de peligro, como concepto de naturaleza normativa, en cuanto a que su objeto de referencia lo es al bien jurídico, pero no solo eso, sino que también se basa en una regla de experiencia, en una regla de frecuencia,...". Acudir, al análisis de dicha afirmación a MENDEZ RODRÍGUEZ, C., "Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación...*ob. cit.*, págs. 117 y ss.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

empresarial. En tal sentido, ¿cuál es la regla por la que se rige el peligro en estos supuestos?, ¿debemos acudir a la regla de la experiencia o frecuencia? o por el contrario, ¿debemos aplicar la relevante probabilidad, o probabilidad razonable, o probabilidad aceptable como momento en que comienza la problemática en torno a la diferenciación entre posibilidad y probabilidad⁵⁷⁹? Con carácter previo se debe comprobar la "Ley de la frecuencia en abstracto"⁵⁸⁰; esto es, verificar si se ha atentado a la competencia en este supuesto. Ulteriormente, se debería verificar si el concreto sujeto activo del delito ha creado el riesgo penalmente protegido por el legislador. Es decir, se debe verificar si "se creó una situación (un estado de cosas) subsumible en la ley de frecuencia en abstracto...cuyo desarrollo escapa al control del agente"⁵⁸¹. Y seguidamente, se tendría que comprobar si dicha afectación al bien jurídico se encuentra en el "radio de acción de ese proceso"⁵⁸².

En nuestra opinión, y en contra de la doctrina mayoritaria, el delito de corrupción entre particulares no es un delito de peligro, sino de lesión⁵⁸³. El bien jurídico en este delito es la neutralidad en el proceso de la voluntad de la contratación. Con ello se garantiza el mantenimiento de una competencia leal. Si se ofrece o acepta un beneficio o ventaja -soborno-, se perturba o infecta la voluntad del operador en el negocio jurídico. Esta neutralidad debe interpretarse en un sentido objetivo. El soborno

⁵⁷⁹ *Ídem.*, págs. 119 y ss.

⁵⁸⁰ *Ibidem.*, págs. 119 y ss.

⁵⁸¹ *Ibidem.*, pág. 122.

⁵⁸² *Ibidem.*, pág. 123.

⁵⁸³ Acudir a las diferentes concepciones en WOLF, E., "Las categorías de la tipicidad (Estudios previos sobre una doctrina general de la parte especial del Derecho penal)", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.005, págs. 53 y ss. El autor desarrolla las actuaciones de la voluntad («*willensbetätigungen*»). Se adentra en la explicación de la dimensión empírica (actuación de la voluntad como hecho espacial; la actuación de la voluntad como hecho temporal); y en la dimensión personal (actuación de voluntad como hecho corporal, actuación de voluntad como hecho interpersonal. Asimismo, ver a LAURENZO COPELLO, P., "El resultado en Derecho Penal", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.992, este autor desarrolla el resultado y la fundamentación de lo injusto, explicando diversas tesis; a saber, tesis basadas en el desvalor de resultado, tesis de un injusto basado en el desvalor de acción, y tesis dualistas, págs. 35 a 60.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

queda incorporado al conjunto de elementos esenciales del negocio jurídico y éste lesiona la neutralidad en el proceso de decisión. En tal sentido podemos afirmar que este delito es de lesión y no de peligro. De manera contraria, si se interpreta la neutralidad desde una perspectiva subjetiva se podría considerar que el delito es de peligro abstracto. En este sentido (desde la perspectiva subjetiva) produce una gran inseguridad jurídica. Interpretar que el comportamiento es o no típicamente antijurídico en virtud de cómo afecte el soborno a la parte contratante supone un alto grado de incertidumbre.

La existencia del soborno ataca sin lugar a dudas a la competencia. La corrupción, como comportamiento tendente a aceptar u otorgar un beneficio o ventaja sin motivo o causa (esto es, injustificados) puede ser considerada no un riesgo, sino una lesión a la competencia leal. La neutralidad de la voluntad de las partes en la contratación queda viciada-infectada mediante el soborno. De manera objetiva se lesiona la ortodoxa configuración del negocio jurídico⁵⁸⁴. Hablamos de objetiva puesto que es independiente de que el sujeto se sienta motivado por el beneficio o ventaja para contratar.

En la práctica pueden presentarse supuestos donde aun concurriendo todos y cada uno de los elementos integrantes del tipo de injusto, no se cause ningún perjuicio. Es entonces cuando debemos preguntarnos, ¿se ha lesionado el bien jurídico?⁵⁸⁵, ¿se puede afirmar aun así que existe peligro? De ser así, ¿qué clase de peligro?, ¿debe criminalizarse dicho comportamiento ante la evidencia de situaciones típicas sin perjuicios? Supongamos que un empleado de una sociedad, cuya facultad y desempeño en la empresa versa en la supervisión, estudio y adquisición de productos alimentarios es sobornado económicamente para que contrate con una determinada empresa. El

⁵⁸⁴ Elementos esenciales del negocio jurídico: consentimiento, objeto y causa.

⁵⁸⁵ *Cfr.* ALONSO ÁLAMO, M., ¿Riesgos no permitidos? Observaciones sobre la incidencia del principio de precaución en el Derecho penal”, en *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, VV.AA., Dir. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., Coords. GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. y VILLA SIERO, V., Ed. Constitutio Criminalis Carolina, 2.013, págs. 19 a 43

sobornado contrata con esta empresa sobornante cuya oferta es, sin embargo, la más competitiva desde el punto de vista económico, siendo la opción comercial más barata, y desde el punto de vista de calidad del producto la mejor. El precepto penal que analizamos incrimina a aquella persona que se encuentra en un concreto ámbito empresarial⁵⁸⁶. El presente delito exige la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto⁵⁸⁷ no obstante interpretamos que no hubiese hecho falta su incorporación⁵⁸⁸.

El precepto exige que el soborno sea producto "como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en el ámbito del negocio", como ánimo, o intención o tendencia subjetiva⁵⁸⁹. Por lo tanto, y aquí la cuestión esencial, si el sobornado tan solo

⁵⁸⁶ Por la referencia al estatus empresarial: directivo, administrador, empleado, colaborador, y asimismo, respecto al concreto tracto en el que se circunscribe el comportamiento: adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios, o relaciones comerciales) que se deje sobornar (ya sea por petición o por aceptación).

⁵⁸⁷ Afirmando que es preciso el elemento subjetivo del injusto en este delito, acudir a BACIGALUPO ZAPATER, E., "*Compliance y Derecho Penal...ob. cit.*", pág. 165, cuando afirma que, "...el dolo no es suficiente. El autor, ...debe tener el propósito de incidir en un proceso de decisión preferencial entre concurrentes. En este sentido es suficiente con que el autor se represente su acción como adecuada para obtener una decisión preferente en dicho proceso". Asimismo, ver ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C.E., "Delito de corrupción entre particulares", Ed. fe d'erratas, Madrid, 2.013, pág. 37; NAVARRO MASSIP, J., "El delito de corrupción entre particulares", en "La Corrupción a Examen", VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Monografías de Doctrina, Ed. 1ª, Navarra, 2.012, pág. 113. Ver asimismo SÁNCHEZ MELGAR, J., "La Corrupción en el sector privado...ob. cit.", pág. 29. SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V. "De la corrupción entre particulares...ob. cit.", pág. 636, cuando afirman que, "siendo este delito un tipo mutilado de dos actos, con un elemento subjetivo consistente en la finalidad: para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, aspecto éste que también redundaría en la atipicidad de la contratación óptima con promesa, oferta o concesión de cualquier ventaja, ya que en ella no se perjudica a terceros en la libre concurrencia del mercado". Asimismo, 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 2.007", RECPC 09-13 (2007), pág. 17. También en NEILA NEILA, J.Mª, "La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas", Ed. BOSCH, Barcelona, 2.012, pág. 398

⁵⁸⁸ Manteniendo la innecesaridad de elemento subjetivo, acudir a ENCINAR DEL POZO, M.A., "El delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios...ob. cit.", pág. 370. Este autor mantiene que "basta con conocer que se actúa en un ámbito concurrencial y con conocer que la aceptación o solicitud de la dádiva se hace a cambio de favorecer a otra persona".

⁵⁸⁹ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., "Derecho Penal. Parte General", Ed. Tirant lo Blanch, ed. 5ª, Valencia, 1.999, pág. 397.

busca ganar algo de dinero, o incrementar alguna expectativa extralaboral, etc.⁵⁹⁰, y su propósito es ajeno al favorecimiento indebido a otro⁵⁹¹, el comportamiento es atípico.

Se ha querido introducir este comportamiento en nuestro código punitivo porque estas conductas son "peligrosas desde consideraciones de peligrosidad estadística"⁵⁹², es decir, cuando concurre en una empresa este comportamiento puede generar una puesta en peligro a la competencia⁵⁹³, entendida esta en un sentido mucho más abstracto al que nosotros defendemos.

El legislador, tal y como hemos apuntado durante todo el trabajo, protege la neutralidad en el proceso de contratación como elemento esencial de la competencia leal. Dicha neutralidad debe presidir el proceso de formación de la voluntad. Quien se encuentra en una relación corrupta -soborna o es sobornado- no opera de manera libre en el negocio jurídico. Su proceso de voluntad en la contratación queda viciada. El soborno perturba o infecta la voluntad del operador en el negocio jurídico. Por ello, se modifica la neutralidad que debe regir en el proceso de decisión. Por tanto, este delito es de lesión y no de peligro⁵⁹⁴. Esta neutralidad es de carácter objetiva y no subjetiva. Objetivamente, produce en un operador medio que su decisión –voluntad negocial- no sea neutra. Reiteramos, no hay que interpretar esta neutralidad de manera subjetiva (y por tanto considerar el delito de peligro), puesto que dependería del efecto que podría representar en un concreto sujeto y en la entidad, calidad o cualidad del soborno.

⁵⁹⁰ Dependiendo de la casuística relativa a "beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza"

⁵⁹¹ En tanto que la oferta y la calidad era, entre las opciones barajadas, la mejor

⁵⁹² Tratando el peligro abstracto en los delitos económicos, acudir a BAJO, M., y BACIGALUPO S., "Derecho Penal Económico", Ed. Ramón Areces, ed. 2ª, Madrid, 2.010, pág. 34.

⁵⁹³ La base del tipo de injusto se fundamenta en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

⁵⁹⁴ MIR PUIG, S., "Derecho Penal. Parte general", Ed. Reppertor, ed. 9ª, Barcelona, 2.011, págs. 239 y ss. El autor al respecto expone, "si el tipo requiere la lesión del bien jurídico protegido, dará lugar a un **delito de lesión**, mientras que si se contenta con su puesta en peligro, constituirá un **delito de peligro**. Los delitos de peligro se dividen en **delitos de peligro concreto** y **delitos de peligro abstracto**. Suele decirse que en los primeros requiere expresamente la ley la creación de una efectiva situación de peligro (*resultado* de peligro), mientras que en los delitos de peligro abstracto no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo: solo serían delitos de peligro en el sentido de que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro".

3. CONCLUSIONES

Primera.- Tras siete años desde la incorporación de este precepto penal, no se ha aplicado salvo en alguna excepción⁵⁹⁵. Si la mayor parte de la economía de un país son las pequeñas y medianas empresas, y estos actos distorsionan la competencia no se explica por qué los empresarios no han actuado en tal sentido. En nuestra opinión, porque estos comportamientos son solventados por otros órdenes jurisdiccionales⁵⁹⁶, como lo son el mercantil, el laboral o el penal (en el ámbito patrimonial), y porque resulta de especial complejidad al operador jurídico interpretar el precepto analizado.

Segunda.- El beneficio o ventaja (como sinónimo de soborno) es un factor motivacional que atenta contra los valores que deben regir en la contratación. El soborno propicia la ineficacia del sistema competencial y la arbitrariedad en el sistema

⁵⁹⁵ Véase el caso Neymar y el caso Racing de Santander y Hércules. El caso Neymar: En este caso se investiga el posible otorgamiento de contratos simulados entre los clubes de fútbol FC Barcelona y Santos de Brasil por el traspaso del jugador. En virtud del citado auto se admite a trámite la querrela afirmándose (apriorísticamente) la existencia de varios contratos y documentos que pueden evidenciar la alteración de las reglas del libre mercado de fichajes de futbolista, perjudicando a la querellante que tenía el 40% de los derechos económicos del jugador, evitando con estas maniobras que el jugador entrase en el mercado, obteniendo más dinero que el que ofrecía el FC Barcelona por su traspaso. Este procedimiento ha tenido el siguiente recorrido procesal: se admitió a trámite la querrela en virtud del Auto de la AN Núm. 462/2.015 de 26 octubre, Sala de lo Penal, Sección 4ª. Posteriormente, mediante Auto de la AN de 8 de julio 2.016 se acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones. Y posteriormente, en virtud del Auto de la AN, Secc. 4ª, de 23 de septiembre de 2.016, se acordó la reapertura de las Diligencias Previas. Respecto al caso Racing de Santander y Hércules, acudir al Auto Núm. 193/2015 de 16 abril de la AP de Cantabria (Sección 3ª), por el que se revoca el sobreseimiento inicial al aportar un informe reservado de la UEFA que contiene indicios de manipulación de partido de fútbol entre Racing de Santander y Hércules de Alicante de la jornada 42 de la Liga Adelante 2.012/2.013.

⁵⁹⁶ MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C., afirma que, "el legislador ha optado por la creación de tipos de mera actividad que no requieren un resultado lesivo de la libre competencia, en los que se sancionan conductas que ya resultan subsumibles en algunas infracciones civiles recogidas en la normativa sobre la Defensa del Derecho de la Competencia y contra la Competencia Desleal, que ya resultan suficientes. MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C., "Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado o la libre competencia", en *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2.013, pág. 175

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

de quienes contratan, compran y venden. Y ello en tanto que los contratos no dependen de la calidad y del precio del bien y servicio, sino de cuánto se está dispuesto a pagar en concepto de soborno. De tal suerte que se atenta a la confianza depositada por los operadores mercantiles en el juego de la oferta y la demanda.

Tercera.- El bien jurídico protegido es la neutralidad en la formación del contrato, en el proceso de contratación como elemento esencial de la competencia leal.

Cuarta.- Sin perjuicio de que la mayor parte de la doctrina mantiene que este delito es de peligro, y en concreto de peligro abstracto, en nuestra opinión no lo es. Nos encontramos ante un delito de lesión.

III. INFRACCIÓN DE DEBER

El art. 138 CP establece que aquel que matare a otro será castigado con la correspondiente pena. En este sentido se deduce que lo que se castiga en este delito es el comportamiento de matar a otro. Esto significa que con carácter general está prohibido matar a otro. Pero, ¿para qué se ha establecido o construido una semejante prohibición? La respuesta la dan de diversas maneras los autores que se han dedicado a la cuestión. En general todos asumen que se prohíbe matar para proteger la vida humana independiente o el derecho a la vida. De la prohibición se extrae o deduce el objeto protegido con aquélla. Esto es muy obvio y fácil de realizar respecto del delito de homicidio, hasta el punto de que los comentaristas modernos de los Códigos Penales ya no introducen como parte del comentario el diálogo normativo entre la prohibición -sus elementos- y el concreto objeto jurídico protegido. Sin embargo, se debe observar que este diálogo o comunicación normativa está y debe estar presente en la tarea de interpretación de todos los tipos penales de la Parte Especial.

Cuando se realiza la determinación del bien jurídico de manera apriorística y sin conexión con la norma penal nos encontramos ante una interpretación por lo menos dudosa. Un caso paradigmático de esta tarea dudosa, lo encontramos en la corrupción privada, un tipo penal en el que la interpretación y determinación del bien jurídico se ha realizado en relación a lo que suponen o estiman más conveniente desde determinadas perspectivas político-criminales, o incluso desde lo que se afirma en la normativa internacional al respecto. Sin embargo en algunos casos de una manera más notoria que en otros, se observa que la interpretación está desconectada del texto de la norma⁵⁹⁷, y

⁵⁹⁷ Acudir a SEGRELLES DE ARENAZA, I., “Alevosía (Análisis dogmático de algunos aspectos fundamentales)”, CPC, Núm. 57, 1.995, págs. 770 y ss. El autor desarrolla la teoría de la acción típica a partir de los desarrollos anglosajones sobre la teoría de la acción (Anscombe, Shwayder, D’Arcy, Davidson) y de Goldman (en su obra *A theory of human action*). El concepto de acción típica está íntimamente ligado al lenguaje. De esta manera se entiende fácilmente la acción en los delitos de corte patrimonial o socioeconómico (en contraposición a los *iusnaturalistas*). La interpretación de la acción debe hacerse normativamente y no mediante criterios naturalistas.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

de los concretos elementos que configuran el injusto. Esto es importante, porque es preciso reconocer que no siempre la *ratio legis* o la finalidad objetiva de la positivización de un determinado tipo penal, según lo que el propio legislador confiesa, coincide con lo que en efecto protege el concreto tipo penal.

El hecho de que el legislador incluya como conjunto de sujetos que pueden realizar el comportamiento, tanto en la corrupción activa (art. 286 bis 2) como en su modalidad pasiva (art. 286 bis 1) al *directivo, administrador, empleado o colaborador*, viene a reconocer que **cualquier persona relacionada con la estructura, composición y con capacidad orgánica-funcional en la misma puede realizar el comportamiento descrito**. Así, tal y como ha expresado SEGRELLES DE ARENAZA, podrá considerarse sujeto activo del delito en la práctica a cualquier persona “que pueda intervenir en su nombre, independientemente de la naturaleza de la relación jurídica que tenga con ella”, siempre que su posición en la empresa sea idónea, (tenga capacidad real, en palabras del autor) para influir en la relación transaccional⁵⁹⁸.

Asimismo, al expresarse *de una empresa mercantil o de una sociedad* deja patente **que el entorno en el que se desarrolla la acción es la mercantil**.

La antigua redacción⁵⁹⁹ expresaba *una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización*. Posteriormente, como hemos comprobado, el legislador ha decidido sintetizar el entorno típico mediante la expresión *empresa mercantil o de una sociedad*. Por ende, queda claro el interés por aglutinar todo género de ente con personalidad jurídica de tipo mercantil. A ello hay que añadir otra de las incorporaciones realizadas⁶⁰⁰ la adicción de *relaciones comerciales*. Asimismo, la referencia a *servicios profesionales* es sustituida ahora por la referencia simple de

⁵⁹⁸ SEGRELLES DE ARENAZA, I., “De la corrupción en los negocios (arts. 286 bis, 286 ter y 286 quáter)...*ob. cit.*, pág. 5.

⁵⁹⁹ La operada originariamente mediante la L.O 1/2.010.

⁶⁰⁰ Junto a la *adquisición o venta de mercancías, o la contratación de servicios profesionales*.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

servicios. Esta transformación del comportamiento realizado en el precepto deja claro, como venimos exponiendo, el entorno en el que se desenvuelve el injusto.

Respecto a los verbos (recibir, solicitar, aceptar, prometer, ofrecer o conceder), son consecuencia de una misma manifestación; esto es, **mostrar la intención de sobornar: el propósito de proponer e integrar en la transacción⁶⁰¹ un componente ajeno a los elementos esenciales del negocio jurídico. En tal sentido, el soborno motivará de forma distinta a los contratantes, y por ende, el sentido del contrato. Si no existiera la incorporación del soborno (en un plano estadístico) probablemente un proveedor no incentivado no hubiera contratado con una determinada empresa⁶⁰². En consecuencia, la existencia de dádivas en las negociaciones atenta a la confianza depositada por el resto de operadores jurídicos, en tanto que éstos obran en la confianza de que se negociará en atención a una ortodoxa negociación y, por ende, ajena a comportamientos corruptos.**

La intención de sobornar hay que anudarla con la normativización⁶⁰³ de la expresión: *beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza*. ¿Qué quiere representar con ello el legislador? El beneficio o ventaja es sencillamente **un interés mostrado por parte de los operadores mercantiles⁶⁰⁴ de realizar cualquier**

⁶⁰¹ En el negocio jurídico.

⁶⁰² Al no haberle sobornado.

⁶⁰³ Se precisa reinterpretar con los métodos modernos y la lógica jurídica todos y cada uno de los elementos de la Teoría jurídica del delito. Tratando la normativización acudir a JAKOBS, G., “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal...*ob. cit.*, “...junto al sistema de la naturaleza, determinado por leyes causales, aparece el sistema creado «con intención práctica» y configurado por leyes del deber ser...”, (pág. 17); “un sistema normativo está en que se relega el contexto cognitivo —no por completo, pero sí en cierta medida, como habrá de mostrarse— para poder tratar la configuración del mundo como cometido de las personas. En lugar de la expectativa cognitiva (¿qué hará x? probablemente no delinquirá) aparece la expectativa normativa institucionalizada (¡X no debe delinquir!), y cuando esta expectativa es defraudada, no debe seguir un proceso de aprendizaje, a diferencia de lo que sucede en el caso de defraudación de una expectativa cognitiva, sino se trata de mantener la expectativa e imputar el curso perturbador al responsable”, (pág. 20); “... La configuración de la sociedad es construida mediante instituciones,...a través de contextos normativos consolidados”, (pág. 101).

⁶⁰⁴ Como director, empleado o colaborador.

comportamiento profesional movido por objetivos ajenos a sus correctos u ortodoxos deberes y obligaciones. ¿Cómo podemos llegar a esta conclusión? La expresión *no justificada* debe ser interpretada, en nuestra opinión, como muestra de un comportamiento no debido y, por lo tanto, contrario o ajeno a principios económicos, de lealtad, de fidelidad esperados en la contratación. Esto es, la contratación ortodoxa como sinónimo de ausencia de soborno e integridad por tanto, del contrato. Por ello, el soborno no debe ser interpretado (*a sensu contrario*) como un elemento esencial del contrato. Si la transacción se realiza sin ningún género de añadido (sin soborno), los operadores jurídicos, los demás competidores, actuarán de manera coherente con la confianza que debe existir en un marco de competencia.

Se ha venido manteniendo que la expresión *no justificado* apunta a la diferenciación entre los incentivos (beneficios o ventajas ilícitos), y el soborno implica adjudicaciones implícitas⁶⁰⁵. Los famosos *kick-back*⁶⁰⁶. Este concepto, ha sido definido y utilizado frecuentemente en el delito de administración desleal, utilizándose en sentido amplio cuando el representante de una empresa⁶⁰⁷ ha recibido (ya sea por información de la contratación que lleva a cabo, o la ejecución, por la firma o ventajas

⁶⁰⁵ ROSE ACKERMAN, S., “La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma”, Ed. Siglo veintiuno de España editores, Madrid, 2.001, pág. 127.

⁶⁰⁶ Al respecto acudir a BOLEA BARDON, C., “Deberes del administrador y prácticas de *kick-back*”, RECPC 17-17, 2.015, págs. 1 a 31, y BOLEA BARDON, C., “Deberes del administrador y prácticas de *kick-back*”, en Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de *leading cases*, VV.AA., Dirs. CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., Coord. VALIENTE IVÁÑEZ, V., Ed. D de F, Madrid, 2.016, págs. 281 a 319. Asimismo, acudir a ENCINAR DEL POZO, M.A., “El delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios...*ob. cit.*, págs. 186 a 189. Asimismo, acudir a GILI PASCUAL, A., “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y *kick-backs*: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada...*ob. cit.*, pág. 61. También, acudir a GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal...*ob. cit.*, págs. 236 a 243, cuando afirma, que “es un comportamiento que realiza el representante de una de las partes contratantes (a la hora de firmar el contrato, o a la hora de ejecutar el mismo), donde le abonan (por parte de la contraparte) una serie de ventajas económicas deducidas de las prestaciones efectuadas por la empresa representada”.

⁶⁰⁷ Actuando-contratando en nombre y representación de su principal.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

económicas provenientes de las actividades realizadas por la contraparte del contrato) unas ventajas económicas por las prestaciones o actividades realizadas por la otra parte comercial en perjuicio del patrimonio que administra el representante que las recibe⁶⁰⁸.

El tipo de injusto que analizamos debe interpretarse anudando el bien jurídico con la expectativa o confianza de que en los negocios no se espere una contrapartida injusta (un soborno). **En tal sentido se logra que un contrato determinado dependa única y exclusivamente de la mejor oferta y mejor producto. Si las empresas que licitan y contratan cumplen las normas sectoriales, se garantiza la neutralidad en la formación del contrato, en el proceso de contratación como elemento esencial de la competencia leal.** Con ello se crea un clima de confianza, donde no se generará o creará un riesgo al mercado. Quizás sea por esto por lo que el legislador afirma que lo que se protege es la competencia justa y honesta. Ambas expresiones son sinónimos del respeto a los principios que deben regir en un libre mercado. El respeto de dichos principios discurre obligatoriamente por el respeto de las normas sectoriales. Véase al respecto los **principios que se reconocen en la Ley de Sociedades de Capital⁶⁰⁹, como el principio de lealtad, el principio de fidelidad, el principio de buena fe, y el principio de un ordenado empresario;** los diversos principios que rigen la

⁶⁰⁸ Definición del concepto de *Kick-Back* de PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., “El delito de administración desleal. Claves para la interpretación del art. 252 del CP...*ob. cit.*, págs. 214 a 216. Estos autores diferencian entre dos grupos de casos. Un primer grupo, (*kick back* en sentido estricto), donde quien acepta la ventaja económica “opta por comprar más caro de lo realmente necesario” donde “la diferencia entre el precio de adquisición pactado y el que podría haber sido pactado en las circunstancias concretas regresa a la parte contractual de donde provenía inicialmente, si bien no al patrimonio del que provenía (el de la sociedad anónima), sino al administrador”, que actuaba en dicha relación comercial en nombre y por cuenta de la empresa. Y un segundo grupo, (*kick back* en sentido impropio), “en el que la comisión que obtiene el administrador -al menos en un sentido naturalístico- no proviene de las arcas de la sociedad que administra, sino de la otra parte del negocio”.

⁶⁰⁹ RDL 1/2.010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

competencia, en la economía; las Leyes de Defensa de la Competencia⁶¹⁰ y la Ley Competencia Desleal⁶¹¹.

El bien jurídico en este delito queda vinculado a los valores y principios en las normas sectoriales expuestas. La razón de tal vinculación se fundamenta en las siguientes razones. Este delito se encuentra ubicado en el Capítulo XI del CP que se encarga de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. Además, el dolo cubre la intención de desequilibrar la competencia leal, y por tanto, la señalada confianza en los principios que rigen la misma. Es por ello que el legislador exprese “para que favorezca a él o a un tercero frente a otros”. Por ello, la *contratación de servicios, compraventa de bienes y relaciones comerciales* y los principios que son de aplicación a estas operaciones son los establecidos en dichas disposiciones normativas. Véase que el Código de Buen Gobierno y el CP⁶¹² dotan de especial importancia, por ejemplo, a la lealtad de los administradores⁶¹³.

1. CUESTIONES PREVIAS

Si atendemos a la estructura del tipo de injusto como “conjunto de elementos y características que componen-definen lo injusto”⁶¹⁴, podemos encontrar en la doctrina

⁶¹⁰ Ley 15/2.007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁶¹¹ Ley 3/1.991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

⁶¹² Se encarga de penalizar ciertas infracciones del deber expresado por la normativa mercantil expuesta. Acudir a BACIGALUPO ZAPATER, E., “*Compliance* y Derecho Penal...*ob. cit.*”, pág. 61.

⁶¹³ Véase la relación respecto a los accionistas o a sus socios.

⁶¹⁴ SEGRELLES DE ARENAZA, I., “Teoría Jurídica del delito y sobreseimiento”, *La Ley Penal*, Núm. 122, septiembre-octubre 2.016, como “el conjunto de características y elementos que definen lo injusto”, “Desde un punto de vista neoclásico, partiendo de que el tipo (de injusto) es, como hemos visto, el conjunto de elementos que constituye lo injusto, (págs. 5 y 6). *Cfr.* WOLF, E., “Las categorías de la tipicidad (Estudios previos sobre una doctrina general de la parte especial del Derecho penal...*ob. cit.*”, págs. 15 y ss. “en la determinación del concepto general de tipicidad se parte de que «tipicidad» es la acción humana tipificada. La sistemática alemana dominante en Derecho penal enseña...que el concepto

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

quienes diferencian aquel fundado en el dominio del hecho, de aquellos que parten de la infracción de deber. A continuación expondremos dichas categorías.

En los delitos de dominio del hecho se pondera, de un lado, la voluntad del que actúa (elemento subjetivo) y de otro, la producción o repercusión que genera en el mundo exterior (elemento objetivo)⁶¹⁵. En los delitos de dominio los deberes provienen de la organización de la intervención del agente⁶¹⁶ a diferencia que en los delitos de infracción de deber, donde el deber proviene de una institución

Según afirma ROXIN, "...solo allí donde la acción constituye el tipo puede ser su dominación (el llamado dominio del hecho) lo característico de la autoría, mientras que en los delitos de infracción del deber la autoría no se fundamenta por ningún dominio externo, sino por la vulneración del deber, y si ésta falta, aunque haya dominio del curso del hecho, ello solo puede dar lugar a participación"⁶¹⁷. Fue WELZEL quien

de acción se construye a partir de elementos empíricos, y el concepto de tipo desde elementos jurídico-normativos". Acudir a BELING, E., "La doctrina del delito-tipo", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1.944, págs. 7 y ss. Asimismo, acudir a BELING, E., "Esquema de Derecho Penal...*ob. cit.*", págs. 76 y 77, cuando expone "El delito-tipo jurídico penal. La doctrina del delito-tipo", Ed. El Foro, Buenos Aires, 2.002, expone el autor, "(*Der (Straf =) Gesetzliche Tabestand*)... Toda figura delictiva autónoma se compone de una pluralidad de elementos, los cuales se encuentran en la correspondiente ley penal previstos a veces *expressis verbis*, a veces *sub intelligenda*, para precisarse o completarse por interpretación. Encuéntrase esos elementos en parte en la faz externa (objetiva), en parte en la faz interna (subjetiva) de la acción. Los elementos externos caracterizan el «tipo de ilicitud» de cada caso y los internos las particularidades de la culpabilidad que deben concurrir para defondear el tipo de ilicitud como tipo de delito". Asimismo, acudir a BACIGALUPO ZAPATER, E., "Tipo y error", Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1.973, desarrollando ideas de Ricardo C. Núñez, págs. 10 y ss. Ver en LISZT, F., "La idea de fin en el Derecho Penal", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie J. Enseñanza del derecho y material didáctico, Núm. 15, México, 1.944, pág. 31. Ver, asimismo, en MEZGER, E., "Derecho Penal". Libro Estudio. Parte General...*ob. cit.*, pág. 81.

⁶¹⁵ CARO JOHN, J.A., "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber", Anuario de Derecho penal, Universidad de Freiburg, Anuario de Derecho penal (Asociación Peruana de Derecho penal, 2.003), <http://perso.unifr.ch/derechopenal/anuario/autores>, pág. 2

⁶¹⁶ Sobre la diferenciación entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, acudir a BACIGALUPO ZAPATER, E., "Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*", págs. 496 y 497.

⁶¹⁷ ROXIN, C., "Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito...*ob. cit.*", pág. 214.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

trató este ámbito desarrollando las diversas diferencias en torno a la característica del dominio finalista del hecho, y en contra de los anteriores criterios respecto al ámbito de la autoría y la participación, (teoría objetivo formal, teoría objetivo material⁶¹⁸). Así afirmaba que, "*no es autor de una acción dolosa* quien solamente causa un resultado, sino quien *tiene el dominio consciente del hecho* dirigido hacia el fin..."⁶¹⁹. El autor, (resuelve que es), "...solamente quien *también* sabe que tiene el dominio final del hecho"⁶²⁰. Por ello, afirma que, "...es autor...quien tiene el dominio consciente del hecho dirigido hacia el fin. Aquí se eleva el autor, por la característica del dominio finalista del hecho, por encima de toda otra participación..."⁶²¹. A modo de síntesis podemos afirmar que la teoría de dominio del hecho cohesiona la teoría objetiva y subjetiva para aportar resultados convincentes a ciertos postulados referentes a la autoría y participación⁶²².

⁶¹⁸ Para adentrarse en las distintas posturas, acudir a MIR PUIG, S., "Derecho Penal. Parte General", Ed. Reppertor, Barcelona, ed. 9ª, 2.011, págs. 379 y ss.

⁶¹⁹ WELZEL, H., "Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*", págs. 104 y 105. El autor subraya que, "...se eleva el autor, por la característica del dominio finalista del hecho, por encima de toda otra participación". Así, continúa afirmando el autor, "el instigador y el cómplice no tienen el dominio del hecho, sino que solo han inducido a la decisión del hecho o ayudaron en su ejecución..., una participación auténtica solo es posible dentro de los tipos dolosos". Asimismo, este autor, circunscribe dicho concepto, y establece las características que les son propias, a saber, "La característica general de autor:...Dueño del hecho es quien lo ejecuta en forma finalista, sobre la base de su decisión de voluntad". Y respecto a sus características, continúa explicando el autor, son: "objetivas-personales de autor: los especiales deberes del autor, inmanentes a su posición; pág. ej., como funcionario, soldado, etc.". Y, "las características subjetivas-personales de autor: las intenciones especiales, tendencias y formas de ánimo o de sentimiento; pág. ej., intención de apropiación, propósito deshonesto, ánimo brutal. El dominio finalista del hecho es la característica general de la autoría. En cambio, los elementos personales de autor únicamente son necesarios donde el tipo particular los contiene como presupuestos de la autoría", (págs. 105 y 106).

⁶²⁰ WELZEL, H., "Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*", pág. 112. El autor afirma que, puede verse, también en la «voluntad de autor», un núcleo justificado, pero éste no existe separado e independiente del dominio real del hecho, sino que es la conciencia subjetiva del autor de tener la posesión del real dominio del hecho final".

⁶²¹ *Ídem.*, págs. 104 y 105.

⁶²² JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T., "Tratado de Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*", pág. 701.

Por otro lado, en los delitos de infracción de deber⁶²³, en palabras de JAKOBS⁶²⁴ "la relación autor-bien no está definida únicamente de modo negativo como

⁶²³ La categoría de los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikten*) fue creada en Alemania por ROXIN. No obstante fue ampliamente desarrollada por JAKOBS, y en España, (entre otros) estudiada brillantemente por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. y BACIGALUPO SAGGESE, S. Acudir a la lectura de ROXIN, C., "Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito...*ob. cit.*, págs. 337 y 338. El autor al referirse a los delitos comunes y especiales expresaba que, "en los delitos especiales solo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad ("cualificación de autor"). Por regla absolutamente general esa cualidad consiste en una posición de deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de "delitos de infracción de deber". Existen diferentes estudios monográficos y artículos doctrinales al respecto; como muestra de obras destacadas al respecto podemos enumerar las siguientes, "Delito de infracción de deber y participación delictiva", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.002 de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.; Asimismo, BACIGALUPO SAGGESE, S., "Autoría y participación en delitos de infracción de deber", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.007; BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., "Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa", Ed. Experiencia, ed. 1ª, diciembre, 2.005. También, FIGUEROA ORTEGA, Y., "Delitos de infracción de deber", Ed. Dykinson, Madrid, 2.008. BERRUEZO, R., "Delitos de dominio y de infracción de deber", Ed. B de f, Montevideo, 2.009. RESTON, Mª.I., "Los delitos de infracción de deber, ¿es admisible un doble criterio de determinación de autoría?", Ed. B de f, Montevideo, 2.014. Asimismo, *Cfr.* PEÑARANDA RAMOS, E., "Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber", en *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, VV.AA., Dir. ROBLES PLANAS, R., Ed. B de f, Buenos Aires, 2.014, págs. 2 a 53. También, acudir a ROBLES PLANAS, R. y RIGGI, E. J., "El extraño artículo 65.3 del Código Penal" en *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, VV.AA., Dir. ROBLES PLANAS, R., Ed. B de f, págs. 59 a 94.

⁶²⁴ JAKOBS, G., "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación", Ed. Marcial Pons, Madrid, 1.995, págs. 11 y 266 y 267. Respecto a la aceptación constante de esta categoría, acudir a BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., "Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa...*ob. cit.*, págs. 20 y ss.

⁶²⁴ No refiriéndonos a ellos, sin embargo, resulta interesante acudir a la distinción que se realiza entre dos clases de delitos especiales GÓMEZ MARTÍN, V., "Los delitos especiales y el art. 65.3 del CP español", en *La responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad*, VV.AA., Dir. ROBLES PLANAS, R., Ed. B de f, Buenos Aires, 2.014, págs. 161 y 162. Expresa este autor que los **delitos especiales en sentido estricto** (solo pueden ser autores del delito determinados sujetos que se encuentran en una posición especial con respecto al bien jurídico protegido) y los delitos especiales en sentido amplio (la restricción del círculo de posibles autores obedece a razones de tipificación de una determinada realidad fenomenológica habitual); así la categoría de los delitos especiales pueden dividirse en dos clases de infracciones penales: delitos especiales de posición (delitos especiales en sentido estricto): que debe comprender dos grupos de delitos: los que consisten en el incumplimiento de una función institucionalizada (Delitos especiales de posición institucional); y los que se basan en el incumplimiento de una función social no institucionalizada que deriva de una determinada posición

un mero no-lesionar, sino positivamente por medio de un estatus del autor en relación con el bien⁶²⁵. Dicho estatus⁶²⁶, (sigue exponiendo), se vincula a contextos regulados, o también denominadas instituciones. En estos delitos, la responsabilidad o incumbencia del autor se determina por medio del meditado estatus, no por medio de su ámbito de organización, donde "aparece una responsabilidad a causa de la lesión de deberes de cuidado de un bien, cuidado especial, solidario e institucionalmente asegurado"⁶²⁷. Así es el caso de la relación (estatus) del padre respecto de su hijo; del tutor respecto del pupilo, o del anestésista respecto de su paciente.

Podemos afirmar que el presente delito se adecúa a esta categoría. Los verbos típicos (recibir, solicitar, aceptar, prometer, ofrecer o conceder), vienen a ser una manifestación de una misma realidad normativa. Mediante un comportamiento no debido⁶²⁸ -un acto corrupto⁶²⁹ se atenta a la neutralidad en la formación del contrato - al proceso de contratación como elemento esencial de la competencia leal-. Asimismo,

social no institucional (Delitos especiales de posición no institucional); en ambos tipos la restricción del círculo de posibles autores se basa en la posición de especial accesibilidad en que se encuentra el autor con respecto al bien jurídico. El contenido de injusto de tales delitos no siempre se encuentra configurado tan solo (exclusivamente) por el elemento organizativo; en algunos delitos especiales de posición, junto al elemento organizativo (aunque ocupando un segundo nivel de relevancia penal) se encuentra un segundo elemento: el relativo a la infracción por el autor de un deber jurídico especial de naturaleza extrapenal. Y, por otro lado, se encuentran los delitos especiales con elementos meramente tipificadores (**delitos especiales en sentido amplio**). Asimismo, acudir a su artículo anterior a esta obra GÓMEZ MARTÍN, V., "Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria", RECPC 14-01, 2.012, págs. 21 y ss.

⁶²⁵ JAKOBS, G., "Derecho Penal, Parte General". Fundamentos y teoría de la imputación, Ed. Marcial Pons, ed. 2ª, Madrid, 1.997, pág. 266. Importante es acudir a JAKOBS G. "La imputación penal de la acción y de la omisión", Cuadernos de conferencias y artículos, Núm. 12, Bogotá, 1.996, págs. 31 y ss.

⁶²⁶ JAKOBS, G., "Derecho Penal, Parte General". Fundamentos y teoría de la imputación, Ed. Marcial Pons, ed. 2ª, Madrid, 1.997, pág. 266. Según postula este autor, "el estatus fundamenta, de modo distinto a como sucede en los deberes (que incumben a todos), de no lesionar o sus derivados (los deberes en virtud de incumbencia de organización en los delitos de omisión), un deber especial en sentido estricto".

⁶²⁷ JAKOBS, G., "Derecho Penal. Parte General". Fundamentos y teoría de la imputación, Ed. Marcial Pons, ed. 2ª, Madrid, 1.997, pág. 266.

⁶²⁸ De aquí la antigua expresión del legislador "incumpliendo sus obligaciones" (en la original redacción del precepto penal, vía L.O 5/2.010)

⁶²⁹ El soborno como sinónimo del beneficio o ventaja no justificado.

los sujetos que pueden realizar el comportamiento típico⁶³⁰ son garantes⁶³¹ en virtud de una responsabilidad institucional. Para garantizar la neutralidad en la formación del contrato se debe acudir a diversos principios generales de carácter extrapenal. Nos encontramos ante la protección y defensa de la competencia leal, y por ende, se exige el cumplimiento de los deberes de lealtad y de buena fe⁶³² para preservar y garantizar un comportamiento correcto de los operadores. Así se denunciarán, neutralizarán o desmantelarán los sobornos en la empresa. Esto es coherente con la expansión de la autorregulación, descentralización del poder de supervisión-investigación del Estado en el fraude empresarial y de fomento-refuerzo positivo -atenuación o exoneración de la responsabilidad criminal- en aquellas empresas que instauren programas de cumplimiento que prevean e intenten evitar la concurrencia de comportamientos que puedan desencadenar la posible existencia de ilícitos. Habida cuenta del enfoque que el legislador ha otorgado en la Directiva a este delito -garantizar una competencia “justa” y “honesta”-, junto con el criterio de atenuar, e incluso eximir la responsabilidad de la empresa ante su imputación -mediante los planes de

⁶³⁰ El elenco de sujetos que hace mención el legislador en el punto 1 y 2 del art. 286 *bis*: los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o sociedad.

⁶³¹ La posición de garantía, no obstante, es un asunto plenamente controvertido en general. Aunque en lo que respecta a los delitos especiales o de infracción de deber, generalmente, se acepta. No corre la misma suerte en relación a los delitos de dominio.

⁶³² Entre otras referencias, véase a la LCD respecto a la buena fe. Esta hace referencia al comportamiento desleal como aquella actividad que “resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”, (art. 4). El legislador interpreta como tales, “el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional...que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado...”, (art. 4). Especial atención hay que prestar al art. 15 de esta Ley, denominada “violación de normas”, donde se considera desleal el prevalecerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes; o la infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. La LDC expresa en su Preámbulo que “se ha optado por establecer un criterio de obrar, como es la «buena fe», de alcance general...”. En el Cc. véanse, de entre todas las referencias al concepto, las siguientes: (art. 1.258), “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. Véanse la referencia que la regulación en los negocios utiliza de honestidad. El Cco. en su art. 118, “serán...válidos y eficaces los contratos entre las compañías mercantiles y cualesquiera personas capaces de obligarse, siempre que fueren lícitos y honestos y aparecieren cumplidos los requisitos que expresa el artículo siguiente”.

cumplimiento⁶³³ - parece que lo que espera el legislador es constituir el tipo del injusto del delito de la *corrupción entre particulares* como un tipo de mandato, donde no solo se exige un *neminem laede*, sino la realización de un comportamiento positivo tendente a garantizar la mentada competencia en términos de competitividad. Por lo tanto, el delito en tal sentido, quedaría conformado no "mediante el establecimiento de condiciones que constituye un aporte...al hecho delictivo"⁶³⁴, -delitos comunes o de dominio de hecho-, sino "por estar unido a un determinado bien jurídico mediante una relación positiva que obliga a su cuidado o fomento...un deber especial"⁶³⁵ -delito de infracción de deber-. Este bien jurídico "se encuentra vinculado mediante una relación institucional positiva con anterioridad al hecho delictivo"⁶³⁶, es decir, todo administrador, empleado, colaborador le corresponde un deber de abstención de recibir incentivos en su ámbito mercantil encomendado. Se parte de la existencia de una obligación de promoción, de una responsabilidad corporativa que rechaza una ética contraria a la promoción de mejoras de cualquier índole diferente al concreto negocio o relación comercial entablada. Por tanto, es inadmisibles la aceptación de productos o servicios de peor calidad o de mayor precio que pueda afectar a la competencia. En tal sentido, la leal competencia debe ser interpretada como el respeto a la institución - materializada en la integridad del negocio jurídico, en los elementos esenciales del mismo. La ortodoxa configuración del mismo, no integrando, como elemento, al soborno. La prevención es un acto positivo de fomento de la protección del bien jurídico protegido.

Si se afirma que nos encontramos ante un delito de dominio del hecho, quedaría fuera del marco punitivo ciertos comportamientos de personas que aun no

⁶³³ Vía art. 31 bis en relación con el art. 31 quater d) y 288 del C.P

⁶³⁴ BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., "Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa...*ob cit.*, pág. 21.

⁶³⁵ *Ídem.*, págs. 20 y ss.

⁶³⁶ Es decir, relación de fomento o ayuda. A diferencia que en los delitos comunes o de dominio del hecho, donde "si el delito no se hubiera producido, tampoco habría existido vinculación alguna entre ellos", BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., "Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa...*ob cit.*, págs. 20 y ss.

realizando materialmente el comportamiento (no reciben el soborno), sí contribuyen a su existencia. Un ejemplo claro de ello sería el contable de una empresa que encuentra irregularidades en unas listas de pedidos del jefe de compras, y antes de que se proceda al pago efectivo de la factura, aun percatándose, no lo denuncia. El no proceder a denunciar constituiría la lesión del bien jurídico, siempre que el comportamiento, es decir, quien sea sobornado o quien soborne lo haga de una forma cualitativa y cuantitativamente suficiente para afirmar la superación del riesgo jurídicamente permitido y demás criterios de imputación objetiva. No hace falta decir que, evidentemente aquel que soborna y el propio sobornado, son asimismo, autores del comportamiento activo y pasivo respectivamente. Esto es, el ámbito económico, empresarial, mercantil, se desarrolla en atención a unos principios, y reglas (LDC, LCD, Cco, CC, LSC) que proporcionan a los operadores (empresas contratantes, compradoras, arrendatarias, etc.), la confianza de que en su proceder (*rebus sic stantibus*) obtendrán un mismo resultado. Si oferto un producto o servicio a un determinado precio y una determinada calidad competitiva/o podré contratar parte del conjunto de empresas que liciten dicho servicio. No obstante, el soborno hace que esa confianza se quiebre, en tanto que el licitante nunca podrá conseguir el contrato por razones puramente subjetivas y no objetivas⁶³⁷. He aquí la importancia a la que apuntamos. La institución o deberes de quienes se enmarcan en el funcionamiento de la empresa es igual para todos, en tanto que la existencia de sobornos atenta a la confianza y a las expectativas que todo interviniente debe ostentar en términos constitucionales y de regulación general y sectorial. De ahí que si interpretamos que nos encontramos ante un delito de dominio tan solo aquel que se relacione directamente con el comportamiento responderá por algún concepto. Interpretar este tipo penal como de infracción de deber resuelve y da respuesta a implicar en la ecuación (solucionar la corrupción en el entorno privado) a todos los operadores. La única manera de que funcione la competencia es dotar de importancia a la penalización de soborno. Así

⁶³⁷ Además de los daños reputacionales que puede padecer la empresa.

parece que lo ha interpretado el legislador. Todo aquel que desarrolle tareas⁶³⁸ en la empresa, y por lo tanto que se encuentre relacionado con la misma y en este marco, ostenta un deber de evitación del soborno privado que coadyuva a que funcionen las sociedades mercantiles en su conjunto y el sistema económico. En este sentido, si se encuentra en el momento en el que se está realizando el soborno, la omisión de un comportamiento que lo neutralice no constituye, ni la participación en un hecho ajeno, ni el encubrimiento en un momento anterior, sino que se puede afirmar que es una conducta típica debido a la infracción del deber. Nos encontramos ante supuestos de autoría múltiple; es decir, no ante supuestos de co-autoría porque cada interviniente configura con su comportamiento infractor del deber el resultado que prohíbe el tipo penal en concreto, tanto el sobornado como el sobornante como quien no realiza un comportamiento para evitarlo, comete el tipo porque cada uno infringe su especial deber de protección⁶³⁹.

Por lo expuesto, el delito de corrupción entre particulares es un delito de infracción de deber⁶⁴⁰ y no un delito especial⁶⁴¹.

⁶³⁸ Esto es de aplicación tanto a la corrupción activa, como a la corrupción pasiva. Ambas modalidades pertenecen a la categoría de infracción de deber. La modalidad de corrupción activa, representada mediante la fórmula “quien” o “persona interpuesta” muestra asimismo la existencia de una vinculación especial con la competencia. **No se exige al sujeto activo** –tal y como se hace en el apdo. 1 del citado artículo- **desarrollar una concreta actividad mercantil** (ser directivo, administrador, empleado o colaborador); **de facto ostenta una determinada función en el tráfico negocial**. Es decir, se trata de una persona que se encuentra actuando en el ámbito mercantil, y en tal sentido ostenta un determinado rol en el entorno negocial.

⁶³⁹ Más adelante se tratará lo referente a la acción u omisión y la autoría y participación.

⁶⁴⁰ Sobre diversas cuestiones en torno al alcance del art. 65.3 CP, acudir a PEÑARANDA RAMOS, E., “Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber...*ob. cit.*, págs. 2 a 53.

⁶⁴¹ No refiriéndonos a ellos, sin embargo, resulta interesante acudir a la distinción que se realiza entre dos clases de delitos especiales GÓMEZ MARTÍN, V., “Los delitos especiales y el art. 65.3 del CP español”, en *La responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad*, VV.AA., Dir. ROBLES PLANAS, R., Ed. B del f, Buenos Aires, 2.014, págs. 161 y 162. Expresa este autor que los **delitos especiales en sentido estricto** (solo pueden ser autores del delito determinados sujetos que se encuentran en una posición especial con respecto al bien jurídico protegido) y los delitos especiales en

La denominación “delitos especiales” es una clasificación desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina a partir de la teoría de las normas en tanto que no aparece expresa mención en nuestro CP. La única referencia tácita se encuentra en el art. 65.3 CP aun cuando no utiliza dicha expresión⁶⁴². Se suele identificar como delito especial a aquellos tipos penales en los que el fundamento de la punibilidad se encuentra en las características o las relaciones personales del autor⁶⁴³. Los delitos especiales, en sentido amplio, son aquellos en los que la posibilidad del autor ha sido limitada por el legislador. Esto es, un determinado bien tan solo puede ser dañado por un determinado

sentido amplio (la restricción del círculo de posibles autores obedece a razones de tipificación de una determinada realidad fenomenológica habitual); así la categoría de los delitos especiales pueden dividirse en dos clases de infracciones penales: delitos especiales de posición (delitos especiales en sentido estricto): que debe comprender dos grupos de delitos: los que consisten en el incumplimiento de una función institucionalizada (Delitos especiales de posición institucional); y los que se basan en el incumplimiento de una función social no institucionalizada que deriva de una determinada posición social no institucional (Delitos especiales de posición no institucional); en ambos tipos la restricción del círculo de posibles autores se basa en la posición de especial accesibilidad en que se encuentra el autor con respecto al bien jurídico. El contenido de injusto de tales delitos no siempre se encuentra configurado tan solo (exclusivamente) por el elemento organizativo; en algunos delitos especiales de posición, junto al elemento organizativo (aunque ocupando un segundo nivel de relevancia penal) se encuentra un segundo elemento: el relativo a la infracción por el autor de un deber jurídico especial de naturaleza extrapenal. Y, por otro lado, se encuentran los delitos especiales con elementos meramente tipificadores (**delitos especiales en sentido amplio**). Asimismo, acudir a su artículo anterior a esta obra GÓMEZ MARTÍN, V., “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria...*ob. cit.*, págs. 21 y ss. Tratando diversas cuestiones entorno al delito común y especial, entre otros, acudir a ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., “Delito de corrupción entre particulares...*ob. cit.*, págs. 27 y ss. Esta autora afirma (siguiendo el criterio al que cita de OTERO GONZÁLEZ), que nos encontramos ante un delito especial. En sentido contrario, entre otros, (afirmando que nos encontramos ante un delito común), MORALES PRATS, F. y MORON LERMA, E., “Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)...*ob. cit.*, págs. 122 y ss. Así afirman que, “el art. 286 bis no requiere condiciones especiales en este sujeto”. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., “CAPÍTULO III. Delitos relativos a la corrupción”, en *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. La nueva reforma del Código Penal*, VV.AA., Dirs. AGÚNDEZ, M. y MARTÍNEZ-SIMANZAS, J., Coord. TORRES-DULCE, E., Ed. La Ley, ed. 1ª, octubre, 2.011, pág. 49, el autor afirma que en el supuesto del soborno activo el comportamiento puede ser realizado por cualquiera, no así en el caso de la corrupción pasiva.

⁶⁴² BACIGALUPO SAGGESE, S., “Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.007, pág. 36.

⁶⁴³ *Ídem.*, pág. 37.

grupo de personas, o por ellas en una forma especialmente sencilla, o cuando el bien jurídico únicamente puede ser dañado de una determinada manera⁶⁴⁴.

Mientras que en los delitos especiales los deberes provienen de la organización de la intervención del agente⁶⁴⁵, (solo pueden ser cometidos por un concreto círculo de personas que ostentan una “posición particularizada del rol general de ciudadano”⁶⁴⁶), en los delitos de infracción de deber, éste proviene de la mentada institución, en el deber especial de la persona del autor⁶⁴⁷, en la posición que el autor ostenta en el mundo de los deberes⁶⁴⁸.

⁶⁴⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Delito de infracción de deber y participación delictiva”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.002, págs. 45 y 46. También tratando el delito de infracción de deber en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Delito de infracción de deber”, en *La responsabilidad en los “delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad*, VV.AA., Dir. ROBLES PLANAS, R., Ed. B de f, págs. 288 a 315.

⁶⁴⁵ Sobre la diferenciación entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, acudir a BACIGALUPO ZAPATER, E., “Derecho penal. Parte general...*ob. cit.*”, págs. 496 y 497.

⁶⁴⁶ BERRUEZO, R., “Delitos de infracción de dominio y de infracción de deber...*ob. cit.*”, pág. 371. Tratando la Imputación jurídico-penal en la estructura de la empresa, acudir a la construcción desarrollada por BERRUEZO, R. “Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal sobre la base de roles”, Ed. B de f, Buenos Aires, marzo, 2.007, pág. 125, cuando afirma que los delitos de infracción de un deber (roles especiales), se basa en “la atribución de responsabilidad penal por competencias institucionales que en un principio corresponden a la empresa, por ser poseedora de un rol especial, pero dada la irresponsabilidad penal se traslada a sus representantes mediante la norma de actuar en lugar de otro o directamente un miembro de dirección de la persona jurídica por concretos tipos penales de la parte especial”.

⁶⁴⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Delitos de infracción de deber y participación delictiva...*ob. cit.*”, pág. 29. Acudir, asimismo, a Cap. X referente a “El modelo de Jakobs”, de la obra de REQUENA JULIANI, J., “Intercambiabilidad de la acción y omisión en los delitos de dominio: Posición de garante e imputación objetiva”, Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, Ed. Dykinson, Madrid, 2.010, págs. 101 y ss., cuando afirma “no se trata entonces del «no dañar» entendido como un deber negativo, sino de los deberes positivos que se pueden establecer a favor de otros: no es la responsabilidad derivada de la propia configuración de la organización; sino de la responsabilidad derivada del incumplimiento del deber positivo que determinadas instituciones imponen (paternidad, funciones estatales elementales)”, pág. 113.

⁶⁴⁸ CARO JOHN, J.A., “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber...*ob. cit.*”, Afirma este autor que “en estos delitos no es la calidad (del sujeto) ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber”. Asimismo, acudir a BERRUEZO, R. “Delitos de dominio y delitos de infracción de deber...*ob. cit.*”, pág. 387. Respecto a la constante diferenciación entre delitos de dominio y delitos de

Si se interpreta que nos encontramos ante un delito de infracción de deber, (*Pflichtdelikten*⁶⁴⁹) "aparecería una responsabilidad a causa de la lesión de deberes de cuidado de un bien, cuidado especial, solidario e institucionalmente asegurado"⁶⁵⁰.

El apartado primero del artículo, tras la reforma operada en el 2.015, ya no nos habla de «quien...», sino de las personas que ostenten o representen cargos como «...directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización...»⁶⁵¹. Podría pensarse, entonces, que nos encontramos ante un delito especial, en tanto que se exponen las concretas características y conocimientos que poseen los sujetos que pueden realizar el comportamiento típico. Esta opción hace que nos planteemos: ¿nos encontramos ante un mero delito especial? Si es así, el legislador determina a estos sujetos como únicos

infracción de deber. En su estudio debe acudirse a la obra de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., "Delitos de infracción de deber y participación delictiva", Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2.002, págs. 83 a 105. Y, nuevamente, BERRUEZO, R., "Delitos de dominio y de infracción de deber...*ob. cit.*", págs. 371 a 410. Realizando una valoración de las formulaciones teóricas relativas a los delitos de infracción de deber posteriores a las de Roxin, (esto es, Jakobs, Sánchez Vera, Robles Planas, Gracia Martín y formulaciones mixtas), ver RESTON, M^a.I., "Los delitos de infracción de deber, ¿es admisible un doble criterio de determinación de autoría?...*ob. cit.*", Ed. B de f., Montevideo, 2.014, págs. 108 a 138.

⁶⁴⁹ ROXIN, C., "Derecho Penal. Parte General", Tomo I. Fundamentos y Estructura de la Teoría del delito...*ob. cit.*, págs. 337 y 338. El autor al referirse a los delitos comunes y especiales expresaba que, "en los delitos especiales solo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad ("cualificación de autor"). Por regla absolutamente general esa cualidad consiste en una posición de deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de "delitos de infracción de deber".

⁶⁵⁰ JAKOBS, G., "Derecho Penal. Parte General". Fundamentos y teoría de la imputación, Ed. Marcial Pons, ed. 2^a, Madrid, 1.997, pág. 266.

⁶⁵¹ TIEDEMANN, K., "El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de delito económico...*ob. cit.*", págs. 63 y ss. El autor entra a desarrollar la categoría de los delitos especiales («Sonderdelikte»), donde el legislador eleva al carácter de autor no a cualquiera, sino solo a personas cualificadas de un modo especial...integran esta categoría las figuras legales del Derecho Penal Comercial en el sentido estricto, esto es, el Derecho Penal de las sociedades comerciales, así como parte del Derecho Penal atinente a la competencia comercial. Presupuesto esencial de la punibilidad-especialmente para los delitos concernientes a la contabilidad y balances, pero también a los sobornos en la vida económica-es la calidad profesional del comerciante, empleado, fundador, miembro del consejo de fiscalización o liquidador de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, etc. En estos casos el carácter económico y de delito económico se establece como consecuencia de la expresa elección de la figura que hace el legislador, en virtud de la calidad del autor, y sin que venga a efectuarse referencia a los particulares modos de comisión y efectos del hecho".

aptos para la lesión del bien jurídico protegido por la norma. No obstante, si lo que importa no solo es la existencia de una prohibición de lesión, y en cambio lo esencial⁶⁵² es la concreta relación del sujeto o grupo con el bien jurídico dañado, nos encontraríamos ante un delito de infracción de deber. Los sujetos en este delito son obligados de manera especial al fomento, protección o cuidado del bien jurídico.

El legislador lanza un mandato claro, prohibir el soborno (beneficio o ventaja de cualquier naturaleza) en las sociedades o entes mercantiles. Tal es así que la simple aceptación o solicitud es suficiente para interpretar como realizado el tipo penal. Garantizando su eliminación, en nuestra opinión, se consigue la neutralidad en la formación del contrato, en el proceso de contratación como elemento esencial de la competencia leal.

Resta en este análisis descubrir cuál/es son las fuentes de las que se nutre la mentada relación institucional positiva⁶⁵³.

2. INSTITUCIÓN POSITIVA Y DETERMINACIÓN DEL DEBER

A continuación abordaremos el alcance del ámbito normativo previo y, por lo tanto, la institución positiva que viene exigiéndoseles a los distintos operadores que describe el precepto penal.

⁶⁵² Criterio que mantenemos en este trabajo.

⁶⁵³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Delito de infracción de deber...*ob. cit.*, págs. 291 y ss. Se tratan de unos deberes que “no se agotan en la prohibición de dañar del *neminem laedere*”, en tanto que imponen jurídicamente que se edifique un mundo en común, una prestación de ayuda y fomento...un actuar positivo, un sustentar, prestar ayuda o fomento de la situación del bien jurídico en general aun cuando no exista una organización previa de la que se deba responder”.

1. Ámbito mercantil:

- a. Por un lado, el *Deber de lealtad*⁶⁵⁴: deber que se encuentra recogido en diversos artículos. El art. 227 LSC exige a los administradores el desempeño de sus tareas **como un representante leal** (o lo que se denomina coloquialmente como *fiel representante*), y **en defensa del (mejor) interés de la propia sociedad, obrando, en todo momento, de buena fe en el desempeño de sus funciones. Asimismo**, realizando una interpretación conjunta de los arts. 228 (que se refiere a las obligaciones derivadas del deber de lealtad), y art. 229 (respecto al deber de evitar situaciones de conflicto) llegamos a las siguientes exigencias.

Primera: "no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos por los que han sido concedidas", apartado a);

Segunda: "desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio...respecto de instituciones y vinculación de terceros", (apartado d);

Tercera: "adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, siendo por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad", (apdo. e)⁶⁵⁵;

Cuarta: no "aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad", (art. 299, apartado d);

⁶⁵⁴ Al respecto, acudir a SÁNCHEZ MELGAR, J., "La Corrupción en el sector privado...*ob. cit.*, pág. 26. *Cfr.* SEGRELLES DE ARENAZA, I., "Estudios monográficos sobre El nuevo delito de administración desleal. El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas", LA LEY Penal nº 121, julio-agosto 2016, Nº 121, 1 de jul. de 2.016, págs. 5 a 9, donde se ocupa de los deberes y facultades del administrador, desarrollando, el deber de lealtad y el deber de diligencia e imputación objetiva.

⁶⁵⁵ El apdo. e) del art. 228 debe relacionarse, con el artículo siguiente que expresa los deberes que le obligan a abstenerse a realizar determinados comportamientos.

Quinta: no lucrarse, o lo que es lo mismo, “obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía” (art. 299, apartado e);

Sexta: no “desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en conflicto permanente con los intereses de la sociedad”, (art. 299, apartado f).

Todos estos mandatos conforman la relación positiva que obliga al cuidado o fomento de unos determinados valores a cada uno de los operadores contractuales. Es decir, **no comportarse profesionalmente de manera que «se ponga en peligro el comportamiento debido»**, interpretándose por tal, **cualquier acto**, (dando igual que el comportamiento se realice activamente, como de manera omisiva) **que sea ajeno a los intereses por los que ha sido contratado, que sea contrario a «lo esperado»**, (esto es), **respecto a los fines que objetivamente se revelen como probables en la concreta relación comercial**⁶⁵⁶. Solicitar o aceptar un soborno lesiona de forma objetiva a la competencia. Se infecta la voluntad de la parte en el negocio. Asimismo, supone una deslealtad al empresario, puesto que utiliza el negocio ajeno para enriquecerse a costa del posible detrimento en la gestión del negocio que está

⁶⁵⁶ Es decir, en la adquisición o venta de mercancías o contratación de servicios, o como el legislador ha expresado en la última reforma, en las relaciones comerciales. Tratando el deber de diligencia de los administradores, acudir GUERRERO TREVIJANO, C., “El deber de diligencia de los administradores en el Gobierno de las Sociedades de Capital. La incorporación de los principios de la *business judgment rule* al ordenamiento español”, Ed. Civitas-Thomson Reuters, ed. 1ª, Navarra, 2.014, el autor trata el origen y evolución de la obligación de la diligencia como “el deber de actuar de una determinada manera llevando a cabo una serie de actividades y poniendo todos los medios necesarios para la consecución de objetivos concretos, si bien esta obligación no supone que deban obtenerse siempre y a toda costa los resultados pretendidos”, (pág. 98). Este autor trata la Diligencia en el Cco. de 1.985, el «Buen padre de familia», definiéndolo como “un estándar de diligencia ordinario que indica la diligencia debida por una persona corriente con plena capacidad de obrar”, (pág. 101); continúa el autor tratando la Diligencia del «ordenado empresario», exponiendo que se trata de un estándar de diligencia más exigente que el expuesto, y en cierta medida profesionalizado, esto es el del «ordenado comerciante y representante leal”, (pág. 105).

encomendado a vigilar. En este sentido, la existencia de dicha corrupción puede suponer una merma en la calidad de los productos a costa de un interés personal, siendo el comportamiento desleal, acorde con los criterios sancionadores que apuntábamos anteriormente⁶⁵⁷.

- b. *Deber de diligencia*: Este principio se proclama en el art. 225 del mismo cuerpo legal. Muestra la exigencia de que el comportamiento se adecúe al **principio de un ordenado empresario** y acorde con **la naturaleza del encargo y las concretas funciones encomendadas**. A tal fin se exige **una correcta dedicación y adaptación de medidas precisas** para la consecución de una **óptima dirección y control de la sociedad**. En tal sentido, nos parece interesante traer a colación un breve extracto de la SAP Pontevedra 50/2.008: “...la obligación de los administradores no es asegurar el éxito económico de la empresa social, sino desempeñar el cargo persiguiendo los intereses de la sociedad”. Las tareas desempeñadas por los administradores deben ejecutarse con la máxima fidelidad⁶⁵⁸, de ahí que se afirme que deba comportarse como un fiel representante.

2. Defensa de la competencia:

Tal y como reconoce el art. 51 de la CE, los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. A partir de este derecho constitucional se materializan los diferentes principios y valores que recogen la LDC y la LCD. Estas disposiciones garantizan de manera especial una

⁶⁵⁷ Recordemos, entre otros comportamientos, no lucrarse y evitar situaciones en la que sus intereses entren en conflicto con el interés social.

⁶⁵⁸ Tal y como expresa la RAE, con lealtad u observancia de la fe que alguien debe a otra persona, con exactitud en la ejecución de algo.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

competencia justa y honesta⁶⁵⁹, regulándose determinados mandatos orientados a tal fin. Véanse la garantía de *anti-operaciones colusorias* (I), *la prohibición de abuso de posición dominante* (II), *el Falseamiento de la libre competencia* (III), *la inducción a la infracción contractual* (IV), y *la violación de normas* (V).

(I) Es un principio que se encuentra recogido en el art. 1.1 d) de la LDC, por el que se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, (en atención a lo que nos ocupa) los que consistan en **la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros**⁶⁶⁰; así como **la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que**, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, **no guarden relación con el objeto de tales contratos**⁶⁶¹. **O también**, como lo establecido en el pto. 3 apartado a), aquellos comportamientos que **no permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas**; por citar otro supuesto.

(II) Quedan regulados en el art. 2.2.a), d) y e). En este caso queda prohibida la **imposición**, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos; **la aplicación en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros**; y **la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos**.

⁶⁵⁹ Siguiendo la expresión del Preámbulo de la L.O 5/2.010 por la que el legislador introdujo la corrupción entre particulares.

⁶⁶⁰ Apdo. d) del art. 1 LCD

⁶⁶¹ Apdo. e) del art. 1 LCD

III) Supuestos de falseamiento son los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

IV) Este principio queda recogido en el art. 14 de la LCD, considerándose desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

V) El art. 15 de la LCD considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes.

3. Ámbito laboral:

El ámbito normativo de carácter laboral podemos encontrarlo en los siguientes principios recogidos en el ET⁶⁶². El art. 3 de dicha disposición recoge las diversas fuentes de la relación laboral⁶⁶³; en lo que nos afecta, la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo con objeto lícito⁶⁶⁴ y los usos y costumbres locales y profesionales⁶⁶⁵. Asimismo, la ulterior Sección (la 2ª) de dicha disposición se encarga de los derechos y deberes laborales básicos, exponiendo en su art. 5 (entre otros), cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia⁶⁶⁶, cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas⁶⁶⁷ y no concurrir con la actividad de la empresa⁶⁶⁸, así como contribuir a la mejora de la productividad⁶⁶⁹. Además, el art. 20 del mismo cuerpo legal se encarga de describir la dirección y control de la actividad

⁶⁶² RDL 2/2.015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁶⁶³ Derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral.

⁶⁶⁴ Art. 2 c) ET

⁶⁶⁵ Art. 2 d) ET

⁶⁶⁶ Art. 5 a) ET

⁶⁶⁷ Art. 5 c) ET

⁶⁶⁸ Art. 5 d) ET

⁶⁶⁹ Art. 5 e) ET

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

laboral. Al respecto establece que en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. Asimismo, añade que, en cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe⁶⁷⁰.

En relación con la normativa expuesta y respecto a su vinculación a la institución y determinación del deber, si el trabajador percibiese un soborno (beneficio o ventaja) estaría realizando un comportamiento reprochable en el ámbito laboral. El trabajador incumpliría sus obligaciones (dándose cumplimiento al art. 5 citado). Huelga decir que su comportamiento estaría fuera de las exigencias expuestas de buena fe y diligencia de un buen trabajador, y asimismo habría incumplido las órdenes e instrucciones del empresario. ¿Cómo iba el propio empresario a solicitar que un trabajador suyo se dejase corromper e incurriera en una práctica contraria a la competencia?, ¿dejaría el empresario que su trabajador se lucrara a costa de contratar bienes o servicios de una calidad peor, o de un precio mayor al que pudiese negociar? Por todo lo expuesto, podemos afirmar que aquí se encuentra, en lo que afecta a los trabajadores, un ámbito normativo previo.

Respecto al principio de buena fe⁶⁷¹ debemos traer a colación la Sentencia de 25 de abril de 2.006⁶⁷². En España, el legislador ha consagrado, como regla inserta en

⁶⁷⁰ Art. 20.2 ET

⁶⁷¹ Al respecto acudir a ROMERO MARTÍN, E., "Los supuestos de transgresión de la buena fe contractual del art. 53.2 d) del Estatuto de los Trabajadores"; en Noticias Jurídicas, Laboral-Conocimiento, 14/01/2.014, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/485>. Este autor trata, entre otras cuestiones, la evolución histórica de la buena fe en el contrato de trabajo, y expone jurisprudencia de distintos supuesto de trasgresión de la buena fe y abuso de confianza. Asimismo, acudir a GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T., "El despido disciplinario", Ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2.008, págs. 110 a 140. Asimismo, ver DOMBLÁS, M^a.A. y

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

nuestro ordenamiento jurídico, la que ordena a los titulares de un derecho que lo ejerciten con arreglo a los principios de la buena fe (art. 7.1 Cc.). Asimismo establece que las partes contratantes, en sus relaciones, se atengan a lo expresamente pactado y a las diferentes consecuencias que se deriven de ese mismo criterio (art. 1258 Cc.). En el supuesto de que el contrato sea de trabajo, la actuación con arreglo a los postulados de la buena fe se refuerza aún más, hasta el punto de que su trasgresión (por parte del trabajador) se tipifica como uno de los concretos supuestos de incumplimiento contractual (art. 54-2-d ET). Tal y como expuso el TSJ de Cataluña en su sentencia⁶⁷³ de 28 de abril, respecto a la trasgresión de la buena fe contractual (art. 54-2-d) ET), que: a) la buena fe es consustancial al contrato y genera derechos y deberes recíprocos. Por un lado, el deber de mutua fidelidad entre empresario y el trabajador como exigencia de un comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual; y por otro, la deslealtad implica una conducta contraria a la que ha de observar el trabajador respecto de la empresa como consecuencia del postulado de fidelidad; b) la buena fe como moral social, formadora de criterios inspiradores de conductas para el adecuado ejercicio de los derechos y fiel cumplimiento de los deberes; c) asimismo, para configurar la deslealtad el trabajador debe cometer el acto con plena conciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato. La deslealtad debe eliminar los valores éticos que inspiren al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral impone. Dicha deslealtad también puede

FERNÁNDEZ BARAIBAR, M., “Causas del Despido disciplinario”, Vol. II, Ed. Thomson Aranzadi-Navarra, 2.007, págs. 187 y 188.

⁶⁷² TSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección1ª). Así, tal y como establece esta R., La buena fe a que nuestro ordenamiento jurídico se refiere no es la subjetiva o psicológica del sujeto, sino la que resulta de su consideración objetiva (sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 23 de diciembre de 1.991), y según viene diciendo la Sala de lo Social de dicho Tribunal (sentencias de 22 de mayo de 1.986, 25 de junio de 1.990 y 4 de marzo de 1.991) «...se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza...», o en palabras de la misma Sala en su sentencia de 14 de enero de 1.985 , en un criterio «...impeditivo del actuar humano en función de su interés exclusivo con pérdida del sentido de la utilidad común.».

⁶⁷³TSJ de Cataluña en su sentencia Núm. 3773/2.005

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

consistir en usar con exceso la confianza que ha recibido de la empresa, rebasando los límites del cargo, ya sea en provecho propio o ajeno.

La transgresión de la buena fe contractual, tal y como hemos expuesto, trae consigo la máxima respuesta sancionadora en el ámbito laboral: el despido disciplinario. A tal efecto traemos a colación otra resolución (STSJ de las Islas Canarias⁶⁷⁴) donde trata la transgresión de la buena fe contractual al apropiarse el trabajador de productos de la empresa en la que trabajaba. La Sala al respecto comienza tratando la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza con cita a diversas resoluciones al respecto⁶⁷⁵. En el ámbito laboral rige el principio básico y fundamental de la buena fe, “que en su sentido objetivo constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (arts. 7.1 y 1258 del Cc.), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza...”⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ TSJ de Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia Núm. 408/2.013 de 19 marzo.

⁶⁷⁵ las SSTs de 28 de enero de 1.984; 18 y 28 de junio de 1.985; 12 y 17 de julio, 13 y 23 de octubre, y 11 de noviembre de 1986, 21 de enero y 13 de noviembre de 1.987; 7 de junio, 11 de julio y 5 de diciembre de 1.988 y 15 de octubre de 1.990.

⁶⁷⁶ TSJ de Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia Núm. 408/2.013 de 19 marzo, cuando la Sala expone los diferentes elementos básicos constitutivos de la buena fe, que afirma ser “consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y la deslealtad implica siempre una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa como consecuencia del postulado de fidelidad (Sentencia de 26 de enero de 1.987, con cita de las de 21 de enero y 22 de mayo de 1.986)”. Asimismo, expresa que “la buena fe, como moral social, formadora de criterios inspirados de conductas para el adecuado ejercicio de los derechos y el fiel cumplimiento de los deberes, ha trascendido al ordenamiento jurídico. La Sala expone que el requisito básico que ha de existir para conformar la deslealtad del trabajador es que éste cometa el acto “con plena conciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato, consistiendo dicha deslealtad en la eliminación voluntario de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los

Todo lo expuesto, en nuestra opinión, es una evidencia de que el legislador, al afirmar que el bien jurídico protegido en este delito es la competencia justa y honesta, busca proteger la neutralidad en la formación del contrato, en el proceso de contratación como elemento esencial de la competencia leal. Quienes solicitan o aceptan un soborno en su actividad mercantil, se comportan de manera desleal, obviando el interés de la sociedad en la que trabaja y del entorno en el que se desenvuelve su gestión (respecto a los competidores). En tal sentido no se obra de buena fe. Asimismo, comportarse de manera corrupta (sobornando o dejando sobornarse) es la constatación de un ejercicio irregular de las facultades encomendadas⁶⁷⁷ a quien realice el comportamiento. El incumplimiento de estos principios muestra la desviación en el desarrollo de las funciones de quienes se encuentran relacionadas de una determinada manera al bien jurídico protegido. La corrupción (materializada en el soborno) es un comportamiento que, en atención al art. 51 de la CE debe ser protegido por el Ordenamiento Jurídico. Y

deberes básicos que el nexo laboral le impone (SSTS de 24 y 25 de febrero y 26 de septiembre de 1.984). También consiste en usar con exceso el empleado de la confianza que ha recibido de la empresa, en razón de cargo que desempeña, rebasando los límites que el cargo ostentado tiene por su propia naturaleza y ello en provecho propio o en el de un tercero, que no sea, naturalmente, acreedor directo de las prestaciones empresariales (STS de 25 de febrero de 1.984 con cita de la 30 de enero de 1.981, entre otras). La falta se entiende cometida aunque no se acredita la existencia de lucro personal, ni haber causado daños a la empresa y con independencia de la mayor o menor cuantía de la defraudado, pues basta para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral (SSTS de 26 de mayo de 1.986 y 26 de enero de 1.987), porque, como señala la sentencia de 30 de octubre de 1.989 y recuerda la de 26 de febrero de 1.991, el daño o perjuicio patrimonial causado a la empresa es uno de los factores a considerar en la ponderación del requisito de gravedad de la misma, requisito exigible en la aplicación del art. 54, 2 d) del ET, por el juego de la interpretación sistemática que obliga a tener en cuenta en esta causa de despido la cláusula general del art. 54.1 ET, pero no es el único elemento a tener en cuenta para establecer el alcance disciplinario del incumplimiento del trabajador, pues pueden jugar otros criterios, como la situación objetiva de riesgo creada, la concurrencia de abuso de confianza en el desempeño del trabajo o el efecto pernicioso para la organización productiva. También declara la mencionada doctrina jurisprudencial, que en ese incumplimiento se puede incurrir tanto de forma intencional, dolosa, con ámbito deliberado y conocimiento consciente de faltar a la lealtad depositada en el trabajador por quien lo ha empleado, como por negligencia o descuido imputable al mismo; se impone, pues, una diligencia y lealtad exigible con mayor rigor, de acuerdo con la responsabilidad del cargo desempeñado y la confianza depositada en quien lo ocupa”.

⁶⁷⁷ Ya sea el director, empleado, el colaborador de una empresa.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

en este recorrido argumentativo, un comportamiento digno de corregirse mediante la intervención del *ius puniendi*.

El cumplimiento de los principios expuestos por las empresas exige un correcto y desarrollado plan de cumplimiento normativo como sistema de delimitación y previsión de los posibles riesgos concurrentes en el ámbito mercantil. El valor de los mismos no radica en su mera implantación. Su importancia radica en la eficiencia organizativa, no como un mero requisito “formal” que muestra o advierte el cumplimiento de la Ley, sino en su instauración como evidencia de su certero cumplimiento. Esto es, como reflejo de que en la empresa existe y funciona un sistema tendente al cumplimiento normativo, (entre otros, de los principios expuestos) de manera coherente con el objeto del negocio y con el funcionamiento real y dinámico del mismo. En definitiva, que el plan se desarrolle en virtud de su naturaleza y razón de ser, y que sirva al fin perseguido.

IV. SUJETO PASIVO

Tal y como hemos expresado en este trabajo, dependiendo de la postura que se escoja como bien jurídico protegido en este delito, se afirmará que el sujeto pasivo es uno u otro.

El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido por la norma concreta, o el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito⁶⁷⁸. En este delito podrían considerarse sujetos pasivos a los competidores a los que «no se favorece» o a los que se les deja en una situación de desventaja⁶⁷⁹. Por lo tanto, en este caso el sujeto pasivo es el mercado como interés colectivo.

¿Cómo se lesiona a los competidores? La respuesta a esta pregunta la obtenemos al leer el tipo respecto al titular de la empresa, «favorezca.....a un tercero frente a otros»; así podemos interpretar que «los otros» evidentemente se quedan sin beneficiar, por lo que se genera una situación de perjuicio a aquellos competidores a los que no se les ha favorecido por la existencia (injerencia) del soborno en la transacción mercantil. Como tendremos la ocasión de comprobar con posterioridad en el apartado oportuno, la existencia de dicho soborno deja en inferioridad de condiciones al resto de competidores que podrían haber concurrido a esa contratación. La existencia de corrupción (como sinónimo de soborno en la negociación) perturba la confianza en la negociación de los operadores mercantiles. Ello se debe al desconocimiento que éstos

⁶⁷⁸ Por todos, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., “Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*”, pág. 361; Asimismo, acudir a PUIG PEÑA, F., “Derecho Penal (Parte General)”, Tomo I, Mateu Cromo, Artes Gráficas, Madrid, 1.988, págs. 267 y ss. MIR PUIG, S., “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1.984, págs. 125 y ss. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^a., “Derecho Penal Español. Parte General”, Ed. Dykinson, ed. 19^a, Madrid, 1.989, pág. 389. RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Compendio de Derecho Penal (Parte General)”, Ed. Trivium, ed. 3^a, Madrid, 1.986, pág. 152. CUELLO CALÓN, E., “Derecho Penal”, Tomo I, Ed. Bosch, ed. 18^a, Barcelona, 1.981, 328 y ss. DEL ROSAL, J., “Derecho Penal Español”, Ed. Aguirre Torre, ed. 3^a, Madrid, 1.960, págs. 209 y ss.

⁶⁷⁹ Situación de desventaja producida por el favorecimiento ocasionado a la competencia (generado por los corruptores).

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

poseen en esa transacción; esto es, desconocen que se debe sobornar o pagar o proponer ventajas o beneficio indebidos en la negociación. Quienes confían (los honestos frente a los sobornados) actúan de acuerdo a las reglas del mercado y al objeto y causa ortodoxa de la negociación, (esto es desprovista de cualquier género de soborno). En tal sentido, los honestos no conseguirán el contrato, puesto que no pagan un precio extra. Por ello, queda frustrada la legítima confianza en dicha negociación de los honestos (los competidores), y por ende, se ataca a la incolumidad de las transacciones mercantiles.

No obstante, la doctrina⁶⁸⁰ es muy variada a la hora de justificar el bien jurídico protegido y por ende el sujeto pasivo de este delito. Nos encontramos con un sector de la doctrina que, basándose en una concepción protectora patrimonial del bien jurídico opina que, el titular del bien jurídico es la propia empresa⁶⁸¹ (en la figura de los socios).

Otro sector de la doctrina apuesta por interpretar, bajo la defensa del bien jurídico de la competencia, que es la comunidad el titular del mismo. Otra parte de la doctrina opina que lo son los consumidores, al quebrantarse las legítimas expectativas plasmadas en el negocio jurídico en la que intervino el soborno. Y, finalmente, otra que se fundamenta en que el bien jurídico son las empresas competidoras, al quedarse fuera del negocio a causa del desconocimiento o deseo de no intervenir en dicha corrupción para ganar u optar a ganar el concurso negocial.

⁶⁸⁰ Tratando las diversas posiciones al respecto, acudir (entre otros muchos), a SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V. “De la corrupción entre particulares...*ob. cit.*”, pág. 365. MENDOZA BUERGO, B., “El nuevo delito de corrupción entre particulares, (art. 286 bis del CP...*ob. cit.*”, págs. 428 a 434.

⁶⁸¹ Véase la concreta interpretación que realiza MUÑOZ CONDE, F., “Derecho Penal. Parte especial...*ob. cit.*”, pág. 492, cuando afirma que el bien jurídico protegido es “la competencia leal”, así como la “confianza en la honestidad o ética profesional de los directivos y similares de una empresa”.

V. SUJETO ACTIVO

Como es sabido el sujeto activo del delito es la persona que lesiona o que pone en peligro el bien jurídico protegido o salvaguardado por el *ius puniendi*. En el análisis del tipo penal que nos ocupa quien realiza la acción típica viene reflejado, tanto en el apartado primero del art. 286 bis, como en el segundo. Una vez acotada la interpretación de los verbos, resta entrar a valorar quiénes pueden realizar la conducta.

Debemos, a raíz de la promulgación de la L.O 1/2.015 que modifica la anterior regulación del art. 286 bis, establecer una distinción. La redacción otorgada por el legislador en la reforma L.O 5/2.010 expresaba en su primer apartado, "quien por sí o por persona interpuesta...", y en su segundo apartado rezaba de la siguiente forma, "el directivo, administrador, empleado o colaborador...que, por sí o por persona interpuesta...". Posteriormente en virtud de la promulgación de la L.O 1/2.015, se modificó su redacción siendo de la siguiente forma; (primer apartado): "El directivo, administrador, empleado o colaborador... que, por sí o por persona interpuesta". Seguidamente, en su segundo apartado, el legislador establece, "... quien, por sí o por persona interpuesta...a directivos, administradores, empleados o colaboradores...".

Como podemos comprobar, se ha optado por mantener una redacción parecida, por no decir idéntica a la original. Se han modificado los concretos cargos o posición técnica de los sujetos en la empresa⁶⁸² por la genérica y pretérita referencia a "quien por sí o por persona interpuesta...". Dicho cambio, en nuestra opinión, no parece quedar justificado, y más cuando en el segundo apartado de la nueva redacción es idéntico al primer apartado del antiguo 286 bis.

En el seno de la organización y funcionamiento de la empresa, el empresario puede contar con un catálogo, más o menos amplio, de colaboradores que le coadyuvan

⁶⁸² Directivo, administrador, empleado o colaborador.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

a desempeñar la labor y objeto de la empresa. El empresario, junto con los colaboradores forma una «comunidad de trabajo»⁶⁸³. ¿A qué colaboradores se refiere el legislador?, ¿a qué administradores? ¿Tan solo a los de hecho o también se refiere a los de derecho? ¿La pena que debe aplicarse debe ser la misma a un trabajador eventual que a aquél que lleva prestando sus servicios en la empresa desde hace años? ¿Qué debe interpretarse por directivos, administradores, empleados o colaboradores? ¿A qué se debe la falta de incorporación del titular de la empresa en la redacción del precepto? ¿A qué entidades o sociedades se refiriere el legislador? Veámoslo a continuación.

El Informe del CGPJ mantiene que “la Decisión Marco no se refiere a los colaboradores, pues semejante indeterminación no respeta el estándar de legalidad europeo, ni por tanto, tampoco el español”⁶⁸⁴. Y es que efectivamente, el Anteproyecto no otorga luz para dilucidar los límites de este concepto, lo que genera un incumplimiento del «principio de determinación de los tipos penales y, por tanto, con el principio de legalidad»⁶⁸⁵. En tal sentido, SÁNCHEZ MELGAR afirma que el concepto de colaborador debería suprimirse. En su opinión, la regla que debe aplicarse con la figura del administrador es la que “...tenga al menos una cierta capacidad de influencia”⁶⁸⁶ en el seno de la sociedad, fundación asociación..., “...derivada de alguna relación, que el tipo no define, y que habrá de conectarse con la capacidad de contratación”⁶⁸⁷. Bajo este postulado debe existir capacidad suficiente para que tales directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización, pueda realizar su conducta⁶⁸⁸.

⁶⁸³ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE. "Instituciones de derecho mercantil", Vol. I, Ed. Thomson Aranzadi, ed. 28ª, pág. 266.

⁶⁸⁴ SÁNCHEZ MELGAR, J., "La Corrupción en el sector privado...*ob. cit.*, pág. 23.

⁶⁸⁵ *Ídem.*, pág. 23.

⁶⁸⁶ *Ibidem.*, pág. 23.

⁶⁸⁷ *Ibidem.*, pág. 23.

⁶⁸⁸ Debe exigirse, aun no haciendo referencia expresa en el tipo, una cierta capacidad mínima para la realización del acto fraudulento para que posea influencia a la hora de incumplir sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

Por el contrario, no se requiere una relación de imputación objetiva entre el comportamiento del directivo, administrador, empleado o colaborador y el perjuicio efectivo a la empresa o a los consumidores y usuarios, puesto que nada dice al respecto el precepto. Su fundamento podemos encontrarlo en la *redacción* del apartado tercero de este art. 286 bis⁶⁸⁹. Vemos que el resultado penológico guarda relación respecto a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, en donde el juzgador a su prudente arbitrio, podrá establecer la pena inferior en grado y reducir la de multa.

Siguiendo este análisis, debemos diferenciar a los colaboradores dependientes de los colaboradores independientes. Los primeros, bautizados como “auxiliares del empresario”⁶⁹⁰, tal y como se denominan, quedan subordinados a éste. La manera mediante la que se unen a él es por un contrato de trabajo. Existe diversa legislación aplicable a los auxiliares o dependientes del empresario y a los cargos preponderantes que desempeñan funciones en la empresa⁶⁹¹.

Los colaboradores independientes, por el contrario, coadyuvan al empresario sin una “dependencia o jerarquía”⁶⁹². Por ello, el tipo penal que nos reúne, aparentemente, tan solo afecta a aquellos colaboradores dependientes. Así parece expresarlo el legislador en el precepto mediante la fórmula *incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios*.

No obstante, en nuestra opinión el precepto también afecta a esta clase de colaboradores. La razón de su incumplimiento la obtenemos del quebranto de los pactos

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

⁶⁹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. "Instituciones de derecho mercantil", Vol. I, Ed. Thomson Aranzadi, ed. 28ª, Pamplona, 2.005, pág. 266.

⁶⁹¹ Directores generales, por ejemplo.

⁶⁹² SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. "Instituciones de derecho mercantil",...*ob. cit.*, pág. 267.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

y normas que el colaborador dependiente del empresario ha realizado, así como del resto de normas de carácter jurídico-privado (Derecho Civil, Derecho Mercantil) y de Derecho semiprivado (Derecho Laboral que hemos expuesto anteriormente). En el ámbito mercantil, en el art. 283 del Cco., observamos varias notas que pueden servirnos de guía, no tan solo para su definición, sino también para percatarnos de los elementos que lo componen y a su vez, para conocer las obligaciones que posee.

«El gerente de una empresa..., por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario, tendrá el concepto legal de factor, y le será aplicables las disposiciones contenidas en esta Sección».

Como vemos este artículo nos aporta una nota esencial, se afirma según haya tenido por conveniente el propietario; esto quiere decir que han pactado (empresario y colaborador) aspectos tales como la administración, dirección, contratación así como otras facultades...Esto anudado con la redacción que nos aporta el art. 286 bis (...beneficio o ventaja no justificadas y como contraprestación para favorecer a otros...) nos da la clave para saber de dónde puede venir tal dejación de las obligaciones que le competen al colaborador.

Junto a ello, no podemos olvidar (vía referencia art. 2 del Cco., “Los actos de comercio..., se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común...”), así como lo dispuesto en el articulado de la LCD (por ejemplo, respecto a la revelación de secretos), donde es considerado desleal, tanto la divulgación, como la explotación de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente o sin autorización de su titular. Además de todo lo expuesto, en el campo del Derecho Mercantil, rige el principio del comportamiento de un buen empresario, así como la observancia que estipula el art. 57 del Cco., los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de

buena fe...Y por último, no puede obviarse el famoso Informe Olivencia⁶⁹³. En él, tal y como queda detallado⁶⁹⁴ en su articulado, se acordó por el Consejo de Ministros, a propuesta del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, (en su reunión de 28 de febrero de 1.997), la creación de una Comisión Especial para el Estudio de un Código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades. En su cuerpo⁶⁹⁵ nos encontramos con un «Código» en donde quedan reflejadas las distintas reglas⁶⁹⁶, y los distintos principios y modelos de conducta⁶⁹⁷, (basados en criterios de corrección y racionalidad) que han de respetar los sectores profesionales, los mercados y el gobierno de las sociedades. Como quiera que el tipo nos hable de empresa mercantil o sociedad y del “beneficio o ventaja no justificadas y como contraprestación para favorecer a otros”, debemos proponer otra serie de obligaciones a las que pueden estar sometidos los «directivos, administradores, empleados o colaboradores». Por ello, seguidamente valoraremos, ya no el caso en que la relación existente entre colaborador, empleado...y empresario sea de naturaleza mercantil, sino Civil. En este supuesto se debe atender a los principios que recoge nuestro Cc. A modo de ejemplo, hacer mención al contenido del art. 3, respecto a la interpretación de las normas; al art. 4 apartado tercero, respecto a la supletoriedad de las disposiciones del Cc. en las materias recogidas por otras Leyes; al art. 7 respecto al ejercicio de los derechos de acuerdo a las exigencias de la buena fe, así como el rechazo del abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, y la consecuencia aparejada al

⁶⁹³ El Gobierno De Las Sociedades Cotizadas Documento de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades: el gobierno de las sociedades cotizadas. (Madrid, 26 de febrero de 1.998). Información aportada por FEF (Fundación de Estudios Financieros).

⁶⁹⁴ En el punto I, dedicado a la INTRODUCCION, respecto a «La Comisión Especial: origen y fines». El Gobierno De Las Sociedades Cotizadas Documento de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades: el gobierno de las sociedades cotizadas, Madrid, 26 de febrero de 1.998. Información aportada por FEF (Fundación de Estudios Financieros).

⁶⁹⁵ En el Punto 4 referente a la «Naturaleza del trabajo». Informe Olivencia. (Información aportada por FEF (Fundación de Estudios Financieros).

⁶⁹⁶ *Ídem.*

⁶⁹⁷ *Ibidem.*

mismo por la que se indemnizará y adoptarán las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. No debemos olvidar, asimismo, las fuentes de las obligaciones recogidas en el art. 1.089 del mismo cuerpo legal; es decir, respecto a las obligaciones que nacen de los contratos; y la relación y complemento que aporta a este art. 1.091 del mismo cuerpo legal⁶⁹⁸. Por último recordar las demás disposiciones y cláusulas que, por el juego de la autonomía de la voluntad, se estipulen a tenor de lo dispuesto en el art. 1.255 del Cc.

Siguiendo las posibles relaciones que pueden existir entre empresario y directivos, administradores, empleados o colaboradores de éste debemos avanzar y valorar el caso en que el colaborador dependiente del empresario (ya sea apoderado general o especial, dependiendo de las facultades que le otorgue el empresario a éste), **esté sometido** (como de hecho lo está en muchas ocasiones) **al ET**. En este caso **debemos atender a los diversos mandatos que compelen al trabajador** (respecto a la conducta debida del colaborador). Por ende, **los principios que rigen su aplicación** («...beneficio o ventaja no justificadas y como contraprestación para favorecer a otros...»⁶⁹⁹) **se recogen tanto en el art. 1** (respecto al ámbito de aplicación, es decir, las características que debe reunir la relación entre trabajador y empresario para considerarla laboral); **así como los Deberes laborales**, regulados en el art. 5, en donde en sus respectivos seis apartados se describen los deberes básicos de los trabajadores. En ellos encontramos, al igual que preceptuaba el Cco., el mandato de **cumplir las obligaciones de acuerdo con las reglas de la buena fe y diligencia**, sin perjuicio de hacerlo conforme a las obligaciones concretas de su puesto de trabajo. Otras obligaciones recogidas son el cumplimiento de las **órdenes e instrucciones del empresario** en el ejercicio regular de sus **facultades directivas**; la **no concurrencia con la actividad de la empresa**; la **contribución** por parte del trabajador **a la mejora de la productividad**, así como cuantos se deriven de los respectivos contratos de

⁶⁹⁸ Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos

⁶⁹⁹ Conducta descrita en el artículo 286 bis.

trabajo. En el mismo sentido queda redactado el art. 20 que se ocupa de la dirección y control de la actividad laboral donde se regula que el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue. Y del mismo modo, en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato; el **trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración** en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, **el trabajador y el empresario se someterán** en sus prestaciones recíprocas **a las exigencias de la buena fe**. Asimismo, debe añadirse, lo preceptuado en el art. 21 del mismo ET, referente al **pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa**, mediante el cual no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan. Todos estos principio enunciados, (en los diversos ámbito o campos del Derecho expuestos), en atención al 286 bis, deben aplicarse en relación estricta al incumplimiento de obligaciones específicas; a saber, respecto a la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios profesionales y relaciones comerciales. Estos son, por lo tanto, algunos de los principios que rigen las obligaciones del colaborador, trabajador con para el empresario, así como las fuentes de donde se generan los diferentes compromisos que de no acatarlos pueden generar responsabilidades, incluso en el ámbito que nos ocupa como el penal⁷⁰⁰. No obstante, podría valorarse la posibilidad de que existiera una afectación al cumplimiento de las obligaciones llamadas a prestar, ya no por parte de los colaboradores dependientes del empresario (como en el caso que acabamos de analizar), sino por los colaboradores independientes.

⁷⁰⁰ Siempre y cuando se moderen o modulen por el principio de insignificancia, principio de adecuación social y los concretos principios de imputación objetiva.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

En nuestra opinión la única vía por la que se podría interpretar que éstos pudieran ser sujetos activos del presente delito de «corrupción los negocios» es que existiera (entre el empresario y el colaborador independiente) un contrato de comisión, de mediación o de agencia que incorporase (entre otras funciones o tareas) una obligación en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

En cuanto a lo que afecta a la figura del administrador, en el art. 286 *bis* no existe ninguna definición o aportación complementaria de lo que a efectos de la comisión de este delito debe interpretarse. Por lo tanto, nos preguntamos, ¿nos encontramos ante un despiste u olvido del legislador? SANCHEZ MELGAR⁷⁰¹ afirma que aun no incluyéndose tal comportamiento, "... en el seno de una persona jurídica, al tratar el tipo exclusivamente conductas punibles de personas físicas, hemos de acudir al art. 288, párrafo segundo, apartado 1 en donde se alojan esos comportamientos", previendo sanciones pecuniarias y estableciendo que atendidas las reglas recogidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33.

Respecto a la figura del empleado, debe considerarse aquella persona que posee una relación laboral con la empresa o entidad y que asimismo, posee una función o cometido en la misma. Y respecto a los trabajadores que desempeñen sus tareas en la empresa, ¿debe imponérsele la misma pena al trabajador eventual, que aquél que lleve operando en la empresa mucho más tiempo? En nuestra opinión, no queda claro y ello se debe a distintas razones. En primer lugar, el legislador, en el apartado 3º del art. 286 expresa, (como hemos tenido ocasión de comprobar) que, "Los jueces y tribunales, en atención a... y a la trascendencia de las funciones del culpable....podrán imponer la pena inferior en grado o reducir la de multa a su prudente arbitrio". La parquedad con la que ha regulado el legislador este precepto nos invita a pensar que un trabajador que lleve

⁷⁰¹ SÁNCHEZ MELGAR, J. "La Corrupción en el sector privado...*ob. cit.*, pág. 16.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

diez años en la empresa puede desarrollar mayores funciones y/o de mayor trascendencia que el trabajador que se ocupa de dichas tareas desde hace mucho menos tiempo, aunque tan solo sea por la confianza que ostente en la empresa. Si atendemos en exclusiva a la redacción podría suponer una mayor pena al trabajador que tenga una vida laboral en la empresa de diez años, frente al de un año. No obstante, es posible asimismo que, el trabajador que lleve trabajando un año desarrolle, debido a que tiene unos conocimientos técnicos mayores (que la otra persona de diez años), unas tareas de mayor complejidad y mayor responsabilidad. Por lo tanto, en aras a adoptar un criterio que no lesione o vulnere los principios de presunción de inocencia y seguridad jurídica, nos parece más oportuno optar porque a ambos, en principio, se les apareje la misma responsabilidad penal.

Y, por último, en lo que respecta al directivo, no queda clara la cuestión en torno a si debe interpretarse al directivo solo como aquel sujeto que materialmente maneja la empresa o entidad, o si por el contrario puede incluirse al empresario o los socios e incluso al propietario, aunque no dirijan la misma.

1. FALTA DE INCORPORACIÓN DEL TITULAR DE LA EMPRESA

A la hora de estudiar este tipo penal, la doctrina se ha pronunciado acerca de la inexistencia del titular de la empresa⁷⁰² en el elenco de sujetos activos que realizan el tipo penal. Algunos autores⁷⁰³ han afirmado que no existe ninguna razón que haga

⁷⁰² VENTURA PÜSCHEL, A., “Corrupción entre particulares, (no deporte): art. 286 bis 1, 2 y 3 PCP...*ob. cit.*, págs. 324 y 325.

⁷⁰³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)...*ob. cit.*, págs. 505 y 506.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

necesaria la exclusión del titular de la empresa. GILI⁷⁰⁴ al respecto afirma que si el bien jurídico que se protege es el «interés patrimonial de los empresarios competidores» lo que se pretende proteger, en última instancia, es la competencia desleal.

La exclusión del titular de la empresa en el elenco de sujetos activos puede deberse a que, si existe corrupción en el seno de la empresa y se logra lesionar el patrimonio de la misma, quien asume las obligaciones de índole económica es éste y no los trabajadores, colaboradores, etc.

El tipo penal hace referencia a beneficios no justificados, y estos están anudados a quienes con ocasión de su relación contractual (colaboradores, directivos, administradores o empresarios) no deben aceptar, recibir o solicitar beneficio o ventaja alguna. En tal sentido nos parece que tiene lógica la exclusión del titular de la empresa. ¿Quién mejor que éste puede cuidar sus intereses?

Como acertadamente apunta GÓMEZ-JARA⁷⁰⁵ en algunos casos las conductas fraudulentas son consentidas por la empresa representada. Por ello, sin perjuicio de la merma penológica que pueda atribuirse al comportamiento fraudulento⁷⁰⁶ habría que diferenciar dos supuestos. Si ese consentimiento se encontraba avalado o prestado por el Consejo de Administración, por sus accionistas (I); y si existe un interés social de la propia empresa (II)⁷⁰⁷.

¿Por qué pueden estos actos corruptos obviarse o aceptarse por el titular de la empresa? La respuesta puede encontrarse, de un lado en que, en ocasiones, la propia

⁷⁰⁴ GILI PASCUAL, A., “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el proyecto de reforma de 2.007”, RECPC, 09/13 (2.007), pág. 22. Referido en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)”...*ob. cit.*, pág. 505.

⁷⁰⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal? ...*ob. cit.*, págs. 242 a 243.

⁷⁰⁶ *Ídem.*, págs. 242 a 243.

⁷⁰⁷ *Ibidem.*, págs. 242 a 243.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

empresa cuenta ya con éstas “remuneraciones extra”⁷⁰⁸ como parte del sueldo que percibe su empleado. Y, de otro, el interpretarse como una “política de remuneración”⁷⁰⁹ de la empresa para ahorrarse ciertos gastos laborales y fiscales.

2. ANTIGUA REFERENCIA ENUMERATIVA

El legislador, con la promulgación de la L.O 1/2.015 modificó la redacción del art. 286 bis. Así la referencia enumerativa (“entidad privada”, “empresa mercantil”, “sociedad”, “asociación” u “organización”) fue modificada por “empresa mercantil” o “sociedad”⁷¹⁰. No obstante, al acudir a la lectura del art. 297 el legislador expone que, “a los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”. De aquí, por lo tanto, que quepa interpretarse como en su origen fue redactado el precepto.

La referencia al concepto de «empresa mercantil», junto con el resto de entidades, hace que parezca que el legislador se esté refiriendo a la «entidad privada»⁷¹¹. No obstante, aun pudiéndose entender así, interpretamos que también se

⁷⁰⁸ *Ibidem.*, págs. 242 a 243.

⁷⁰⁹ *Ibidem.*, págs. 242 a 243.

⁷¹⁰ *Ibidem.*, págs. 23 y ss. Este autor analiza en su trabajo las posibilidades a las que el legislador se puede referir a la hora de enumerar las diferentes esperas donde pueden desarrollar su actividad los «directivos, administradores, empleados o colaboradores». Como describe el precepto penal 286 bis «una empresa mercantil» o «una sociedad», «asociación», «fundación u organización».

⁷¹¹ *Ibidem.*, pág. 23. Acudir también a GIL NOBAJAS, M^a.S., “El delito de corrupción en los negocios (Art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia...*ob. cit.*, pág. 601, cuando afirma “...para comprender qué entidades quedan sometidas al régimen de imposición de penas, deberá estarse tanto a lo dispuesto en el art. 31 quinqués, así como a la normativa civil y mercantil”.

refiere a la sociedad civil⁷¹². Con ello, en nuestra opinión, se refuerza la idea de que el legislador quiere que la corrupción en los negocios opere como *numerus apertus*, de ahí

⁷¹² Tratando los diversos tipos de instituciones sociales, acudir a MOYA JIMÉNEZ, A., “La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas”, Ed. BOSCH, ed. 2ª, Barcelona, 2.010, págs. 201 a 214, (donde se ocupa de las sociedades mercantiles, Anónimas, Unipersonales, Anónima Europea, Limitada, Limitada de a Nueva Empresa, Colectiva, Comanditaria, Cooperativa, Cajas de Ahorro, Entidades Financieras y/o de Crédito, Mutuas, Fundaciones, Federaciones Deportivas y Clubes Deportivos, Sociedades Anónimas Deportivas, Agrupaciones de empresas, y empresas en participación «*Joint Ventures*»). A continuación, de manera breve describiremos las características básicas de algunas de ellas: Sociedades colectivas: quedan reguladas en los art. 125 al 144 del Cco., y en el art. 209 del R.R.M. Este modelo funciona bajo un nombre colectivo o razón social. Participan todos los socios en la sociedad en plano de igualdad, exigiéndose un mínimo de dos socios para su constitución. Esta sociedad posee autonomía patrimonial y responde de sus deudas con su propio patrimonio, aunque los socios también respondan de las deudas sociales subsidiaria, ilimitada y solidariamente. Las Sociedades comanditarias: rigen sus relaciones jurídicas en los arts. 145 al 150 del Cco., y en la Ley 19/1989 de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil, así como en los arts. 210 a 215 del Reglamento del RM, en lo referente a su inscripción. Se caracterizan por la coexistencia de socios colectivos, que responden ilimitadamente de las deudas sociales y participan en la gestión de la sociedad, y socios comanditarios que no participan en la gestión y cuya responsabilidad se limita al capital aportado o comprometido. Las sociedades comanditarias pueden clasificarse, en simples; y por acciones. Cuando solo existan socios comanditarios, uno de ellos, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo. A las sociedades comanditarias por acciones les es de aplicación la normativa de la sociedad anónima, exigiéndoseles un capital social mínimo de 60.102 euros en el momento de la constitución, desembolsado al menos en un 25 por 100 del valor nominal de las acciones. Por otro lado, se encuentran las Sociedades Anónimas: este tipo de sociedades se encuentran reguladas por el R.D.L 1/2.010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”); en este tipo de sociedad, el capital se encuentra dividido en acciones, e integrado por las aportaciones de los socios; éstos no responden personalmente de las deudas sociales. En cuanto a las concretas responsabilidades, deberes y obligaciones de este género de sociedad podemos decir que: la responsabilidad de los fundadores se regulaba en el antiguo art. 18 L.S.A, y en la actualidad se establece en el actual art. 30, y art. 77 de la Ley de Sociedades de Capital, (respecto la Responsabilidad solidaria). Por lo que respecta a la Responsabilidad en la transmisión de acciones no liberadas, (regulado en el antiguo art. 46 de la L.S.A.), viene a expresarse en el actual art. 85 de la L.S.C. Por su parte, en atención a los Deberes de lealtad del antiguo art. 127 ter, en la actualidad, quedan regulados en el art. 229 de la Ley de Sociedades de Capital denominado «Situaciones de conflicto de intereses». Los «Presupuestos de la responsabilidad» actuales del art. 236 de la L.S.C vienen a regular la antigua responsabilidad del art. 133 de la L.S.A. La antigua «Acción de responsabilidad» del art. 211 de la L.S.A se regula en el actual art. 271 de la Ley de Sociedades de Capital referente a la «Acción social de responsabilidad». - La antigua «Responsabilidad de los liquidadores» regulada en el art. 279 de la L.S.A. se regula por el nuevo art. 397 de la L.S.C referente a la «Exigencia de responsabilidad a los liquidadores tras la cancelación de la sociedad». Y la antigua «Responsabilidad de los miembros de los órganos de administración» regulada en el art. 335 de la L.S.A. viene enmarcada por el actual art. 490

referente a la «Responsabilidad de los miembros de los órganos de administración». Sociedad de Responsabilidad limitada: Este tipo de Sociedad, como es sabido, es un tipo de sociedad mercantil en la que la responsabilidad se encuentra (como su nombre indica) limitada al capital aportado. De tal suerte que en caso de que ésta contraiga deudas éstas serán satisfechas mediante el patrimonio que posea la misma y no será susceptible de embargo personal de los socios. Su número mínimo de socios es uno (de ahí su denominación de Sociedad Limitada Unipersonal). Y el capital inicial mínimo es de 3.006 euros, debiendo ser desembolsado en su integridad en forma de bienes o derechos valorables económicamente. A diferencia de las acciones de las S.A. aquí son de aplicación las participaciones que, dicho sea de paso, son (a diferencia de las Anónimas), de libre transmisión. Se trata de una sociedad de tipo capitalista en la que el capital social, integrado por las aportaciones de los socios se encuentran divididas en participaciones indivisibles y acumulables, que no tienen el carácter de valores y no pueden estar representadas mediante títulos o anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones. Se constituyen en Escritura pública y se requiere inscripción en el Registro Mercantil. Por último, respecto a la regulación referente a la «Responsabilidad de los administradores» del antiguo precepto Núm. 69 de la L.S.R.L. mencionar que es ahora regulado por el actual art. 236 referente a los «Presupuestos de la responsabilidad». Sociedad cooperativa: En lo que concierne las cooperativas, se rigen por lo establecido en la Ley 27/1.999, de 16 de julio, General de Cooperativas. Existen leyes particulares de cooperativas en muchas de las CC.AA. Se trata de una sociedad de carácter social cuyo objeto es facilitar a sus socios determinados bienes o servicios al precio mínimo posible (cooperativas de consumo), o retribuir sus prestaciones al máximo posible (cooperativas de producción). A diferencia de las sociedades mercantiles, se presenta como una asociación de personas físicas o jurídicas que, (teniendo intereses o necesidades socio-económicas comunes), desarrollan una actividad empresarial, imputándose los resultados económicos a los socios, una vez atendidos los fondos comunitarios, en función de la actividad cooperativa que realizan. Comunidad de bienes: Nos encontraremos ante una comunidad de bienes cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas (denominadas comuneros). La comunidad de bienes queda regulada en el contrato suscrito por las partes y en lo no pactado (o establecido dispositivamente) se estará a lo dispuesto en el Cc. En lo que respecta a la responsabilidad de los comuneros ésta será ilimitada y personal por las deudas de la comunidad de bienes si los bienes o derechos de ésta no son suficientes. Sociedad civil: Su constitución queda conformada por dos o más personas que ponen en común dinero, bienes o industria con el propósito o con la finalidad de repartirse las ganancias. Las notas características son la constitución de un fondo, común, la intención de obtener un lucro partible y la “*affectio societatis*”. Su regulación se encuentra en el contrato suscrito por las partes y en lo no pactado por lo establecido en el Cc. En cuanto a las pérdidas y ganancias se repartirán conforme a lo pactado. A falta de pacto la parte de cada socio en la ganancia y pérdida debe ser proporcional a lo que haya aportado. Y por último, hablaremos de otro tipo de sociedad que puede integrarse en el tipo penal que nos ocupa, a saber, la Sociedad laboral. Esta es una sociedad anónima o de responsabilidad limitada en la que la mayoría del capital social pertenece a los trabajadores que prestan en ella servicios retribuidos en forma personal y directa, con una relación laboral por tiempo indefinido. Esta tipología de sociedad tiene carácter mercantil (cualquiera que sea su objeto social y el capital), siendo constituido por las aportaciones de los socios, que se encuentra dividido en acciones nominativas o participaciones sociales. Estas deben estar íntegramente suscritas y desembolsadas en el momento de la constitución al menos en un 25 por ciento del valor nominal de cada

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

que se suprimiera la descripción enumerativa directa (y no por referencia mediante el art. 297 C.P) de las sociedades y, en la actualidad, se haya optado por expresar "empresa mercantil" , "sociedad". El ámbito de aplicación de este delito en España va más allá del establecido en la redacción otorgada en el Convenio 173 sobre la corrupción (de 27 de enero de 1999), donde se reducía la comisión de este delito a las *sociedades mercantiles*.

3. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS E INCIDENCIA EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

Diferente regulación Comunitaria apuntaba a la definición de persona jurídica y a su responsabilidad penal.

Respecto a las definiciones, la Acción Común hacía referencia a la noción de persona jurídica como "cualquier entidad que goce de tal régimen jurídico con arreglo al Derecho nacional aplicable, con excepción de los Estados o de otros organismos públicos actuando en ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas"⁷¹³.

Por su parte, el art. 1 del Convenio número 173 del Consejo de Europa, interpretaba "cualquier entidad que posea esta condición en virtud del derecho nacional aplicable, excepción hecha de los Estados o de otras entidades públicas en el ejercicio

una de las acciones, cuando se trate de sociedades anónimas laborales, y en su totalidad en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada laboral.

⁷¹³ Acción común 98/742/JAI, de 22 de diciembre de 1.998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado[Diario Oficial L 358 de 31.12.1.998.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

de sus prerrogativas de poder público y de las organizaciones internacionales públicas"⁷¹⁴.

Por otro lado, si visionamos la Decisión marco, en su art. 1, expresaba que se entendería por persona jurídica, "cualquier entidad que goce de tal régimen jurídico con arreglo al Derecho nacional aplicable, con excepción de los Estados o de otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas"⁷¹⁵.

En cuanto a la responsabilidad de la misma, el art. 18 del Convenio expresaba al respecto que "Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar que se puedan hacer responsables a las personas jurídicas de los delitos de corrupción activa, de tráfico de influencias y de blanqueo de capitales tipificados de conformidad con el presente Convenio, cuando sean cometidos en beneficio de aquéllas por una persona física, actuando individualmente o como miembro de un órgano de la persona jurídica, que ejerza un poder directivo dentro de ésta, sobre la base de un poder de representación de la persona jurídica; o una autoridad para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica; o una autoridad para ejercer control en el seno de la persona jurídica; así como de la participación de esa persona física en calidad de cómplice o de instigador en la comisión de los delitos anteriormente mencionados"⁷¹⁶.

Continúa el Convenio exponiendo, "aparte de los casos ya previstos en el apartado 1, cada Parte adoptará las medidas necesarias para garantizar que se pueda

⁷¹⁴ Apartado b) del artículo 1 del Convenio Núm. 173 del Consejo de Europa, realizado en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, respecto a la terminología del Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción, publicado en BOE Núm. 182 de 28 de Julio de 2.010.

⁷¹⁵ Decisión Marco 2.003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2.003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

⁷¹⁶ Pto. Primero del artículo 18 del Convenio Núm. 173 del Consejo de Europa, realizado en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, respecto a la terminología del Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción, publicado en BOE Núm. 182 de 28 de Julio de 2.010.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

hacer responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o de control por parte de una de las personas físicas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible la comisión, por parte de una persona física sometida a su autoridad, de los delitos mencionados en el apartado 1 en beneficio de dicha persona jurídica"⁷¹⁷. Y, por último agrega el Convenio, "la responsabilidad de la persona jurídica en virtud de los apartados 1 y 2 no excluye la acción penal contra las personas físicas autoras, instigadoras o cómplices de los delitos mencionados en el apartado 1"⁷¹⁸.

Por su parte, el art. 5 de la Decisión exponía: "los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones mencionadas en los arts. 2 y 3 cometidas en su provecho por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basado en: a) un poder de representación de dicha persona jurídica, o b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o c) una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica"⁷¹⁹. Asimismo, continúa expresando la Decisión, "...los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que pueda considerarse responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas mencionadas en el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica cometa en provecho de ésta una infracción del tipo descrito en los arts. 2 y 3"⁷²⁰.

⁷¹⁷ Pto. Segundo del artículo 18 del Convenio Núm. 173 del Consejo de Europa, realizado en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, respecto a la terminología del Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción, publicado en BOE Núm. 182 de 28 de Julio de 2.010.

⁷¹⁸ Pto. Tercero del artículo 18 del Convenio Núm. 173 del Consejo de Europa, realizado en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, respecto a la terminología del Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción, publicado en BOE Núm. 182 de 28 de Julio de 2.010.

⁷¹⁹ Pto. Primero del art. 5 de la Decisión Marco 2.003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2.003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

⁷²⁰ Pto. Segundo del art. 5 de la Decisión Marco 2.003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2.003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

Y por último, añade, "la responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 no excluirá el ejercicio de acciones penales contra las personas físicas implicadas como autoras, instigadoras o cómplices de una infracción del tipo descrito en los arts. 2 y 3"⁷²¹.

Una vez expuestas las referencias directas comunitarias al respecto, interesa analizar las diversas interpretaciones en torno a dicha responsabilidad.

Existe una primera diferenciación en la doctrina que apuesta por interpretar la posibilidad práctica, que no teórica⁷²², de la RPPJ. Se afirma⁷²³ que tan solo es posible este género de responsabilidad en la modalidad de corrupción activa⁷²⁴, basándose en el criterio del Convenio penal del Consejo de Europa sobre Corrupción de 1.999 y de la acción Común 1.998/742⁷²⁵ que limitaba la RPPJ a la corrupción activa⁷²⁶.

⁷²¹ Pto. Tercero del art. 5 de la Decisión Marco 2.003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2.003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

⁷²² En tanto que el art. 288 del CP expresa dicha posibilidad.

⁷²³ En tal sentido, CASTRO MORENO, A., "El nuevo delito de corrupción privada...*ob. cit.*, pág. 8; GONZÁLEZ BLESSA, F.J., "Delito de Corrupción entre particulares: Comentarios y críticas al artículo 286 bis CP...*ob. cit.*

⁷²⁴ Cuestionando incluso esta posibilidad, GIL NOBAJAS, M^a. S., "El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis). Análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia...*ob. cit.*, pág. 597, en tanto que basándose en que el bien jurídico proteja la afectación de la competencia y la deslealtad frente al titular de la empresa (concepción mixta), "se llega a la paradoja de que de que tampoco podría sancionarse penalmente a la persona jurídica si media el consentimiento del empresario, ya que la conducta sería ya atípica para la persona física, por mucho que ello derive en un beneficio para la entidad e, incluso, se constata la presencia de una deficiencia organizativa.

⁷²⁵ Acción común anterior de la Decisión Marco de 22 de julio de 2.003

⁷²⁶ A diferencia de la última disposición que acepta la RPPJ en ambas modalidades de corrupción. Para ahondar en ello, acudir a GIL NOBAJAS, M^a.S., "El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis). Análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia...*ob. cit.*, pág. 597, y 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 2.007)", en REPC, Núm. 19, 2.007, pág. 288", pág. 250

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

En el supuesto de la corrupción pasiva el directivo de la empresa recibe personalmente el soborno (que pagará probablemente ésta, aumentando el precio del contrato) y será la mercantil la principal perjudicada. En tal sentido, no podría afirmarse que haya actuado en su provecho tal y como exige el precepto⁷²⁷. Dentro de esta corriente, existe una posición que desvincula la RPPJ pero no así a los administradores sociales. En tal sentido, NAVARRO FRÍAS y MELERO BOSCH mantienen que siendo el empresario aceptante de la promesa o ventaja un empresario social, "...el poder de gestión y representación está en manos de los administradores sociales y serán ellos, por tanto, quienes con su aceptación vincularán al empresario social...". Continúan justificando estos autores que, "de la descripción de la conducta típica en el art. 286 bis CP cabría deducir que, en su caso, el/los administrador/es serían sancionados penalmente, no así la persona jurídica en cuyo nombre y en cuyo interés participaron los titulares del poder de representación. A no ser que se conceda relevancia al consentimiento que pueda prestar el empresario"⁷²⁸.

El segundo bloque doctrinal cuestiona⁷²⁹ la RPPJ habida cuenta de que, "el incumplimiento de las obligaciones que requiere el tipo «en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales»...es la infracción de deberes de lealtad hacia la empresa para la que se trabaja, con lo que no parece compatible con el beneficio para la persona jurídica que requiere el art. 31 bis del CP para poder establecer una responsabilidad penal de ésta"⁷³⁰.

⁷²⁷ El art. 31 bis CP.

⁷²⁸ NAVARRO FRÍAS, I., MELERO BOSCH, L.V., "Corrupción entre particulares y tutela del mercado...*ob. cit.*, pág. 13.

⁷²⁹ GIL NOBAJAS, M^a.S., "El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis). Análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia...*ob. cit.*, pág. 597.

⁷³⁰ BOLEA BARDON, C., "El delito de corrupción privada, Bien Jurídico, Estructura Típica e Intervinientes", *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 2, Barcelona, 2.013, pág. 6. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., "El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)...*ob. cit.*, pág. 426.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

Y un tercer bloque mantiene la posibilidad práctica de la RPPJ únicamente en los casos en que la misma (de manera efectiva, práctica, fehaciente) no consienta en los comportamientos corruptos desarrollados por los administradores (de hecho o de derecho) o de sus representantes legales (los empleados y directivos sin capacidad de representación o administración quedarían excluidos) pero incurra en un déficit de control sobre su actividad⁷³¹.

Por último debemos hacer una pequeña mención a la exigencia establecida en el art. 31 bis respecto al provecho. Se viene afirmando por la doctrina⁷³² que dicho elemento no concurrirá en la mayoría de los casos en aquella sociedad que utiliza al sobornado para favorecer a un tercero, puesto que normalmente ésta quedará más afectada por el comportamiento de infidelidad del empleado o administrador. No obstante, en nuestra opinión podemos encontrar alguna situación en que concurra el

⁷³¹ VENTURA PÜSCHEL, A., "Corrupción entre particulares, (no deporte): art. 286 bis 1, 2 y 3 PCP...*ob. cit.*, págs. 326. Este autor plantea la paradoja "si los citados representantes legales o administradores actúan por cuenta y en provecho de las personas jurídicas, consentidamente, no parece que estén incumpliendo con sus obligaciones para con las mismas y la conducta venal sería atípica. Asimismo, ver al respecto NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V., "Corrupción entre particulares y tutela del mercado...*ob. cit.*, pág. 14. Estos autores ahondan en la responsabilidad basada por la "concurriera un déficit en la organización de la misma". En el mismo sentido, BUERBA PANDO, A., "El delito de corrupción entre particulares", PÉREZ LLORCA, Doctrina Contencioso, Público y Regulatorio. Este autor afirma que, "será también responsable del delito la persona jurídica, conforme al artículo 288 del CP, cuando deba responder conforme a las reglas generales del artículo 31 bis del CP, (es decir), la persona jurídica será responsable cuando el delito se haya cometido en su nombre o por su cuenta y en su provecho por alguna de las personas siguientes: (i) por sus administradores o representantes; (ii) por los empleados que estando sometidos a la autoridad de los anteriores hayan podido cometer el delito por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. Parece que, en la mayoría de los casos, solo podrá ser tenida como penalmente responsable, la empresa por cuya cuenta actúe quien ofrece o concede el beneficio o ventaja no justificados para beneficiarse de un trato de favor frente a terceros y que, por ello, se aprovecha de los efectos del delito. El elemento del provecho no concurrirá, en la mayor parte de los casos, en la empresa que emplea a quien se deja corromper para favorecer a un tercero en los negocios ya que casi siempre, será más bien perjudicada por el acto de infidelidad de su administrador o empleado. Sin embargo, no siempre necesariamente será así, pues ambas empresas podrían actuar concertadamente, logrando las dos aprovecharse de la posición de ventaja obtenida frente a posibles competidores terceros y acordada en un marco corrupto".

⁷³² DE BUERBA PANDO, A., "El delito de corrupción entre particulares...*ob. cit.*, pág. 4.

citado provecho de forma clara. Por ejemplo, pensemos en el presente supuesto: una persona lleva en una determinada empresa trabajando durante treinta y cinco años. Dicha empresa es una PYME. El trabajador ocupa un puesto de máximo estatus y responsabilidad. Tal entidad mercantil posee serios problemas con este trabajador, en tanto que la entidad sabe, pero no puede demostrar, que sabotea a la sociedad. **Si la empresa echa al trabajador deberán indemnizarle.** Pero al no poder demostrarlo, si lo despiden deberán indemnizarle (en tanto que sería un despido improcedente), **y en tal sentido dejará a la compañía en una situación nefasta económicamente hablando.** **Si la empresa logra que el trabajador cometa un delito en su seno** (sin ser descubierta), **y consigue a su vez desvincularse de la responsabilidad de dicho hecho delictivo** (puesto que la responsabilidad de la persona jurídica es independiente de la del trabajador), **la entidad mercantil sacará provecho de dicha corrupción, en tanto que no pagará la indemnización que le correspondería pagar.**

Como podemos comprobar, este no es más que un ejemplo que representa una posibilidad interpretativa del concepto “provecho”. Por ende, en nuestra opinión, la empresa sí puede cometer el presente delito en su provecho, aunque los casos sean estadísticamente escasos.

Tras habernos ocupado en el apartado oportuno de las características necesarias para asentar los iniciales presupuestos de los planes de cumplimiento, resta realizar expresa mención al concreto funcionamiento de los mismos, y el desarrollo de la imputación objetiva en el delito que nos ocupa. Y ello por diferentes razones. El delito de corrupción entre particulares, por expreso mandato del legislador⁷³³, puede ser realizado, tal y como hemos expuesto, no solo por la persona física (particulares), sino por la persona jurídica. Por ello es de vital importancia estudiar el concreto engranaje sustantivo-penal en orden a exponer los riesgos y límites que deben observar los

⁷³³ Delito por el que puede responder tanto la persona física, como la persona jurídica.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

operadores mercantiles de manera particular (comportamiento realizado por las personas), como por las entidades mercantiles (empresas).

En consideración con lo hasta aquí dicho, y como enlace para lo que resta desarrollar, debemos ocuparnos de la ubicación sistemática de los planes de cumplimiento normativo en la teoría jurídica del delito. Los mentados planes pueden configurarse como un mecanismo que permite delimitar y controlar el riesgo en la empresa. En tal sentido, pretenden adecuar el umbral del riesgo permitido bajo los criterios de imputación objetiva ortodoxos, así como mediante los novedosos criterios incorporados por el legislador en el art. 31 bis⁷³⁴. El legislador procede a interpretar y desarrollar la expresión “debido control” del primer art. 31 bis en la L.O 5/2.010 mediante la reforma de este artículo mediante la L.O 1/2.015.

Los últimos años han sido años prósperos en el desarrollo de la RPPJ⁷³⁵. Como podremos comprobar a continuación, la tarea realizada tanto por los operadores

⁷³⁴ Mediante la modificación del art. 31 bis incorporado en virtud de la L.O 1/2.015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O 10/1.995, de 23 de noviembre del CP.

⁷³⁵ Si bien es cierto que no ha sido hasta el año 2.010 cuando se ha tratado la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en tanto que con anterioridad no se había incorporado el art. 31 bis que establecía esta posibilidad), no lo es menos que, en el ámbito administrativo ya venía reconociéndose dicha responsabilidad en su vertiente sancionadora. Al respecto, acudir a la lectura de GÓMEZ TOMILLO, M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el Derecho administrativo sancionador: criterios de imputación objetiva”, en *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, VV.AA., Dr. DEMETRIO CRESPO, E., MAROTO CALATAYUD, M., Ed. B de F, Buenos Aires, 2.014, págs. 539 a 575. Además, acudir a MEJÍA PATIÑO, O.A., “El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador”, en *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, VV.AA., Dr. DEMETRIO CRESPO, E., MAROTO CALATAYUD, M., Ed. B de F, Buenos Aires, 2.014, págs. 381 a 407. Asimismo, como ejemplos de resoluciones donde se trata la responsabilidad de las personas jurídicas, podemos destacar las siguientes: STS 154/2.016, de 29 de febrero. Esta R. se ocupa de los requisitos y fundamentos de la RPPJ, así como del concepto del “provecho” como requisito necesario para declarar la RPPJ. Además dicha sentencia se ocupa, tanto de la cuestión del derecho de defensa de la persona jurídica, como de la representación de la misma por persona física, también acusada en el procedimiento. STS 514/2.015, de 2 de septiembre: cuando afirma que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal. STS 221/2.016, de 26 de marzo: esta sentencia absuelve a una persona jurídica acusada de un delito de estafa, y expresa que la compañía solo responde cuando por su parte se haya incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de actividad, matizando

que se deberá atender a las circunstancias concretas del caso. Un defecto estructural de los modelos de gestión, vigilancia y supervisión son la base de la responsabilidad del delito por la que se puede imputar a una persona jurídica. Asimismo, trata el derecho a la presunción de inocencia, y expone que (la acusación) la Fiscalía es quien debe acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. STAP Zaragoza 176/2.016, de 22 de septiembre, donde se absuelve a una persona jurídica relacionada con el mundo del automóvil del delito y a una persona física, y por otro lado, condena a otra física por un delito de estafa. STS 4728/2.016, de 3 de octubre, que confirma la previa sentencia de la Audiencia de Barcelona. Se trata de una estafa procesal relacionada con la emisión de un pagaré. ATS 9768/2.016, de 16 de septiembre, se ocupa de la cuestión de competencia negativa por un delito de estafa cometido por persona jurídica. Además podemos citar dos sentencias donde aun no habiéndose acusado por el delito de corrupción entre particulares, el comportamiento sí podría haber sido subsumido en este delito. La primera, es la STS Núm. 671/2.013, de 19 de julio de 2.013. Se cuestiona la existencia de un delito de falsedad y otro de estafa. Exponemos de forma sintética los hechos probados de la misma para evidenciar la similitud con el comportamiento del delito del art. 286 bis. Durante los años 1.999, 2.000 y primer cuatrimestre de 2.001 (concretamente hasta el 17 de abril) el trabajador de un gran supermercado (X) que desempeñaba tareas de auxiliar administrativo en el departamento de charcutería, (en adelante el charcutero), contactó con un tercero que se dedicaba a proveer de manera residual a la cadena hostelera en la que trabajaba el mentado charcutero, (en adelante, el proveedor). El proveedor servía bolsas para el envasado al vacío. El charcutero recomendó y presentó a este proveedor a la empresa (Y) en la que trabajaba. El charcutero realizaba las compras de utensilios para la venta de los productos de charcutería, quesos, ahumados y de bolsas para el envasado al vacío que compraba a su empresa. Éste recibía del proveedor comisiones que oscilaban entre el 30 y el 40 % del importe de la factura, habiendo recibido en dos años, y por ese concepto un total aproximado de 1.300 millones de pesetas. El porcentaje pactado entre los coacusados se correspondía con el margen de beneficio que le restaba la empresa de Serveis (Y) facturando a (X) al precio que lo hacía el anterior proveedor por el mismo producto. Para justificar esas cantidades recibidas, el charcutero, sin dejar de ser empleado de X, se dio de alta como comercial para (Y), facturándole así las comisiones por diferentes conceptos sin corresponderse ninguno de ellos con la realidad. El charcutero tenía previsto dejar voluntariamente (X) en el mes de abril, por lo que aprovechando los últimos meses en la empresa realizó pedidos exorbitados a (Y) para incrementar de ese modo las comisiones percibidas. Hasta julio de 2.000 las validaciones y control se realizaban a mano, desde ese mes toda la tramitación era automática mediante el sistema informático. El charcutero era conocedor de dicho sistema. La validación inicial del pedido la realizaba con su propia clave personal. El proceso completo desde que se comprobaban las necesidades del departamento correspondiente hasta que se realizaba el completo pago era el que sigue: se debían controlar las necesidades de abastecimiento de las bolsas de envasado, después se hacía el pedido por el charcutero, se cursaba. La mercancía debía recibirse de manera efectiva y controlarse para estampar la firma. Algunos albaranes de recepción los firmaba el charcutero y eran introducidos en el sistema informático. Cuando se recibía la factura en el departamento comercial de compras, se registraba por parte del charcutero (y a su vez se "casaban" con la entrada en almacén de manera automática). Se emitía por el departamento en el que trabajaba el charcutero el documento y validaba con las firmas de sus superiores, posteriormente se elevaba al departamento financiero. Dicho departamento, lo introducía contablemente, comprobaba, firmaba, daba el visto bueno y se pasaba a Tesorería. El "sistema" extraía la remesa diaria de pagos. Los responsables pasaban con su visto bueno dicho listado de pagos. Los

apoderados ordenaban con su firma el abono de todos los importes a una de las seis empresas de *confirming* con las que trabajaba (X). El proveedor (Y), cobraba a través de (Z). Una vez que se había abonado el importe a cada uno de los proveedores relacionados en las órdenes emitidas por (X), la empresa (Z) daba cumplida cuenta de todos y cada uno de los pagos a la empresa ordenante, (X) a modo de recibo. La cadena de supermercados, realizaba además la contabilidad legal a la que venía obligada, la llevanza de los libros mercantiles preceptivos, memoria. (X) estaba sometida además a un control externo de cuentas anuales con los Auditores de una importante Consultora. (X), presentaba los libros contables con el correspondiente control de existencias previo inventario, declaraba impuestos de IVA interior y comunitario, Impuesto de sociedades, y se desgravaba en dichas operaciones las facturas de (Y). Durante todos esos años, no se detectó por parte de (X) el ingente número de pedidos de bolsas de envasado, que se incrementó en más de un 400% en el período de dos años, pese a que dichos datos se reflejaban en las entradas, y en las facturas que fueron todas ellas registradas, validadas, contabilizadas, firmadas y pagadas. Cada departamento anterior o posterior al pago (recepción de mercancía, control de stock, registro albaranes, registro facturas, asientos contables, orden de pagos, recibos), estampaba en el documento un mínimo de dos firmas habilitantes, para dar su visto bueno y remitir la validación al departamento posterior. No consta por parte de (X) la comprobación real y efectiva de todos y cada uno de los pasos que realizaba hasta el completo pago. (X) no comprobó la realidad de los datos que obraban en sus ficheros, ni verificó que las entradas de mercancía se hubieran efectuado. En la sentencia no quedó acreditado que (Y), a través del charcutero, y de un tercero, emitiese albaranes y facturas falsas, tampoco que se sirviesen menos pedidos de los cursados y pagados. Otra resolución, la STS Núm. 1167/2.010 de 9 de diciembre de 2.010. Esta sentencia estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia absolutoria dictada en proceso seguido por delito continuado de estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que condena al acusado por el delito de estafa. Exponemos a continuación los hechos: un director de aprovisionamiento, (en adelante El director), cuyas funciones eran la de contactar y seleccionar los proveedores de una empresa dedicada a la prestación de servicios contactó con un tercero, (en adelante El tercero), titular de la empresa (X) con el fin de entablar relación comercial para pasar a ser proveedora la empresa en la que trabajaba El director, elaborando folletos, catálogos, muestrarios, embalajes, etc. Siendo de interés de dicha empresa (X) el poder abastecer a un cliente de la entidad de la empresa en la que trabajaba El director, y valiéndose de la confianza generada por su trayectoria laboral en ésta, El director instó a El tercero a elevar al alza el importe correspondiente al precio del material que fuese sirviendo, en porcentaje que no superaba el 10% y que en cualquier caso no sobrepasó en ningún momento los márgenes de precios del mercado en ese sector comercial. Así lo hizo El Tercero, generando facturas distorsionadas y entregando la diferencia personalmente a El Director quien a su vez las presentaba a su aprobación en el comité de dirección de la empresa en la que trabajaba El director, al que pertenecía, haciéndolas pasar por el importe real del valor de los bienes suministrados.- Por tales medios El director, desde el año 2.000 hasta el mes de febrero de 2.006, percibió 153.484,93 euros correspondientes al porcentaje detraído de noventa facturas (por importe conjunto de 1.534.849,43 euros), emitidas por la referida empresa donde trabajaba El director y satisfechas por ésta.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

jurídicos (Jueces⁷³⁶ y Fiscales⁷³⁷), como por la doctrina científica⁷³⁸ nos ayudará en el estudio de ciertas cuestiones interpretativas de gran trascendencia en el objeto de este apartado.

⁷³⁶ Auto del 11 de enero de 2.016 del Juzgado Núm. 2 de Pamplona (D.P 112/2.015); STS Núm. 3813/2.015, Secc. 1ª, de 2 de septiembre de 2.015; STS Núm. 154/2.016, de 29 de febrero de 2.015; STS 221/2.016, de 16 de marzo.

⁷³⁷ Circular 1/ 2.016, sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la L.O 1/2.015. Y, anteriormente, la Circular 1/2.011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 5/2.010.

⁷³⁸ La doctrina científica ha elaborado comentarios en monografías y en obras colectivas, además de ocuparse y sometido a crítica, tanto las sentencias dictadas por la Sala de lo penal del TS sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, como sobre la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/ 2.016. SEGRELLES DE ARENAZA, I., “Alcance de la exención de responsabilidad por los programas de *Compliance...ob. cit.*, cuando afirma que la *esencia* del *compliance*, (establecida en el art. 31 bis de CP) tiene como objetivo evitar la lesión o puesta en *peligro de sus bienes jurídicos protegidos*. Es “un instrumento para regular (autorregulación) el riesgo permitido, y está compuesto por un conjunto de criterios que pertenecen a la institución dogmática de la *imputación objetiva* (de la acción y del resultado) que es, a su vez, un *elemento del tipo del injusto penal*”. DEL ROSAL BLASCO, B. “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2.016 y 221/2.016 y sobre la Circular Núm.1/2.016 de la Fiscalía General del Estado”, Diario La Ley, Núm. 8732, Sección Doctrina, 1 de Abril, págs. 1 a 13; GÓMEZ TOMILLO, M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2.016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín”, Diario La Ley, Núm. 8747, Sección Doctrina, 22 de Abril de 2.016, págs. 1 a 11; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El TS ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aviso a navegantes judiciales”, Diario La Ley, Núm. 8632, Sección Tribuna, 26 de Octubre de 2.015, págs. 1 a 7; GUTIÉRREZ PÉREZ, E., “La Circular 1/2.016 de la Fiscalía General del Estado sobre personas jurídicas o el retorno a los ecos del pasado”, Diario La Ley, Núm. 8707, Sección Doctrina, 22 de Febrero de 2.016, págs. 1 a 12; SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., “El derecho de las personas jurídicas a no autoinculparse por delito fiscal (Reflexiones a raíz de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2.016, y de las Sentencias del TS 154/2.016 y 221/2.016)”, Diario La Ley, Núm. 8737, Sección Doctrina, 8 de Abril de 2.016, págs. 1 a 19; NEIRA PENA, A.M., “La aplicación jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Reflexiones sobre la STS 154/2.016, de 29 de febrero, primera sentencia de condena del TS frente a una persona jurídica”, Diario La Ley, Núm. 8736, Sección Tribuna, 7 de Abril de 2.016, págs. 1 a 9; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas (*Al hilo de las SSTs 514/2.015, 154 y 221/2.016*)”, Diario La Ley, Núm. 8766, Sección Doctrina, 20 de Mayo de 2.016, págs. 1 a 10; y RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica *El «delito de sospecha blindado» y la responsabilidad objetiva «impura» en la Circular 1/2.010 de la FGE*”, Diario La Ley, Núm. 7694, Sección Doctrina, 14 de Septiembre de 2.011, Año XXXII, págs. 1 a 10; GOENA VIVES, B., “Comentario al Auto del Juzgado de Instrucción Núm. 2 de Pamplona sobre el «caso Osasuna» *Perspectivas a partir de la*

Debemos advertir con carácter previo que en este momento no trataremos cuestiones referentes a las posibles deficiencias⁷³⁹ u opiniones en torno a su posible

Circular 1/2.016 de la Fiscalía General del Estado, sobre el procesamiento penal a personas jurídicas”, Diario La Ley, Núm. 8701, Sección Tribuna, 12 de Febrero de 2.016, págs. 1 a 7; DOLZ LAGO, M.J., “Sobre el estatuto penal de la persona jurídica como sujeto responsable. A propósito de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011”, Diario La Ley, Núm. 7665, Sección Tribuna, 4 Jul. 2011, Año XXXII, págs. 1 a 4; También acudir a RODRÍGUEZ MOURULLA, G., “El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas según la Circular 1/2.011 de la Fiscalía General del Estado”, en *Libro homenaje al profesor LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS*, VV.AA., Coords. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013, págs. 187 a 209. Ver, asimismo a HORMAZÁZAL MALAREÉ, H., “Personas jurídicas penalmente responsables y medidas cautelares. El auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, Diario La Ley, Núm. 8368, Año XXXV, Sección Tribuna, 2 de Septiembre de 2014, págs. 1 a 7; FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., “Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2.016 y Sentencias del TS 154/2.016, de 29 de febrero y 221/2.016, de 16 de marzo”, InDret 2/2.016, Barcelona, Abril, 2.016, págs. 25 y ss.

⁷³⁹ Por ejemplo cuando se acusa al sistema vicarial de RPPJ de que es un modelo de imputación que puede crear "mecanismos para deslizar riesgos de comisión de delitos" de los administradores a los subordinados, así como la posibilidad de la adopción de una "actitud obstruccionista de la investigación judicial o administrativa". Al respecto acudir a NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.015, pág. 70; En un sentido similar, acudir ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los artículos 31 bis y 129 del CP", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013, págs. 64 y 65. Al respecto este autor explica que, este modelo "beneficia a las grandes empresas y perjudica a las pequeñas", en tanto que en "estructuras empresariales simples es más fácil encontrar al responsable individual, y que éste se encuentre además en la cúspide de la organización". Asimismo, (continúa explicando este autor), "este modelo resulta «disfuncional», en la búsqueda de los objetivos de la responsabilidad colectiva: si la responsabilidad de la empresa y la del superior se aúnan, lo lógico es que éste vuelva a cerrar los ojos, y así, evitará, no solo su responsabilidad, sino la de la empresa...Lo que ocurrirá es que el superior buscará un subordinado, un chivo expiatorio que cargue con la culpa...liberándole a él y a la empresa de responsabilidad...el sistema vicarial tiene el efecto de desaliento de todo sistema de responsabilidad objetiva: la empresa nunca ve reconocido sus esfuerzos organizativos encaminados a evitar los hechos delictivos...(esto), no incita a colaborar con la Administración de Justicia, sino que refuerza el pacto de silencio entre el infractor y la empresa...es lo que algunos han venido llamando el efecto perverso de la responsabilidad vicarial", (pág. 65). En un sistema parecido, ver FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., "Fortalezas, debilidades y perspectivas de a responsabilidad penal de las sociedades mercantiles...ob. cit., págs. 135 y ss. Este autor desarrolla los argumentos por los que afirma la debilidad teórica de los sistemas vicariales, afirma que "la responsabilidad basada en la transferencia crea más problemas que resuelve cuando nos movemos en el

inconstitucionalidad⁷⁴⁰; ni asimismo se tratarán detalladamente las concretas características de cada uno de los modelos, ni su plasmación en el Derecho

campo del Derecho Penal", (pág. 148). Tratando el debate político criminal en torno a la RPPJ, acudir a DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", InDret 1/2.012, Barcelona, 2.012, págs. 2 a 5.

⁷⁴⁰ Inconstitucionalidad respecto al modelo de responsabilidad objetiva que representa este modelo, y por ende la crítica al principio de culpabilidad que representa. Tratando este aspecto, acudir a NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*", pág. 69. Asimismo, acudir a la obra de TORO PEÑA, J. A., "La persona jurídica en el proceso penal. Aspectos civiles, europeos, penales y procesales", Ed. Dykinson, Madrid, 2.012, págs. 71 y ss. Este autor se refiere, (al respecto) a la opinión que defiende el TS cuando reprocha este sistema de imputación, en tanto que es contraria al principio de presunción de inocencia responsabilidad objetiva que fue regulada en la L.O 15/2.003. "Para que se produzca un acercamiento a la doctrina del Tribunal Constitucional, (Sentencia del Tribunal Constitucional 246/1.991, de diciembre), donde se establece «capacidad de infringir las normas a las que están sometidas», y en la «necesidad de protección eficaz» del bien jurídico, aunque «ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a cómo se hace respecto de las personas físicas» tiene que respetar el principio de responsabilidad subjetiva, porque excluye la validez de modelo de atribución", (pág. 71). Criticando la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ver DE TOLEDO Y UBIETO, E.O., "¿Responsabilidad penal para los entes sociales?", ADPCP, Vol. LXII, 2009, págs. 93 a 155; asimismo, DE TOLEDO Y UBIETO, E.O., "Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en derecho penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Núm. 57, 1.979, págs. 68 a 76; DE TOLEDO Y UBIETO, E.O., "Las actuaciones en nombre de otro", ADPCP, Tomo 37, Fas/Mes 1, 1984, págs. 24 a 39; MIR PUIG, S., "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", RECPC 06-01 (2004), págs. 7 y 9, "Pero sí existen razones muy importantes que aconsejan limitar al ser humano la capacidad de cometer delitos y de ser castigado con penas criminales. Tales razones no son solo dogmáticas, sino sobre todo político-criminales"; "Pues bien, imponer una pena a una persona jurídica o a una empresa es extender el grave reproche de la condena penal a quien no puede reprochársele el hecho como autor o partícipe culpable del mismo. Es evidente que una persona jurídica es una creación del Derecho incapaz de actuar por sí misma, carente de conciencia y de cualquier sentido de responsabilidad". DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", VV.AA., Memento Penal, 2.016, 3111, tratando el aspecto de las *dudas de constitucionalidad* en el Capítulo 9 denominado Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP español (una visión crítica)", *Revista Jurídica de Castilla y León*, Núm. 25, septiembre, 2.011, págs. 22 a 31, afirma el autor, las dos grandes críticas que pueden hacerse al modelo son: a) se trata de una responsabilidad ajena; b) se trata de una forma de responsabilidad — como mínimo— cuasi objetiva", pág. 23. Acudir a WEEZEL, V., "Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Polít. Crim.* Vol. 5, Núm. 9, Julio 2010, el autor critica al establecimiento de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. El autor afirma que, El dilema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas radica en que no existe una opción intermedia o de compromiso que permita tomar realmente en serio a la persona jurídica como sujeto penal, pues ello significa liberar de responsabilidad a la persona natural que encarna el órgano, o bien estar dispuesto a

comparado⁷⁴¹, o sus antecedentes en el ordenamiento jurídico español⁷⁴². Respecto al plano práctico al exceder del objeto de este trabajo tampoco abordaremos importantes cuestiones procesales⁷⁴³.

echar por la borda el principio de culpabilidad”, pág. 131. Ver la crítica de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, *Polít. Crim.* Vol. 5, Núm. 10, Diciembre, 2.010, cuando afirma que “el núcleo de la debilidad del argumento de *Van Weezel* reside en la falacia de la aseveración sobre la complejidad de determinados sistema organizativos. Dado que el propio autor hace referencia a “todo *sistema* relativamente complejo” debería indagarse sobre qué dice la teoría más versada en sistemas: la teoría de sistemas...ésta, apoyándose en los avances de las ciencias de la comunicación, parte de la base de que tanto conciencia como comunicación muestran los mismos caracteres de autorreferencialidad, recursividad y reflexión”, (pág. 456). Cfr. CUERDA RIEZU, A., “El principio constitucional de responsabilidad persona por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas”, en *Rev. Boliv. de Derecho*, Núm. 9, enero 2.010, págs. 210 y ss. Este autor afirma que no hay nada en la Constitución que prohíba la RPPJ.

⁷⁴¹ En el Derecho comparado existen diversos ordenamientos que regulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, (véase a Gran Bretaña y Estados Unidos, Francia, Italia, Bélgica,...). Los sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el entorno internacional pueden dividirse y clasificarse en sistemas directos o indirectos. Como ejemplo de éste último, se encuentra Francia que mediante su CP, (art. 121-2) se establece la responsabilidad no vicaria de la persona jurídica, en tanto no se precisa la previa responsabilidad de la persona física que actúe en su nombre. Por otro lado, se encuentra la responsabilidad penal indirecta, cuyos ordenamientos que la recogen son, Italia y Bélgica ; este modelo establece una responsabilidad solidaria de la persona jurídica respecto a las consecuencias económicas del delito cometido por una persona física, (multa o indemnización), quedando obligada al pago; sin perjuicio de la posibilidad de repetir ulteriormente; véase esta clasificación en SÁNCHEZ MELGAR, J., “Aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevos modelos de imputación”, en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, VV.AA., Coord. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013, pág. 41. Asimismo, tratando los concretos modelos adoptados por los ordenamientos jurídicos de Francia, Reino Unido, EE.UU, acudir a NIETO MARTÍN, A., “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*”, pág. 69. Asimismo, acudir a la Tesis Doctoral de COSTA SANJURJO, P., “Organización de empresas y responsabilidad penal corporativa”, Departament d’Organizació d’Empreses de la Universitat Politècnica d’Empreses, (Dentro del Doctorado en Administración y Dirección de Empresas EPSEB), Abril del 2.015. Asimismo, tratando la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados Miembros, acudir a BACIGALUPO SAGGESE, S., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*”, págs. 313 a 349; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La unificación del Derecho penal en Europa”, *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales, Saberes*, Universidad Alfonso X el Sabio, Vol. I, 2.003, págs. 26 a 28; GÓMEZ TOMILLO, M., “*Compliance* penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.016, págs. 3 a 7; MORA NAVARRO, N.A., “Actualización de la política criminal en

materia de responsabilidad de la persona jurídica”, Revista CES Derecho, Vol. 5, Núm. 2, Julio-Diciembre, 2.014, págs. 246 y ss.; FOFFANI, L., “Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?”, RGDP, Núm. 10, 2.008, págs. 1 ss., donde a partir de la explicación de las distintas modalidades de culpabilidad las relaciona con los distintos ordenamientos jurídicos que la siguen: BACIGALUPO ZAPATER, E., “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de “*compliance*”...*ob. cit.*, pág. 1. Asimismo, acudir a MUÑOZ DE MORALES ROMERO y NIETO MARTÍN, A., “Mucho más que una circunstancia atenuante: contenido y efectos prácticos de los programas de cumplimiento normativo en el Derecho Penal Comparado...*ob. cit.*, págs. 474 y 475. Afirmando la falta de exigencia de incorporar la RPPJ a nuestro ordenamiento jurídico, acudir a GRACIA MARTÍN, L., “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”, RECPC 18-05 (2.016), págs. 4 y 5. También en URRUELA MORA, A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la lo 5/2010: perspectiva de *lege lata*”, EPC, Vol. XXII, 2012, págs. 414 a 421.

⁷⁴² Tratando los antecedentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas acudir a TORO PEÑA, J.A., “La persona jurídica en el proceso penal. Aspectos civiles, europeos, penales y procesales”, Ed. Dykinson, Madrid, 2.012, págs. 39 y ss.; SÁNCHEZ MELGAR, J., “Aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevos modelos de imputación...*ob. cit.*, págs. 39 y 40; SÁENZ SOUBRIER, J.J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA ZABALLOS, E.B., VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013, págs. 113 y 114; MIR PUIG, S., “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*, págs. 1 a 7. Exponiendo los argumentos tradicionales contrarios a la responsabilidad penal de la persona jurídica, GRACIA MARTÍN, L., “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica...*ob. cit.*, págs. 6 a 12.

⁷⁴³ En atención a los derechos constitucionales de una persona jurídica cuando es investigada por su posible implicación en un hecho delictivo, TÁRRAGO RUÍZ, A., “Responsabilidad criminal de las personas jurídicas y el Ministerio Fiscal”, en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA ZABALLOS, E.B., VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013, págs. 311 a 326. Tratando el derecho a guardar silencio, BAJO FERNÁNDEZ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2.012, pág. 283. También, ZARZALEJOS NIETO, J., “Estatuto procesal del representante no imputado de la persona jurídica: ¿derecho a no declarar?”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, VV.AA., Ed. La Ley, Madrid, 2.012, págs. 263 y ss., Asimismo, acudir a GÓMEZ COLOMER, J.L., “La persona jurídica acusada en el proceso penal español...*ob. cit.*, págs. 56 y ss. Ver también a CUENCA SÁNCHEZ, J.C., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones procesales. Breve examen de la Ley 37/2.011, de 10 de octubre”, en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA ZABALLOS, E.B., VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013, pág. 223. También en DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, Coords. ZUGALDÍA ESPINAR,

J.M. y MARÍN DE ESPINOSA ZABALLOS, E.B., VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013, págs. 284 a 289. En atención a la declaración como testigo y la obligación de decir verdad, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos”, Diario La Ley, Núm. 7796, Sección Doctrina, 13 de Febrero de 2.012, Año XXXIII, págs. 6 y ss. Respecto al derecho a la presunción de inocencia, GÓMEZ MARTÍN, V., “Falsa alarma: *societas delinquere non potest*” en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Coord. ONTIVEROS ALONSO, M., VV.AA., Valencia, 2.014, Ed. Tirant lo Blanch, pág. 250 a 253. Asimismo, DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*”, págs. 289 a 301. Tratando los problemas relativos a la incompatibilidad de interés entre persona física y persona jurídica durante el proceso, acudir a SALVO, N., “Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*”, págs. 68 y 70. Asimismo, DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*”, págs. 289 a 301. En cuanto a la eventual conformidad que se acuerde, PÉREZ ARIAS, J., Sistema de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Ed. Dykinson, Madrid, 2.014, págs. 210 y ss. Asimismo, acudir a ROMA VALDÉS, A., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Manual sobre su tratamiento penal y procesal”, Coord. ESCOZ GARCÍA, I., Ed. Rasche, Madrid, 2.011, pág. 105. Asimismo, ver al respecto CUENCA SÁNCHEZ, J.C., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones procesales. Breve examen de la Ley 37/2.011, de 10 de octubre...*ob. cit.*”, págs. 223 y 224. Ver DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*”, págs. 301 a 306. También en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del CP”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013, pág.164. ; o las consecuencias y efectos de la declaración en rebeldía de la misma, SALVO, N., “Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*”, pág. 71, trata la regulación introducida mediante la Ley 37/2.011 un nuevo art. 839 bis LECrim. que establece que se realizará la requisitoria y, pasado el plazo fijado para comparecer se la declarará rebelde, prosiguiendo los trámites del proceso hasta su terminación. No obstante, no se ha establecido la posibilidad de celebración de la vista del juicio oral en su ausencia, por lo que en su defecto, mantiene el autor, deben interpretarse supletoriamente los principios constitucionales aplicables a las personas físicas. Asimismo, ver SALVO, N., “Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, VV.AA., Dir. GARCÍA ARÁN, M., Valencia, 2.014, pág. 71. Asimismo, CUENCA SÁNCHEZ, J.C., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones procesales. Breve examen de la Ley 37/2.011, de 10 de octubre...*ob. cit.*”, págs. 226 y 227. Ver también a DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*”, págs. 281 a 284. Ver también a ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*ob. cit.*”, pág. 164. En torno al límite a la obligación de colaborar en el procedimiento en el que la persona jurídica es investigada y la relación que puede establecerse con su derecho a no declararse culpable, SANGUINÉ, O., “Derechos fundamentales de las personas jurídicas en el proceso penal”, VV.AA., Coord. ONTIVEROS ALONSO, M., Valencia, 2.014, Ed. Tirant lo Blanch, págs. 430 a 462. DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*”, págs. 301 a 306. Asimismo, ver SALVO, N., “Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*”, pág. 63, cuando expone que en el Seminario realizado en la Universitat

Autónoma de Barcelona, el día 8 de junio de 2.012; el Fiscal de delitos económicos del TSJ de Catalunya, Francisco Bañeres manifestó, “que dada la complejidad y envergadura de ciertos delitos económicos, la investigación llevada a cabo por la propia empresa resulta imprescindible. Sin embargo, también resulta claro que deben imponerse límites a tal colaboración en aras a proteger las distintas funciones de los actores encargados de la investigación de los hechos que pueden ser imputados a la empresa...”. Ver asimismo a SALVO, N, “Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, VV.AA., Dir. GARCÍA ARÁN, M., Valencia, 2.014, págs. 70 y 71, cuando expone respecto a la concreta cuestión del delito de blanqueo de capitales, que “existiría un conflicto entre el derecho a la no autoincriminación y su compatibilidad con la obligación de declarar operaciones de blanqueo impuesta por la ley al abogado de la entidad. La directiva 2.001/97 indica que existe deber de revelación, sin embargo el 27 de julio de 2.007, en SSTDH, la Cámara Arbitral de Bruselas estimó que el abogado que conoce de actividades de blanqueo pero en una etapa preprocesal y en condiciones proto-ofensivas, tiene derecho al secreto profesional”; asimismo, continúa exponiendo, En el ámbito del delito de blanqueo, LO 5/2.010 que modificó el delito en cuestión plantea el problema para el abogado por el cobro que realice por la defensa de la persona jurídica, pues podría llegar a ser considerado sujeto activo de blanqueo, especialmente en lo relativo a la remuneración”. Asimismo, acudir a BELTRÁN GIRÓN, F., “La abogacía ante la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, VV.AA., Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA ZABALLOS, E.B., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013, pág. 215, cuando expone la problemática de la aplicación, en el ámbito tributario del art. 24 y art. 6 CEDH donde puede plantearse en la práctica una eventual colisión entre el derecho a la no autoincriminación y el deber de colaboración con la Administración Tributaria. Asimismo, tratándose este último aspecto, junto con la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2.016, acudir a SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., “El derecho de las personas jurídicas a no autoinculparse por delito fiscal (Reflexiones a raíz de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2.016, y de las STS 154/2.016 y 221/2.016)...*ob. cit.*, págs. 1 a 19. En atención a la existencia o no de conflicto de intereses respecto a las diversas declaraciones del testigo-investigado -persona que declara en calidad de persona jurídica y asimismo desarrolla tareas de gran importancia en ella-, ver STS Núm. 154/2.016, Sala 2ª, Secc. 1ª, de 29/02/2.016 donde se expone la cuestión de la posible “existencia de un conflicto de intereses procesales entre quienes, están legalmente llamados a llevar a cabo las funciones representativas, (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pueden incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc. Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta...que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante (*vid.* art. 31 quáter b) CP). En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las

Tradicionalmente se han venido exponiendo dos fórmulas básicas mediante las que se les atribuye responsabilidad a las personas jurídicas⁷⁴⁴. El primer modelo, **responsabilidad por transferencia, por atribución⁷⁴⁵, indirecta, derivada,**

autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación”. También ZARZALEJOS NIETO, J., “Apuntes sobre práctica de la prueba: ¿derecho a no colaborar?”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, VV.AA., Ed. La Ley, Madrid, 2.012, págs. 263 y ss. Acudir a ABASCAL JUNQUERA, A., “Problemas y soluciones a la imputación de las personas jurídicas en el proceso penal. Perspectiva legal y constitucional”, *Revista jurídica de Asturias*, Núm. 36, 2.013, págs. 131 a 133. CUENCA SÁNCHEZ, J.C., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones procesales. Breve examen de la Ley 37/2.011, de 10 de octubre...*ob. cit.*”, págs. 284 a 289. DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*”, pág. 223. Respecto al lugar que ocupa el abogado, COCA VILA, I., “La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos”, en *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, VV.AA., Dir. SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., Coord. MONTANER FERNÁNDEZ, R., Ed. Atelier, Barcelona, 2.013, págs. 301 y ss. También, ver GÓMEZ COLOMER, J.L., “La persona jurídica acusada en el proceso penal español...*ob. cit.*”, págs. 58 a 62. Tratando las cuestiones del intérprete, SALVO, N., “Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, VV.AA., Dir. GARCÍA ARÁN. M., Valencia, 2.014, pág. 71, “...aunque la legislación procesal no se ha pronunciado, no podría excluirse”...El TEDH, expone, “se basa en el Derecho de los Convenios para dilucidar su alcance, por lo que el mismo debería extenderse al acceso a la información inculpatoria cuando la persona jurídica esté domiciliada en el extranjero pero el hecho delictivo se hubiere cometido en territorio español y no existiere establecimiento en este último. También resultaría aplicable a todo lo relativo a la representación defensiva cuando el representante defensivo no conozca la lengua”.

⁷⁴⁴ NIETO MARTÍN, A., “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*”, pág. 68. En opinión de este autor, ambos modelos tienen un mismo fin, a saber, posibilitar la optimización del sistema de autorregulación interno para “prevenir” y “descubrir y sancionar” comportamientos delictivos, (pág. 69).

⁷⁴⁵ Explicando esta modalidad: “estableciendo la responsabilidad por hecho de otro, que supone que existe una transferencia de la responsabilidad de una persona a otra, denominándose de responsabilidad “por atribución o por imputación”, véase tal denominación en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Ley 5/2.010”, *Fórum Mediasegur*, abril, 2.011, http://www.fundacioninade.org/sites/inade.org/files/fm-20110412-lopezbarja_texto.pdf, pág. 12. También en SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español”, en *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, VV.AA., Dir. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., Coord. MONTANER FERNÁNDEZ, R., Ed. Atelier, Barcelona, 2.013, pág. 21.

vicarial⁷⁴⁶ o por representación⁷⁴⁷, según el cual será responsable la persona jurídica por aquellas conductas realizadas por los trabajadores en su concreta actividad laboral o

⁷⁴⁶ Existen en la doctrina científica muchos autores que vienen tratando la responsabilidad vicarial, [como por ejemplo, (ampliamente), GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU”, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2.006, págs. 43 y ss. El autor trata los presupuesto de imputación vicarial: “la actuación en el marco del empleo... y...la intención de beneficiar a la corporación...En síntesis; cuando un representante de la empresa lleva a cabo una actuación delictiva en el marco de su empleo y con la intención de beneficiar a la empresa, tanto su *actus reus* como su *mens rea* se imputa a esta última...”, (pág. 46). Ahondando sobre los límites del sistema vicarial, acudir a CUGAT MAURI, M., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las *Compliance*, *ob. cit.*, págs. 919 a 963; en concreto, trata la distinción conceptual entre la voluntad del órgano representante y la sociedad representada como premisa para la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica (págs. 928 a 931); y la distinción conceptual entre la voluntad del representante y de la representada como peligrosa fuente de impunidad (págs. 931 a 934); explicando diferentes interpretaciones del sistema vicarial, acudir a TORO PEÑA, J.A., “La persona jurídica en el proceso penal (Aspectos civiles, europeos, penales y procesales)”, Ed. Dykinson, Madrid, 2.012, págs. 71 a 74; (tratando la interpretación restrictiva de los hechos de conexión respecto al sistema vicarial), acudir a PALMA HERRERA, J., “Una propuesta de interpretación restrictiva en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *El Derecho y sus razones*, Actas del I Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho, Universidad de León, Ed. Bubok, Coord. DE CARVALHO LEAL, V. y USCANGA BARRADAS, A., León, Noviembre, 2.013, págs. 125 a 138. Tratando la debilidad teórica de los sistemas vicariales, por ejemplo, acudir a FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de sociedades mercantiles”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, VV.AA., Coord. ONTIVEROS ALONSO, M., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.014, págs. 147 a 151. Este autor mantiene que el sistema de heterorresponsabilidad (aunque se base como «teorías del hecho de conexión», presentan varios inconvenientes: el primero que se basa en problemas de legitimación, en tanto la persona jurídica (en este modelo) no es responsable del hecho propio (autorresponsabilidad), sino exclusivamente en tanto exista un hecho ajeno (heterorresponsabilidad); y la segunda objeción, de “naturaleza político-criminal o de eficiencia se basa en que en este modelo la persona jurídica responde con independencia de su comportamiento correcto o incorrecto, por lo que el Derecho Penal no sirve de estímulo para que se adopten determinadas medidas. Siendo imposible una prevención absoluta, las personas jurídicas tienen que asumir una especie de «lotería personal»...Ambos inconvenientes obedecen a una misma debilidad conceptual de este tipo de modelo: se mantiene en clave estrictamente individualista (identificación entre individuo y organización) por lo que no se diferencia adecuadamente entre individuo (infracción o responsabilidad individual) y organización (defecto organizativo o responsabilidad supraindividual)”, por lo que, “el modelo no deja margen a que pueda declararse responsabilidad individual sin responsabilidad corporativa (inflación de la responsabilidad penal) o viceversa, que no habiéndose comportado la sociedad de acuerdo a las expectativas jurídicas, ésta sufra las consecuencias sin necesidad de constatar la responsabilidad individual...”. Asimismo, este autor criticando y explicando sus razones, en SÁNCHEZ FEIJÓO, B.J., “El delito corporativo en el CP español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas...*ob. cit.*,

pág. 50, cuando afirma que, “los inconvenientes del modelo vicarial tanto desde el punto de vista de la legitimación jurídica, como de sus consecuencias prácticas, obedecen a una misma debilidad conceptual de partida: se mantiene en clave estrictamente individualista (identificación entre individuo y organización) por lo que no se diferencia adecuadamente entre individuo (infracción o responsabilidad individual) y organización (defecto organizativo o responsabilidad supraindividual). Las consecuencias son, en primer lugar, que el modelo no deja margen a que pueda declararse responsabilidad corporativa sin encontrar un culpable individual...en segundo lugar, a una excesiva responsabilidad penal cuando tiene como consecuencia que todo delito individual sin excepción sea definido como un delito corporativo. El modelo vicarial peca tanto por defecto como por exceso”. Criticando también el sistema vicarial, acudir a LASCURÁIN, J.A., “*Compliance*, debido control y unos refrescos...*ob. cit.*, págs. 122 y 123, cuando afirma que “...no me parece tolerable –no me parece constitucional- lo que propone la Fiscalía en la Circular 1/2.011: demostrado el delito individual, que se apañe la empresa con la prueba de que fue cuidadosa. Que demuestre su inocencia. Esto es desde luego incorrecto desde la comprensión de la culpabilidad por defecto de organización: es la acusación la que tiene que probar que un segundo sujeto hizo las cosas mal permitiendo dolosa o imprudentemente que el delito individual se cometiera. Pero creo que es también incorrecto desde la (a su vez incorrecta) perspectiva vicarial, que se sustenta en una omisión de control de los administradores que no se puede presumir...”. Criticando también la responsabilidad vicarial, ver ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*ob. cit.*, págs. 70 y 71, cuando afirme que “desde luego está claro que el modelo de responsabilidad criminal indirecta o de heterorresponsabilidad (*sistema vicarial*) no es –con muy buen criterio- el modelo elegido por el legislador penal español para configurar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Ello se deduce en primer lugar del hecho de que la atribución de la responsabilidad criminal a la persona jurídica se realiza *con total y absoluta independencia* de que se identifique o no (“levantamiento del velo”) a la persona física que actuando en su seno, o de que no se pueda proceder contra ellas por haber fallecido o haberse sustraído a la acción de la justicia. Se deduce en segundo término, de que no solo la actuación delictiva del *superior* determina la responsabilidad de la persona jurídica, sino también la de los subordinados. En tercer lugar, se deduce del hecho de que la culpabilidad de la persona jurídica sea independiente de la culpabilidad de la persona física que realiza el hecho de referencia o de conexión...Y se deduce, sobre todo, por último, de una interpretación constitucionalmente conforme del art. 31 bis CP –¡obvio es decirlo, preferible frente a las que no lo son!- ya que no es posible imponer una pena a una persona jurídica sin fundamentarla en un reproche *frente a la misma*...”. O también, DEL ROSAL BLASCO, B., “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2.016 y 221/2.016 y sobre la Circular Núm. 1/2.016 de la Fiscalía General del Estado”, *Diario La Ley*, Núm. 8732, Sección Doctrina, 1 de Abril de 2.016, pág. 8, cuando afirma que, “el modelo de la atribución, bien por la vía de la teoría de la identificación, bien por la vía de la responsabilidad vicaria estricta”, plantea...problemas, tanto en el plano “de la aplicación de los principios generales de imputación penal”, como en el plano práctico, afirmándose que “algunos de los cuales son irresolubles, como es el caso de las situaciones en las que la persona física actúa inculpablemente que determinaría un supuesto de responsabilidad sin Culpabilidad”. Tratando aspectos a favor y en contra, en BALDOVA PASAMAR, M.A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, *EPC*, Vol. XXXIII, 2.013, págs. 225 a 230.

mercantil⁷⁴⁸. La atribución de este modelo de responsabilidad requiere del cumplimiento de tres requisitos⁷⁴⁹: Primero, la existencia de un comportamiento ilícito por parte de un trabajador del ente empresarial (“cometidos por cuenta de las mismas y en su provecho por las personas físicas”: art. 31 bis. 1 a). Segundo, que dicho comportamiento ilícito haya sido fruto de las funciones encomendadas por dicho ente. Y tercero, que el comportamiento del autor se encuentre motivado por un ánimo ventajoso o beneficioso para el ente al que trabaje o se realice incumpléndose obligaciones o deberes que le competan al propio ente, (responsabilidad transferida a la persona jurídica por un deficiente “debido control”, en tanto que se ha cometido el delito por quienes estando sometidos a la autoridad de máximo nivel, pudieron realizar los comportamientos ilícitos por no haberse ejercido sobre ellos el expresado control: art. 31 bis 1 b)). Así se fundamenta la responsabilidad en la actuación de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva en tanto se compruebe un

⁷⁴⁷ Analizando el hecho de conexión y criticando su fundamento, acudir a JURADO CABEZAS, D., “El hecho de conexión del art. 31 bis 1 CP”, en *El Derecho y sus razones*, Actas del I Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho, Universidad de León, Ed. Bubok, Coord. CARVALHO LEAL, V. y USCANGA BARRADAS, A., León, Noviembre, 2.013, págs. 169 a 177; el autor analiza los distintos modelos de representación, tratando las instituciones del Derecho privado común y las instituciones del Derecho privado especial

⁷⁴⁸ NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*, pág. 68. Asimismo, acudir a ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*ob. cit.*, págs. 64 y 65. Respecto al modelo de heterorresponsabilidad, indirecto o vicarial, este autor afirma que, "implica que cuando un directivo o un representante de una persona jurídica cometa un delito éste debe imputarse a la persona jurídica, (responsabilidad por «reflejo» o de «rebote», siempre que haya actuado en el giro de la empresa y en el beneficio de la misma...Se trata de una responsabilidad que es reconducible a la figura del representante («teoría de la identificación, del alter ego o del responsable superior», donde hay que evaluar el comportamiento delictivo del agente para (ulteriormente) asignar...(dicho comportamiento y su reproche) a la persona jurídica (se trasfiere a la persona jurídica la culpabilidad de la persona física que ha actuado en su seno, por lo que es la responsabilidad de ésta la que hace culpable a aquélla", (pág. 64). Asimismo, tratando la heterorresponsabilidad penal de las personas jurídicas, acudir a GONZÁLEZ SIERRA, P., “La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP...*ob. cit.*, págs. 125 a 143.

⁷⁴⁹ NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*, pág. 69.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

hecho de conexión, (*a sensu contrario* no existiría responsabilidad, por cuanto no se prevé la responsabilidad objetiva por inconstitucional).

Como hechos de conexión se muestran básicamente dos; el generado por las personas con mayor nivel de responsabilidad en la empresa (I); y, aquellas personas indebidamente controladas por aquéllas (II). Tradicionalmente para justificar la RPPJ no solo se ha venido exigiendo el mentado hecho de conexión, ulteriormente se ha precisado la constatación de la culpabilidad por defecto de organización⁷⁵⁰. De ahí que se haya venido afirmando que el injusto se basa en el hecho de conexión (comportamiento realizado por otra persona física). La forma, por tanto, de justificar este modelo de imputación (la heterorresponsabilidad) no es otra que probar que la persona física ha realizado el comportamiento basándose en una determinada política de empresa (justificándose así la autorresponsabilidad de la persona jurídica)⁷⁵¹

El segundo modelo que se viene defendiendo por parte de la doctrina es el de la autorresponsabilidad o responsabilidad de **imputación propia, directa o autónoma**⁷⁵²

⁷⁵⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad), en *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, VV.AA., Ed. Civitas Thomson Reuters, Navarra 2.015, pág. 122.

⁷⁵¹ *Ídem.*, pág. 122.

⁷⁵² La responsabilidad autónoma de la persona jurídica ha sido tratada por diversos autores en diversas obras. No todos los autores que citamos ahora siguen este modelo. Aportamos obras bibliográficas que tratan este modelo, (tanto a favor, como en contra). GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas”, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2.006, pág. 146 y ss., el autor expresa que “...la atribución de un hecho propio -autorresponsabilidad- en contraposición a la imputación de un hecho ajeno -heterorresponsabilidad- parece compaginarse mejor con los estándares de responsabilidad que manejan en el Derecho penal moderno...uno de los defectos de los que han venido adoleciendo los modelos de responsabilidad penal tradicional es que no respondían a los parámetros fundamentales del Derecho penal. Sin embargo, los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial ofrecen un mejor anclaje con la distinción cualitativa que supone el Derecho penal...si se pretende que la pena siga manteniendo su significado comunicativo moderno, entonces lo que se imputa penalmente a la empresa debe ser algo propio y no algo ajeno”; también en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Cuestiones fundamentales de derecho penal económico. Parte general y parte especial”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.012, págs. 77 y ss., aquí el autor se ocupa de la incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Asimismo, acudir a GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.,

“Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, REPC, 08-05 (2.006), págs. 16 a 20, donde trata los fundamentos del concepto constructivista de culpabilidad empresarial, (contribución de la cultura empresarial a la vigencia de la norma, el sinalagma fundamental del Derecho penal empresarial y la participación de la organización empresarial en el discurso público). GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad), en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, VV.AA., Ed. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2.012, donde el autor desarrolla las teorías sobre el injusto propio de la persona jurídica, (el injusto del sistema, el injusto por organización de contactos sociales no permitida, y el injusto de la persona jurídica por su autoorganización defectuosa), págs. 136 a 139. Acudir para ahondar en los distintos modelos de culpabilidad de las personas jurídicas a GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., “Universitas delinquere potest”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Núm. 19, 2.002, págs. 44 a 46, (Tiedemann, Hirsch, Roxin,...); así como a GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, VV.AA., Ed. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2.012, el autor trata las diferentes extensiones-concepciones de la culpabilidad propia de la persona jurídica (por la conciencia especial de la persona jurídica, por el espíritu normativo de la persona jurídica, por la función del órgano, por la no evitación de los fallos organizativos de la persona jurídica, por la no evitación de las influencias criminógenas de la persona jurídica, por el carácter de la empresa, por la conducción de la actividad empresarial, por reprochabilidad ético-social empresarial, por defecto de organización, por su cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad), págs. 155 a 170. Ver también ROBLES PLANAS, R., “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, *InDret* 2/2.006, Barcelona, abril, 2.006, “la responsabilidad de la persona jurídica se construye a partir de la infracción de deberes propios que incumben exclusivamente a ésta y en esa medida puede hablarse de una «organización defectuosa de la empresa»...la aspiración última de este modelo es la de superar el defecto de atribuir responsabilidad objetiva a la empresa...el aludido conjunto de deberes cristaliza en una posición de garantía de vigilancia de la persona jurídica con respecto a la comisión de delitos: la responsabilidad de la persona jurídica es responsabilidad por infracción de deberes de control de lo que ocurre en su seno Este autor mantiene la dificultad en lo que respecta a la responsabilidad y su extensión”, (pág. 6). En su opinión la atribución de responsabilidad por los propios hechos precisa, a) que concurren determinados requisitos que relacionen al sujeto de la imputación con el hecho imputado; y b) que tal hecho que se encuentra relacionado al sujeto de la imputación *merezca la consideración de relevante para el sistema normativo que lo desaprueba o desvalora*. Asimismo, ver ROBLES PLANAS, R., “El hecho propio de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del CP de 2.008”, *InDret* 2/2.009, Barcelona, Abril, 2.009, pág. 5, “...tanto en el Informe del CGPJ como por un amplio sector doctrinal se afirma repetidamente que para evitar la imputación de hechos ajenos debe aislarse un hecho propio de la persona jurídica y que éste consiste en un “defecto organizativo”. Sin embargo, este pretendido hecho propio simplemente no existe. Estamos, más bien, ante una ficción construida para disimular la violación del principio de culpabilidad: tras el falso velo de la “culpabilidad penal de la persona jurídica” se oculta también aquí la culpabilidad de la persona física...el hecho no es propio de la persona jurídica porque ella no puede actuar con independencia de las personas físicas, de manera que el “defecto organizativo” es únicamente imputable a las personas físicas que lo han provocado o podían haberlo evitado. Por ello, el denominado “modelo de la responsabilidad por el hecho propio” no es más que una versión refinada del “modelo de

la responsabilidad por atribución o transferencia (vicaria)”. Asimismo, tratando la responsabilidad autónoma, acudir a CIGÜELA SOLA, J., “La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa”, TESIS DOCTORAL UPF/2014, Dirs. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. y PÉREZ DEL VALLE, C., Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2.014, págs. 330 a 336. Asimismo, PÉREZ ARIAS, J., “Sistema de Atribución de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas”, Dir. PERIS RIERA, J.M., Universidad de Murcia, Departamento de Historia Jurídica y de Ciencias Penales y Criminológicas, Murcia, 2.013, págs. 159 a 172. Tratando la capacidad de acción y la culpabilidad de las personas jurídicas, acudir a ZUGALDIA ESPINAR, J.M., “Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español”, 2.012, págs. 2 y 3, así expone que “las personas jurídicas son capaces de acción en cuanto que son destinatarias de las normas jurídicas y capaces de producir los efectos exigidos por dichas normas. De ello se deduce que, al mismo tiempo, pueden ser autoras de una infracción, esto es, que pueden realizar "acciones" (contratos, adopción de acuerdos, etc.) que "se expresan" a través de las acciones de sus órganos y representantes, pero que son al mismo tiempo, jurídica, sociológica y criminológicamente, "acciones de la propia persona jurídica" y expresión de su específico obrar corporativo (Seelmann). Y es que, dicho de otro modo -y por utilizar la fórmula de von Liszt- “quien puede concluir contratos, también puede concluir contratos ilícitos o incumplir los contratos concluidos. Y en lo que respecta a la culpabilidad, se admite generalizadamente que cabe hablar de una culpabilidad propia de la persona jurídica orientada a categorías sociales y jurídicas, aunque no exenta de valoración ético-social y que permite elaborar modelos de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. Esta culpabilidad –presupuesto de una pena orientada a fines exclusivamente preventivos- se ha fundamentado dogmáticamente de forma plural y libre, lo mismo que ocurre respecto de la culpabilidad de las personas físicas”. BACIGALUPO SAGGESE, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y sus órganos de gobierno (art. 31 bis y 129 CP)”, Ed. La Ley, Núm. 7541, Sección Doctrina, Año XXXII, 5 Ene. 2011, págs. 1 a 20; CARBONELL MATEU, J.C., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su «dogmática» y al sistema de la reforma de 2.010”, CPC. Segunda Época, Núm. 101, Septiembre, 2.010, pág. 22, “En definitiva, la Reforma parece adoptar un camino intermedio entre la responsabilidad directa de las personas jurídicas por hecho propio -que es el modelo defendido en este trabajo- y el de la traslación de responsabilidad derivada del hecho cometido por personas físicas como consecuencia del defecto de organización-modelo defendido por la doctrina mayoritaria y acogido en distintos ordenamientos de otros países”; Asimismo, acudir a DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas. Imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica”, en *Memento Práctico Francis Lefebvre*, VV.AA., Coord. MOLINA FERNÁNDEZ, F., Madrid, 2.015, págs. 343 a 352; GARCÍA ARÁN, M., “De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas” en *Comentarios al CP. Parte general*, VV.AA., Dirs. CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M., VV.AA., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.011, págs. 392 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del CP...*ob. cit.*”, págs. 8 a 10; GÓMEZ RIVERO, M.C., “Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general...*ob. cit.*”, págs. 353 y 354; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Fundamentos de derecho penal. Parte general”, VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, ed. 4^a, Valencia, 2.010, págs. 581 a 583; CUADRADO RUÍZ, M^a.A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso adelante...¿Un paso hacia atrás?”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Núm. 12, abril, 2.007, págs. 135 y ss. DÍAZ GÓMEZ, A., “Novedades del Proyecto de reforma de 2.013 del CP sobre la

responsabilidad de las personas jurídicas”, REDUR 11, 2.013, págs. 149-167, y DÍAZ GÓMEZ, A., “El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2.010”, RECPC 13-08, 2.011, págs. 3 a 6. MORILLAS CUEVA, L., “La cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas”, Anales de Derecho, Núm. 29, 2.011, pág. 7. FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., “Las características básicas de la responsabilidad de las personas jurídicas en el CP español”, en Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas., Ed. Civitas Thomson Reuters, VV.AA., Navarra 2.015, págs. 67 y 68. Acudir, respecto a los títulos de imputación, a SÁNCHEZ MELGAR, J., “Aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevos modelos de imputación...*ob. cit.*, págs. 59 a 61, cuando afirma “...hay algunos indicios de donde puede resultar que la responsabilidad de la persona jurídica es distinta a la responsabilidad de la persona física: 1)...que las circunstancias que atenúen o agraven la responsabilidad de las personas físicas que actuaron en nombre de las jurídicas, no se comunica a éstas últimas. 2) A que esa incierta tercera regla de imputación –que parece que no lo es- que hace responsable a la persona jurídica de los delitos que necesariamente se haya cometido en el seno de la misma, aun sin individualización o persecución de la física, parece que distancia ambas responsabilidades, 3) Que entre las atenuantes previstas para la persona jurídica se halla precisamente los planes de *compliance*, eso sí tras la comisión del ilícito penal, con vistas a que éste no vuelva a cometerse”, (pág. 57). Asimismo *Cfr.* RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)”, Diario La Ley, Núm. 7561, Año XXXII, Sección Doctrina, 3 de Febrero de 2011, cuando afirma, “se siga la teoría que se siga, la persona jurídica...siempre se considera desde una perspectiva *antropomórfica*, es decir, como una entidad que, como el ser humano *mutatis mutandi* tiene, una capacidad de deliberación, de decisión y de acción u omisión. Desde esta perspectiva ¿qué modalidad de conducta puede imputársele en el ámbito del tipo genérico previsto al efecto en el art. 31 bis y concordantes? En el segundo párrafo del art. 31 bis 1 es patente que se trata de un delito de comisión por omisión, pues se imputa a la persona jurídica por hechos que las personas físicas «han podido realizar (...) por no haberse ejercido sobre ellos el debido control (...)», es decir, que de haberse controlado los hechos por los responsables de la organización de la persona jurídica, estos no hubieran acaecido; es pues la no evitación del resultado por parte de esta entidad en posición de garante, lo que fundamenta la imputación objetiva de esta conducta de comisión por omisión (art. 11)”. Este autor trata la comisión por omisión como título de imputación objetiva, y la imprudencia como título de imputación subjetiva. El artículo también propone determinados criterios básicos para desarrollar un plan preventivo, (parámetros de prevención, ámbitos delictivos e instrumentos de prevención y evitación). Completar con la lectura de DEMETRIO CRESPO, E., “Responsabilidad penal por omisión del empresario”, Ed. Iustel, Madrid, 2.009, págs. 125 y ss, el autor trata el fundamento, contenido y límites de la posición de garante del empresario. También en DEMETRIO CRESPO, E., “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, VV.AA., Dirs. SERRANO-PIEDRECASAS, J.R. y DEMETRIO CRESPO E., Ed. Colex, Madrid, 2.008, págs. 61 a 83. *Cfr.* SCHÜNEMANN, B., “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, ADPCP, Vol. LV, 2.002, págs. 30 y ss. Acudir a GONZÁLEZ SÁNCHEZ, F.P., “Los delitos de cuello blanco y la exclusión del delito de apropiación indebida en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Derecho y Cambio Social, Año 8, Núm. 26, 2.011, págs. 27 y 28, el autor mantiene al tratar el delito de apropiación indebida, que pasar del *societas*

de la persona jurídica, o de culpabilidad de empresa⁷⁵³. En este momento, y dado que nos ocupamos de la denominada culpabilidad empresarial, debemos realizar una precisión conceptual obligada y previa al respecto. Tal y como expone PALMA HERRERA hay que diferenciar dos conceptos: «culpabilidad de empresa» que se refiere a “un modelo de atribución de responsabilidad penal al ente jurídico en el que este responde por el hecho propio y no por el hecho de la persona física que se encuentra detrás”⁷⁵⁴ -modelo vicarial o de heterorresponsabilidad-, y «culpabilidad» en su acepción técnica -como elemento del delito-. En este momento nos referimos a la culpabilidad «de» empresa. En este sentido se ha venido manteniendo la denominada

delinquere non potest a la responsabilidad directa y autónoma de las personas jurídicas es una idea positiva, pero se encuentra condicionada por las estructuras de imputación del Derecho penal clásico. En su opinión, no se ha sabido dar respuesta a las inquietudes de quienes tratan de acabar con el esquema de impunidad de los dirigentes de (las) sociedades.

⁷⁵³ NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*, pág. 70. Modelo seguido en Italia, Reino Unido, (mediante la *Bribery Act*), Suiza, Australia, Chile, EE.UU y España. Crítico con este modelo, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática”, *Revista Otrosí*, Núm. 6, abril-junio 2.011, pág. 10, así mantiene este autor que, el «defecto de organización» es un modelo que se basa en un “defecto de organización estructural que padece la propia persona jurídica y que hace posible la comisión del delito por parte de la persona física”. Así, continúa exponiendo el autor, “la ausencia del «debido control», que menciona el párrafo segundo del apartado 1 del art. 31 bis, dio pie para que algún autor sostenga que «para hablar de delito se debe exigir que la persona jurídica haya incurrido en un defecto de organización (por no haber adoptado las medidas preventivas exigibles para evitar dicho delito (Jacobo Aller)...el citado párrafo segundo del apartado 1 del art. 31 bis no fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica en un defecto de organización de la misma, sino en la ausencia del debido control del representante o administrador sobre las personas sometidas a su autoridad. Resulta muy significativo que la relación de sometimiento no se establezca partiendo de la autoridad de la persona jurídica, sino —literalmente— de las «personas físicas» mencionadas en el párrafo anterior. Se trata, por tanto, de la falta de control de unas personas físicas, y no de los órganos sociales, sobre otras personas también físicas sometidas a la autoridad de las primeras. De suerte que también en los casos en que la sociedad posea una perfecta organización, su responsabilidad surgirá a tenor del citado precepto, si las personas físicas mencionadas incurrirán individualmente en esa especie de culpa *in vigilando* o *in eligendo*. También en este supuesto la responsabilidad de la persona jurídica se fundamenta en un comportamiento de la persona física”.

⁷⁵⁴ PALMA HERRERA, J., “Una propuesta de interpretación restrictiva en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*, pág. 163. *Cfr.* CUELLO CONTRERAS, J., “El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica”, *RECPC*, 15-03 (2.013), pág. 3, 7 y 8.

«culpabilidad por organización» (o defecto de organización) como un concepto social de culpabilidad. Dicha culpabilidad supone que el delito realizado por un administrador o por un empleado genera responsabilidad penal para la persona jurídica, en tanto que se parte de que el delito surge o nace de una organización defectuosa⁷⁵⁵, como

⁷⁵⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., "Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles...*ob. cit.*, pág. 159. Tratando este aspecto, acudir a BACIGALUPO SAGGESE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y sus órganos de gobierno...*ob. cit.*, pág. 6, "el modelo de imputación debe basarse sobre la existencia de un hecho de conexión y sobre la idea de la culpabilidad por defecto de organización. El defecto de organización no solo debe ser un requisito de la responsabilidad por la infracción del deber de vigilancia de los administradores sobre sus subordinados, sino el presupuesto general que legitima la aplicación de una pena a una persona jurídica". Tratando la teoría del defecto de organización, acudir a GARCÍA CAVERO, P., "Derecho Penal económico. Parte general...*ob. cit.*, pág. 679, cuando explica la culpabilidad de organización de la persona jurídica citando a TIEDEMANN, (como desarrollador de esta teoría) y a HIRSCH. Asimismo, acudir a GARCÍA CAVERO, P., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Derecho Penal y criminología*. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Vol. 26, Núm. 78, pág. 144, cuando expone que "se sanciona a la empresa por la comisión de delitos realizados por sus miembros o subordinados. El injusto ya no es el injusto propio de la persona jurídica: el haberse organizado defectuosamente durante el desarrollo de sus actividades, de manera que se ha favorecido la comisión de un hecho delictivo. Se trata de un injusto de organización que no dependerá, en principio de ningún resultado". Crítico con este modelo, CARBONELL MATEU, J.C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su «dogmática»...*ob. cit.*, pág. 22, al expresar, "La mayoría de las legislaciones, especialmente las europeas, están introduciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. O, al menos, eso afirman. Pero lo hacen utilizando la fórmula de traslación de la responsabilidad por el hecho cometido- aunque no está declarado procesalmente- por una persona física, y en virtud del «defecto de organización» o de la ausencia del ejercicio del debido control. La dificultad consiste...en imputar el hecho cometido y no la omisión organizativa. Hay una confusión entre aquello que permite fundamentar un castigo- y por eso la doctrina lo propone en sede de culpabilidad- y el objeto de imputación, que resulta ser el hecho típico cometido. Estamos ante una concepción de la persona jurídica como un ámbito espacial, «un campo de juego» que propicia la comisión de delitos. Y se olvida que la persona jurídica es, ante todo, un sujeto de Derecho con capacidad de acción propia, al menos si los argumentos aquí defendidos son correctos. Y, por tanto, su responsabilidad debería establecerse como tal sujeto que actúa, que decide. Mal se entiende que pueda ser responsable por omitir controles internos y no por omitir declaraciones fiscales o incluso controles medioambientales, cuando no por adoptar acuerdos de ejecución positiva, tales como derruir un monumento de interés cultural". Ver la concreta posición de BACIGALUPO SAGGESE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y sus órganos de gobierno...*ob. cit.*, pág. 6, cuando afirma: "El defecto de organización no solo debe ser un requisito de la responsabilidad por la infracción del deber de vigilancia de los administradores sobre sus subordinados, sino el presupuesto general que legitima la aplicación de una pena a una persona jurídica". Asimismo,

culpabilidad por el carácter⁷⁵⁶. Este modelo ha sido fundamentado como única base de punición de las organizaciones empresariales⁷⁵⁷. El hecho ilícito del particular (trabajador, director) “represent(a) una objetivación, concreción y realización de la organización defectuosa o de la omisión de políticas empresariales de cumplimiento de la legalidad penal...(y) así el funcionamiento de las organizaciones se juridifica”⁷⁵⁸. Este modelo aun habiendo sido fundamentado y desarrollado por importantes penalistas ha sido, asimismo, criticado por parte de la doctrina. Se le achacan los mismos problemas que a la teoría vicarial expuesta. Se afirma que se vulnera el principio de culpabilidad⁷⁵⁹ al arbitrarse como si de responsabilidad objetiva se tratara⁷⁶⁰. En tal

acudir a DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, Núm. 1, del CP”, CPC, Núm. 103, I, Época II, mayo, 2011, págs. 92 a 94.

⁷⁵⁶ Así lo expone NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal”, Nueva doctrina penal, Núm. 1, 2.008, pág. 10, cuando afirma que, “a la culpabilidad de empresa como mala cultura corporativa, o como defecto de organización puede añadirse aún otra posibilidad más: para algunos autores la culpabilidad de empresa es culpabilidad por el carácter, culpabilidad por la conducción de la empresa, esto es, un caso de derecho penal de autor. Así lo mantienen entre nosotros, por ejemplo, Lampe. A su juicio, y no le falta razón, este derecho penal de autor empresarial sería constitucionalmente admisible. Pues mientras que el Estado carece de legitimidad para señalar a los individuos cómo tienen que conformar su carácter, en definitiva, organizarse internamente, sí que puede exigir que las corporaciones adopten determinadas formas de organización de forma permanente”.

⁷⁵⁷ Con referencia al injusto típico como defecto organizativo, acudir a GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del CP”, Diario la Ley, Núm. 7534, Secc. Tribuna, 23 de diciembre de 2.010, pág. 5 y ss. De manera opuesta, CIGÜELA SOLA, J., “El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la persona jurídica”, InDret.1/2.016, Barcelona, enero, 2.016, pág. 5 y ss.

⁷⁵⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles...ob. cit., págs. 162 y 163. Asimismo, Cfr. NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la L.O 5/2.010”, Revista Xurídica Galega, (REXURGA), Núm. 63, 2.009, págs. 47 a 70, “El delito cometido por la persona natural constituye una condición objetiva de punibilidad, a partir de la cual debe investigarse el verdadero fundamento de la responsabilidad del ente, el defecto de organización. En realidad, sería posible establecer un delito por parte de la persona jurídica absolutamente consistente en una falta de organización, con independencia de si se ha plasmado o no en la comisión de un concreto delito”, (pág. 61).

⁷⁵⁹ Tratándose (la tantas veces cuestionada) vulneración del principio de culpabilidad, acudir, por todos, a DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*, VV.AA., Vol. I, Coord. ARROYO ZAPATERO, L.A y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., Ed. Universidad de Castilla- La Mancha,

Salamanca, 2.001, pág. 984, “Conocidos son los problemas tradicionales a los que se enfrenta la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas construidas sobre el modelo de conducta individual de la persona física, las categorías de acción, culpabilidad y pena se acomodan mal, en su entendimiento dogmático más extendido, a las características de aquéllas, consideradas, desde esta perspectiva, incapaces de acción (falta la voluntad en sentido psicológico) y, en consecuencia, incapaces de culpabilidad. En cuanto a las penas –que, como las medidas de seguridad contempladas por el Derecho Penal, presuponen la comisión personal de un hecho típico y antijurídico– se reafirma su imposible conciliación con las exigencias del principio de personalidad e individualización y, en las medidas, con la peligrosidad criminal”. Acudir a DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Una ‘nueva’ línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas”, en *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, VV.AA., Coord. SAMPEDRO ARRUBIA, J.A. y MESSUTI, A., Ed. Universidad, Buenos Aires, 2.001. Criticando el defecto de organización, acudir a GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho penal de las personas jurídicas. El sistema español”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Núm. 25, Septiembre, 2.011, págs. 65 y 66, cuando afirma “pese al indudable sólido sustento de tales puntos de vista, desde nuestra perspectiva la tipicidad en el caso de delitos de personas jurídicas consiste en la realización de un hecho objetivamente típico por parte de un sujeto físico, el cual se imputa a la organización, no en la existencia de un defecto de organización que por sí mismo no explica tal imputación. Lo decisivo es que el hecho en cuestión, lesivo o peligroso para los bienes jurídicos, aparezca externamente como un hecho de empresa, con independencia de que proceda o no de un defecto organizativo. Dicho con otras palabras, el defecto de autoorganización no es la conducta relevante penal o administrativamente, típica, pues, sino, por ejemplo, la verificación de un vertido, la realización de una construcción ilegal o, en el marco del derecho administrativo sancionador, las maniobras contrarias a la competencia imputable al ente por tener sentido solo en conexión con ésta. El defecto de organización, por otra parte, resulta muy difícil de conectar causalmente con el resultado lesivo, toda vez que no es un hecho, sino un dato de naturaleza valorativa. Por el contrario, tal defecto, en nuestra opinión, sí que resulta relevante, en el juicio de culpabilidad, como aglutinador material de una pluralidad de elementos que permiten individualizar la responsabilidad de la entidad”. Ver las concretas puntualizaciones que realiza GARCÍA CAVERO al optarse por la teoría del defecto de organización, GARCÍA CAVERO, P., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*, pág. 144, “...podría castigarse a la personas jurídicas sin la lesión efectiva de un bien jurídico, afectándose así al principio de subsidiariedad del derecho penal...(y asimismo), el delito de la persona jurídica sería siempre el mismo: su organización defectuosa. Esta consecuencia no es negativa, pero podría presentar problemas de proporcionalidad, en la medida en que se castigaría a la persona jurídica con la misma pena por los delitos leves y graves cometidos por sus miembros....”.

⁷⁶⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J, "Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles...*ob. cit.*, pág. 159. Críticamente con el sistema de responsabilidad por defecto de organización, en tanto que “...se trata de un fundamento insuficiente o pobre –con independencia de que se le reconozca que representa un considerable avance frente a los modelos de heteroresponsabilidad- para establecer la responsabilidad de la sociedad mercantil o de la persona jurídica del titular de la organización empresarial. De la existencia de una especie de «injusto de la organización» («actuación no permitida en la organización») o lo que la doctrina LAMPE ha definido como «injusto del sistema» no se deriva necesariamente,...que ese injusto tenga que responder la

sentido se puede castigar a la persona jurídica cuando tan solo la persona física ha realizado el delito (una extensión del injusto propio).

Por tanto, el modelo de **imputación propia, directa o autónoma** responde ya no en orden al comportamiento de sus empleados, sino en atención al defecto de organización⁷⁶¹. Debemos decir que el fundamento de la autorresponsabilidad no es pacífico⁷⁶². Sin perjuicio de la existencia de más matizaciones al respecto, por un lado,

persona jurídica y no exclusivamente las personas físicas que se entienda que son competentes de la infracción de deberes organizativos desde sus presupuestos y responsabilidad”, (pág. 163). Crítico, asimismo, con este modelo PÉREZ ARIAS, J., “Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Ed. Dykinson, Madrid, 2.014, págs. 82 a 86, “...que la persona jurídica se encuentre en un grado de desorganización tal que resulta imposible prever e impedir la comisión delictiva. O dicho al contrario, la eficiente organización sería aquella en la que la libertad del sujeto queda controlada para ceñirla a la realización de hechos plenamente jurídicos...es injustificable (en tanto que sería como eliminar el libre albedrío en el sujeto humano, sustituyéndolo por un determinismo, pero aplicado a un subsistema social creado y administrado por el propio hombre, como es la persona jurídica), sino que dicho defecto de organización en modo alguno puede ser atribuido a la persona jurídica”. Acudir a FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa”, Ed. Lex Nova-Thomson Reuters, Pamplona, 2.013, págs. 131 a 133, el autor trata la culpabilidad de la persona jurídica, afirmando que “aun optando por el modelo de culpabilidad por defecto de organización, se mantienen evidentes trazas de responsabilidad objetiva, dado que se traslada la responsabilidad de las personas físicas que no organizan convenientemente a la propia sociedad en la tarea de detección de delitos”.

⁷⁶¹ Viendo las distintas concepciones ver pie de página *ut supra* donde se establecen las corrientes en las que puede clasificarse, (según el criterio de FEIJÓO y FOFFANI). Tratando, (por ampliar este aspecto) este tema, acudir a NIETO MARTÍN, A., “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*”, pág. 68. Acudir asimismo a GOMEZ-JARA DÍEZ, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Madrid, 2.011, págs. 35 a 38.

⁷⁶² Según NIETO MARTÍN, ambas discusiones en torno al fundamento de la culpabilidad en la autorresponsabilidad son estériles. NIETO MARTÍN, A., “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*”, pág. 70. Acudir a FOFFANI, L., “Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?...*ob. cit.*”, págs. 6 y ss., cuando distingue y clasifica cuatro modalidades de culpabilidad; a) *culpabilidad por la política de la empresa*: existiendo culpabilidad de la persona jurídica en dos supuestos; el primero, cuando ésta ha buscado en su proceder finalidades criminales o ha actuado realizando algún hecho delictivo; o, el segundo, cuando la política de empresa haya creado o aumentado (bajo criterios de probabilidad) la realización (por parte de dirigentes o empleados) de conductas ilícitas; b) *culpabilidad por la cultura de empresa*: “se trata de un concepto de derivación sociológica con el que se define una manera de ser, una mentalidad, un ambiente empresarial que favorece la comisión de delitos”; c)

se encuentran aquellos postulados que justifican su fundamento en el defecto de organización por inexistencia de un programa de cumplimiento eficiente. En tal sentido, se hace responsable a la persona jurídica por la omisión de la adopción de las medidas de precaución exigidas. Según BACIGALUPO SAGGESE la responsabilidad nace por el defecto organizativo, no por el comportamiento ilícito de la persona física⁷⁶³. Por ende, si no existe defecto de organización no podrá afirmarse la RPPJ (aun cuando se demuestre la existencia de un ilícito por parte de un empleado). Por otro lado, se encuentra una segunda gran corriente que justifica el fundamento del defecto de organización en el comportamiento antijurídico realizado por la propia persona jurídica. En opinión de ADÁN NIETO lo relevante no es la cuestión acerca del fundamento de la culpabilidad en esta modalidad de imputación, sino el debate en torno a la "estructura

culpabilidad por la organización: se fundamenta en la teoría que ve el delito de empresa como el indicador de la existencia de una patología en los procedimientos de gestión interna, como un síntoma de la presencia de un defecto de organización. Para detectar este defecto es necesario analizar en profundidad la estructura de la empresa y sus procedimientos organizativos internos: por esto se ha elaborado el concepto de «culpabilidad por la organización»⁷⁶³; y, d) *culpabilidad por falta de reacción*: Este último modelo de culpabilidad de empresa ha sido elaborado con referencia a los supuestos de lesiones cumulativas a bienes jurídicos supraindividuales⁷⁶³.

⁷⁶³ Acudir a la concreta postura mantenida por BACIGALUPO SAGGESE, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y sus órganos de gobierno...*ob. cit.*, pág. 6, cuando afirma “el defecto de organización no solo debe ser un requisito de la responsabilidad por la infracción del deber de vigilancia de los administradores sobre sus subordinados, sino el presupuesto general que legitima la aplicación de una pena a una persona jurídica”. Asimismo, acudir a BACIGALUPO SAGGESE, S., “El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos” en *Aspectos prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, VV.AA., Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2.013, págs. 80 a 89, donde el autor trata los criterios de imputación: hecho de conexión y culpabilidad de la persona jurídica; el autor afirma que “la imputación de un ilícito a una persona jurídica requiere, por un lado, la existencia de un hecho de conexión, la actuación en nombre o por cuenta de la sociedad y en provecho de la sociedad; y, por otro lado, la concurrencia de culpabilidad por defecto de organización”, (pág. 90). También en BACIGALUPO SAGGESE, S., “La responsabilidad penal de los entes colectivos: *societas delinquere non potest*”, en *Libro homenaje al profesor LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS*, VV.AA., Coords. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013, págs. 33 a 38.

temporal de la culpabilidad de la empresa"⁷⁶⁴. Es decir, la evidencia del "espacio relevante de tiempo"⁷⁶⁵ en el que la organización ha obrado sin una organización adecuada. Este autor lo asimila al derecho penal de autor, puesto que la culpabilidad se refiere "al «ser» de la corporación y no a las acciones concretas de la corporación"⁷⁶⁶.

A partir de la incorporación del precepto que articula e incorpora en nuestro ordenamiento jurídico la RPPJ se han dictado pocas resoluciones al respecto. Tan solo las dos últimas han tratado el aspecto referente al carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica⁷⁶⁷. Con anterioridad a la modificación operada en marzo de 2.015, se interpretaba (por algún sector) que la responsabilidad criminal era de tipo vicarial⁷⁶⁸. En el momento actual, y en el concreto plano forense penal viene discutiéndose el modelo de autorresponsabilidad, (véase el criterio de la STS núm. 154/2.016⁷⁶⁹) así como el modelo de responsabilidad **por transferencia**, "al

⁷⁶⁴ NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit.*, pág. 71

⁷⁶⁵ *Ídem.*, pág. 71

⁷⁶⁶ *Ibidem.*, pág. 71

⁷⁶⁷ STS de 29 de febrero de 2.016 que asimismo trata los requisitos y fundamentos de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el concepto de del "provecho" como requisito necesario para la responsabilidad penal de la persona jurídica. STS de 16 de marzo de 2.015, Núm. 154/2.016, (que también) aborda la ausencia de imputación formal de la misma y el respecto a las garantías constitucionales.

⁷⁶⁸ Circular 1/2.016, (sobre la RPPJ conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la L.O 1/2.015). La Circular ha criticado duramente la denominada responsabilidad (autónoma) de la persona jurídica, en tanto que ha afirmado que es una interpretación incongruente con el tenor literal del art. 31 bis. La persona jurídica se encuentra (en su opinión) condicionada a la previa comisión de un delito de manos de la persona física. Entre otras cuestiones, la Circular se basa en que la redacción original que expresa "haberse incumplido por aquéllos" remite a las personas físicas de la letra a). La Circular expresa que el art. 31 bis original se refería a "no haberse ejercido sobre ellos (los subordinados) el debido control" y esta redacción podría dar lugar a la interpretación favorable a considerar que el control se refería a la propia empresa y a sus programas. La Circular reconoce una responsabilidad, por tanto, vicarial de la persona jurídica.

⁷⁶⁹ Tratando esta sentencia y la ulterior (221/2.016) así como la Circular 1/2.016 de la Fiscalía General del Estado, acudir a DEL ROSAL BLASCO, B. "Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2.016 y 221/2.016 y sobre la Circular Núm.1/2.016 de la Fiscalía General del Estado...*ob. cit.* El autor, tratando los elementos esenciales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en lo que respecta al criterio de la sentencia Núm.

configurarse el debido control como **núcleo de antijuridicidad**⁷⁷⁰, recayendo la responsabilidad a la persona jurídica por los delitos cometidos en su nombre y

154/2.016, “el injusto empresarial estaría vinculado con una configuración organizativa defectuosa”, (pág. 3); asimismo, afirma que “esta interpretación...se basa en la convicción de que la responsabilidad penal de la personas jurídica se articula sobre el llamado modelo de la responsabilidad por el hecho propio, que no exige la transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales que se integran en su estructura organizativa, sino que es una responsabilidad de estructura «anónima» en cuanto a la intervención individual, aunque, de todos modos, resulte compatible con la atribución de responsabilidad individual a la persona o personas físicas que realicen la actuación delictiva”, (págs. 3 y 4). Acudir a DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa”, Diario La Ley, Núm. 7670, Sección Doctrina, 11 de julio de 2.011, Año XXXII, pág. 7 y 8, cuando afirma que fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un hecho propio de la misma es no comprender los fundamentos de dicha responsabilidad”. Este autor afirma que el «hecho propio» de las personas jurídicas no existe, es «una ficción construida para disimular la violación del principio de culpabilidad: tras el falso velo de la "culpabilidad penal de la persona jurídica" se oculta también aquí la culpabilidad de la persona física». Sigue afirmando que, la RPPJ se fundamenta en “una regla de distribución de costes, conocida como «responsabilidad (objetiva) por el peligro», que «presupone que el titular o titulares de una empresa, en virtud *del riesgo (permitido) especial* que la actividad empresarial supone (y de las ventajas asociadas), asumen una *responsabilidad especial ampliada* no basada en la culpabilidad» y la intervención penal se legitima como exigencia positiva «a los titulares de la empresa que la administración y la organización de la misma estén orientadas a las finalidades estatales de prevención y detección de delitos», desplazando «desde el Estado a las empresas los costes de la prevención y detección del delito»”.

⁷⁷⁰ POLO RODRÍGUEZ, J.J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos patrimoniales y su alcance", fiscalia.es, Ponencias formación continuada, pág. 6. https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/ponencias_formacion_continuada/1ut/p/a0/04_Sj9CPykyssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbz8Qx3dDBxNvC1NDPwMjQwMDPULsh0VAei-qo!/?paginaDestino=7. Afirmando que nos encontramos ante un modelo de heterorresponsabilidad, de atribución, o vicaria, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática...*ob. cit.*, pág. 9 y ss., cuando expresa que, “aunque algunos comentaristas se empeñen en sostener que la Reforma de 2.010 consagra la responsabilidad penal «directa y autónoma» de las personas jurídicas, el inequívoco tenor del texto legal...lo desmiente. Las personas jurídicas «serán penalmente responsables de los delitos cometidos...por sus representantes legales y administradores de hecho o de Derecho» y «serán también penalmente responsables de los delitos cometidos por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control...». Es cierto que la responsabilidad alcanza a la persona jurídica en cuanto tal, pero esto no quiere decir que la responsabilidad de esta, según el artículo 31 bis, sea una responsabilidad directa y autónoma. La persona jurídica no responde por algo que reside en ella misma, sin intermediación alguna, sino a partir de la comisión del delito por la persona física. Es una responsabilidad que asciende desde la comisión del delito por la persona física hasta la persona jurídica. La responsabilidad de esta proviene del delito que comete aquella. Se trata, en definitiva, de una

provecho. En la STAP de Madrid⁷⁷¹ se condena a una persona jurídica por un delito de estafa, (art. 251 bis 2 C.P) al declararse la comisión, participación directa, material y voluntaria en concepto de autor, habiendo sido realizado el comportamiento por el administrador único de la sociedad, transmitiéndose la responsabilidad penal a la persona jurídica por el comportamiento de su administrador vía art. 31 bis. Este criterio (vicarial) es el mantenido por la Fiscalía General del Estado en su última Circular publicada (Circular 1/2.016)⁷⁷², pero es diferente al reflejado en la STS de 2 de septiembre de 2.015, que defiende un modelo de autorresponsabilidad.

responsabilidad derivada, trasladada o transferida”. Explicando el modelo de heterorresponsabilidad y afirmando que es el escogido por el legislador (en virtud de la redacción del 2.010), sin perjuicio de mantener una firme convicción contra cualquier forma de culpabilidad de la persona jurídica, acudir a MIR PÜIG, S., “Las nuevas «penas» para las personas jurídicas: una clase de «penas» sin culpabilidad”, en *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Dirs. MIUR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., Coords. HORTAL IBARRA, J.C., VALIENTE IVÁÑEZ, V., Ed. B de f, Buenos Aires, 2.014, págs. 4 y 5, “de los dos modelos que se manejan en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, el de autorresponsabilidad...y el de heterorresponsabilidad..., la L.O 5/2.010 acogió el segundo. El Derecho español sigue así un modelo norteamericano de responsabilidad vicaria, que en dicho país se considera una forma de responsabilidad sin culpa”. El autor citando a de LA FAVE, “*Criminal Law*, West Group, ed. 3ª, 2.000, págs. 272 y ss., expone que LA FAVE incluye la responsabilidad de las empresas entre los casos de *liability without fault* (como responsabilidad sin culpa), donde este último autor agrupa en tres apartados: *strict liability* (responsabilidad objetiva, págs. 257 y ss.); *vicarious liability* (responsabilidad vicaria, págs. 265 y ss.) y “*enterprise liability*” (responsabilidad de empresa, págs. 272 y ss.), explicando que esta última una forma específica de *vicarious liability* pág. 274).

⁷⁷¹ Núm. 742/2014, de 17 de diciembre, Sección 3ª.

⁷⁷² Acudir a FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., “Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas... *ob. cit.*, págs. 24 y ss., respecto a las concretas críticas realizadas a la Circular, cuando expone, “Mi objeción esencial de partida a la Circular es que, en mi opinión, el CP ha establecido un modelo intermedio entre la autorresponsabilidad pura y el sistema vicarial, quedando excluidos tanto modelos extremos de responsabilidad propia como de responsabilidad por el hecho ajeno. Si bien es indiscutible que la responsabilidad de las personas jurídicas va referida a una acción u omisión dolosa o imprudente de una o varias personas físicas (art. 10 CP), a partir de este punto de partida tal responsabilidad *sui generis* tiene una fundamentación ajena a la culpabilidad de la persona física”, (pág. 24); “es un error de planteamiento entender que un modelo que no prescinde de la imputación del delito individual como presupuesto no pueda ser considerado un modelo de responsabilidad propia y que la única alternativa a un modelo puro de autorresponsabilidad sea un modelo vicarial. No es cierto que en el art. 31 bis la persona jurídica devenga responsable *por* los delitos cometidos por otros, sino, mejor dicho, *en relación*

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

Realizando una síntesis de lo hasta ahora expuesto, hemos hablado con carácter general de los modelos de RPPJ y hemos tratado algunas consideraciones doctrinales sobre las mismas, y creemos necesario manifestarnos a cerca del concreto tipo del injusto de la persona jurídica que nos parece más coherente con nuestros postulados, y por lo tanto, por el que nos regimos.

La nueva RPPJ se enmarca sobre criterios novedosos de delimitación del riesgo, de determinación de reglas (como veremos más adelante) de imputación objetiva que deberán ser interpretadas bajo concretos postulados normativos y no naturalísticos; a saber, los establecidos en el art. 31 bis: “incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control”, “modelo de prevención”, “eficacia de controles internos”, “protocolos o procedimientos que concreten proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica”.

Tal y como expresó el TS en su sentencia de 2 de septiembre de 2.015 la RPPJ debe estar fundamentada “en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal”⁷⁷³, de donde se sigue que debemos imputar la responsabilidad de ésta por un

a los delitos cometidos por otros. Pero que se trate de una modalidad de co-responsabilidad en la que la responsabilidad de la corporación se construye en relación a la comisión de un delito por parte de una persona física no significa que el fundamento de dicha responsabilidad no sea autónomo del delito de la persona física. A las personas físicas y a las personas jurídicas se les imputa el mismo hecho (soborno, estafa, vertido contaminante, etc.), pero las razones por las que responden son distintas. Son como dos caminos que tienen un origen común pero se bifurcan. La responsabilidad de las personas jurídicas presenta características y criterios de imputación diferentes a los conocidos para las personas físicas. Siguiendo con el símil del camino, discurre por territorios distintos. El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas se caracteriza por ser un sistema de responsabilidad propia que se acumula a la de las personas físicas (no son excluyentes una de la otra), si bien son independientes. El CP deja claro que no se exige una condena conjunta, pudiendo incluso existir responsabilidad empresarial sin responsabilidad penal de ninguna persona física. Esto es algo impropio de un sistema vicarial o de heterorresponsabilidad en el que la persona física transfiere a la jurídica los requisitos de la responsabilidad penal”, (págs. 25 y 26)

⁷⁷³ Al respecto acudir al análisis que realiza GÓMEZ-JARA a la Sentencia que hacemos mención, donde trata la culpabilidad de la persona jurídica, las opciones de autorresponsabilidad y heterorresponsabilidad, y la presunción de inocencia y autonomía de la responsabilidad penal de las

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

hecho propio. A *sensu contrario*, la persona jurídica respondería por un hecho ajeno, atentándose al criterio de adecuación de imputación de la culpabilidad -o de imputación subjetiva-. Y ello en tanto que se trasladaría la subjetividad ajena (el dolo o la imprudencia) de la persona física a una persona distinta (la jurídica). En tal sentido se tornaría la responsabilidad personal en un modelo de responsabilidad objetiva y por ende, inoperante e ilícita en el Derecho penal.

En nuestra opinión, es preciso utilizar y optar por un modelo o formulación garantista y respetuoso con los principios de legalidad penal. Un modelo plausible de RPPJ es en nuestra opinión el de autorresponsabilidad⁷⁷⁴. Y dentro de las diversas variantes de modelos de autorresponsabilidad optar por un sistema donde el injusto, equiparable al defecto de organización, se imputa a la persona jurídica como titular de la organización, donde el defecto (de organización) es atribuible a un conjunto de decisiones individuales *diversas de carácter difuso* que han propiciado que en el momento del hecho existiera una cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad insuficiente⁷⁷⁵. FEIJÓO SÁNCHEZ⁷⁷⁶, por ejemplo, propone un modelo donde *el centro de imputación de una personalidad colectiva no se puede dividir en responsabilidades individuales, y cuyo defecto de organización no es responsabilidad en exclusiva de*

personas jurídicas, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El TS ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aviso a navegantes judiciales...*ob. cit.*, pág. 3.

⁷⁷⁴ Diversos autores han tratado la cuestión del tipo de injusto y persona jurídica. En este momento tan solo, a modo de referencia, proponemos alguno de los muchos autores que abordan esta cuestión. Ver GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El sistema de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Madrid, 2.012, págs. 76 a 80.

⁷⁷⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles...*ob. cit.*, pág. 172 y 173.

⁷⁷⁶ *Ídem.*, pág. 172 y 173, “...no existe un «sujeto colectivo» (puesto que sería un conjunto de sujetos) sino “la organización empresarial y su identidad o personalidad son a partir de cierto nivel de complejidad una obra colectiva Se otorga relevancia a que si esa obra es una obra defectuosa en virtud de una cultura, vocación o disposición corporativa de no cumplimiento u observación de la legalidad ello puede tener relevancia penal”, (pág. 173).

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

aquellos comportamientos que realicen los sujetos penados⁷⁷⁷. Así se justifica que la RPPJ parte del hecho cometido por una persona física, pero el fundamento de la responsabilidad es independiente de la persona física⁷⁷⁸. Esta opción ha sido criticada bajo argumentos de tipo gramatical⁷⁷⁹ que afirman ser un comportamiento basado en un criterio de responsabilidad de referencia o vicario. No obstante, en nuestra opinión, puede justificarse la autonomía de la persona jurídica en lo referente a su acción o comportamiento, y por ende de su capacidad para predicarse que posee un injusto propio. La fuerza de los distintos criterios normativos expresados en el pto. 2 del art. 31 bis sirven para justificar una serie de reglas que muestran un mecanismo de organización de la empresa como parte de su funcionamiento, y en tal sentido, como estructura, fundamento y deber o actitud en el desarrollo de su actividad.

La empresa posee una capacidad propia, una autonomía. En tal sentido, dicha entidad, en su desarrollo en el tráfico mercantil, los intervinientes que se relacionan con la misma esperan y confían, como sujeto de derechos y obligaciones que es, que actúe valiéndose del respeto y cumplimiento de diversos compromisos económicos,

⁷⁷⁷ Acudir con ánimo de dotar de contenido y significado este argumento a BAJO FERNÁNDEZ, M., “Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español”, VV.AA., Ed. Civitas Thomson Reuters, ed. 2ª, Navarra, 2.016, págs. 40 y ss., cuando se ocupa de los principios del hecho y de la culpabilidad de la persona jurídica; así, afirma que la persona jurídica comete acciones típicas. Las personas jurídicas realizan hechos típicos porque pueden celebrar contratos, contraer obligaciones, eludir impuestos, etc...”; asimismo expone que, “el hecho injusto de la persona jurídica estaría compuesta de un hecho específico descrito en la norma concreta que se trate...que contiene una modificación del mundo externo objetivamente constatable, más un comportamiento, un «hacer» (o un omitir) que se verifica en la carencia de normas internas o ausencia de programas de buen gobierno –relacionados con el objeto de protección...que disciplinen a sus directivos y empleados en el cumplimiento del Derecho o que origina efectos de organización determinantes del comportamiento típico...un auténtico hecho...cometido por la persona jurídica”.

⁷⁷⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP español”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, VV.AA., Ed. Civitas Thomson Reuters, ed. 2ª, Navarra, 2.016, pág. 67.

⁷⁷⁹ Por cuanto se ha afirmado que el tenor literal del precepto [art. 31 bis 1 a)], “...las personas jurídicas serán penalmente responsables...de los delitos cometidos en nombre y por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente...”; y [art. 31 bis 1 b)], “...de los delitos cometidos,...por quienes...”.

competenciales, etc. Con ello optamos, tal y como venimos exponiendo en líneas precedentes, por un lado, por una concepción de la RPPJ coherente con el criterio de autonomía y autorresponsabilidad que garantiza el principio de responsabilidad por el hecho (principio de legalidad penal). Y por otra, nos mostramos en la misma línea interpretativa mantenida, tanto por el último criterio jurisprudencial recogido en la sentencia de 2 de septiembre de 2.015 y expuesta *ut supra*, como con los criterios expresados por la jurisprudencia constitucional⁷⁸⁰. De tal manera que el criterio que asumimos satisface, igualmente, la justificación interpretativa sistemática de la expresión “en su provecho”, entendida ya no como una cuestión derivada o reflejada por el comportamiento de un tercero (persona física), sino por un comportamiento propio (injusto autónomo de la persona jurídica).

Como hemos advertido anteriormente, el sistema o mejor dicho, la configuración que adoptamos en este trabajo, es el propio de autorresponsabilidad.

⁷⁸⁰ Al respecto, acudir a las SSTC de 11 de noviembre de 1.991 y 14 de mayo de 2.008.

VI. IMPUTACIÓN OBJETIVA:

Tras haber explicado los distintos modelos de RPPJ y el concreto criterio que seguimos procede entrar en las distintas formulaciones normativas de criterios de imputación objetiva. No es posible afirmar la existencia de comportamiento antijurídico de las personas jurídicas sin acudir a dichos criterios. Mediante dichas formulaciones normativas de criterios de imputación (que expondremos a continuación) se establecen unas reglas en orden a establecer la responsabilidad por los específicos deberes que se le suponen y exigen a la persona jurídica. A saber, el de vigilancia, control y supervisión respecto a su organización. Estos deberes si son incumplidos pueden constituir un incremento de riesgo. En tal sentido, dichos deberes deben ser adecuados al fin de protección de la norma. En aquellos supuestos donde no exista posibilidad de actuación-supervisión por parte de la persona jurídica en un hecho concreto, por haberse cedido o haberse dividido las tareas (por ejemplo, de supervisión) deberá regir el principio de confianza, en tanto que se ha establecido una división del trabajo, y por lo tanto, la persona jurídica no responderá criminalmente, siendo único sujeto penalmente responsable quien haya cometido o generado el riesgo⁷⁸¹.

Los criterios de imputación objetiva que aplica nuestra jurisprudencia⁷⁸² tienen como cometido limitar la causalidad bajo criterios normativos (explicar la relación que

⁷⁸¹ Asimismo, supuesto que correrá la misma suerte es el establecido en el art 31 bis 2.3ª (si los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización, prevención,...”

⁷⁸² Criterios expresados en diversas sentencias, entre otras, STS Núm. 84/2.010 de 18 febrero, y SSTS. 1611/2.000 de 19 De octubre y 1484/2.003 de 13de noviembre y 470/2.005 de 14 de abril. Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva. Las SSTS de 12 de febrero de 1993; 26 de junio de 1.995; 28 de octubre de 1.996, 1311/1.997, de 28 de octubre; 1256/1.999, de 17 de septiembre; 1611/2.000, de 19 de octubre y 448/2.003, de 28 de marzo vienen sosteniendo que la relación entre la acción y el resultado en delitos cuyo tipo penal incluye la lesión del objeto de la acción no se limita a la comprobación de la causalidad natural, sino que dependerá de la posibilidad de la imputación objetiva

debe mediar entre acción y resultado en el plano normativo). Se afirma a este respecto, que se trata de “un especial nexo de antijuridicidad vinculado a una relación de riesgo entre acción y resultado⁷⁸³”. Este modelo de verificación ha venido a reemplazar la concepción originaria de la relación de causalidad⁷⁸⁴ que se basaba en postulados, exclusivamente, naturalísticos al que se le han ido introduciendo restricciones valorativas con drásticas consecuencias jurídicas. Y ello mediante las pautas marcadas por las teorías de la *conditio sine qua non*⁷⁸⁵, de la equivalencia⁷⁸⁶, de la adecuación, de

del resultado de la acción. En general es posible afirmar que sin causalidad (en el sentido de una ley natural de causalidad) no se puede sostener la imputación objetiva, así como que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural. De esta manera, solo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro. O tal y como expresa la Sección 7ª de la STAP de Madrid, Núm. 372/2.008 de 17 septiembre, “La teoría de la «imputación objetiva» es la que se sigue para explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado, y vino a reemplazar una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales introduciendo consideraciones jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia (SSTS 936/2.006, de 10 de octubre; 634/2005, de 17 de mayo; 470/2.005, 14 de abril y 1611/2.000, de 19-octubre). Se trata de un requisito implícito del tipo en los delitos de resultado para que jurídicamente pueda atribuirse el mismo a la acción del individuo (STS 1106/1.996, de 18 de febrero). La teoría de la imputación objetiva se dirige a limitar la proyección de la reacción punitiva y se mueve, por tanto, en una perspectiva *pro libertate*, al restringir, ya en el ámbito objetivo el alcance del tipo penal (STS 58/2.003, de 22 de enero)”.

⁷⁸³ Sección 1ª de la STAP de Toledo, Núm. 57/2.000 de 17 abril.

⁷⁸⁴ Tratando la causalidad, acudir a GIMBERNAT ORDEIG, E., “La causalidad en Derecho penal”, ADPCP, Tomo 15, Fasc/Mes 3, 1.962, págs. 544 a 579, donde el autor trata el problema causal. Al respecto, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva...*ob. cit.*”, pág. 63, afirma “no se trata de entender la imputación objetiva solo como una mera selección de los procesos causales relevantes para el tipo no de una restricción valorativa o político-criminal de la causalidad ni, siquiera, de reducir la teoría a una construcción dogmática sobre imputación de resultados...La causalidad no es más que un indicio de una arrogación incorrecta de otro ámbito de organización”, (pág. 63). Asimismo, exponiendo las diferentes teorías, acudir a ARBUROLA VALVERDE, A., “La teoría de la imputación objetiva en el derecho penal”, Revista de derecho penal, procesal penal y criminología”, derecho penal online <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,674,0,0,1,0>, También en CASTILLO GONZÁLEZ, F., “Causalidad e imputación del resultado”; Ed. Juritexto, San José, 2.003, págs. 27 a 41.

⁷⁸⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Manual de Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*”, pág. 95, “Las teorías de la causalidad...han intentado responder a la pregunta por la relación de causalidad...De esas teorías solo han subsistido en la práctica dos: la teoría de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*) y la teoría de la causalidad adecuada. Lo que diferencia uno y otro punto de vista es que mientras la primera considera como relevante para el derecho penal una conexión causal concebida en el

la relevancia⁷⁸⁷, el criterio del fin de protección de la norma⁷⁸⁸, el criterio del riesgo⁷⁸⁹, etc. La constatación de la causalidad natural⁷⁹⁰ es un indicio de la responsabilidad, pero

sentido de la ciencias naturales, la segunda trata de limitar los resultados de una consideración meramente natural incluyendo puntos de vista valorativos que restrinjan el concepto de causalidad a la causalidad jurídico-penalmente relevante”.

⁷⁸⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E., "Manual de Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*, pág. 95, la teoría de la equivalencia de condiciones. “renuncia a la determinación de *una* causa del resultado y afirma que todas las condiciones de un resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal”. También acudir a ROXIN, C., “Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito...*ob. cit.*, págs. 347 y ss.

⁷⁸⁷ MEZGER, E., “Derecho Penal”. Libro Estudio. Parte General...*ob. cit.*, págs. 113 y 114, “La teoría de la relevancia distingue netamente, ...entre concepto causal y concepto de responsabilidad...no es una teoría de la adecuación con otro nombre;...esta última no tiene en cuenta el punto de vista jurídicamente decisivo de la tipicidad jurídico-penal”. También acudir a ROXIN, C., “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del delito...*ob. cit.*, págs. 359 a 362. BACIGALUPO ZAPATER, E., “Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*, págs. 270 y 271, “La corrección de la causalidad natural para adaptarla a las necesidades del derecho penal fue intentada por la llamada teoría de la relevancia. De acuerdo con ella, una vez comprobada la causalidad natural es preciso verificar la relevancia típica de dicho nexo causal partir de «una correcta interpretación del tipo penal»...Solo cuando la causalidad y la relevancia están comprobadas, es decir, cuando consta la tipicidad de la acción, puede plantearse la cuestión de la culpabilidad por el resultado. Esta teoría es correcta en su punto de partida, en tanto propone reemplazar la causalidad por la imputación objetiva a los efectos de verificar la tipicidad en los delitos de resultado, es decir, en tanto propone decidir la vinculación entre la acción y el resultado sobre la base de criterios de imputación que se derivan del concepto de ilícito (injusto) penal. El desarrollo de estos criterios, sin embargo, es de muy reciente elaboración y da lugar a la teoría de la imputación objetiva”.

⁷⁸⁸ (Sección 27ª) STAP Núm. 655/2.006 de 5 octubre, “entre relación de causalidad, que se fija básicamente a través de la doctrina de la equivalencia de las condiciones, e imputación objetiva del resultado que toma en cuenta el dato del riesgo causado y el fin de protección de la norma, de suerte que es objetivamente imputable el resultado que está dentro del ámbito de protección de la norma penal que el sujeto ha vulnerado por una acción creadora de un riesgo o peligro jurídicamente desaprobado”. Asimismo, (Sección 4ª) STAP de Cádiz, Núm. 99/2005 de 3 junio “Desde otro punto de vista, y con mayor interés si cabe, será también útil el criterio llamado «fin de protección de la norma», que excluye, a su vez, la imputación objetiva al posible responsable del resultado lesivo, cuando éste cae fuera de la finalidad de protección de la norma cuyo incumplimiento fundamenta la responsabilidad, o el que atiende al «incremento del riesgo», que exoneraría al autor de su responsabilidad si con su actuar no hubiera aumentado las posibilidades de que el resultado se produjera”. Así, tal y como exponen las SSTS 2.342/1.992 de 4 de noviembre, 270/2.000 de 26 de febrero, y 30/2.001 de 17 de enero, SSTS, Sala 2ª, de 1 de julio de 1.991, 29 de enero de 1.993 y 1 de febrero de 2.002, será objetivamente imputable el resultado que se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma penal que el autor ha vulnerado mediante una acción creadora de riesgo o peligro jurídicamente desaprobado. Desarrollando este aspecto, ampliamente en GIMBERNAT ORDEIG, E., “Fin de protección de la norma e imputación

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

no suficiente para la atribución del resultado. O, tal y como lo define GIMBERNAT, la conjunción de una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad⁷⁹¹. Así

objetiva”, ADPCP, VOL. LXI, 2.008, el autor propone dos grupos de casos (el de una ambulancia y el de un incendio en un hospital) para justificar la teoría.

⁷⁸⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “Teoría de la imputación objetiva. Estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución”, Ed. Ángel Editor, México, 2.003, pág. 33 y ss.

⁷⁹⁰ (Sala de lo Penal) STS Núm. 122/2.002 de 1 de febrero, “La causalidad es el nexo causal que ha de concurrir entre acción y resultado para que éste pueda imputarse al autor como hecho propio y exige la comprobación de que el resultado típico es producto de la acción pero exige además una relación específica que permita imputarle objetivamente al sujeto. La afirmación, pues, de que una acción ha causado un resultado, no es más que un presupuesto, a partir del cual hay que precisar si esa causación del resultado es objetivamente imputable a la acción causal del sujeto. El juicio de imputación objetiva exige, pues, dos elementos: la existencia de relación de causalidad natural entre acción y resultado y que el resultado sea expresión del riesgo creado y el fin de protección de la norma, de suerte que es objetivamente imputable un resultado que está dentro del ámbito de protección de la norma penal que el autor ha vulnerado mediante una acción creadora de riesgo o peligro jurídicamente desaprobado. –Cfr. STSS 5 enero 1.991 y 29 enero 1.993”. Asimismo, acudir a JAKOBS, G., “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de imputación”...*ob. cit.*, pág. 237, “La causalidad es solo condición mínima de la imputación objetiva del resultado; a ella debe añadirse aún la relevancia jurídica de la relación causal entre la acción y el resultado”.

⁷⁹¹ GIMBERNAT ORDEIG, E., “¿Qué es la imputación objetiva?”, EPC, Núm. 10, 1986-1986, págs. 175 y 176, “mediante los que se permiten fundamentar por qué la tipicidad es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo –y, en su caso, elementos subjetivos del injusto-, infracción del deber de cuidado, resultado típico); permiten fundamentar por qué todo ello meramente sumado no da aún como resultado una conducta típica, sino concurre la imputación objetiva”. Tratando el nacimiento de la teoría de la imputación objetiva ver GIMBERNAT ORDEIG, E., “Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva”, en *Libro homenaje al profesor LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS*, VV.AA., Coords. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013, págs 97 a 99. Acudir a BACIGALUPO ZAPATER, E., “Derecho penal. Parte general...*ob. cit.*, págs. 271 y ss., “Su punto de partida es el reemplazo de la relación de causalidad, como único fundamento de la relación entre la acción y el resultado, por otra relación elaborada sobre la base de consideraciones jurídicas y no naturales”. Asimismo, DE JESÚS, D.E., “Imputación objetiva”, Ed. B de f, Buenos Aires, 2.006, págs. 43 y 44, “significa atribuir a alguien la realización de una conducta creadora de un relevante riesgo - jurídicamente- prohibido y la producción de un resultado típico... atenderemos a un resultado jurídico o normativo cuando estemos ante una afección de un bien jurídico (lesión o peligro jurídicamente relevante)”. Tratando los orígenes y evolución de la teoría de la imputación objetiva, (págs. 29 a 59); así como el concepto (pág. 64) acudir a CANCIO MELIÁ, M., “Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva”, Ed. Cuyo, Mendoza, 2.011. Este autor, “la paternidad oficial de la teoría de la imputación objetiva, la construcción propuesta por Larenz y Honig”, (pág. 29 a 35) y “la importante contribución de Welzel a la problemática a través de la teoría de la adecuación social”, (pág. 29 y 35 a

explica que positivamente es un elemento normativo del tipo; y, negativamente un elemento del tipo que se distingue de todos los restantes en tanto que no es expresado directamente por la Ley (sin perjuicio de que lo sea). Los criterios de imputación objetiva son valoraciones construidas desde la dogmática para limitar la imputación a los casos que sean superadores de los riesgos que el tipo penal relacionado con la conducta que procura en definitiva evitar.

Conforme a estas previas pautas expuestas, comprobada la necesaria causalidad natural⁷⁹² (1º), la imputación del resultado requiere además verificar otro género de requisitos concomitantes. Primero, debe analizarse si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado (2º).

Y, en segundo lugar, si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción (3º). Si faltare alguno de estos dos condicionantes se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia jurídico-penal. Es decir, no se habrá conformado el concreto tipo del injusto por inexistencia de imputación objetiva del resultado, siendo por ende el

40); asimismo importante resulta “la reformulación de Engisch de la teoría de la adecuación”, (pág. 30). Asimismo, acudir a FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., “Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva...*ob. cit.*”, págs. 63 a 85, la concepción de este autor es “la imputación objetiva como una teoría global del injusto...como una teoría normativa que incide en los aspectos comunicativos del injusto”, (pág. 63); este autor habla de “una teoría de la imputación normativa” (pág. 63). También ver SCHÜNEMANN, B., “El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales”, Ed. Tecnos, Madrid, 1.991, págs. 90 a 93. También en SANCINETTI, M.A., “Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, en *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, VV.AA., Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1.988, págs. 39 a 44; y RUEDA MARTÍN, Mª.A., “La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico penales en el ámbito de lo injusto”, Ed. Bosch, Barcelona, 2.002, págs. 49 a 63. Y en la obra de LÓPEZ DÍAZ, C., “Introducción a la imputación objetiva...*ob. cit.*”, págs. 46 a 64, tratando sus elementos y orígenes.

⁷⁹² Las Sentencias de 20 de mayo de 1.981 y 5 abril de 1.983, ya separaban en distintos planos la relación causal y la llamada imputación objetiva, que mantenía la adecuación como uno de los criterios de imputación objetiva, no el único, refiriéndose a la relevancia, a la realización del mismo peligro creado por la acción, al incremento o disminución del riesgo, o el fin de protección de la norma, todos ellos con el fin de acotar objetivamente el ámbito de la responsabilidad del agente, antes de actuar los criterios inherentes al juicio de culpabilidad que en principio se utilizaron exclusivamente para restringir el campo de la teoría de la condición.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

comportamiento atípico. Al respecto podemos proponer diversos ejemplos. Véanse los regalos meramente cortesés; esto es, sin relevancia económica o social, y por ende sin cualidad o carga mínima necesaria para suponer, objetivamente, una mutación de la opinión del agente para transformar o inclinar la respuesta o interés en la negociación por un determinado servicio o bien.

Los planes de cumplimiento, al respecto, suponen una forma o medida de establecer a los operadores comerciales, con carácter previo a las negociaciones, un modelo de referencia a seguir.

Existen determinadas circunstancias donde pueden afirmarse la exclusión de la tipicidad de la conducta por ausencia de creación de peligro jurídicamente desaprobado. Mencionamos tres: (a)⁷⁹³ la existencia de **realización de un riesgo permitido**⁷⁹⁴ donde no nos encontraremos ante la creación de peligros jurídicamente desaprobados. En tal sentido, regalar una cesta de navidad de un importe de treinta euros o una entrada de un partido de fútbol de la categoría más económica o modesta no tiene capacidad de riesgo suficiente para interpretarse típica; (b) por otro lado, aquellos casos de disminución del riesgo⁷⁹⁵, en donde el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente

⁷⁹³ La Sección 1ª del TS en la Sentencia Núm. 228/2.014 de 26 marzo, afirma, “el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar”. Asimismo, (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia Núm. 918/2.008 de 31 diciembre.

⁷⁹⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Derecho penal. Parte general...*ob. cit.*, págs. 273 a 275, “La imputación objetiva se excluye cuando la acción que causalmente ha producido el resultado no supera los límites del riesgo permitido. Ello significa que tales acciones no son típicas. Riesgos que una sociedad tolera porque los considera necesarios para su desarrollo social no pueden ser alcanzados por la tipicidad, que implica un primer elemento que caracteriza una perturbación intolerable del orden social”.

⁷⁹⁵ Este concreto criterio debe decirse que ha sido y es ampliamente criticado, en tanto que por el simple hecho de disminuir el riesgo permitido no desaparece el mismo. Tratando el criterio de disminución del

ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Podemos exponer como ejemplo aquel representante de ventas que accede a ser invitado con un proveedor a comer en un restaurante y paga de su bolsillo cien euros de los trescientos que cuesta la comida; (c) en tercer lugar, la **existencia de una ruptura del título de imputación**: como por ejemplo, los casos en los que rige **el principio de confianza**⁷⁹⁶,

riesgo, acudir a BACIGALUPO ZAPATER, E., “Derecho penal. Parte general...*ob. cit.*, pág. 274, “Dentro de la problemática del riesgo permitido se deben tratar también los casos de *disminución del riesgo*, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado mayor”. Asimismo, ROXIN, C., “Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito...*ob. cit.*, pág. 365, “ya de entrada falta una creación de riesgo y con ello la posibilidad de imputación si el autor modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, y por tanto mejora la situación del objeto de la acción”. Asimismo, JAKOBS, G., “La imputación objetiva en el Derecho Penal...*ob. cit.*, págs. 43 a 70. Acudir también a CANCIO MELIÁ, M., “Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva...*ob. cit.*, págs. 40 a 62. Además, KINDHÄUSER, U., “Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo”, Ed. Grijley, Lima, 2.007, págs. 100 a 114. Ver, asimismo (sin compartir en lo que se expone en este momento), a SANCINETTI, M.A., “Principio de disminución del riesgo *versus* relevancia del disvalor de resultado en la teoría del ilícito”, InDret 3/2.008, Barcelona, Julio, 2.008, (pág. 2), “el principio de disminución del riesgo determina la atipicidad de la acción que según un juicio *ex ante* reduce un riesgo ya existente, aun cuando la variación experimentada en este riesgo conduzca finalmente a la producción de un resultado típico. Mas, dado que, *ex post*, un resultado producido es más grave que la mera hipótesis de que él se produjera en la configuración originaria del riesgo, la atipicidad por disminución del riesgo tiene que conducir a que la medida de todo ilícito, cuando los riesgos son reprobados, también debiera determinarse según la intensidad del riesgo creado al momento de la acción”.

⁷⁹⁶ Acudir a JAKOBS, G., “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de imputación...*ob. cit.*, págs. 253 a 257, “el principio de confianza significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar –en un medida aún por determinar. En su comportamiento corrector (entendiéndose no como suceso psíquico, sino como estar permitido confiar). El principio de confianza no es solo un supuesto particular del riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso. No se trata únicamente de que las personas, en acciones comunes o contactos anónimos, puedan ser factores perturbadores al igual que los procesos naturales impredecibles (en esta medida, riesgo permitido), sino que también se trata de la responsabilidad de estas personas por sus fallos (en esta medida prohibición de regreso)”. Asimismo, ver MARAVER GÓMEZ, M., “El principio de confianza en el Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.009, págs. 120 a 143, cuando trata el autor los presupuestos de aplicación del principio de confianza. Asimismo, tratando sobre la el principio de confianza en la concreta espera de la empresa, PIÑA ROCHEFORT, J.I. y COX VIAL, F., “Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa”, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, VV.AA., Dirs. SILVA SÁNCHEZ, J. M^a. y MIRÓ LLINARES, F., Ed. La Ley, Madrid, 2.013, págs. 185 a 214. Asimismo, acudir a

donde no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido en una situación en la que jurídicamente era posible obrar confiando. A este respecto podemos proponer el siguiente ejemplo. Imaginemos un representante de una multinacional que tiene un director o asesor de protocolo. El representante de la multinacional actúa como personal único de relaciones públicas de la empresa. Éste siempre concurre asesorado y acompañado por el mentado director de protocolo. Al haber comenzado a trabajar hace poco tiempo desconoce los usos y medidas de su empresa. Asimismo, desconoce este sector. Cuando llegan las navidades, un representante de una importante empresa vinícola le invita a cenar a un lujoso restaurante. A la cena concurren, el representante de la mentada multinacional, el director de protocolo de su misma empresa, y el representante vinícola. En dicha velada se propone un negocio de abastecimiento de vinos para la empresa multinacional. El representante y su asesor de protocolo, tras ser invitados a la cena suculenta, opípara y costosa, además de (acudir posteriormente) a un lujoso reservado de una conocida discoteca, llegan a un acuerdo en exclusiva con los productos ofertados por la empresa vinícola.

El representante novato de la empresa multinacional, con anterioridad a acudir a esta velada, preguntó a su asesor de protocolo si debían o no ir a esa cena o concretar (por el contrario) la reunión en la sede de la mercantil. El asesor de protocolo le dijo que no existía problema alguno en asistir, ni tampoco en que les invitaran. Asimismo, el representante novato envió una semana antes un correo electrónico al departamento

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva”, InDret 1/2.008, enero, 2.008, págs. 17 a 24, cuando trata el principio de confianza y expresa que “todo ciudadano, por el hecho de vivir en un Estado de Derecho, puede confiar normativamente en que la actuación de los demás ciudadanos, que también son, pues parte del mismo Estado de Derecho, va a desarrollarse sin incidir en un ámbito de tipicidad penal. Se trata de una confianza normativa, y no meramente fáctica”, (pág. 179), en tanto que, “el sujeto puede y debe confiar en Derecho y que no les son imputados resultados dañosos por el hecho de no haber adoptado medidas de precaución para evitarlos, aun cuando, fácticamente, todo el mundo sabe que se cometen delitos, que hay terceros que se aprovechan de situaciones o contextos para fines ilícitos, etc., y por tanto, desde ese punto de vista meramente fáctico, quizás se hubiesen sido imaginables medidas de precaución”, (pág. 17).

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

legal y al director general. Tan solo el correo del director general fue contestado, con el siguiente mensaje, “Estimado Miguel, disfruta mucho de la cena, y no trasnochéis. Acuérdate que el jueves tenemos el almuerzo con Santiago. Mucha suerte con la empresa *Marteunsky*, son de lo mejorcito que hay en el sector. Un afectuoso saludo”.

El representante novato, como podemos comprobar, puso todo su empeño y diligencia en procurar conocer el mejor comportamiento a desarrollar, y con ello en no sobrepasar o crear el riesgo no permitido. Éste, por tanto, obró en la confianza de quienes tenían y debían conocer el protocolo o *compliance program* en este concreto aspecto. Por ello, no puede derivársele los perjuicios de aquellos quienes en cambio sí ostentan y debían procurar un conocimiento correcto y completo al respecto. En tal sentido, el representante novato no debe responder. El principio de confianza neutraliza el riesgo desplegado por su comportamiento. Dicha confianza conforma la inexistencia de imputación objetiva. Por ello, falta o no quedan concretados todos los elementos configuradores del tipo de injusto del delito, siendo por ende el comportamiento atípico. Y en cuarto lugar, c) aquellas exclusiones motivadas por **la prohibición de regreso**⁷⁹⁷, o prohibición de ampliación del título de imputación, el reverso de la participación punible⁷⁹⁸, (condiciones previas a las realmente causales puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado).

Debemos añadir la **concreta imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima**⁷⁹⁹.

⁷⁹⁷ Incidentalmente a la prohibición de regreso, acudir a GIMBERNAT ORDEIG, E., “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa”, ADPCP, Vol. LIV 2.001, págs. 5 a 26.

⁷⁹⁸ PEÑARANDA RAMOS, E., SÚAREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIÁ, M., “Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, Ed. Grijley, Lima, 1.998, pág. 91, en atención a la parte negativa (como exclusión de la responsabilidad por comportamientos objetivamente irrelevantes) y respecto de la parte positiva (en atención a la accesoriadad de la participación).

⁷⁹⁹ JAKOBS, G., “La imputación objetiva en el Derecho Pena...*ob. cit.*”, págs. 34 y 35, “puede que la configuración de un contacto social competa no solo al autor, sino también a la víctima, incluso en un doble sentido: puede que el propio comportamiento de la víctima fundamente que se le impute la consecuencia lesiva, y puede que la víctima se encuentre en la desgraciada situación de hallarse en esa

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

En sede de la imputación del comportamiento debe acreditarse que la conducta a analizar responde a los parámetros normativos generales⁸⁰⁰; “se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de rol”⁸⁰¹. Así la teoría de la imputación objetiva del comportamiento dota de herramientas necesarias para interpretar el suceso, “puesto en marcha por una persona como un acontecer socialmente relevante o irrelevante, como socialmente extraño o adaptado, como que socialmente ha de considerarse un mérito, especialmente, como que destaca de modo negativo”⁸⁰². Las instituciones dogmáticas expuestas *ut supra*⁸⁰³ no deben interpretarse de forma aislada, sino como “verdaderos escalones sucesivos de análisis”⁸⁰⁴. Por lo

posición por obra del destino, por infortunio. Existe, por tanto, una competencia de la víctima. La competencia de la víctima por su comportamiento es algo conocido: el caso más conocido es el del consentimiento. Pero también el infortunio de la víctima se reconoce a veces como única posibilidad de explicación: tratándose de un curso lesivo no cognoscible para ninguno de los intervinientes, solo queda la desgracia como explicación. Sin embargo, con lo dicho no se agota aún este ámbito. Incluso el autor que es conocedor de las consecuencias lesivas de su comportamiento puede afirmar frente a la víctima que dichas consecuencias son asunto de ella cuando el autor se ha comportado conforme a su rol. Un comportamiento del que se sabe que producirá lesiones sigue siendo conforme al rol en la medida en que la víctima no tenga derecho a que no se produzca el comportamiento lesivo, esto es, en tanto y en cuanto el conjunto de bienes que desde el punto de vista fáctico depende de la organización del autor, no dependa jurídicamente de ella”. Asimismo, acudir a CANCIO MELIÁ, M., “Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva, ...*ob. cit.*, pág. 72. Asimismo, en CANCIO MELIÁ, M., “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, VV.AA., Dirs. SERRANO-PIEDecasas, J.R. y DEMETRIO CRESPO, E., Ed. Colex, Madrid, 2.008, págs. 48 a 52

⁸⁰⁰ CANCIO MELIÁ, M., “Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva, *ob. cit.*, pág. 72. También en CANCIO MELIÁ, M., “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (imputación a la víctima)” en *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, VV.AA., Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1.988, págs. 77 a 140.

⁸⁰¹ JAKOBS, G., “La imputación objetiva en el Derecho Penal...*ob. cit.*, págs. 21 y 22. Interpreta el autor rol “a un a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta con base en personas”.

⁸⁰² *Ídem.*, pág. 24.

⁸⁰³ Riesgo permitido, prohibición de regreso...

⁸⁰⁴ CANCIO MELIÁ, M., “Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva...*ob. cit.*, pág. 72, “Estas instituciones deben entenderse no como puntos de vista aislados, sino como verdaderos escalones sucesivos de análisis: el orden de examen responde a una clasificación progresiva de lo más genérico a lo más específico; en cada una de las instituciones van introduciéndose, como se verá, más datos del contexto del comportamiento enjuiciado. La comprobación sucesiva de estos escalones de análisis

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

tanto, y en lo que afecta al delito del que nos ocupamos, debemos exponer el siguiente ejemplo en aras a dar solución y concretar lo expuesto.

En principio, que un trabajador de una empresa (que se ocupa de la realización de pedidos) reciba una cesta de navidad de un proveedor con el que lleva diez años trabajando, valorada en treinta euros no es un comportamiento antijurídico (en virtud del delito de corrupción entre particulares). Ello, en atención a la aplicación de principios de adecuación social,...y de criterios de imputación objetiva (en virtud del incremento del riesgo en el comportamiento y fin de protección de la norma). En tal sentido, recibir en este supuesto una cesta de navidad (cuyo valor es de treinta euros) no puede considerarse “no justificado” en orden a las concretas características del “beneficio”. De aquí la falta de creación del riesgo, e inaplicación del fin de protección de la norma.

Por otro lado, tampoco constituye una manifestación-interpretación plausible de “contraprestación para favorecer indebidamente a otro” dicho comportamiento. Y ello en tanto que no es una motivación (elemento subjetivo del injusto) que aparentemente o previsiblemente empuje a un trabajador a seguir contratando, máxime si lo lleva haciendo desde hace diez años.

Asimismo, y partiendo de la autonomía de la RPPJ, tampoco debería, por los mismos motivos, responder la empresa.

La segunda exigencia de la imputación objetiva, o de segundo nivel⁸⁰⁵, plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado. Deberá atenderse al concreto riesgo de quien lo realiza y ámbito en el que opere⁸⁰⁶, así como aquellos

conduce, en caso negativo (no hay ni riesgo permitido, ni prohibición de regreso, ni imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima), a la afirmación de la tipicidad del comportamiento”.

⁸⁰⁵ Acudir, por citar como ejemplo a la (Sala de lo Penal, Sección 1ª) STS Núm. 228/2014 de 26 de marzo.

⁸⁰⁶ (Sala de lo Penal, Sección 1ª) STS Núm. 918/2.008 de 31 diciembre, “El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes

casos donde la realización del riesgo no se materialice en el resultado. (a) Un supuesto de falta de materialización del riesgo en el resultado sería el caso en que la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción⁸⁰⁷. En tal caso, el resultado producido se imputará según el principio de la "autopuesta en peligro" o "principio de la propia responsabilidad". Este es un caso donde la víctima, con su proceder realiza suficientemente el riesgo, siendo su intervención decisiva para conformar su contribución al mismo.

Respecto al examen de la tipicidad objetiva y su relación con el hecho delictivo atribuible a una persona jurídica⁸⁰⁸ debemos decir que la existencia e implantación de

contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección”.

⁸⁰⁷ La STS 476/2.009 de 7 de mayo, trata esta cuestión desde la construcción dogmática de la imputación objetiva. Cuando se trata de delitos de resultado, éste es imputable al comportamiento del autor si éste crea un riesgo, jurídicamente desaprobado, y de cuyo riesgo el resultado es su realización concreta. Se analiza la autopuesta en peligro; a saber, cuando la víctima no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado, y por tanto debe analizarse si la víctima pierde la protección del Derecho Penal, bajo criterios de autorresponsabilidad, o si, por el contrario, debe mantenerse la atribución de responsabilidad al autor que creó el riesgo. Lo determinante sería la existencia de ámbitos de responsabilidad diferenciados, con determinación normativa previa a la imputación. Así afirma que, "...no puede entenderse cometido el tipo penal de estafa, como cualquiera otro tipo de los que implican desplazamiento o sustracción patrimonial, a los que es común que la víctima sufra la pérdida de una cosa, si esa pérdida puede imputarse plenamente a quien -generalmente la víctima- era tenedor o poseedor de esa cosa. Pero esa imputación a la víctima de la pérdida no cabe si el poseedor no ha tomado parte alguna en aquélla, ni de manera activa ni por omisión. Y tampoco si, habiendo tenido esa participación, concurre alguna causa obstativa de la imputación. Lo que puede ocurrir por encontrarse el poseedor en situación que le imposibilita intervenir o de desconocimiento de la eventualidad de tal desposesión. En algunos casos puede ser un tercero el que provoca el comportamiento de la víctima, privándole de autonomía o generándole un error. Entonces la imputación solamente podrá hacerse a quien ha puesto tal causa que obsta que pueda hacerse la misma a la víctima. En el caso de la estafa no cabe imputar a la víctima el desapoderamiento que resulta, cuando no actúa voluntariamente. Y no cabe hablar de voluntariedad, en ese sentido, aun cuando el acto de desplazamiento sea voluntario, si esa voluntad es fruto del engaño, como si lo es de la violencia o de la ignorancia...". Asimismo, STS Núm. 61/2.013 de 7 febrero, (Sala de lo Penal, Sección 1ª).

⁸⁰⁸ Acudir al sintético esbozo de la idea en SEGRELLES DE ARENAZA, I., "Alcance de la exención de responsabilidad por los programas de *Compliance*...*ob. cit.* Explica el autor que hay que el artículo 31 bis del CP como programas de *compliance* son una causa de exención de responsabilidad penal; en tal sentido se debe con carácter previo atender a su alcance. Es decir si afecta a la antijuridicidad, a la

un Plan de Cumplimiento no posee carácter atenuatorio ni de exención de la responsabilidad criminal por el mero hecho de su instauración en la empresa. El art. 31 bis le otorga carta de naturaleza a los supuestos donde se hayan aplicado los contornos establecidos en la norma y su acatamiento sea activo y no meramente expositivo. Es decir, no se trata del cumplimiento de esta norma como un mero formalismo, sino una cuestión de integración material donde todos los elementos se encuentren completamente engranados y cumplan una concreta función para un fin común: la previsión de comportamientos de riesgo y el control de las medidas tendentes a observar el desarrollo de las actividades.

El art. 31 bis que regula la RPPJ, vendría a establecer cómo se debe realizar la correcta imputación de hechos delictivos realizados por los subordinados. En este sentido, una vez que se cumpla con los requisitos que se establecen en el referido precepto, se podrá imputar una responsabilidad penal a la organización, porque el hecho del subordinado (administrador o a su vez, un subordinado de aquel) le pertenece, porque no se ha organizado de manera correcta, porque su organización (incorrecta o defectuosa) explica de manera suficiente y lógica, la aparición del comportamiento típico y su resultado. Por tanto, las consecuencias jurídicas del hecho le corresponden. Esto quiere decir que, al igual que sucede con los hechos delictivos cometidos por personas físicas, el delito de la persona jurídica debe ser imputado bajo los criterios de exclusión de la tipicidad. Por lo tanto, según corresponda se realizará el análisis de los restantes elementos del delito. Entonces, se podrá afirmar que una persona jurídica debe responder ante un hecho, cuando ese hecho le sea personal y objetivamente imputable.

culpabilidad, o tan solo a la punibilidad. Dicho aspecto es relevante en orden a afirmar el carácter que poseen los Planes de Cumplimiento: si son causa de exclusión de la tipicidad o una causa de justificación: no existirá responsabilidad civil *ex delicto*; pero si en cambio son una causa de exclusión de la culpabilidad (en sentido amplio) sí constituirá un ilícito civil, generando la correspondiente responsabilidad. Asimismo, afirma que la *esencia* del *compliance*, (establecida en el art. 31 bis de CP) tiene como objetivo evitar la lesión o puesta en *peligro de sus bienes jurídicos protegidos*. Es “un instrumento para regular (autorregulación) el riesgo permitido, y está compuesto por un conjunto de criterios que pertenecen a la institución dogmática de la *imputación objetiva* (de la acción y del resultado) que es a su vez un *elemento del tipo del injusto penal*”.

Para ello, previamente, debemos escoger una concreta sistemática en orden a delimitar y determinar quién o quiénes realizan (ejecuta/n) el comportamiento. En tanto que el concreto ámbito del que nos ocupamos es el económico-negocial-mercantil, (delito de corrupción entre particulares), debemos optar por una configuración diferente a las desarrolladas por los delitos de dominio. En tal sentido⁸⁰⁹, mostramos nuestra conformidad con aquella teoría más interesada en dotar de relevancia al comportamiento realizado por quien tenga asignado materialmente las competencias (ajeno al modelo de imputación *bottom up*⁸¹⁰, o modelo *top down*⁸¹¹).

⁸⁰⁹ En este sentido ver FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos...*ob. cit.*, pág. 38. Tratando la teoría por utilización de aparatos de poder (dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder), acudir a FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J, “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas...*ob. cit.*, págs. 6 y 7.

⁸¹⁰ *Ídem.*, pág. 4, tal y como expone el autor, “se trata de que en este ámbito de relaciones jerarquizadas la conducta relevante será la de aquel que «es responsable del ámbito de organización por ser el legitimado para configurarlo con exclusión de otras personas»”, citando la STS 1828/2.002, de 25 de octubre que afirma “la organización jerárquica de las empresas determina que no siempre la conducta puramente ejecutiva del operario subordinado sea la que deba ser examinada desde la perspectiva de su posible relevancia jurídico penal, sino que normalmente será mucho más importante el papel de los que están situados jerárquicamente por encima (especialmente si se trata de quienes detentan el control efectivo de la empresa o, como en este caso, la jefatura en el proceso de producción)”. Se trata, como afirma el autor, “de que en este ámbito de relaciones jerarquizadas la conducta relevante será la de aquel que «es responsable del ámbito de organización por ser el legitimado para configurarlo con exclusión de otras personas”.

⁸¹¹ *Ibidem*, págs. 4 a 7, cuando afirma que “consiste en entender que, salvo supuestos excepcionales, los dirigentes de la empresa ostentan la responsabilidad preferente por los hechos delictivos realizados en beneficio de las empresas...(...). Estos modelos de solventar los problemas de imputación, que cada vez se estilan más, pueden ser útiles en determinados casos vinculados a empresas no demasiado grandes, pero desde luego no resuelven mágicamente todos los problemas”. El autor, trae a colación para explicar esta idea la SAP de Badajoz (Sección 1.ª) de 14 de febrero de 2.006, declara la absolución de la representante legal de unos laboratorios que era gerente de una sociedad limitada con funciones de gestión y comercialización en el nivel superior por la comisión imprudente del art. 364.1 del CP y por un delito de lesiones por imprudencia grave. La sentencia, afirma el autor, afirma que el caso se ocupa de una empresa de pequeñas dimensiones y resuelve que “cuanto mayor es la complejidad de la organización empresarial. Cuanto más grande y compleja es la empresa, más generales pasan a ser los deberes de los directivos”.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

Existe un determinado riesgo inherente al desarrollo humano que es tolerado normativamente hablando. Tal y como afirma JAKOBS, “el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediabilmente tolerado, como riesgo permitido”⁸¹². Por ende, el criterio del riesgo permitido servirá para afirmar la existencia o inexistencia de imputación objetiva, puesto que como afirma FEIJÓO, en el ámbito de la actividad empresarial existe un *riesgo residual en beneficio de la empresa que es tolerado por el Derecho penal como orden jurídico secundario*⁸¹³.

El correcto desempeño de las siguientes funciones que abordaremos se utilizarán para determinar si el comportamiento⁸¹⁴ sobrepasa o no el riesgo mínimo permitido⁸¹⁵. Con ello podremos decidir si el comportamiento es o no típico y si por ende responde la persona física y/o jurídica.

⁸¹² JAKOBS, G., “La imputación objetiva en el Derecho Penal...*ob. cit.*, pág. 44. Asimismo, acudir a FRISCH, W., “La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas”, Estudio Preliminar de ROBLES PLANAS, R., Ed. Atelier, Barcelona, 2.015, cuando trata la exigencia de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, págs. 59 y ss.

⁸¹³ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas...*ob. cit.*, pág. 9

⁸¹⁴ A este concreto respecto debemos decir que la imputación objetiva del comportamiento equivale a decir imputación del tipo del injusto. La imputación objetiva del resultado equivale a decir que ese comportamiento típico se ha realizado en el resultado prohibido por el tipo penal en concreto. Sobre la distinción, dentro de la Teoría de la imputación objetiva, entre imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado, acudir a JAKOBS, G., “La imputación objetiva en el Derecho Penal...*ob. cit.*, pág. 80 y ss. Asimismo, ver FRISCH, W: “La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas...*ob. cit.*, pág. 108 y ss.

⁸¹⁵ JAKOBS, G., “La imputación objetiva en el Derecho Penal...*ob. cit.*, págs. 44 y 45. Tratando el “riesgo permitido”, “Riesgo permitido”: este término suena como un concepto formal del que nada cabe extraer acerca de las razones de la permisión, (pág. 44), “establece lo que son supuestos normales de interacción”, (pág. 45). Asimismo, ver ROXIN, C., “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito...*ob. cit.*, págs. 371 y ss. “Un resultado causado por el agente solo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto”, (pág. 363). Asimismo, afirma, Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo...excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones.”, (pág. 364)

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

A continuación expondremos las siguientes reglas cuando el comportamiento es realizado por la persona jurídica:

- I) Existencia de imputación objetiva por creación o incremento del riesgo: cumplimiento de riesgos incorrecta
- II) Exclusión de la imputación objetiva por la vigencia del principio de confianza por incorrecta delegación de las funciones.
- III) Disminución del riesgo: supuesto donde sin perjuicio de existencia de imputación objetiva podemos afirmar la disminución del riesgo, y por ende dotarle de eficacia atenuatoria (pero no exoneradora) a la responsabilidad criminal.

I) Existencia de imputación objetiva por creación o incremento del riesgo: cumplimiento de riesgos incorrecta.

Tal supuesto lo encontramos en el caso de que se incumplan de manera errónea los concretos modelos de organización y gestión a que se refiere el punto 5 del art. 31 bis. Los supuestos en que podría afirmarse la imputación objetiva pueden ser diversos.

a) **Adopción o cumplimiento erróneo**⁸¹⁶ del inicio o desarrollo de un protocolo: dentro de este cumplimiento erróneo puede diferenciarse el comportamiento mismo del mandato, de la denuncia del incumplimiento. Asimismo, el incumplimiento abarca tanto el desarrollo de las actuaciones que se integren en el modelo, como el plazo en el que deben realizarse⁸¹⁷. b) **Defectuosa o confusa creación de protocolos** por falta de concreción de las medidas que establece la persona jurídica en el desarrollo de su

⁸¹⁶ Si el canal de denuncias es de fácil manipulación (por carecer de garantías de guarda para su ulterior reporte); o si se encarga a un órgano de difícil imparcialidad (si el órgano encargado se encuentra encabezado por un familiar o es su pareja).

⁸¹⁷ Establecimiento de un modelo que no se verifique en un tiempo razonable para garantizar el correcto cumplimiento. Esto es, encargar la verificación del modelo a personas no cualificadas o con intereses contrapuestos.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

operación mercantil, o por falta de previsión de medios: por *ilegales*⁸¹⁸ -infringen derechos fundamentales o libertades públicas, atentando al derecho a la intimidad, al honor-, o por *ineficientes* -al no guardar relación entre los supuestos tratados y la modalidad de ejecución de los mismos-, o, *erróneos* -al ser creados por personal no cualificado. c) **Creación y no difusión** (conocimiento al perfil o sección o departamento oportuno). d) O **comunicación errónea**; es decir, se comunica o reporta la información a un órgano inferior, pero no al encargado superior de supervisión.

II) Exclusión de la imputación por la existencia de vigencia del principio de confianza. Este principio puede interpretarse recogido en el art. 31 bis 2.1ª CP.

a) Supuesto en que el órgano de administración, con anterioridad a la comisión del delito, no ha identificado correctamente las **actividades de riesgo** para la concreta actividad que desarrolla la empresa en la que desempeña sus funciones. En tal sentido, el subordinado que carezca de funciones de mando pero sí de ejecución, en principio, obrará movido por la confianza de un tercero. Por ello, su comportamiento no habrá creado un riesgo no permitido. b) Directivo que obra en virtud de un poder de la empresa que es revocado, pero del que su falta de validez no le es informado. c) Muchos de los casos expuestos en el punto anterior pueden ser reconducidos en el presente supuesto. Si quien ejecuta el plan de cumplimiento, obra en la confianza de la corrección de las medidas expuestas en el mismo. Por ello, si el Plan ha establecido una defectuosa creación del riesgo, el trabajador que lo ejecuta obrará en la confianza del mismo.

Por otro lado, la empresa, en principio quedará exonerada de responsabilidad penal si ha creado un programa de cumplimiento eficiente pero es esquivado fraudulentamente. En este supuesto nos encontramos ante una exclusión de la

⁸¹⁸ Creación de un sistema disciplinario de medidas ilegales (por establecer sanciones que atentan a los derechos fundamentales...); o las sanciones son tan leves que no poseen un mínimo carácter disuasorio

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

imputación objetiva -art. 31 bis 2.3ª CP-, cuando los autores individuales han cometido el delito eludiendo los modelos de organización y prevención. Son supuestos que muestran la prohibición de extender la responsabilidad a terceros de los que dependen por el simple hecho de ser sus superiores. Si se ha rehuido el correcto cumplimiento de los modelos de cualquier índole, supone que no es que el programa de cumplimiento sea defectuoso -es decir, que no se hayan determinado correctamente los riesgos, o se haya actuado de acuerdo con los principios o directrices que deben regir su previsión-, sino que existe responsabilidad única de quien se ha comportado ilícitamente por quien ha creado el riesgo de manera autónoma. En este sentido no debe extenderse el título de imputación a quien obra en el principio de confianza y en atención a la división de tareas, y delegación de funciones. Si el órgano encargado de la supervisión y control ha sido correctamente instruido en sus tareas respecto al concreto cometido y ha sido dotado de las herramientas necesarias para el cumplimiento de sus funciones, la persona jurídica no deberá responder, y ello en virtud de la vigencia del principio de confianza, en tanto que se le ha seleccionado e instruido correctamente, coordinándose dentro de la organización de un modo adecuado⁸¹⁹.

III) Supuesto de existencia de imputación, pero con disminución del riesgo,
art. 31 bis 4 CP.

Es el caso establecido por el legislador para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones⁸²⁰. Sin perjuicio de que la exclusión de la imputación objetiva en los casos del riesgo es una cuestión controvertida⁸²¹ existe la posibilidad de que el órgano de administración haya realizado algún/os comportamiento/s -tal y como expresa el

⁸¹⁹ PIÑA ROCHEFORT, J.I. y COX VIAL, F., “Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa...*ob. cit.*, pág. 212.

⁸²⁰ A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

⁸²¹ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Derecho penal. Parte general...*ob. cit.*, pág. 275, en tanto que es difícil determinar en qué casos el autor conscientemente no ha reducido el riesgo “todo lo que para él era posible,...en tales supuestos el autor ha omitido optimizar sus posibilidades de protección”.

legislador “de forma significativa”- tendentes a prevenir delitos o para reducir “de forma significativa” el riesgo de su comisión. El juicio sobre el carácter permitido del riesgo se debe practicar *ex-ante*, es decir, en el momento en el que el autor emprende la acción riesgosa, y será objetivo (y, por lo tanto, no depende del juicio del autor⁸²²). Se trata del supuesto en que el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza, o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Asimismo, integran parte de este tipo de supuestos aquellos comportamientos de disminución del riesgo mediante la acreditación parcial de los expuestos con anterioridad. Si acudimos a la lectura del art. 31 *quater* del CP, afirma que “solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la RPPJ haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. Por ello, puede interpretarse que dichos supuestos son causas de reducción del riesgo.

⁸²² *Ídem.*, pág. 275.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

Es una máxima del Derecho Penal que «*cogitationis poena nemo patitur*». El *ius puniendi* desplegará sus competencias tan solo en aquella expresión material que el sujeto activo produzca en la realidad, en la medida en que con su actuar modifique el estado de la naturaleza y lesione o ponga en peligro algún bien jurídico.

Existen diferentes tipos delictivos que encierran elementos subjetivos del injusto. En ellos, para afirmar que el sujeto activo ha conformado o realizado la conducta descrita por el tipo penal, se exige una cierta referencia anímica⁸²³. Los tipos que reúnen elementos subjetivos del injusto pueden agruparse⁸²⁴ en tres categorías básicas, «delitos de intención, delitos de tendencia interna trascendente y delitos de expresión»⁸²⁵.

Tal y como afirmaba MEZGER, los llamados **delitos de intención** pueden dividirse en **delitos mutilados de dos actos**, en donde el autor realiza un comportamiento como medio de actuar posterior; o, **los delitos de resultado cortado**, en los que el autor "hace algo" para que se produzcan consecuencias posteriores⁸²⁶. En los delitos de tendencia, la acción aparece como expresión de una tendencia subjetiva del autor y cae bajo la sanción de la ley en donde esta tendencia existe⁸²⁷. Por el contrario, en los **delitos de expresión**, la acción se pone de manifiesto como expresión de un proceso o estado interno y psíquico del autor. El autor matiza que, si no se

⁸²³ MEZGER, E., "Derecho Penal". Libro Estudio. Parte General...*ob. cit.*, págs. 136 y ss. Asimismo, COBO DEL ROSAL, M y VIVES ANTÓN, T., "Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*, pág. 401, (Elementos subjetivos del tipo, b) Supuestos característicos).

⁸²⁴ COBO DEL ROSAL, M y VIVES ANTÓN, T., "Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*, pág. 401, (Elementos subjetivos del tipo, b) Supuestos característicos).

⁸²⁵ *Ídem.*, pág. 401, (Elementos subjetivos del tipo, b) Supuestos característicos).

⁸²⁶ MEZGER, E., "Derecho Penal". Libro Estudio. Parte General...*ob. cit.*, págs. 136 y ss.

⁸²⁷ *Ídem.*, págs. 136 y ss.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

compara el suceso externo con su aspecto psíquico, no se puede juzgar terminantemente acerca de la antijuridicidad y de la tipicidad⁸²⁸.

La lectura del tipo penal de corrupción entre particulares, (286 bis 1) expresa como verbos típicos "recibir", "solicitar" y "aceptar" y los relaciona con un beneficio o ventaja que tiene que ser no justificado. La realización de este comportamiento exige una determinada intención o móvil al expresarse "como contraprestación para favorecer indebidamente a otro" (corrupción pasiva, art. 286 bis 1) y "como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros" (corrupción activa, art. 286 bis 2). En tal sentido puede afirmarse que nos encontramos ante un delito compuesto, de varios actos⁸²⁹. No obstante, al respecto debemos realizar la siguiente precisión.

El dolo del sujeto activo integra lo siguiente: el conocimiento de que al dejarse sobornar está beneficiando a ese competidor frente otros. En tal sentido se quebranta la confianza *ad extra* -quedan desterrados los competidores al no competir en igualdad de condiciones⁸³⁰-. Por otro lado, se vulnera la confianza *ad intra* -, quien se deja corromper persigue un interés personal, y por ello, obvia sus obligaciones para con su empresa. En tal sentido, cuesta encontrar un supuesto en el que al otorgarse un beneficio o ventaja no justificado no se esté favoreciendo a un competidor frente a otro/s. Es por ello que no nos queda claro que hubiera hecho falta integrar un elemento intencional ajeno al dolo. En términos estadísticos todo aquel que soborna o se deja sobornar favorece a un tercero frente a otros.

SÁNCHEZ MELGAR mantiene que nos encontramos ante un "...concepto dinámico de la acción, tendente finalísticamente a obtener un favorecimiento, al modo

⁸²⁸ *Ibidem.*, págs. 136 y ss.

⁸²⁹ ROXIN, C., "Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Fundamentos y Estructura Jurídica del delito, ...*ob. cit.*, pág. 337. El autor, como ejemplo de los delitos de un solo acto se refiere a los daños y, como delitos de varios actos el delito de robo, el delito de violación

⁸³⁰ Esto es, no sobornan. Por lo tanto, no integran el soborno en los elementos esenciales del contrato.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

como se construye la acción típica en el delito de cohecho”⁸³¹. Una “contratación interesada”⁸³² basada en un trato de favor en atención a obtener “cualquier ventaja o beneficio ilícito”⁸³³, materializándose en cantidades económicas, o de otra índole “al que no tendrían derecho de obrarse de acuerdo con las directrices de la empresa, o conculcando las leyes mercantiles sobre tal contratación”⁸³⁴.

Si acudimos a la definición que propone la RAE de beneficio observamos que proviene del latín «*beneficium*». La primera acepción hace referencia al «bien que se hace o se recibe». La segunda, a la «utilidad o (provecho)». La tercera, a la «labor y cultivo que se da a los campos, árboles». En cuarto lugar, a la «acción de beneficiar (minas)». En quinto lugar al «conjunto de derechos y emolumentos que obtiene un eclesiástico de un oficio o de una fundación o capellanía». En sexto lugar a la «acción de beneficiar (créditos)». En séptimo lugar, «Ganancia económica que se obtiene de un negocio, inversión u otra actividad mercantil». En octavo lugar, «derecho que compete por Ley o cualquier otro motivo». En noveno lugar, «ingenio o hacienda donde se benefician productos agrícolas». En décimo lugar, «acción de matar y preparar animales para el consumo humano».

La RAE al definir «ventaja» propone las siguientes definiciones. La primera, «superioridad o mejoría de alguien o algo respecto de otra persona o cosa». La segunda, «excelencia o condición favorable que alguien o algo tiene». La tercera, «sueldo sobreañadido al común que gozan otros». La cuarta, «ganancia anticipada que un jugador concede a otro para compensar la superioridad que el primero tiene o se atribuye en habilidad o destreza». La quinta, «en algunos juegos de equipo, beneficio que se obtiene de una falta cometida por el contrario».

⁸³¹ SÁNCHEZ MELGAR, J., “La Corrupción en el sector privado...*ob. cit.*, pág. 30.

⁸³² *Ídem.*, pág. 30.

⁸³³ *Ibidem.*, pág. 30.

⁸³⁴ *Ibidem.*, pág. 30.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

Podemos afirmar que de todas las definiciones aportadas por la RAE existe una nota común a todas ellas, esto es, una situación de prevalectimiento de un sujeto frente a otro u otros. Efectivamente en el ámbito penal, ya sea en el conjunto de delitos referentes a la salvaguarda de la Administración Pública⁸³⁵ (la «ventaja»), como en los delitos patrimoniales y socioeconómicos (TÍTULO XIII. «Delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico») **no es admisible, por un lado, el prevalectimiento**⁸³⁶ de un sujeto o grupo de personas basadas en desviaciones de poder⁸³⁷, **ni asimismo, el apoderamiento de bienes muebles**⁸³⁸ **sin la autorización del titular o, mediando engaño**⁸³⁹. En todas las definiciones propuestas existe un dato común: no es un acto consentido por el titular de la propiedad⁸⁴⁰. Ocurre por lo tanto que en la corrupción entre particulares esa ventaja que obtiene el corrupto para generar una situación de ventaja frente a otros, no es admitida ni por el titular de la empresa -si es que lo que se quiere es defender el patrimonio individual de la empresa donde se desarrolla la corrupción en el sector privado-, ni por los consumidores o usuarios, -si lo que se pretende tutelar es la defensa de la libre competencia- puesto que la situación de prevalencia que esa empresa ha obtenido frente a otras por los bienes o servicios ofrecidos no ha sido generada por la libre actuación de los operadores económicos, como lo son los consumidores y usuarios operantes en el mercado.

⁸³⁵ Enmarcados bajo la rúbrica de los «delitos contra la Administración Pública» en el Título XIX del Libro II del CP.

⁸³⁶ Utilizamos la expresión de prevalectimiento como palabra que pueda reunir las diferentes modalidades que han sido descritas como definiciones de ventaja.

⁸³⁷ Como en el caso del delito de cohecho donde el funcionario se deja corromper mediante favores, dádivas... de diferente índole para incumplir las funciones que viene desempeñado a cumplir.

⁸³⁸ Como en el caso del hurto, robo, apropiación indebida, aun (evidentemente) requiriendo la concurrencia (en cada uno de los tipos penales) de comportamientos diferentes.

⁸³⁹ Engaño bastante como en el delito de estafa.

⁸⁴⁰ Tampoco en el delito de apropiación indebida, puesto que en un primer momento el titular de la cosa mueble la entrega a un tercero válidamente (porque exista un contrato de préstamo, depósito, etc.), pero posteriormente, no se devuelve por aquella persona a quien se le prestó; aquí radica que «no es un acto consentido del titular de la propiedad».

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

Tanto en los delitos de cohecho, como en el de hurto o robo, apropiación indebida, estafa, se requiere un elemento subjetivo del injusto para que se entienda realizado el comportamiento. Asimismo, en el delito que nos ocupa el legislador así también lo quiere. No obstante como hemos dicho anteriormente, no hubiere hecho falta exigir un especial elemento subjetivo del injusto. El dolo hubiese sido suficiente.

La exigencia en este tipo penal del elemento subjetivo del tipo conforma, como es bien sabido, la inadmisibilidad de un comportamiento imprudente⁸⁴¹. Huelga decir en este orden de cosas que el delito de corrupción entre particulares tampoco reúne las exigencias que aborda el propio art. 12 del Libro Primero del CP. Este delito, no obstante, precisa de la concurrencia del dolo, pero no (como hemos expresado) del elemento subjetivo del injusto. Y ello en tanto que es difícil concebir supuestos, con carácter general, donde la existencia de un soborno no produzca (*per se*) el favorecimiento propio, (para que le favorezca a él), o ajeno (a un tercero frente a otros). A esta conclusión se llega si partimos del planteamiento del soborno en primera persona. Veámoslo. Si me dejo sobornar o soborno al contratar con alguien, la empresa para la que trabaje tendrá ventaja, competitivamente hablando; en tanto que quien soborna adquiere mayor cuota de mercado al influir en el mismo (es decir quienes contratan de manera corrupta) en tanto que operan con unas ventajas que otros o no pueden o no quieren valerse.

No obstante en la práctica podemos encontrarnos con algún supuesto en donde exista un soborno y aun así se haya llegado a acuerdos comerciales con el mejor producto en atención a las calidades y precios se refiere. Pero este planteamiento posee algunas objeciones a tener en cuenta. **Al existir-concurrir** (haber mediado un beneficio o ventaja) **dicho elemento perturbador del negocio jurídico hace que se haya beneficiado a un competidor frente a otros**. El soborno desvirtúa la causa del contrato, y el consentimiento en dicha transacción al haberse otorgado en virtud de una

⁸⁴¹ COBO DEL ROSAL, M y VIVES ANTÓN, T., "Derecho Penal. Parte General...*ob. cit.*, pág. 400.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

motivación *extra-commercium*. En tal sentido, **el dolo propio de querer o dejarse incentivar-beneficiar hubiese bastado para interpretar cumplido el comportamiento respecto a la expresión del tipo “contraprestación para favorecer indebidamente a otro”**.

Se ha venido manteniendo que lo que se intenta evitar son los comportamientos-prácticas de *kick-back*⁸⁴². Los ejemplos que podemos proponer son diversos:

- Un representante de una empresa de terminales móviles contrata la compra de chips a la empresa Technology S.A. Así, ésta concierta abonar a éste el 5% de la facturación total que dicha compañía de terminales pague a Technology S.A.

- Un administrador de fincas, (a la hora de contratar los servicios de limpieza de la Comunidad de Propietarios, o los de saneamiento de los Pozos de la misma, o los trabajos de Pintura, jardinería, etc.), cobra-exige un sobresueldo en forma de porcentaje, (recibiendo un beneficio o ventaja en forma pecuniaria e incumpliendo sus obligaciones en la contratación de servicios profesionales), por contratar con esa/s empresa/s y no con otra.

Como vemos, en todos los ejemplos propuestos existe una nota común, fidelizar al trabajador, empleado, etc., mediante la entrega de comisiones o porcentajes indebidos (no ortodoxos). **Interpretándose en este caso ortodoxo como sinónimo de ausencia de soborno e integridad del contrato. Integridad entendido como los tradicionales elementos esenciales del mismo; esto es: el objeto y causa suscrito entre las partes donde la parte contractual no se encuentra motivado (a la hora de escoger o contratar) por un enriquecimiento personal, y por ende, injusto en este caso. La búsqueda del enriquecimiento personal es un enriquecimiento injusto, y en tal sentido sin causa. Es una causa no querida, ni buscada ni consensuada por los accionistas a la**

⁸⁴² Comportamiento ya explicado extensamente *ut supra*.

hora de contratar por medio del directivo, colaborador, o empleado que recibe o solicita un soborno. Por ello, es una causa ajena a la esperada y consensuada *ad intra* (previamente negociada con los accionistas), y quebranta la confianza depositada en los negocios por los competidores (puesto que quien no soborna se queda fuera de la negociación, aun siendo el mejor producto o servicio), y a la par, se priva a los consumidores de tales calidades.

Como explicábamos anteriormente, en los casos de corrupción, el objetivo en la contratación no será el precio del producto o sus calidades o cualidades de cara a los consumidores. Tampoco lo será el margen que deje a la empresa (accionistas) comprar o contratar con uno u otro proveedor para revender, por ejemplo, un producto o servicio. Lo importante en estos actos corruptos (donde interviene el soborno) es el interés personal y ajeno a los elementos esenciales del contrato, y ajeno también a las reglas del mercado y de la competencia en los términos expresados por la Directiva “justa y honesta”.

Si lo que motiva a contratar no son las mentadas calidades, cualidades y precios de los bienes o servicios, sino (en cambio) el porcentaje que personalmente se llevará quien contrate, la confianza y expectativas de los operadores jurídicos se frustran, atentándose, con carácter mediato, a la competencia “justa y honesta”.

No hace falta que el actor del comportamiento corrupto, (quien deja corromperse o intenta corromper) posea un ánimo especial añadido al dolo “como contraprestación para favorecer indebidamente a otro”. El dolo abarca dichos verbos y el propósito o fin de los mismos. Aceptar un soborno o solicitar un beneficio o ventaja supone y consiste en promover-facilitar-agraciar-apoyar a una empresa frente a otra respecto a la que no se contrata porque no ofrece o acepta tal beneficio o ventaja. Por ello, la conducta típica del art. 286 bis se consuma con la recepción, solicitud o aceptación de dicho beneficio o ventaja no justificada.

CONCLUSIONES

Primera: El comportamiento recoge una fórmula intencional. La preposición *para* junto la concurrencia del verbo favorecer significa que el legislador exige un especial ánimo o tendencia personal en el sujeto activo del delito.

Segunda.- En nuestra opinión, no hubiese hecho falta integrar un elemento subjetivo del injusto. El dolo del sujeto activo conforma de manera suficiente el conocimiento y la voluntad del sujeto activo. Aceptar o proponer un incentivo en la contratación atenta a la confianza-expectativas del mandato que realiza, como de los competidores que concurren (licitan) en los negocios. Asimismo, el sujeto activo del delito conoce que al ser sobornado frustra la causa original del contrato. En este sentido, conoce su actuación desleal.

Tercera: Aceptar un soborno o solicitar un beneficio o ventaja consiste en promover-facilitar-agraciar-apoyar a una empresa frente a otras que no conseguirán el contrato al no participar en la corrupción (sobornar o dejarse sobornar). Se quebranta el principio de confianza en las operaciones mercantiles o transacciones comerciales por cuanto despoja a los competidores del objeto del contrato al no introducir en la ecuación comercial el elemento del soborno.

CONCLUSIONES FINALES

Primera.- La prohibición del soborno entre particulares es una novedad en la tradición jurídica española que se ha reflejado en la práctica judicial de forma muy tímida. Tras siete años desde la incorporación de este precepto penal no ha sido aplicado salvo en alguna excepción. Si la mayor parte de la economía de un país son las pequeñas y medianas empresas, y estos actos distorsionan la competencia no se explica por qué los empresarios no han actuado en tal sentido. En nuestra opinión, esto se debe a que este género de comportamientos son solventados por otros órdenes jurisdiccionales, como el Mercantil o el laboral, y porque resulta de especial complejidad comprender el bien jurídico protegido.

El legislador mediante la incorporación del delito de corrupción en el sector privado muestra la entrada, junto con la regulación de otras instituciones penales, hacia una era de la autorresponsabilidad y la prevención. En la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia se ocupan de lo que viene denominándose *corporate compliance*. En el transcurso del presente trabajo apreciamos una cierta confusión o falta de unidad respecto a este concepto. Se viene aludiendo de diferentes maneras a lo que parece ser una misma realidad. Se usan términos como: *compliance* o *corporate compliance*, programas de cumplimiento, códigos de conducta, códigos éticos, códigos de valores o códigos de buenas prácticas.

Los *compliance programs* son un mecanismo antiguo en la tradición internacional y de carácter extrapenal cuyo fundamento es la prevención del riesgo en la empresa. Su principal cometido es regular, detectar, contener, paliar y, en algunos supuestos reparar la existencia de comportamientos de riesgo. En España este modelo ha sido recibido con gran aceptación e integrado en nuestra cultura jurídico-penal en virtud del art. 31 bis. Las fórmulas adoptadas mediante este artículo, en conjunción con

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

los criterios de imputación objetiva, facultan a la empresa a que se ampare –en el caso de ser procesada- que contaba con un sistema que le protegía frente a distintos riesgos de índole penal. La prevención es un acto positivo de fomento de la protección del bien jurídico protegido.

Segunda.- La interpretación del tipo de injusto de este delito requiere conocer ciertas instituciones de carácter jurídico-privado. El legislador quiere proteger la neutralidad en la contratación y, especialmente, en la voluntad en la formación del contrato como parte o núcleo de la competencia leal.

Tercera.- Los verbos típicos (recibir, solicitar, aceptar, prometer, ofrecer o conceder), vienen a ser una manifestación de una misma realidad normativa. Mediante un comportamiento no debido -un acto corrupto- se atenta a la neutralidad en la formación del contrato, al proceso de contratación como elemento esencial de la competencia leal.

Los sujetos que pueden realizar el comportamiento típico son garantes en virtud de una responsabilidad institucional. Para garantizar la neutralidad en la formación del contrato se debe acudir a diversos principios generales de carácter extrapenal. Nos encontramos ante la protección y defensa de la competencia leal y, por ende, se exige el cumplimiento de los deberes de lealtad y de buena fe para preservar y garantizar un comportamiento correcto de los operadores mercantiles. Así se denunciarán, neutralizarán o desmantelarán los sobornos en la empresa. Esto es coherente con la expansión de la autorregulación, la descentralización del poder de supervisión-investigación del Estado en el fraude empresarial y de fomento-refuerzo positivo (atenuación o exoneración de la responsabilidad criminal) en aquellas empresas que instauren programas de cumplimiento que prevean e intenten evitar comportamientos ilícitos.

Habida cuenta del enfoque que el legislador ha otorgado en la Directiva a este delito: garantizar una competencia “justa” y “honesta”, junto con el criterio de atenuar,

e incluso eximir la responsabilidad de la empresa ante su imputación (mediante los planes de cumplimiento) parece que lo que pretende es constituir el tipo del injusto del delito de corrupción entre particulares como un tipo de mandato, donde no solo se exige un *neminem laede*, sino la realización de un comportamiento positivo tendente a garantizar la mentada competencia. Por lo tanto, el delito en tal sentido, quedaría conformado no mediante el establecimiento de condiciones que constituye un aporte al hecho delictivo, -delitos comunes o de dominio de hecho-, sino la unión a un determinado bien jurídico mediante una relación positiva que obliga a su cuidado o fomento, es decir, un deber especial -delito de infracción de deber-. Así, este bien jurídico se encuentra vinculado mediante una relación institucional positiva con anterioridad al hecho delictivo. Todo administrador, empleado o colaborador le corresponde un deber de abstención de recibir incentivos en el ámbito mercantil encomendado. Se parte de la existencia de una obligación de promoción, de una responsabilidad corporativa que rechaza una conducta contraria a la promoción de mejoras de cualquier índole diferente al concreto negocio o relación comercial entablada. Por tanto, es inadmisibles la aceptación de productos o servicios de peor calidad o de mayor precio que pueda afectar a la competencia. En tal sentido, la leal competencia debe ser interpretada como el respeto a la institución -materializada en la integridad del negocio jurídico, en los elementos esenciales del mismo. La ortodoxa configuración del negocio jurídico excluyendo el soborno.

Cuarta.- La actividad comercial debe regirse por la confianza de las partes comerciales en las expectativas del negocio jurídico. En tal sentido, el incentivo personal (esto es, el beneficio o ventaja) en un negocio jurídico es un condicionante que genera una situación injusta y deshonesto, que merece desde el punto de vista del ordenamiento jurídico una respuesta penal.

El beneficio y la ventaja son manifestaciones de una misma realidad. Esto es, cualquier género de propuesta irregular y, ajena -por ende- al objeto del contrato

mercantil. Dicha propuesta debe poseer la intensidad suficiente para modificar o mutar la ortodoxa y neutra voluntad de las partes, distorsionando las reglas del mercado al atentar a la confianza de los potenciales operadores comerciales. El soborno propicia la falta de eficacia del sistema competencial y la arbitrariedad en la decisión de quienes contratan, compran y venden, en tanto que los contratos no dependen de la calidad y del precio del bien y/o servicio, sino de cuánto se está dispuesto a pagar en concepto de soborno.

Las expresiones “beneficio o ventaja no justificados” y “favorecimiento indebido” son alusiones a comportamientos prohibidos por el carácter desleal que representan a la competencia.

Quinta.- Nos encontramos ante un delito de mera actividad donde la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y, por tanto, no se produce un resultado separable de ella. En el tipo penal que nos ocupa, la conducta no es separable espacio-temporalmente del resultado. El injusto resulta perfeccionado por el mero hecho realizar los verbos descritos en el tipo. Esto es, “prometer”, “ofrecer” o “conceder” cualquier “beneficio” o “ventaja”. Para la comprobación de la consumación del hecho solo es preciso examinar la existencia de la propia acción del autor.

El legislador no ha precisado si dicha contraprestación debe generar efectivamente una lesión a los consumidores, al comercio, a los competidores, o a la economía de la empresa. Según la doctrina mayoritaria, la consumación de la conducta típica tan solo requiere la puesta en peligro del bien jurídico protegido, esto es, la probabilidad de la lesión del mismo. La mayor parte de los autores que han estudiado el presente precepto mantienen que se trata de un delito de peligro abstracto. **En nuestra opinión**, y en contra de la doctrina mayoritaria, el delito de corrupción entre particulares no es un delito de peligro, sino de lesión. El bien jurídico en este delito es la neutralidad en el proceso de contratación como elemento esencial de la competencia leal. Si se ofrece o acepta un beneficio o ventaja -soborno-, se perturba o infecta la

voluntad del operador en el negocio jurídico. Esta neutralidad debe interpretarse en un sentido objetivo. El soborno queda incorporado al conjunto de elementos esenciales del negocio jurídico lesionando la neutralidad en el proceso de decisión. En tal sentido podemos afirmar que este delito es de lesión y no de peligro. De manera contraria, si se interpreta la neutralidad desde una perspectiva subjetiva se podría considerar que el delito es de peligro abstracto. Pero desde la perspectiva subjetiva se genera una gran inseguridad jurídica. Interpretar que el comportamiento es o no típicamente antijurídico en virtud de cómo afecte el soborno a la parte contratante supone un alto grado de incertidumbre.

Sexta.- El comportamiento recoge una fórmula intencional. La preposición *para* junto con la concurrencia del verbo *favorecer* ha inclinado a la doctrina a manifestarse a favor de la exigencia de un especial ánimo o intención personal en el sujeto activo del delito. Este delito es compuesto. Se trata de un delito mutilado de dos actos. No obstante opinamos que no hubiera sido necesario configurarlo de esta manera. El hecho de que uno de los intervinientes se corrompa, esto es soborne o se deje sobornar, supone en sí mismo favorecer a la contraparte que realiza el comportamiento indebido, en tanto que se deja fuera de las oportunidades negociales al resto de empresas que no sobornan.

En nuestra opinión, el dolo conforma de manera suficiente en el sujeto activo del delito el conocimiento y la voluntad de que al aceptar o proponer un incentivo en la contratación se actúa contra la confianza del resto de operadores que licitan. Asimismo supone un detrimento a sus mandantes y a los competidores que concurren (licitan) en tal negocio. En este sentido, el sujeto activo sobornado o sobornante conoce su actuación desleal. Aceptar o solicitar un beneficio o ventaja consiste en promover-facilitar-agraciar-apoyar a una empresa frente a otras que no conseguirán el contrato al no participar en la corrupción (sobornar o dejarse sobornar).

Séptima.- La falta de incorporación del titular de la empresa se debe al concreto bien jurídico que se protege; esto es, la neutralidad de la voluntad de las partes en la formación del contrato. En tal sentido, el empresario espera que sus colaboradores y trabajadores se comporten según su mandato: un objeto y causa contractual determinada y en beneficio de la empresa. La corrupción entre particulares persigue castigar a terceros relacionados con la empresa, no al propio empresario. Asimismo, el ordenamiento jurídico ya castiga cualquier otra suerte de comportamientos ilícitos realizados por el empresario

Octava.- El concepto de sociedad al que se refiere el legislador refuerza la idea de que la lucha contra la corrupción en los negocios es un delito que opera ante cualquier entidad mercantil. En tal sentido es un *numerus apertus*.

Novena.- Llegamos a la conclusión de que "incumplir" es sinónimo de "indebido". El legislador busca una concreta motivación en los operadores mercantiles. Las partes negociales deben ostentar un rol en el que no tiene cabida el soborno, en tanto que afecta negativamente a la competencia leal. El soborno representa un «interés ajeno» a la esencia del negocio. Cuando se negocia se parte de una ortodoxa concepción de la voluntad que se centra en un concreto bien o servicio objeto de contrato. El soborno constituye un elemento anómalo y en tal sentido ajeno a los elementos esenciales del contrato.

En virtud de lo expuesto, el presente delito forma parte de una nueva era donde se presta gran atención a la prevención y concreción de los riesgos. El mercado, y la economía precisa de herramientas cada vez más complejas y desarrolladas para poder atajar el gran problema de la corrupción.

CONCLUSIONS

First.- The prohibition of bribery between individuals is a novelty in the Spanish legal tradition that has been reflected in judicial practice in a very timid manner. After seven years since the incorporation of this penal precept has not been applied except in some exceptions. If the majority of a country's economy are small and medium-sized enterprises, and these acts distort competition, it is not explained why entrepreneurs have not acted in this regard. In our opinion, this is due to the fact that this type of behavior is solved by other jurisdictional orders, such as Mercantil or labor, and because it is especially complex to understand the protected legal good.

The legislator by incorporating the crime of corruption in the private sector shows the entry, together with the regulation of other penal institutions, towards an era of self-responsibility and prevention. At present, the doctrine and jurisprudence deal with what is called corporate compliance. In the course of the present work we appreciate a certain confusion or lack of unity regarding this concept. It is alluding in different ways to what seems to be the same reality. Terms such as compliance or corporate compliance, compliance programs, codes of conduct, ethical codes, codes of values or codes of practice are used.

The compliance programs are an old mechanism in the international tradition and extrapenal nature whose foundation is the prevention of risk in the company. Its main task is to regulate, detect, contain, alleviate and, in some cases, repair the existence of risky behavior. In Spain this model has been received with great acceptance and integrated into our legal-penal culture under art. 31 bis. The formulas adopted by this article, in conjunction with the criteria of objective imputation, empower the company to protect - in the case of being processed - that had a system

that protected against different risks of a criminal nature. Prevention is a positive act to promote the protection of the protected legal good.

Second.- The interpretation of the type of unfair of this crime requires knowing certain institutions of a legal-private nature. The legislator wants to protect neutrality in contracting and especially in the will in the formation of the contract as part or core of fair competition.

Third.- Typical verbs (receiving, requesting, accepting, promising, offering or granting), become a manifestation of the same normative reality. Through non-due behavior - a corrupt act - is attentive to neutrality in the formation of the contract, the recruitment process as an essential element of fair competition.

Subjects who can perform typical behavior are guarantors under an institutional responsibility. In order to guarantee neutrality in the formation of the contract, one must resort to several general principles of an extrapenal nature. We are faced with the protection and defense of fair competition and, therefore, it is required the fulfillment of the duties of loyalty and good faith to preserve and guarantee a correct behavior of commercial operators. This will denounce, neutralize or dismantle bribes in the company. This is consistent with the expansion of self-regulation, the decentralization of the State's supervisory and investigative power in corporate fraud and positive reinforcement (attenuation or exoneration of criminal liability) in companies that implement compliance programs that anticipate and Try to avoid unlawful behavior.

In view of the approach taken by the legislator in the Directive to this crime: to ensure "fair" and "honest" competition, together with the criterion of attenuating, and even exempting, the company's responsibility from its imputation (through Compliance), it seems that what is intended is to constitute the type of unjust crime of corruption between individuals as a type of mandate, where not only requires a

neminem laede, but the conduct of a positive behavior aimed at ensuring the said competition. Therefore, crime in this sense, would be conformed not by establishing conditions that constitute a contribution to the crime, common crimes or de facto rule, but the union to a particular legal right through a positive relationship that requires To their care or encouragement, that is, a special duty - violation of duty. Thus, this legal asset is linked through a positive institutional relationship prior to the crime. Every administrator, employee or collaborator has a duty to refrain from receiving incentives in the commercial area entrusted. It is based on the existence of an obligation of promotion, of a corporate responsibility that rejects conduct contrary to the promotion of improvements of any kind other than the concrete business or commercial relationship entered into. Therefore, it is inadmissible the acceptance of products or services of worse quality or of greater price that can affect the competition. In this sense, fair competition must be interpreted as respect for the institution - materialized in the integrity of the legal business, in the essential elements of it. The orthodox configuration of the legal business excluding bribery.

Fourth.- The negotiation activity must be governed by the trust of the negotiating parties in the expectations of the legal business. In this sense, the personal incentive (that is, the benefit or advantage) in a legal business is a condition that generates an unfair situation and deshoneta, which deserves from the point of view of the legal system a criminal response.

Benefit and advantage are manifestations of the same reality. That is, any kind of irregular proposal and, therefore, alien to the object of the commercial contract. Such a proposal must have sufficient intensity to modify or mutate the orthodox and neutral will of the parties, distorting the rules of the market by jeopardizing the confidence of potential commercial operators. Bribery promotes the lack of efficiency of the system of competition and arbitrariness in the decision of those who hire, buy and sell, while

contracts do not depend on the quality and price of the good and /or service, but on how much is prepared To pay as a bribe.

The expressions "unjustified benefit or advantage" and "improper favoring" are allusions to behaviors prohibited by the unfair character of the competition.

Fifth.- We are faced with a crime of mere activity where the realization of the type coincides with the last act of the action and, therefore, does not produce a separable result of it. In the criminal type that concerns us, the behavior is not separable space-temporally from the result. The unjust is perfected by the mere fact of performing the verbs described in the type. That is, "promise", "offer" or "grant" any "benefit" or "advantage". For the verification of the consummation of the fact, it is only necessary to examine the existence of the author's own action.

The legislature did not specify whether such consideration should effectively cause injury to consumers, trade, competitors, or the company's economy. According to the majority doctrine, the consummation of the typical conduct only requires the endangerment of the protected legal good, that is, the probability of its injury. Most of the authors who have studied the present precept maintain that it is an abstract danger. In our opinion, and contrary to the majority doctrine, the crime of corruption between individuals is not a crime of danger, but of injury. The legal right in this offense is the neutrality in the hiring process as an essential element of fair competition. If a benefit or advantage is offered or accepted, it is disturbed or infected the will of the operator in the legal business. This neutrality must be interpreted in an objective sense. Bribery is incorporated into the set of essential elements of the legal business, damaging neutrality in the decision process. In this sense we can affirm that this crime is of injury and not of danger. On the contrary, if one interprets neutrality from a subjective perspective one could consider that the crime is of abstract danger. But from the subjective perspective generates a great legal insecurity. Interpreting that behavior is typically unlawful by virtue of how bribery affects the contracting party entails a high degree of uncertainty.

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «*corrupción entre particulares*»

Sixth.- Behavior picks up an intentional formula. The preposition together with the concurrence of the verb favor has inclined the doctrine to manifest itself in favor of the demand of a special spirit or personal intention in the active subject of the crime. This crime is compound. It is a mutilated crime of two acts. Nevertheless, we believe that it would not have been necessary to confuse it in this way. The fact that one of the interveners is corrupted, this is bribed or allowed to bribe, supposes in itself to favor the counterpart that performs the undue behavior, while leaving out of the business opportunities to other companies that do not bribe .

In our opinion, fraud suffers sufficiently in the active subject of the crime the knowledge and the will that when accepting or proposing an incentive in the hiring is acting against the trust of the rest of the operators that bid. It also implies detriment to its constituents and competitors who compete in such a business. In this sense, the active or bribing agent knows his unfair behavior. Accepting or requesting a benefit or advantage consists of promoting-facilitating-favoring-supporting a company against others who will not get the contract by not participating in corruption (bribing or being bribed).

Seventh .- The lack of incorporation of the owner of the company is due to the concrete legal that is protected; That is, the neutrality of the will of the parties in the formation of the contract. In this sense, the entrepreneur expects his collaborators and workers to behave according to their mandate: a specific object and contractual cause and for the benefit of the company. Corruption between private individuals seeks to punish third parties related to the company, not the entrepreneur himself. Likewise, the legal system already punishes any other kind of illegal behavior carried out by the employer

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
El tipo de injusto en el delito de «corrupción entre particulares»

Eight.- The concept of society referred to by the legislator reinforces the idea that the fight against corruption in business is a crime that operates before any business entity. In this sense it is a *numerus apertus*.

Ninth.- We conclude that "breach" is synonymous with "improper". The legislator seeks a concrete motivation in the commercial operators. The negotiating parties must play a role in which there is no room for bribery, while adversely affecting fair competition. Bribery represents a "foreign interest" to the essence of the business. When it is negotiated one starts from an orthodox conception of the will that focuses on a specific good or service object of contract. Bribery constitutes an anomalous element and in that sense outside the essential elements of the contract.

In view of the above, this crime is part of a new era where great attention is paid to the prevention and concretization of risks. The market, and the economy needs increasingly complex and developed tools to tackle the great problem of corruption.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, M. A., “La Corrupción privada”, en *Apuntes de Derecho Penal Económico II*, VV.AA., Coord. PREDAL DEL PUERTO, R., Ed. ICED, Paraguay, 2.013

ABASCAL JUNQUERA, A., “Problemas y soluciones a la imputación de las personas jurídicas en el proceso penal. Perspectiva legal y constitucional”, *Revista jurídica de Asturias*, Núm. 36, 2.013

ABEL SOUTO, M., “Teorías de la pena y límites al *ius puniendi* desde el Estado democrático”, Ed. Dilex, Madrid, 2.006

ABIA GONZÁLEZ, R., y DORADO HERRANZ, G., “Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento-*Compliance Management system*”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.017

AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., "El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario", Ed. Atelier, Barcelona, 2.010

ALCÁCER GUIRAO, R., “¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?: apuntes sobre el concepto material del delito”, Ed. Atelier, Barcelona, 2.013

ALONSO ÁLAMO, M., "Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos. (Derecho Penal mínimo y máximo)", *Revista Penal*, Núm. 32, Julio 2.013

ALONSO ÁLAMO, M., ¿Riesgos no permitidos? Observaciones sobre la incidencia del principio de precaución en el Derecho penal”, en *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, VV.AA., Dir. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., Coords. GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. y VILLA SIERO, V., Ed. Constitutio Criminalis Carolina, 2.013

ALONSO ÁLAMO, M., "Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los Derechos Humanos", Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 2.014

AMELUNG, K., “El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en *La teoría del bien jurídico*, VV.AA., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.008

ANDRÉS DOMINGUEZ, A.C., "La corrupción entre particulares, (art. 286 *bis* del CP español)", en *Libro homenaje al profesor LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS*, VV.AA., Coords. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013

ARBUROLA VALVERDE, A., “La teoría de la imputación objetiva en el derecho penal”, *Revista de derecho penal, procesal penal y criminología*”, derecho penal online, <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,674,0,0,1,0>,

ARROYO JIMÉNEZ, L., "Introducción a la autorregulación", en *Autorregulación y Sanciones*, VV.AA., Ed. Lex Nova, Dirs. ARROYO JIMÉNEZ, L., y NIETO MARTÍN, A., Colección Derecho Público, ed. 1ª, Valladolid, 2.008

ARTAZA VARELA, O., “La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.013

ARTAZA VARELA, O., “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal”, *Polít. Crim.*, Vol. 8, Núm. 16 (Diciembre 2.013)

ARTAZA VARELA, O., “Programas de cumplimiento”, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, VV.AA., Dirs. MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., Coords. HORTAL IBARRA, J.C. y VALIENTE IVÁÑEZ, V., Ed. B del f y Edisofer, Buenos Aires, 2.014

AYALA DE LA TORRE, J. M^a., “*Compliance*”, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2.016

BACIGALUPO SAGGESE, S., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Ed. BOSCH, Barcelona, 1.998

BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa”, Ed. Experiencia, ed. 1^a, diciembre, Barcelona, 2.006

BACIGALUPO SAGGESE, S., “Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.007

BACIGALUPO SAGGESE, S. y BAJO FERNÁNDEZ, M., “Derecho Penal Económico”, Ed. Universitaria Ramón Areces, ed. 2^a, Madrid, 2.010

BACIGALUPO SAGGESE, S., “Ética empresarial y responsabilidad penal de las empresas”, *Encuentros multidisciplinares*, Vol. 13, Núm. 39, 2.011

BACIGALUPO SAGGESE, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y sus órganos de gobierno (art. 31 bis y 129 CP)”, Ed. La Ley, Núm. 7541, Sección Doctrina, Año XXXII, 5 Ene. 2011

BACIGALUPO SAGGESE, S., “El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos” en *Aspectos prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, VV.AA., Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2.013

BACIGALUPO SAGGESE, S., “La responsabilidad penal de los entes colectivos: *societas delinquere non potest*”, en *Libro homenaje al profesor LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS*, VV.AA., Coords. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013

BACIGALUPO ZAPATER, E., “Manual de Derecho Penal. Parte general”, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1.996

BACIGALUPO ZAPATER, E., “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Hammurabi, ed. 2ª, Buenos Aires, 1.999

BACIGALUPO ZAPATER, E., “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de “*compliance*” (A propósito del Proyecto de reformas del CP de 2.009)”, Diario La Ley, Núm. 7442, Sección Doctrina, 9 de julio de 2.010, Año, XXXI

BACIGALUPO ZAPATER, E., “*Compliance* y Derecho Penal”, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2.011

BAJO ALBARRACÍN, J.C., “Auditoría de sistemas de gestión. *Compliance*”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.017

BAJO FERNÁNDEZ, M., "Manual de Derecho Penal. Parte especial", Ed. Ceura, ed. 1ª, Madrid, abril, 1.987

BAJO FERNÁNDEZ, M. y PÉREZ MANZANO, M., "Manual de Derecho Penal Económico. Parte Especial", *Delitos patrimoniales y económicos*, VV.AA., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, Agosto 1.993

BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S. "Derecho Penal Económico", Ed. Universitaria Ramón Areces, ed. 2ª, Madrid, 2.010

BAJO FERNÁNDEZ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica”, en Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2.012

BALDOVA PASAMAR, M.A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, *EPC*, Vol. XXXIII, 2.013

BAYLOS GRAU, A., “Empresas transnacionales y acuerdos merco-globales en Ética empresarial y códigos de conducta”, en *Ética empresarial y códigos de conducta*, VV.AA., Dir. GOÑÍ SEIN, J.L., Ed. La Ley, Madrid, 2.011

BELING, E., “La doctrina del delito-tipo”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1.944

BELING, E., “Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo”, Ed. Librería El For, Buenos Aires, 2.002

BELTRÁN GIRÓN, F., “La abogacía ante la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA ZABALLOS, E.B., VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013

BENITO SÁNCHEZ, D., “El delito de corrupción en las transacciones internacionales”, Ed. Iustel, Monografías, Madrid, 2.012

BENITO SÁNCHEZ, D., “La corrupción de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales. Especial referencia al papel de la *Foreign Corrupt Practices Act*”, en *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, VV.AA., Dirs. CASTRO MORENO, A. y OTERO GONZÁLEZ, P., Coord. GRAFFE GONZÁLEZ, L.V., Ed. Dykinson, Madrid, 2.016

BERNAL DEL CASTILLO, J., “Los delitos de soborno en el Derecho penal español y británico”, Núm. 116, II, Época II, septiembre 2.015

BERRUEZO, R. “Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal sobre la base de roles”, Ed. B de f, Buenos Aires, marzo, 2.007

BERRUEZO, R., “Delitos de infracción de dominio y de infracción de deber”, Ed. B de f, Buenos Aires, 2.016

BINDING, E., "La doctrina del delito-tipo", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1.944

BLANCO CORDERO, I. y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente en el Derecho penal español?”, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Coord. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., VV.AA., Ed. Tecnos, Madrid, 2.002

BLANCO CORDERO, I., “Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y otros eventos”, en *La Ley Penal*, Núm. 113, Secc. Estudios, Marzo-Abril, 2.015

BLANCO CORDERO, I., “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2.010: nuevos delitos y aumento de penas”, *Diario la Ley*, Especial Reforma del Código Penal, Año XXXI, Núm. 7534, 23 de diciembre de 2.010

BLANCO CORDERO, I., “De la corrupción entre particulares”, en *Comentarios al Código Penal*, VV.AA., Dir. GÓMEZ TOMILLO, M., Ed. Lex Nova, ed. 2ª, Valladolid, 2.011

BLUMENBERG, A.D. y GARCÍA MORENO, B., “Retos prácticos de la implementación de programas de Cumplimiento normativo”, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, VV.AA., Dirs. MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., Coords. HORTAL IBARRA, J.C. y VALIENTE IVÁÑEZ, V., Ed. B del f y Edisofer. Buenos Aires, 2.014

BOLEA BARDON, C., “Deberes del administrador y prácticas de *kick-back*”, *RECPC* 17-17, 2.015

BOLEA BARDÓN, C., “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, Indret 2/2.013, Barcelona

BOLEA BARDON, C., “Deberes del administrador y prácticas de *kick-back*”, en *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*, VV.AA., Dirs. CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., Coord. VALIENTE IVÁÑEZ, V., Ed. D de F, Madrid, 2.016

CÁCERES RUIZ, L., "Delitos contra el patrimonio: aspectos penales y criminológicos", Ed. Vision Net, Madrid, 2.006

CALDERON TELLO, L.F., “El delito de blanqueo de capitales: problema en torno a la imprudencia y la receptación”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.016

CALVO GALLEGO, F.J., "Códigos de conducta y obligaciones éticas de los trabajadores: análisis jurídico", en *Ética empresarial y códigos de conducta*, VV.AA., Ed. La Ley, 1ª ed., Madrid, 2.011

CÁMARA LAPUENTE, S., "El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español", Cuadernos de Derecho transnacional, Vol. 3, Núm. 1, 2.011

CANCIO MELIÁ, M., “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima («imputación a la víctima») en *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, VV.AA., Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1.988

CANCIO MELIÁ, M., SÚAREZ GONZÁLEZ, C. y PEÑARANDA RAMOS, E., “Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, Ed. Grijley, Lima, 1.998

CANCIO MELIÁ, M., “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, VV.AA., Dirs. SERRANO-PIEDRECASAS, J.R. y DEMETRIO CRESPO, E., Ed. Colex, Madrid, 2.008

CANCIO MELIÁ, M., “Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva”, Ed. Cuyo, Mendoza, 2.011

CARBONELL MATEU, J.C., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su "dogmática" y al sistema de la reforma de 2010”, CPC, Segunda Época, Núm. 101, Septiembre, 2.010

CARDONA TORRES, J., “Corrupción entre particulares (art. 286 bis)”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Bosch, Barcelona, 2.010

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., "Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27, Núm. 1

CARO JOHN, J.A., "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber", *Asociación Peruana de Derecho penal*, ADP, 2.003

CARRAU CRIADO, R., “*Compliance para PYMES*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.016

CARREÑO AGUADO, J., “El tratamiento jurídico-penal de la inveracidad en la información social. Una propuesta de revisión del artículo 290 del CP”, Ed. La Ley, Madrid, 2.013

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, núm. 9/2.009

CASTILLO GONZÁLEZ, F., "Causalidad e imputación del resultado"; Ed. Juritexto, San José, 2.013

CASTRO MORENO, A., "El nuevo delito de corrupción privada", en la Mesa Redonda, Prevención y sanción de la corrupción pública y privada", VV.AA., *XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado, "El nuevo Código Penal"*, Madrid, 18 de noviembre, 2.010

CASTRO MORENO, A., "Corrupción entre particulares", en *Memento Experto. Reforma Penal 2.010*, Coord. ORTIZ DE URBINA, Í., VV.AA., Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2.010

CASTRO MORENO, A., "Corrupción entre particulares", en *Memento Penal Económico y de la Empresa 2.011-2.012*, Ed., Francis Lefebvre, julio 2.011

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., "El delito de estafa", Ed. BOSCH, ed. 2ª, Barcelona, 2.000

CIGÜELA SOLA, J., "La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa", TESIS DOCTORAL UPF/2014, Dirs. SILVA SÁNCHEZ, J.Mª y PÉREZ DEL VALLE, C., Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2.014

CIGÜELA SOLA, J., "El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la persona jurídica", *InDret.1/2.016*, Barcelona, enero, 2.016

COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 5ª, Valencia, 1.999

COCA VILA, I., "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?", en *Criminalidad de empresa y Compliance*, VV.AA., Ed. Atelier, Barcelona, 2.013

COCA VILA, I., “La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos”, en *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, VV.AA., Dir. SILVA SÁNCHEZ, J.Mª., Coord. MONTANER FERNÁNDEZ, R., Ed. Atelier, Barcelona, 2.013

COCA VILA, I. y PASTOR MUÑOZ, N., “El delito de administración desleal. Claves para la interpretación del art. 252 del CP”, Ed. Atelier, Barcelona, 2.016

COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., “CAPÍTULO III. Delitos relativos a la corrupción”, en *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. La nueva reforma del Código Penal*, VV.AA., Dirs. AGÚNDEZ, M. y MARTÍNEZ-SIMANZAS, J., Coord. TORRES-DULCE, E., Ed. La Ley, ed. 1ª, octubre, 2.011

COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, B., "Privatización de empresas públicas y contratación administrativa: huida y reconquista del Derecho Administrativo", *Noticias Jurídicas (Artículos doctrinales: Derecho Administrativo)*, octubre, 2.010

CONTRETAS ALFARO, L.H., “Corrupción y principio de oportunidad penal. Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional”, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2.005

CORCOY BIDASOLO, M., “Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada Límites y eficacia de los *Compliance*”, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, VV.AA., Dirs. MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., Coords. HORTAL IBARRA J.C. y VALIENTE IVÁÑEZ, V., Ed. B del f y Edisofer, Buenos Aires, 2.014

CORRECHER MIRA, J., “Análisis jurisprudencial de los delitos contra la Administración pública en el territorio valenciano”, en *Corrupción Pública: Cuestiones de Política Criminal (II)*, La Comunitat Valenciana, VV.AA., Ed. Iustel, Madrid, 2.015

COSTA SANJURJO, P., Tesis Doctoral "Organización de empresas y responsabilidad penal corporativa", Departament d'Organització d'Empreses de la Universitat Politècnica d'Empreses, (Dentro del Doctorado en Administración y Dirección de Empresas EPSEB), Abril, 2.015

COX VIAL, F. y PIÑA ROCHEFORT, J.I., “Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa”, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, VV.AA., Dirs. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. y MIRÓ LLINARES, F., Ed. La Ley, Madrid, 2.013

CUADRADO RUÍZ, M.A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso adelante...¿Un paso hacia atrás?”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Núm. 12, abril, 2.007

CUELLO CALÓN, E., “Derecho Penal”, Tomo I, Ed. Bosch, ed. 18^a, Barcelona, 1.981

CUELLO CONTRERAS, J., “El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica”, *RECPC*, 15-03 (2.013)

CUENCA SÁNCHEZ, J.C., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones procesales. Breve examen de la Ley 37/2.011, de 10 de octubre”, en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA ZABALLOS, E.B., VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013

CUERDA RIEZU, A., “El principio constitucional de responsabilidad persona por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas”, en *Rev. Boliv. de Derecho*, Núm. 9, enero 2.010

CUGAT MAURI, M., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las *Compliance*”, en *EPC*, Vol. XXXV (2.015)

DARNACULLETA I GARDELLA, M.M., “Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias”, en *Autorregulación y sanciones*, VV.AA., Dirs. ARROYO JIMÉNEZ, L. y NIETO MARTÍN, A., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2.008

DARNACULLETA I GARDELLA, M.M. “La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía”, *RGDA*, Núm. 20 (2.009)

DARNACULLETA I GARDELLA, M.M., "Derecho Administrativo y Autorregulación: la autorregulación regulada", Tesis Doctoral, Universitat de Girona, Departamento de Derecho Público, <http://hdl.handle.net/10803/7681>

DE ALFONSO LASO, D., "La corrupción pública a través del delito de cohecho. Doble perspectiva: la del particular, y la del funcionario público", *Cuadernos de derecho local*, Núm. 24, 2.010

DE BUERBA PANDO, A., “El delito de corrupción entre particulares”, *Doctrina Contencioso, público y regulatorio*, PÉREZ-LLORCA, Núm. enero-marzo, enero 2.011

DE JESÚS, D.E., “Imputación objetiva”, Ed. B de f, Buenos Aires, 2.006

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*, VV.AA., Vol. I, Coord. ARROYO ZAPATERO, L.A y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., Ed. Universidad de Castilla- La Mancha, Salamanca, 2.001

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Una ‘nueva’ línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas”, en *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, VV.AA., Coord. SAMPEDRO ARRUBIA, J.A. y MESSUTI, A., Ed. Universidad, Buenos Aires, 2.001

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I., “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente en el Derecho penal español?”, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Coord. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., VV.AA., Ed. Tecnos, Madrid, 2.002

DE LA MATA BARRANCO, N., “El principio de proporcionalidad penal”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.007

DE MIGUEL DOMÍNGUEZ, J.C., MIRANDA TORRADO, F., PALLAS GONZALEZ, J., PERAZA FANDIÑO C., "La medición del riesgo de crédito y el nuevo Acuerdo de Capital del Comité de Basilea", Asociación Española de Profesores Universitarios de Matemáticas para la Economía y la Empresa, XI Jornadas, Oviedo, 2.003

DE TOLEDO Y UBIETO, E.O, "Sobre el concepto del Derecho penal", Ed. Universidad Complutense Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, Madrid, 1.981

DE TOLEDO Y UBIETO, E.O., "Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en derecho penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Núm. 57, 1.979

DE TOLEDO Y UBIETO, E.O., "Las actuaciones en nombre de otro", ADPCP, Tomo 37, Fas/Mes 1, 1984

DE TOLEDO Y UBIETO, E.O., "¿Responsabilidad penal para los entes sociales?", ADPCP, Vol. LXII, 2009

DEL CASTILLO, A., "El soborno un marco conceptual para su análisis", *Gestión y Política Pública*, Vol. X, Núm. 2, II Semestre de 2.001

DEL MORAL GARCÍA, A., "Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA ZABALLOS, E.B., VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013

DEL ROSAL BLASCO, B., "La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis", Núm. 1, del CP", CPC, Núm. 103, Época II, mayo, 2011

DEL ROSAL BLASCO, B., "Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa", Diario La Ley, Núm. 7670, Sección Doctrina, 11 de julio de 2.011, Año XXXII

DEL ROSAL BLASCO, B. “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2.016 y 221/2.016 y sobre la Circular núm.1/2.016 de la Fiscalía General del Estado, Diario La Ley, Núm. 8732, Sección Doctrina, 1 de Abril

DEL ROSAL, J., “Derecho Penal Español”, Ed. Aguirre Torre, ed. 3ª, Madrid, 1.960

DELOACH, J. y THOMSON, J., “How the COSO Frameworks Can Help”, Improving Organizational Performance and Governance, en COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission), 2.014

DEMETRIO CRESPO, E., “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, VV.AA., Dirs. SERRANO-PIEDECASAS, J.R. y DEMETRIO CRESPO E., Ed. Colex, Madrid, 2.008

DEMETRIO CRESPO, E., “Responsabilidad penal por omisión del empresario”, Ed. Iustel, Madrid, 2.009

DETZNER, J.A., “FCPA, ITAR, EAR y OFAC: alcance extraterritorial a compañías no estadounidenses y programas relacionados a su cumplimiento”, Ed. La Ley, Derecho de los Negocios, Núm. 234, Marzo, 2.010

DÍAZ GÓMEZ, A., “El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, RECPC 13-08, 2.011

DÍAZ GÓMEZ, A., “Novedades del Proyecto de reforma de 2013 del CP sobre la responsabilidad de las personas jurídicas”, REDUR 11, 2013

DÍEZ DE REVENGA RUÍZ, A. y RAMÍREZ ARBUÉS, F.J., “El *Compliance* en las organizaciones. Relación entre *Compliance* y otras áreas de la empresa. *Compliance* y Gobierno Corporativo”, en *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Coord. SÁIZ PEÑA, C.A., Ed. Aranzadi, Navarra, 2.015

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret* 1/2.012, Barcelona, 2.012

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "La racionalidad de las Leyes penales", *Práctica y teoría*, Ed. Trotta, ed. 2ª, Madrid, 2.013

DOLZ LAGO, M.J., “Sobre el estatuto penal de la persona jurídica como sujeto responsable. A propósito de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011”, *Diario La Ley*, Núm. 7665, Sección Tribuna, 4 Jul. 2011, Año XXXII

DOLZ LAGO, M.J. y SEQUEROS SAZATORNIL, F., “Delitos societarios y conductas afines”, Ed. Wolters Kluwer- La Ley, ed. 4ª, Madrid, 2.017

DOMBLÁS, Mª.A. y FERNÁNDEZ BARAIBAR, M., “Causas del Despido disciplinario”, Vol. II, Ed. Thomson Aranzadi-Navarra, 2.007

DOMINGUEZ PÉREZ, E.Mª., "Comentario al art. 14 de la LCD. Inducción a la infracción contractual", *Grandes Tratados, Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Aranzadi, Marzo, 2.011

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Omisión e injerencia en Derecho Penal”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.006

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Prevención de la delincuencia empresarial", Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad, Núm. 2, marzo – agosto 2.012

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos", Diario La Ley, Núm. 7796, Sección Doctrina, 13 de Febrero de 2.012, Año XXXIII

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad de personas jurídicas. Imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica", VV.AA., en Memento Práctico Francis Lefebvre, VV.AA., Coord. MOLINA FERNÁNDEZ, F., Madrid, 2.015

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", VV.AA., Memento Penal, 2.016

DORADO HERRANZ, G. y ABIA GONZÁLEZ, R., "Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento-*Compliance Management system*", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.017

ENCINAR DEL POZO, M.A., "La transparencia de las relaciones mercantiles y la reforma del CP de 2.010", CPC, Núm. 103, I, Época II, mayo 2.011

ENCINAR DEL POZO, M.A., "El delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios", Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2.016

ESCRIVA GREGORI, J.M^a. "La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal", Ed. Bosch, Barcelona 1.976

ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., "Delito de corrupción entre particulares", Ed. fe d'erratas, Madrid, 2.013

FARALDO CABANA, P., "Los delitos societarios", Ed. Tirant lo Blanch, ed. 2ª, Valencia, 1.996

FARALDO CABANA, P., "Hacia un delito de corrupción en el sector privado", EPC, Vol. XXIII (2001-2002). Cursos e Congresos Núm. 135, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela

FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., "El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas", Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Vol. 21, Núm. 69, 2.000

FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., "Teoría de la imputación objetiva. Estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución", Ed. Ángel Editor, México, 2.003

FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., "Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva", Ed. Reus, Madrid, 2.007

FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., "Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas", La Ley Penal, 2243/2007, Núm. 40, Sección Estudios, Julio 2007

FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., "Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos", InDret 2/2.009, Barcelona, mayo, 2.009

FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., “Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares”, en *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, VV.AA., Eds. SILVA SÁNCHEZ, J.Mª. y MIRÓ LLINARES, F., Ed. La Ley, Madrid, 2.013

FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., "Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles", en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.014

FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., “El delito corporativo en el CP español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas”, Ed. Civitas Thomson Reuters, ed. 2ª, Navarra, 2.016

FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., “Las características básicas de la responsabilidad de las personas jurídicas en el CP español”, en *Tratado de responsabilidad de penal de las personas jurídicas*, VV.AA., ed. 2ª, Ed. Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2.016

FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., “Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las *últimas* novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2.016 y Sentencias del TS 154/2.016, de 29 de febrero y 221/2.016, de 16 de marzo”, InDret 2/2.016, Barcelona, Abril, 2.016

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP español”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, VV.AA., Ed. Civitas Thomson Reuters, ed. 2ª, Navarra, 2.016

FERNÁNDEZ BARAIBAR, M. y DOMBLÁS, M^a.A., “Causas del Despido disciplinario”, Vol. II, Ed. Thomson Aranzadi-Navarra, 2.007

FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, J., “Blanqueo de capitales y principio de lesividad”, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2.014

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, L.M., “Aspectos mercantiles de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA ZABALLOS, E.B., VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP español (una visión crítica)”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Núm. 25, septiembre, 2.011

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa”, Ed. Lex Nova-Thomson Reuters, Pamplona, 2.013

FERNÁNDEZ-SANGUINO FERNÁNDEZ, J., “La ética y los controles en las empresas”, en *Papeles de Ética, Economía y Dirección*, Núm. 6, 2.001

FERRANTE, M., “Una introducción a la teoría de la imputación objetiva”, en *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, VV.AA., Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1.988

FIGUEROA ORTEGA, Y., "Autoría y participación en delitos de infracción de deber", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.006

FISCHEL, D.R., "The Corporate Governance Movement", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 35, Num. 6, November, 1982

FOFFANI, L., "La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana", en *SERTA In Memoriam Alexandri Baratta*", Ed. Universidad Salamanca, ed. 1ª, Salamanca, mayo 2.004

FOFFANI, L., "La «Corrupción privada». Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización", en *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Coords. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., Ed. Universidad de CaSTILLA-La Mancha, Cuenca, 2.006

FOFFANI, L., "Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?", *RGDP*, Núm. 10, 2.008

FORD, C., "Can Corporate Monitorships Improve Corporate Compliance?", *Journal of Corporation Law*, Vol. 34, Núm. 3, Abril, 2.009

FRAGA GÓMEZ, O., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los modelos de organización y gestión", *Compliance en el proyecto de reforma del CP de 2.013*, en *CEEJ*, Núm. 1, diciembre, 2.013

FRISCH, W., "La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas", *Estudio Preliminar de ROBLES PLANAS, R.*, Ed. Atelier, Barcelona, 2.015

GARCÍA ALBERO, R., "Corrupción en los negocios y modificación del cohecho", en *Comentarios a la reforma de 2.015*, VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, ed. 1ª, Navarra, 2.015

GARCÍA ARÁN, M., "El delito del hurto", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.998

GARCÍA ARÁN, M., "De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas", en *Comentarios al CP. Parte general*, VV.AA., Dirs. CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M., VV.AA., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.011

GARCÍA CAVERO, P. "Derecho Penal económico. Parte general", Ed. Ara Editores, Lima, 2.003

GARCÍA CAVERO, P., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Derecho Penal y criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Vol. 26, Núm. 78

GARCÍA MORENO, B. y BLUMENBERG, A.D., "Retos prácticos de la implementación de programas de Cumplimiento normativo", en *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, VV.AA., Dirs. MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., Coords. HORTAL IBARRA J.C. y VALIENTE IVÁÑEZ, V., Ed. B del f y Edisofer, Buenos Aires, 2.014

GARCÍA-PABLOS, A., "Derecho Penal. Introducción", Ed. Servicio de publicaciones Facultad de Derecho U.C.M., Madrid, 1.995

GARCÍA VALDÉS, C., "Los delitos patrimoniales y socioeconómicos. Aproximación histórica y visión panorámica moderna", en *Libro homenaje al profesor LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS*, VV.AA., Coords. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013

GIENO FELIU, J.M^a, “La corrupción en la contratación pública”, en *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, VV.AA., Dirs. CASTRO MORENO, A. y OTERO GONZÁLEZ, P., Coord. GRAFFE GONZÁLEZ, L.V., Ed. Dykinson, Madrid, 2.016

GIL ANTÓN, M^a., “Delitos de corrupción de acuerdo con la reforma del CP”, en R.E.D.S. Núm. 6, enero-junio 2.015

GIL NOBAJAS, M^a.S., “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, EPC, Vol. XXXV, 2.015

GILI PASCUAL, A., “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2007”, RECPC, N° 9, 2.007

GILI PASCUAL, A., “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. (Contribución al análisis del art. 286 bis del CP según el Proyecto de reforma de 2.006)”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2^a Época, Núm. 19, 2.007

GILI PASCUAL, A., "Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y *kick-backs*: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada", CPC, Núm. 109, mayo, 2.013

GIMBERNAT ORDEIG, E., “La causalidad en Derecho penal”, ADPCP, Tomo 15, Fasc./Mes 3, 1962

GIMBERNAT ORDEIG, E., “¿Qué es la imputación objetiva?”, EPC, Núm. 10, 1986-1986

GIMBERNAT ORDEIG, E., “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa”, ADPCP, Vol. LIV, 2001

GIMBERNAT ORDEIG, E. “Fin de protección de la norma e imputación objetiva”, ADPCP, VOL. LXI, 2.008

GIMBERNAT ORDEIG, E., “A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad”, ADPCP, Vol. LXVI, 2.013

GIMBERNAT ORDEIG, E., “Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva”, en *Libro homenaje al profesor LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS*, VV.AA., Coords. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013

GIMENO BEVIA, J., “Retos del arbitraje internacional frente a la corrupción”, Revista General de Derecho Procesal, Núm. 34, 2.015

GIRALDÉS GUTIÉRREZ, L.S., “La autorregulación en el ámbito de la contratación pública. Análisis de las posibilidades de utilización que ofrece el nuevo marco jurídico comunitario y nacional”, Revista española de Derecho Administrativo, Núm.168/2.015 parte Crónica, Ed. Civitas, Pamplona, 2.015

GOENA VIVES, B., “Comentario al Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Pamplona sobre el «caso Osasuna» *Perspectivas a partir de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre el procesamiento penal a personas jurídicas*”, Diario La Ley, Núm. 8701, Sección Tribuna, 12 de Febrero, 2016

GÓMEZ ÁLVAREZ, T. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El despido disciplinario”, Ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2.008

GÓMEZ BERMÚDEZ, J., "Prevención y sanción de la corrupción pública y privada", en *XXXII Jornadas de Estudio de la Abogacía. El Nuevo CP*, VV.AA., 17 y 18 de noviembre de 2.010, Ed., Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2.011

GÓMEZ BLESA, F.J., “Delito de Corrupción entre particulares: Comentarios y críticas al artículo 286 bis CP.”, Noticias jurídicas, Artículos doctrinales, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4761-de>.

GÓMEZ COLOMER, J.L., “La persona jurídica acusada en el proceso penal español” en *El Derecho penal económico en la era Compliance*, VV.AA., Dirs. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013

GÓMEZ LANZ, J. y OBREGÓN GARCÍA A., "Derecho Penal. Parte General: elementos básicos y teoría del delito", Ed. Tecnos, Madrid, 2.012

GÓMEZ MARTÍN, V. y SANTANA VEGA, D.M., “De la corrupción entre particulares” en *Comentarios al CP. Reforma L.O 5/2.010*, Dirs. CORCOY VIDASOLO M. y MIR PUIG, S., VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.010

GÓMEZ MARTÍN, V., “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria”, RECPC 14-01, 2.012

GÓMEZ MARTÍN, V., “Falsa alarma: *societas delinquere non potest*” en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Coord. ONTIVEROS ALONSO, M., VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.014

GÓMEZ PAVÓN, P., “La reforma de los delitos contra la seguridad vial”, en *Revista jurídica UAM*, Núm. 25, 2.012, I, Ed. Dykinson, Madrid, 1.999

GÓMEZ RIVERO, M.C., “Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general”, VV.AA., Coord. GÓMEZ RIVERO, M.C., Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2.015

GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. El sistema español”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Núm. 25, Septiembre, 2.011

GÓMEZ TOMILLO, M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el Derecho administrativo sancionador: criterios de imputación objetiva”, en *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, VV.AA., Dir. DEMETRIO CRESPO, E., Coord. MAROTO CALATAYUD, M., Ed. B de F, Madrid, 2.014

GÓMEZ TOMILLO, M., “*Compliance* penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.016

GÓMEZ TOMILLO, M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín”, Diario La Ley, Núm. 8747, Sección Doctrina, 22 de Abril de 2.016

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La unificación del Derecho penal en Europa”, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales, *Saberes*, Universidad Alfonso X el Sabio, Vol. I, 2.003

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, RECPC, 08-05 (2.006)

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU”, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2.006

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas”, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2.006

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Aproximación a la influencia del «Gobierno Corporativo» sobre el Derecho Penal Económico”, en *Gobierno Corporativo y Derecho Penal*, VV.AA., Dir. BAJO FERNÁNDEZ, M., Coord. BACIGALUPO SAGGESE, S. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., Mesas redondas de Derecho y Economía, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2.008

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”, ICADE., Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, Núm. 74, mayo-agosto 2.008

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., Mesas redondas de Derecho y Economía, Ed., Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2.008

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, *Polít. Crim.* Vol. 5, Núm. 10, Diciembre, 2.010

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del CP”, en *Diario La Ley*, Núm. 7534, Sección Tribuna, 23 de diciembre, 2.010

GOMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Madrid, 2.011

GOMEZ-JARA DÍEZ, C., “Delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)”, en *El nuevo CP. Comentarios a la reforma*, Dir. SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., Coord. PASTOR MUÑOZ, N., Ed. La Ley, Madrid, 2.011

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Cuestiones fundamentales de derecho penal económico. Parte general y parte especial”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.012

GÓMEZ-JARA DÍEZ., C., “El sistema de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Madrid, 2.012

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad), en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, VV.AA., Ed. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2.012

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, VV.AA., Ed. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2.012

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. y BAJO FERNÁNDEZ, M., “Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2.012

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)” en *El nuevo CP. Comentarios a la reforma*, VV.AA., Dir. SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., Coord. PASTOR MUÑOZ, N., Ed. La Ley, Madrid, 2.012

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “A propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública”, *Diario La Ley*, Núm. 8423, Año XXXV, Sección Tribuna, 18 de Noviembre de 2.014

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)”, en *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, VV.AA., Ed. Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2.015

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El TS ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aviso a navegantes judiciales”, *Diario La Ley*, Núm. 8632, Sección Tribuna, 26 de octubre de 2.015

GONZÁLEZ BLESA, F.J., "Delito de corrupción entre particulares: comentarios y críticas al artículo 286 Bis CP", *Noticias Jurídicas*, Artículos doctrinales, mayo, 2.012

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., “Universitas delinquere potest”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Núm. 19, 2.002

GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, A., “Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa”, en *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, VV.AA., Dir. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., Coord. MONTANER-FERNÁNDEZ, R., Ed. AtelierBarcelona, 2.013

GONZALEZ RUS, J.J., "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I)", en *Derecho Penal Español. Parte Especial*, VV.AA, Coord. COBO DEL ROSAL, M., Ed. Dykinson, Madrid, 2.004

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, F.P., “Los delitos de cuello blanco y la exclusión del delito de apropiación indebida en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Derecho y Cambio Social*, Año 8, Núm. 26, 2.011

GONZÁLEZ SIERRA, P., “La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.014

GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T., “El despido disciplinario”, Ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2.008

GRACIA MARTÍN, L., “Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos por el Estado social y democrático de Derecho”, en *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, VV.AA., Dr. DEMETRIO CRESPO, Coord. MAROTO CALATAYUD, M., Ed. B de F, Madrid, 2.014

GRACIA MARTÍN, L., “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”, RECPC 18-05 (2.016)

GREEN, S.P., "Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.013

GUARDIOLA LAGO, M.J., "Limitaciones del Derecho Penal en la protección del mercado y los consumidores: dos ejemplos", en *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.014

GUERRERO TREVIJANO, C., "El deber de diligencia de los administradores en el Gobierno de las Sociedades de Capital. La incorporación de los principios de la *business judgment rule* al ordenamiento español", Ed. Civitas-Thomson Reuters, ed. 1ª, Navarra, 2.014

GUTIÉRREZ PÉREZ, E., "Los *Compliance Programs* como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La "eficacia e idoneidad" como principios rectores tras la reforma de 2.015", *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, Núm. 24, Noviembre, 2.015

GUTIÉRREZ PÉREZ, E., "La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre personas jurídicas o el retorno a los ecos del pasado", *Diario La Ley*, Núm. 8707, Sección Doctrina, 22 de Febrero 2.016

HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.989

HASSEMER, W., "Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos", VV.AA., «Pena y Estado», Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1.995

HEFENDDEHL, R., "La teoría del bien jurídico", ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?", Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, Madrid, 2.007

HORMAZÁZAL MALAREÉ, H., "Personas jurídicas penalmente responsables y medidas cautelares. El auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014", Diario La Ley, Núm. 8368, Año XXXV, Sección Tribuna, 2 de Septiembre de 2.014

HUERTA TOCILDO, S., "Sobre el contenido de la antijuridicidad", Ed. Tecnos, Madrid, 1.984

JAEN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A.L., "La reforma penal de 2.015. Análisis de las principales reformas introducidas en el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2.015, de 30 de marzo)", Ed. Dykinson, Madrid, 2.015

JAKOBS, G., "Imputación jurídico-penal. Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma", en *Problemas capitales de derecho penal moderno*, Libro homenaje a Hans Welzel, VV.AA. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1.988

JAKOBS, G., "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de imputación", Ed. Marcial Pons, Madrid, 1.995

JAKOBS, G., "La imputación objetiva en el Derecho Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1.996

JAKOBS, G., ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en *El funcionalismo en Derecho penal, Libro homenaje al profesor Günter Jakobs*, Coord. MONTEALEGRE LYNETT, E., Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.003

JAKOBS, G., “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”, Thomson Civitas, Madrid, 2.003

JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T., "Tratado de Derecho Penal", Parte General, Ed. Comares, ed. 5ª, Granada, 2.002

JURADO CABEZAS, D., “El hecho de conexión del art. 31 bis 1 CP”, en *El Derecho y sus razones*, Actas del I Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho, Universidad de León, Ed. Bubok, Coord. CARVALHO LEAL, V. y USCANGA BARRADAS, A., León, Noviembre, 2.013

KINDHÄUSER, U., “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el CP alemán”, en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Núm. 3, 2007

KINDHÄUSER, U., “Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo”, Ed. Grijley, Lima, 2.007

KINDHÄUSER, U., “Los tipos de delito en el derecho penal económico” *Revista Derecho Penal*, Núm. 40, Jul.-Sep., 2.012

KUHLEN, L., “Cuestiones fundamentales de *Compliance* y Derecho penal”, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, VV.AA., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.013

KUHLEN, L., “*Compliance y Derecho Penal en Alemania*”, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, VV.AA., Dirs. MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., Coords. HORTAL IBARRA J.C. y VALIENTE IVÁÑEZ, V., Ed. B del f y Edisofer. Buenos Aires, 2.014

LA FAVE, “*Criminal Law*, Ed. West Group, ed. 3ª, 2.000

LASCANO, C.J., “La insostenible «modernización del derecho penal» basada en la «tolerancia cero» desde la perspectiva de los países «emergentes»”, artículo publicado en la Revista de Derecho penal y procesal *Cahiers de Défense Sociale: bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, núm. 30, 2003

LASCANO, C.J., "La insostenible modernización del derecho penal basada en la "tolerancia cero" desde la perspectiva de los países "emergentes", en *Homenaje al Prof. Louk Hulsman*, VV.AA., Coord. GARCÍA ALFARAZ, I., DÍAZ CORTÉS, L.M., PÉREZ ÁLVAREZ, F., 2.016

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "Bien jurídico y objeto protegible", ADPCP, Tomo 60, Fasc./Mes 1, 2.007

LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A., “*Compliance, debido control y unos refrescos*”, en *El Derecho penal económico en la era Compliance*, VV.AA., Dirs. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013

LAURENZO COPELLO, P., “El resultado en Derecho Penal”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.992

LIÑÁN LAFUENTE, A., “El control preventivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Cumplimiento normativo. *Compliance*, Dirs. AGÚNDEZ, M.A., Coord. ALBIÑANA, C., Ed. La Ley, ed. 1ª, Madrid, octubre, 2.012

LISZT, F., “La idea de fin en el Derecho Penal”; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie J. Enseñanza del derecho y material didáctico, Núm. 15, México, 1.944

LLORENTE PÉREZ, A., “El reto de la lucha contra la corrupción en la Unión Europea”, en Revista Aranzadi, Unión Europea, Núm. 10/2.014, Ed. Cizur Menor

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Ley 5/2.010, Fórum Mediasegur, abril, 2.011, http://www.fundacioninade.org/sites/inade.org/files/fm-20110412-lopezbarja_texto.pdf,

LÓPEZ DÍAZ, C., “Introducción a la imputación objetiva”, Ed. Dpto. de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios Núm. 5, Bogotá, 1.996

LÓPEZ DÍAZ, C., “La teoría de la imputación objetiva”, en *Imputación objetiva y Dogmática Penal*, VV.AA., co-edición del Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico y Tecnológico, de la Universidad de los Andes y FUNDACITE, Mérida, 2.005

LÓPEZ GASTÓN, R.D., “Reacciones penales innecesarias en un modelo de Derecho Penal Mínimo. Un estudio crítico sobre las disputas científicas en torno al derecho penal sancionador”, Ed. B de f., Buenos Aires, 2.015

LÓPEZ JIMÉNEZ, D., “Los sistemas de autorregulación en materia de comercio electrónico: limitaciones derivadas de la normativa de competencia desleal”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num.2/2009, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2.009

LÓPEZ JIMÉNEZ, D. y MONROY ANTÓN, A.J., “Aproximación al fenómeno de los enlaces en Internet: incidencia de la Autorregulación”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* num.34/2012, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2.012.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., “De unos ciudadanos para el sistema financiero a un sistema financiero para los ciudadanos”, *Revista General de Derecho Público Comparado Núm.* 17, 2.015

MAGRO SERVET, V., “Hacia la necesidad de implantación del plan de prevención jurídica en las empresas. (Una exigencia legal tras la Ley Orgánica 5/2.010, de reforma del CP)”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 19 de Mayo de 2.011, Año XXXII, Ref., D-211.

MALEM SEÑA, J.F., “Códigos éticos corporativos y lucha contra la corrupción”, en *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, VV.AA., Coord. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2.016

MANES, V., "La incidencia de las «decisiones marco» en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo". Comentario de la sentencia de 16 de junio 2005 - Causa C-105/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –Gran Sala- (demanda de pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento Pupino), RECPC, 09-07 (2007)

MARAVÉR GÓMEZ, M., “El principio de confianza en el Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.009

MAROTO CALATAYUD, M., “Autorregulación y legitimidad corporativa: democracia interna y control social en partidos políticos y empresas”, en *Autorregulación y sanciones*, VV.AA., Dirs. ARROYO JIMÉNEZ, L. y NIETO MARTÍN, A., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2.008

MARTÍNEZ GONZALEZ, M.I. y NÚÑEZ CASTAÑO, E., "Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General", Ed. Tecnos, ed. 2ª, Madrid, 2.010

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Mª.I., “Corrupción privada y corrupción en el deporte”, en *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, VV.AA., Dir. MUÑOZ CONDE, F., Coord. DEL CARPIO DELGADO, J. y GALÁN MUÑOZ, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.015

MARTÍNEZ PUERTAS, L. y PUJOL CAPILLA, P., “¿Qué es la ética?”, en *Guía para prevenir la responsabilidad penal de la empresa*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2.015

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)”, en *Derecho Penal. Parte especial*, VV.AA. Ed. Tirant lo Blanch, ed. 3ª, Valencia, 2.010

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Derecho Penal Económico y de la empresa", VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, ed. 3ª, Valencia, 2.011

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Derecho Penal Económico", Biblioteca Básica de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ed. Iustel, Madrid, 2.012

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Bien jurídico y Derecho Penal Económico”, en *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, VV.AA., Dr. DEMETRIO CRESPO, Coord. MAROTO CALATAYUD, M., Ed. B de F, Madrid, 2.014

MASSAGUER, J., “Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales”, InDret 2/2.011, Barcelona, Abril, 2.011

MAURACH, R., "Tratado de Derecho Penal", Ed. Ariel, Barcelona, 1.962

MEJÍA PATIÑO, O.A., “El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador”, en *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, VV.AA., Dr. DEMETRIO CRESPO, E., MAROTO CALATAYUD, M., Ed. B de F, Buenos Aires, 2.014

MELERO BOSCH, L.V. y NAVARRO FRÍAS, I., “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, InDret 4/2.011

MENDEZ RODRÍGUEZ, C., "Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación", Monografías, Ed. Publicaciones Facultad de Derecho U.C.M., Madrid, 1.993

MENDOZA BUERGO, B., “El nuevo delito de corrupción entre particulares, (art. 286 bis del CP)”, en *Estudios sobre las reformas del CP. (Operadas por las L.O 5/2.010, de 22 de junio, y 3/2.011, de 28 de enero)*, VV.AA., Dir. DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J., Ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2.011

MERINO SEGOVIA, A., “El surgimiento de un nuevo modelo de relaciones industriales transfronterizo: un desafío para las legislaciones nacionales”, en *Ética empresarial y códigos de conducta*, VV.AA., Dir. GOÑÍ SEIN, J.L., Ed. La Ley, Madrid, 2.011

MESTRE DELGADO, E., "Derecho Penal. Parte Especial"; VV.AA., Ed. Colex, ed., 4ª, Madrid, 2.008

MEZGER, E., "Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General", Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1.958

MIR PUIG, S., "Derecho Penal. Parte General", ed. 9ª, Ed. Reppertor, Madrid, 2.011

MIR PUIG, S., "Derecho Penal. Parte General", Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1.984

MIR PUIG, S., "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", RECPC 06-01 (2004)

MIR PUIG, S., "Las nuevas «penas» para las personas jurídicas: una clase de «penas» sin culpabilidad", en *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Dirs. MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., Coords. HORTAL IBARRA, J. C., VALIENTE IVANÉZ, Ed. B de f, Buenos Aires, 2.014

MIRALLES MARTÍN, O., "El papel del abogado en el ejercicio del debido control en la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA ZABALLOS, E.B., VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013

MIRANDA TORRADO, F., DE MIGUEL DOMÍNGUEZ, J.C., PALLAS GONZALEZ, J., PERAZA FANDIÑO, C., VV.AA., "La medición del riesgo de crédito y el nuevo Acuerdo de Capital del Comité de Basilea", Asociación Española de Profesores Universitarios de Matemáticas para la Economía y la Empresa, XI Jornadas, Oviedo, 2.003

MIRÓ LINARES, F., "Corrupción en los negocios", en *Estudios sobre el CP reformado, (Leyes Orgánicas 1/ 2.015 y 2/ 2.015)*, Dir. MORILLAS CUEVA, L., VV.AA., Ed. Dykinson, Madrid, 2.015

MONROY ANTÓN, A.J. y LÓPEZ JIMÉNEZ, D., "Aproximación al fenómeno de los enlaces en Internet: incidencia de la Autorregulación", Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento, Núm. 34/2012, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2.012

MONTANER FERNÁNDEZ, R., "El criminal *compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones", EPC, Vol. XXXV (2.015)

MORA NAVARRO, N.A., "Actualización de la política criminal en materia de responsabilidad de la persona jurídica", Revista CES DERECHO, Volumen 5, Núm. 2, Julio-Diciembre, 2.014

MORALES PRATS, F. y MORON LERMA, E., "Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)", en *La Corrupción a Examen*, Ed., Thomson Reuters Aranzadi, Monografías de Doctrina, ed., 1ª, Navarra, 2.012

MORATO GARCÍA, R.M., "Incumplimiento de los Códigos de conducta y potestad disciplinaria del empresario", en *Ética empresarial y Códigos de conducta*, VV.AA., Dir. GOÑI SEIN, J.L., Ed La Ley, Madrid, 2.011

MORENO LUCE, M^a.S., "La corrupción entre particulares", en *Letras jurídicas. Revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U.V.*, Núm. 10, 2.004

MORILLAS CUEVA, L., "Delitos contra la Administración Pública (V). Cohecho", en *Derecho Penal Español*, VV.AA., Coord. COBO DEL ROSAL, M., Ed. Dykinson, Madrid, 2.004

MORILLAS CUEVA, L., "La cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas", *Anales de Derecho*, Núm. 29, 2.011

MORON LERMA, E. y MORALES PRATS, F., "Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)", en *La Corrupción a Examen*, Ed., Thomson Reuters Aranzadi, Monografías de Doctrina, ed. 1^a, Navarra, 2.012

MOYA JIMÉNEZ, A., "La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas", Ed. BOSCH, ed. 2^a, Barcelona, 2.010

MUÑOZ CONDE, F. y HASSEMER, W., "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989

MUÑOZ CONDE, F., "Derecho Penal. Parte especial", Ed. Tirant lo Blanch, ed. 19^a, Valencia, 2.013

MUÑOZ CUESTA, F.J., "La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación", Ed., Thomson Reuters Aranzadi, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 8/2.011, Parte Tribuna, Pamplona, 2.011

MUÑOZ CUESTA, F.J. y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., "Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2.015", Ed., Thomson Reuters Aranzadi, ed., 1ª, Navarra, 2.015

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. y NIETO MARTÍN, A., "Mucho más que una circunstancia atenuante: contenido y efectos prácticos de los programas de cumplimiento normativo en el Derecho Penal Comparado", en *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, VV.AA., Dir. DEMETRIO CRESPO, E., Coord. MAROTO CALATAYUD, M., Ed. B de F, Buenos Aires, 2.014

NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V., "Corrupción entre particulares y tutela del mercado", InDret 4/2.011

NAVARRO MASSIP, J., "El delito de corrupción entre particulares", Revista Aranzadi Doctrinal, Ed., Aranzadi, Núm. 11/2.011, Pamplona, 2.011

NAVARRO MASSIP, J., "La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima", Ed. Aranzadi, Revista Aranzadi Doctrinal, Núm. 5/2.011

NAVAS, J.A., "Bruselas promueve un nuevo Código Conthe y exige que los salarios pasen por Junta", en El Confidencial de 29 de enero de 2.013

NAVAS MONDACA, I., "Los códigos de conducta y el Derecho penal", en *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, VV.AA., Dir. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., Coord. MONTANER-FERNÁNDEZ, R., Ed. Atelier, Barcelona, 2.013

NEILA NEILA, J.M^a, “La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas”, Ed. BOSCH, Barcelona, 2.012

NEIRA PENA, A.M., “La aplicación jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Reflexiones sobre la STS 154/2.016, de 29 de febrero, primera sentencia de condena del TS frente a una persona jurídica”, Diario La Ley, Núm. 8736, Sección Tribuna, 7 de Abril de 2.016

NIETO MARTÍN, A., “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado”, Revista penal, Núm. 10, 2.002.

NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal”, Nueva doctrina penal, Núm. 1, 2.008

NIETO MARTÍN, A. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Polít. crim.*, Núm. 5, 2.008

NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2.010”, Revista Xurídica Galega, (REXURGA) Núm. 63, 2.009

NIETO MARTÍN, A., "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal", en *Compliance y teoría del Derecho penal*, VV.AA., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.013

NIETO MARTÍN, A., “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en *El Derecho penal económico en la era Compliance*, VV.AA., Dirs. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013

NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “Mucho más que una circunstancia atenuante: contenido y efectos prácticos de los programas de cumplimiento normativo en el Derecho Penal Comparado”, en *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, VV.AA., Dir. DEMETRIO CRESPO, E., Coord. MAROTO CALATAYUD, M., Ed. B de F, Buenos Aires, 2.014

NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.015

NÚÑEZ CASTAÑO, E. y MARTÍNEZ GONZALEZ, M.I., "Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General", Ed. Tecnos, ed. 2ª, Madrid, 2.010

OBREGÓN GARCÍA, A., “La determinación de la pena en los concursos de leyes en relación de alternatividad (sentido, contenido y aplicación de la regla 4ª. del artículo 8 del Código Penal), en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 2.006

OBREGÓN GARCÍA A. y GÓMEZ LANZ, J., "Derecho Penal. Parte General: elementos básicos y teoría del delito", Ed. Tecnos, Madrid, 2.012

OGUS, A., "Regulation Revisited", Sweet Maxwell, (Law Publishers), Reprinted from Public Law, Universidad de Manchester, Issue 2, 17 de octubre de 2.008

OLAIZOLA NOGALES I., "El delito de cohecho", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999

OLAIZOLA NOGALES, I., "Algunas reflexiones sobre la corrupción entre privados (art. 286 bis CP español)", *Revista Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP) 2013-1* (mayo 2013)

ORBEGOZO, X., "El nuevo delito de corrupción entre particulares: un paso significativo contra el soborno de directivos de empresas", Lefebvre-El Derecho, Boletín Contable, 1 de mayo de 2.011

ORLANSKI, L.T., "La defensa de la competencia desde el Derecho Público: su diseño institucional, su interacción con otras formas de intervención estatal en la economía y el procedimiento aplicable", en *Competencia y Regulación*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2.006

OTERO GONZÁLEZ, P., "La corrupción en el sector privado: El nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1,2 y 3 del CP", *La Ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Núm. 87, 2.011

OTERO GONZALEZ, P., "Corrupción entre particulares (Delito de)", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 3, septiembre 2.012 – febrero 2013

PALLAS GONZALEZ, J., DE MIGUEL DOMÍNGUEZ, J.C., MIRANDA TORRADO, F.J., PERAZA FANDIÑO C., "La medición del riesgo de crédito y el nuevo Acuerdo de Capital del Comité de Basilea", *Asociación Española de Profesores Universitarios de Matemáticas para la Economía y la Empresa*, XI Jornadas, Oviedo, 2.003

PALMA HERRERA, J., "Una propuesta de interpretación restrictiva en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *El Derecho y sus razones*, Actas del I Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho, Universidad de León, Ed. Bubok, Coord. DE CARVALHO LEAL, V. y USCANGA BARRADAS, A., León, Noviembre, 2.013

PASTOR MUÑOZ, N., "La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?", InDret., Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, octubre, 2.006

PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., "El delito de administración desleal. Claves para la interpretación del art. 252 del CP", Ed. Atelier, Barcelona, 2.016

PEÑARANDA RAMOS, E., SÚAREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIÁ, M., "Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs", Ed. Grijley, Lima, 1.998

PERAZA FANDIÑO C., PALLAS GONZALEZ, J., DE MIGUEL DOMÍNGUEZ, J.C., MIRANDA TORRADO, F.J., "La medición del riesgo de crédito y el nuevo Acuerdo de Capital del Comité de Basilea", Asociación Española de Profesores Universitarios de Matemáticas para la Economía y la Empresa, XI Jornadas, Oviedo, 2.003

PEÑARANDA RAMOS, E., "Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber", en *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, VV.AA., Dir. ROBLES PLANAS, R., Ed. B de f, Buenos Aires, 2.014

PERDICES HUETOS, A. y RIAÑO LÓPEZ, D., "El Gobierno Corporativo en España", en *La Ética empresarial y Códigos de conducta*, VV.AA., Dir. GOÑI SEIN, J.L., Ed. La Ley, Madrid, 2.011

PÉREZ ARIAS, J., "Sistema de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", Ed. Dykinson, Madrid, 2.014

PÉREZ GONZÁLEZ, S., “La función de los *Compliance Programs* en la responsabilidad penal-económica de la empresa”, REDUR 13, diciembre, 2.015

PERRINO PÉREZ, A.L y JAEN VALLEJO, M., “La reforma penal de 2.015. Análisis de las principales reformas introducidas en el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2.015, de 30 de marzo)”, Ed. Dykinson, Madrid, 2.015

PIÑA ROCHEFORT, J.I. y COX VIAL, F., “Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa”, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, VV.AA., Dirs. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. y MIRÓ LLINARES, F., Ed. La Ley, Madrid, 2.013

POLO RODRÍGUEZ, J.J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos patrimoniales y su alcance", Ponencias formación continuada, fiscalia.es

PORCIÚNCULA, J.C., “Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia la «exteriorización de lo interno»”, Ed. Atelier, Barcelona, 2.014

PRUNOTTO LABORDE, A., “Causalidad e imputación objetiva”, Ed. Juris, Argentina, octubre, 2.004

PUENTE ABA, L.M^a., “Corrupción en los negocios (art. 286 bis)”, en *Comentarios a la reforma del CP*, Dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Coords. MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E., VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.015

PUNTES POYATOS, P., VELASCO GÁMEZ, M.M., VILAR HERNÁNDEZ, J., "El Buen Gobierno Corporativo en las Sociedades Cooperativas", Revista de Estudios Cooperativos, (REVESCO), Núm. 98, Segundo Cuatrimestre, 2.009

PUIG PEÑA, F., "Derecho Penal (Parte General)", Tomo I, Mateu Cromo, Artes Gráficas, Madrid, 1.988

PUJOL CAPILLA, P. y MARTÍNEZ PUERTAS, L., "¿Qué es la ética?", en *Guía para prevenir la responsabilidad penal de la empresa*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2.015

QUERALT, J.J., "Reflexiones marginales sobre la corrupción. *Marginal reflections about corruption*", Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, UB, Revista Critica Penal y Poder, Núm. 2, 2.012

QUINTERO OLIVARES, G., "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal", VV.AA., Ed. Thomson Aranzadi, ed. 5ª, Navarra, 2.005

RAMÍREZ ARBUÉS, F.J. y Díez de Revenga Ruíz, A., "El *Compliance* en las organizaciones. Relación entre *Compliance* y otras áreas de la empresa. *Compliance* y Gobierno Corporativo", en *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Coord. SÁIZ PEÑA, C.A., Ed. Aranzadi, Navarra, 2.015

RAPOSO SANTOS, J.M., Tesis doctoral: "El nuevo acuerdo de capital de Basilea estimación de un modelo de calificación de pequeñas y medianas empresas para evaluar el riesgo de crédito", Dir. MASCAREÑAS PÉREZ, J., Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Dep. de Economía Financiera y Contabilidad III, Madrid, 2009

REQUEJO NAVEROS, M.T., "Actas de las XIII Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid", Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2.013

REQUENA JULIANI, J, “Intercambiabilidad de la acción y omisión en los delitos de dominio: Posición de garante e imputación objetiva”, Cuadernos “Luís Jiménez de Asúa”, Ed. Dykinson, Madrid, 2.010

RESTON, M^a.I., "Los delitos de infracción de deber, ¿es admisible un doble criterio de determinación de autoría?", Ed. B de f., Montevideo, 2.014

RIAÑO LÓPEZ, D. y PERDICES HUETOS, A., “El Gobierno Corporativo en España”, en *La Ética empresarial y Códigos de conducta*, VV.AA., Dir. GOÑI SEIN, J.L., Ed. La Ley Madrid, 2.011

RIGGI, E.J. y ROBLES PLANAS, R., “El extraño artículo 65.3 del Código Penal”, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, VV.AA., Dir. ROBLES PLANAS, R., Ed. B de f, Buenos Aires, 2.014

ROBLES PLANAS, R., “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, *InDret* 2/2.006, Barcelona, abril, 2.006

ROBLES PLANAS, R., “El hecho propio de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del CP de 2.008”, *InDret* 2/2.009, Barcelona, Abril, 2.009

ROBLES PLANAS, R. y RIGGI, E.J., “El extraño artículo 65.3 del Código Penal” en *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, VV.AA., Dir. ROBLES PLANAS, R., Ed. B de f, Buenos Aires, 2.014

RODRÍGUEZ DE CODES ELORRIAGA, E., "Las nuevas medidas de Basilea III en materia de capital", *Revista de Estabilidad Financiera*, Núm. 19, Noviembre, 2.010

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^a., “Derecho Penal Español. Parte General”, Ed. Dykinson, ed. 19^a, Madrid, 1.989

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Derecho Penal. Parte General", Ed. Civitas, Madrid, 1.978

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Estudios de Derecho Penal Económico", Ed. Civitas, Thomson Reuters, Colección: Estudios y Comentarios Legislación, ed. 1^a, Navarra, 2.009

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática”, Revista Otrosí, Núm. 6, abril-junio 2.011

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas según la Circular 1/2.011 de la Fiscalía General del Estado”, en *Libro homenaje al profesor LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS*, VV.AA., Coords. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013

RODRÍGUEZ PUERTA, M^a.J. y MORÓN LERMA, E., “Art. 286 bis. 1, 2 y 3”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Dir. QUINTERO OLIVARES, G., Coord. MORALES PRATS, F., VV.AA., Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, ed. 9^a, Navarra, 2.011

RODRÍGUEZ PUERTA, M^a.J., “El nuevo delito de corrupción privada. Luces y sombras”, en Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Cumplimiento normativo. *Compliance*, Dirs. AGÚNDEZ, M.A., Coord. ALBIÑANA, C., Ed. La Ley, ed. 1^a, Madrid, octubre, 2.012

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Compendio de Derecho Penal (Parte General)”, Ed. Trivium, ed. 3^a, Madrid, 1.986

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “*¡Societas delinquere potest!*. Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión”, Ed. La Ley, Núm. 5, 1.996

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)”, Diario La Ley, Núm. 7561, Año XXXII, Sección Doctrina, 3 de Febrero de 2011

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica. *El «delito de sospecha blindado» y la responsabilidad objetiva «impura» en la Circular 1/2010 de la FGE*”, Diario La Ley, Núm. 7694, Sección Doctrina, 14 de Septiembre de 2011, Año XXXII

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas (*Al hilo de las SSTs 514/2.015, 154 y 221/2016*)”, Diario La Ley, Núm. 8766, Sección Doctrina, 20 de Mayo de 2016

ROMA VALDÉS, A., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Manual sobre su tratamiento penal y procesal”, Coord. ESCOZ GARCÍA, I., Ed. Rasche, Madrid, 2.012

ROMERO MARTÍN, E., “Los supuestos de transgresión de la buena fe contractual del art. 53.2 d) del Estatuto de los Trabajadores”, en Noticias Jurídicas, Laboral-Conocimiento, 14 de enero, 2.014

ROSAS OLIVA, J.I., "Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España", CPC, Núm. 99, 2.009

ROSE-ACKERMAN, S, “La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma”, Ed. Siglo Veintiuno de España editores, Madrid, 2.001

ROTSCH, T., “*Criminal Compliance*”, InDret 1/2012, Barcelona, 2012.

ROXIN, C., “Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito”, Ed. Civitas, Madrid, 1.997

ROXIN, C., "Política Criminal y sistema del derecho penal", Ed. Hammurabi, ed. 2ª, Buenos Aires, 2.002

ROXIN, C., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?”, en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.007

RUEDA MARTÍN, Mª.A., “La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico penales en el ámbito de lo injusto”, Ed. Bosch, Barcelona, 2.002

RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E. y MUÑOZ CUESTA, J., "Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2.015", Ed., Thomson Reuters Aranzadi, ed., 1ª, Navarra, 2.015

SÁENZ SOUBRIER, J.J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA ZABALLOS, E.B., VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013

SÁIZ PEÑA, C.A., "Introducción. ¿Qué es el *Compliance*? Claves para la comprensión de esta obra. Grandes confusiones sobre *Compliance*. Futuro del *Compliance*. La ISO 19600 de *Compliance*", en *Compliance, Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, VV.AA., Coord. SÁIZ PEÑA, C.A., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.015

SALVO, N., "Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, VV.AA., Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2.014

SÁNCHEZ BERNAL, J., "La corrupción en el sector privado: debate en torno a su inclusión en el CP", Cuadernos del Tomás, Núm. 2, 2.010

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. "Instituciones de derecho mercantil", Vol. I, Ed. Thomson Aranzadi, ed. 28ª, Pamplona, 2.005

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, J.Mª., "Códigos de conducta de la persona jurídica" en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA ZABALLOS, E.B., VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013

SÁNCHEZ MELGAR, J., "La Corrupción en el sector privado", Revista Xurídica Galega, (REXURGA), Núm. 63, 2.009

SÁNCHEZ MELGAR, J., "Aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevos modelos de imputación", en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, VV.AA., Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA ZABALLOS, E.B., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., "Delitos de infracción de deber y participación delictiva", Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2.002

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. y BACIGALUPO SAGGESE, S., "Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa", Ed. Experiencia, ed. 1ª, diciembre, Barcelona, 2.006

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., "Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva", *InDret* 1/2.008, enero, 2.008

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., "Delito de infracción de deber", en *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, VV.AA., Dir. ROBLES PLANAS, R., Ed. B de f, Buenos Aires, 2.014

SANCINETTI, M.A., "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva", en *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, VV.AA., Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1.988

SANCINETTI, M.A., “Principio de disminución del riesgo *versus* relevancia del disvalor de resultado en la teoría del ilícito”, InDret 3/2.008, Barcelona, Julio, 2.008

SANGUINÉ, O., “Derechos fundamentales de las personas jurídicas en el proceso penal”, Coord. ONTIVEROS ALONSO, M., VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.014

SANGUINETI RAYMOND, W., “Códigos de conducta para proveedores y contratistas de empresas multinacionales españolas”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Núm. 40, 2.015

SANTANA VEGA, D.M. y GÓMEZ MARTÍN, V. “De la corrupción entre particulares” en *Comentarios al CP. Reforma L.O 5/2.010*, VV.AA., Dirs. CORCOY VIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Colabs. ARTAZA, O. y BESIO, M., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.011

SANTANA VEGA, D.M., "La Ley antisoborno del Reino Unido (*Bribery Act*, 2.010)", CPC, Núm. 111, III, Época II, diciembre 2.013

SANTANA VEGA, D.M., “De la corrupción entre particulares”, en *Comentarios al Código Penal. Reforma L.O 1/2.015 y L.O 2/2.015*, Dirs. CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S., Coord. VERA SÁNCHEZ, J.S., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.015

SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., “El derecho de las personas jurídicas a no autoinculparse por delito fiscal (Reflexiones a raíz de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, y de las Sentencias del TS 154/2016 y 221/2016)”, Diario La Ley, Núm. 8737, Sección Doctrina, 8 de Abril de 2016

SCHÜNEMANN, B., “El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales”, Ed. Tecnos, Madrid, 1.991

SCHÜNEMANN, B., “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, ADPCP, Vol. LV, 2.002

SCHÜNEMANN, B., "El propio sistema de la teoría del delito", Revista InDret, Núm. 1, Barcelona, 2.008

SCHÜNEMANN, B., “Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado de Derecho Liberal”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, VV.AA., Ed. Atelier, Barcelona, 2.012

SEGRELLES DE ARENAZA, I., “Alevosía (Análisis dogmático de algunos aspectos fundamentales)”, CPC, Núm. 57, 1.995

SEGRELLES DE ARENAZA, I., “Alcance de la exención de responsabilidad por los programas de *Compliance*”, en Federación Nacional de Asociaciones de Consultoría, Oficinas, Despachos y Servicios, «*Newsletter*», junio, 2.016

SEGRELLES DE ARENAZA, I., “De la corrupción en los negocios (arts. 286 bis, 286 ter y 286 quáter)”, Ed. Instituto Superior de Derecho y Economía, 2.016

SEGRELLES DE ARENAZA, I., “Estudios monográficos sobre El nuevo delito de administración desleal. El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas”, LA LEY Penal nº 121, julio-agosto 2016, Nº 121, 1 de jul., 2.016

SEGRELLES DE ARENAZA, I., “Teoría Jurídica del delito y sobreseimiento”, *La Ley Penal*, Núm. 122, septiembre-octubre, 2.016

SEHER, G., “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, en *La teoría del bien jurídico*, VV.AA., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.007

SEMINARA, S., “Riserve extrabilancio e gestione d’impresa: profili penali”, en *Economía y Derecho Penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*, Servizio de Publicacións Universidade da Coruña, Coruña, 2.015

SEQUEROS SAZATORNIL, F. Y DOLZ LAGO, M.J., “Delitos societarios y conductas afines”, Ed. Wolters Kluwer- La Ley, ed. 4ª, Madrid, 2.017

SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A. “Derecho Penal. Parte especial”, Ed. Dykinson, ed. 15ª, Madrid, 2.010

SIEBER, U., “Programas de “*compliance*” en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en *El derecho penal económico en la era de la compliance*, VV.AA, Dirs. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013

SIERRA HERNÁIZ, E., “Tipificación y caracterización de los Códigos de conducta unilaterales de las empresas”, en *Ética empresarial y Códigos de conducta*, VV.AA., Dir. GOÑI SEIN, J.L., Ed. La Ley, Madrid, 2.011

SILVA SÁNCHEZ, J.Mª, “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, en *Política criminal y nuevo Derecho penal Libro Homenaje a Claus Roxin*, VV.AA., Ed. Bosch, Barcelona, 1.997

SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español”, en *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, VV.AA., Dir. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., Coord. MONTANER FERNÁNDEZ, R., Ed. Atelier, Barcelona, 2.013

SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., “El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)”, en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Dir. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., Coord. PASTOR MUÑOZ, N., Ed. La Ley, Madrid, 2.012

SOUTO GARCÍA, E.M^a., “Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico: Economía y Derecho penal en Europa. Una comparación entre las experiencias española e italiana”, en *Economía y Derecho Penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*, Servizo de Publicacións Universidade da Coruña, Coruña, 2.015

SÚAREZ GONZÁLEZ, C., PEÑARANDA RAMOS, E. y CANCIO MELIÁ, M., “Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, Ed. Grijley, Lima, 1.998

SZCZARANSKI VARGAS, F.L., "Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra", *Política criminal*, Revista electrónica semestral de Políticas Públicas en materias penales, Vol. 7, Núm. 14, Diciembre, 2.012

TÁRRAGO RUÍZ, A., “Responsabilidad criminal de las personas jurídicas y el Ministerio Fiscal”, en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, Coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA ZABALLOS, E.B., VV.AA., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.013

THOMSON, J. y DELOACH, J., "How the COSO Frameworks Can Help", Improving Organizational Performance and Governance, en COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission), 2.014.

TIEDEMANN, K., "El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de delito económico", CPC, Núm. 28, 1.986

TIEDEMANN, K., "Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial", Ed. Tirant lo Blanch, ed. 1ª, Valencia, 2.010

TIEDEMANN, K., "Corrupción entre particulares", en *El Derecho penal económico en la era compliance*, VV.AA., Dirs. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A.E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013

TILDEN, S.J., "Corporate Compliance Programs: More than a Footnote. Incorporation of §8B2.1 into the U.S. Sentencing Guidelines", <http://www.law.uh.edu/healthlaw/perspectives/Fraud/040205Synopsis.pdf>.

TORO PEÑA, J.A., "La persona jurídica en el proceso penal. Aspectos civiles, europeos, penales y procesales", Ed. Dykinson, Madrid, 2.012

TORRES FERNÁNDEZ, M.E., "Marco normativo internacional contra la corrupción", en *Urbanismo y corrupción política, (una visión penal, civil y administrativa)*, Dir. MORILLAS CUEVA, L., Coord. SUÁREZ LÓPEZ, J.M., Dykinson, Madrid, 2.013

URRUELA MORA, A., "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la lo 5/2.010: perspectiva de *lege lata*", EPC, Vol. XXII, 2012

VÁZQUEZ IRUZIBIETA, C., “De la corrupción en los negocios”, en Código Penal comentado, Ed. Atelier, Barcelona, 2.015

VEASEY E.N., "The Emergence of Corporate Governance as a New Legal Discipline", The Business Lawyer; Vol. 48, August, 1.993

VELASCO GÁMEZ, M.M., PUENTES POYATOS, P., VILAR HERNÁNDEZ, J., "El Buen Gobierno Corporativo en las Sociedades Cooperativas", Revista de Estudios Cooperativos, (REVESCO), Núm. 98, Segundo Cuatrimestre, 2.009

VENTURA PÜSCHEL, A., “Sobre la tipificación de la mal llamada “corrupción entre particulares” (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado), en *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. Política criminal europea*, VV.AA., Dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F., Coords. ALVAREZ GARCÍA, F., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PÜSCHEL, A.M, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.009

VENTURA PÜSCHEL, A., “Corrupción entre particulares, (no deporte): art. 286 bis 1, 2 y 3 PCP, en *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2.009 de modificación del CP. (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del CP celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid*, VV.AA, Dirs. ALVAREZ GARCIA, F.J. y GONZALEZ CUSSAC, J.L., Coords. MANJON-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.010

VENTURA PÜSCHEL, A., “Corrupción entre particulares, (art. 286 bis 1, 2 y 3)” en *Comentarios a la Reforma Penal de 2.010*, VV.AA, Dirs. ALVAREZ GARCIA, F.J. y GONZALEZ CUSSAC, J.L., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.010

VENTURA GONZÁLEZ, "Nociones generales sobre Derecho penal económico", Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1.998

VERA RIVERA, M^a.C., "El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.016

VILAR HERNÁNDEZ, J., VELASCO GÁMEZ, M.M. y PUENTES POYATOS, P., "El Buen Gobierno Corporativo en las Sociedades Cooperativas", Revista de Estudios Cooperativos, (REVESCO), Núm. 98, Segundo Cuatrimestre, 2.009

VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P., "Derecho Penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura", Diario La Ley, Núm. 6314, septiembre, 2.005

VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M., ¿Qué es el principio de intervención mínima?, Revista Internauta de Práctica Jurídica, Núm. 23, año 2.009

VIVES ANTÓN, T.S y COBO DEL ROSAL, M., "Derecho Penal. Parte General", Ed. Tirant lo Blanch, ed. 5^a, Valencia, 1.999

WEEZEL, V., "Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Polít. Crim.* Vol. 5, Núm. 9, Julio 2.010

WEIGEND, T. y JESCHECK, H.H., "Tratado de Derecho Penal", Parte General, Ed. Comares, ed. 5^a, Granada, 2.002

WELZEL, H., "Teoría de la acción finalista", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1.951

WELZEL, H., "Derecho Penal. Parte General", Ed. Roque depalma, Buenos Aires, 1.956

WELZEL, H., "El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista", Ed. B de f, ed. 2ª, Buenos Aires, 2.004

WOLF, E., "Las categorías de la tipicidad (Estudios previos sobre una doctrina general de la parte especial del Derecho penal)", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.005

ZÁRATE CONDE, A., "Delito de corrupción en los negocios", en *Derecho Penal. Parte Especial*, VV.AA. Coord. ZÁRATE CONDE, A., Ed. Ramón Areces, Madrid, 2.016

ZARZALEJOS NIETO, J., "Apuntes sobre práctica de la prueba: ¿derecho a no colaborar?", en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, VV.AA., Ed. La Ley, Madrid, 2.012

ZARZALEJOS NIETO, J., "Estatuto procesal del representante no imputado de la persona jurídica: ¿derecho a no declarar?", en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, VV.AA., Ed. La Ley, Madrid, 2.012

ZUGALDIA ESPINAR, J.M., "Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español", CIIDPE, 2.010

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "Fundamentos de derecho penal. Parte general", VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, ed. 4ª, Valencia, 2.010

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los artículos 31 bis y 129 del CP", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013

ZUMBANSEN, P., "Law after the welfare State: formalism, functionalism and the ironic turn of reflexive law", Forthcoming in 56 American Journal of Comparative Law (2008), CLPE Research Paper 13/2008, Vol. 04, Núm. 3, 2.008

JURISPRUDENCIA DESTACADA

STC 62/1.982, de 15 de octubre

STC 122/1.987, de 14 julio

STC 133/1.987, de 21 julio

STC 133/1.987, de 21 julio

STC 182/1.990, de 15 de noviembre

STC 118/1.992, de 16 de septiembre

STC 111/1.993, de 25 de marzo

STC 111/1.993, de 2 de diciembre

STC 81/1.995, de 5 de junio

STC 34/1.996, de 11 de marzo

STC 55/1.996, de 28 de marzo

STC 156/1.996, de 14 de octubre

STC 137/1.997, de 21 de julio

STC 151/1.997, de 29 de septiembre

STC 161/1.997, de 2 de octubre

STC 232/1.997, de 16 de diciembre

STC 120/1.998, de 15 de junio

STC 64/2.001, de 17 de marzo

STC 170/2.002, de 30 de septiembre

STC 34/2.005, de 17 de febrero

STC 283/2.006, de 9 de octubre

STS Sala de lo Penal, 2.342/1.992, de 4 de noviembre

STS Sala de lo Penal, 1106/1.996, de 18 de febrero

STS Sala de lo Penal, 1311/1.997, de 28 de octubre

STS Sala de lo Penal, 1256/1999, de 17 de septiembre

STS Sala de lo Penal, 270/2.000, de 26 de febrero

STS Sala de lo Penal, 1114/2.000, de 12 junio

STS Sala de lo Penal, 1611/2.000, de 19 de octubre

STS Sala de lo Penal, 30/2.001, de 17 de enero

STS Sala de lo Penal, 20/2001, de 28 marzo

STS Sala de lo Penal, 776/2001, de 8 mayo

STS Sala de lo Penal, 2052/2.001, de 7 noviembre

STS Sala de lo Penal, 122/2.002, de 1 de febrero

STS Sala de lo Penal, 1828/2.002, de 25 de octubre

STS Sala de lo Penal, 58/2.003, de 22 de enero

STS Sala de lo Penal, 448/2.003, de 28 de marzo

STS Sala de lo Penal, 1484/2.003, de 13 de noviembre

STS Sala de lo Penal, 470/2.005, de 14 de abril.

STS Sala de lo Penal, 470/2.005, 14 de abril

STS Sala de lo Penal, 634/2.005, de 17 de mayo

STS Sala de lo Penal, 1096/2.006 de 16 noviembre

STS Sala de lo Penal, 636/2.006 de 8 junio

STS Sala de lo Penal, 936/2.006, de 10 de octubre

STS Sala de lo Penal, 362/2.008, de 13 junio

STS Sala de lo Penal, 782/2008, de 20 noviembre

STS Sala de lo Penal, 918/2.008, de 31 diciembre

STS Sala de lo Penal, 476/2.009, de 7 de mayo

STS Sala de lo Penal, 84/2.010, de 18 febrero

STS Sala de lo Penal, 1167/2.010, de 9 de diciembre

STS Sala de lo Penal, 61/2.013, de 7 febrero

STS Sala de lo Penal, 671/2.013, de 19 de julio

STS Sala de lo Penal, 228/2.014, de 26 marzo

STS Sala de lo Penal, 3813/2.015, de 2 de septiembre

STS Sala de lo Penal, 154/2.016, de 29 de febrero

STS Sala de lo Penal, 154/2.016, de 16 de marzo

STS Sala de lo Penal, 221/2.016, de 16 de marzo

STS Sala de lo Penal, 4728/2.016, de 3 de octubre

ATS Sala de lo Penal, 9768/2.016, de 16 de septiembre

STAN Sala de lo Contencioso Administrativo, 1786/1.993, de 14 de abril

AAN Sala de lo Penal, 462/2015, de 26 octubre

STSJ de Canarias, Sala de lo Social, 225/1.996, de 14 de marzo

STSJ de Andalucía, Granada, 6/2.007 de 20 marzo

STSJ de Las Palmas, Sala de lo Social, 408/2.013 de 19 marzo

STAP de Toledo, 57/2.000, de 17 abril

STAP de Cádiz, 99/2.005, de 3 junio

STAP de Madrid, 372/2.008, de 17 septiembre

STAP de Madrid, 742/2.014, de 17 de diciembre

AAP de Cantabria, 193/2.015, de 16 abril

STAP Zaragoza 176/2.016, de 22 de septiembre