

LA PROTECCIÓN PENAL DE LA COMPETENCIA: UN EJEMPLO DE EXCESO PUNITIVO EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES *

Criminal Protection of Competition: The Case for Punitive Excess in the Offence of Private Corruption

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ**

Fecha de recepción: 05/11/2020
Fecha de aceptación: 22/03/2021

acfs, Protocolo I (2021), 181-209
ISSN: 0008-7750; ISSN-e 2530-3716
<http://dx.doi.org/10.30827/acfs.vi1.16701>

RESUMEN Este trabajo tiene por objeto el estudio del bien jurídico de la libre competencia en el mercado como posible bien jurídico digno de tutela penal. Al respecto se plantean dos problemas esenciales: el propio concepto de competencia y el respeto a dos principios esenciales del Derecho penal, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y el principio de intervención mínima. Para no argumentar en abstracto, se analiza un problema político-criminal concreto: el delito de corrupción entre particulares como delito contra la competencia en el mercado. El trabajo concluye que el legislador ha ignorado parcialmente en este ámbito los límites que impone el principio de intervención mínima.

Palabras clave: competencia, corrupción entre particulares, Derecho penal, lesividad, *ultima ratio*.

ABSTRACT This paper aims at studying the legal value of free competition in the market as a possible legal value worthy of criminal protection. In this regard, there are two essential problems: the very concept of competition, and the respect for two essential principles of criminal law, the principle of exclusive protection of legal values and the principle of minimal intervention. In order not to argue in the abstract, a specific political-criminal problem is analysed: the offence of private corruption as a crime against competition in the market. This paper concludes that the legislator has partly ignored the limits imposed by the principle of minimum intervention.

Keywords: competition, private corruption, criminal law, harmfulness, *ultima ratio*.

* Para citar/citation: Benito Sánchez, D. (2021). La protección penal de la competencia: un ejemplo de exceso punitivo en el delito de corrupción entre particulares. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, pp. 181-209.

** Universidad de Deusto. Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (España). Avenida de las Universidades, 24, 48007 Bilbao, Bizkaia (España). Correo electrónico: demelsa.benito@deusto.es

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto el estudio de la competencia en el mercado como posible bien jurídico digno de tutela penal¹. En concreto, se pretende ofrecer una respuesta al interrogante de si la intervención del Derecho penal para la protección de este bien jurídico está justificada desde los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de intervención mínima. Ciertamente, la protección del correcto funcionamiento del mercado a través del Derecho penal no es una novedad. Tienen una larga tradición en el Código Penal delitos como el de alteración de precios en concursos y subastas públicas, el de detracción del mercado de materias primas o bienes de primera necesidad, y el de maquinaciones para alterar el precio de las cosas. No obstante, en los últimos años se ha asistido a un reclamo procedente de instancias supranacionales para intensificar la respuesta penal frente a conductas que pueden dañar la competencia en el mercado. Desde la Unión Europea, por ejemplo, se solicita la intervención del Derecho penal para hacer frente a la denominada corrupción privada² y las conductas de abuso de mercado³. Desde la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, por su parte, se exige a los Estados el castigo penal

-
1. Este trabajo se incardina en los siguientes proyectos de investigación (a) “Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho: Manifestaciones y tendencias” (SBPLY/17/18501/000223) concedido por la Junta de Comunidades de Castilla – La Mancha y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), investigadores principales: E. Demetrio Crespo, A. J. García Figueroa y G. M. Marcilla Córdoba (Universidad de Castilla-La Mancha); y (b) “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-político criminales” (RTI2018-095155-A-C22), concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, investigadora principal: Demelsa Benito Sánchez (Universidad de Deusto).
 2. *Vid.* Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Diario Oficial de la Unión Europea L 192, de 31 de julio de 2003.
 3. *Vid.* Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado). Diario Oficial de la Unión Europea L 173, de 12 de junio de 2014. En general, el Derecho penal en la Unión Europea ha sufrido una notoria expansión en los últimos años, con el objetivo esencial de castigar con más dureza determinadas conductas que afectan a los intereses financieros de la Unión (*vid.* Benito Sánchez, 2019), y también otras conductas lesivas transnacionales que no tienen por qué afectar al presupuesto de la Unión, como por ejemplo, la trata de seres humanos, la explotación sexual y la pornografía infantil, y el racismo y la xenofobia (*vid.* sobre la expansión del Derecho penal europeo, la reciente monografía de Corral Maraver, 2020).

de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales⁴, a la vez que se recomienda la tipificación penal de los cárteles de núcleo duro⁵.

Ante esos requerimientos supranacionales, el legislador español ha ido incorporando al texto punitivo nuevas modalidades delictivas como la corrupción en los negocios (arts. 286 bis y 286 ter del Código Penal), a la vez que ha ampliado el ámbito de lo punible en delitos ya existentes como el de alteración de precios (art. 284 CP), todo ellos, tipos penales orientados a tutelar la competencia en el mercado.

La tutela penal de la libre competencia presenta algunos problemas. El primero tiene que ver con la indeterminación de la propia noción de competencia, lo que sin duda dificulta la tarea de dar un contenido material al bien jurídico que se pretende proteger. El segundo tiene que ver con el respeto a dos principios esenciales del Derecho penal en el Estado de Derecho, concretamente, el principio de lesividad y el principio de intervención mínima. En este sentido, debe recordarse que la intervención del *ius puniendi* del Estado solo está legitimada cuando se pretenda tutelar un interés indispensable para la vida en sociedad frente a los ataques más graves que reciba y siempre que, desde instancias previas al Derecho penal —por definición menos lesivas que este con los derechos individuales—, no sea posible una protección eficaz. En resumen, el Derecho penal en este ámbito se enfrenta a las dos clásicas preguntas: ¿qué se quiere proteger? y ¿cómo se quiere proteger?

Para dar respuesta al interrogante planteado al comienzo de la introducción, este trabajo tratará de realizar, en primer lugar, una aproximación al concepto de la competencia en el mercado, para seguidamente analizar si la intervención del Derecho penal para tutelar la competencia en el mercado está legitimada desde los principios mencionados. Para no argumentar en abstracto, se analizará un problema político-criminal concreto, el que plantea la incorporación al Código Penal (en adelante, CP) del delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis CP), que castiga conductas que ya están sancionadas en otras ramas del ordenamiento jurídico. Solo desde el respeto al principio de lesividad y con el límite que supone el principio de

4. Vid. OCD. Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de 17 de diciembre de 1997. Instrumento de ratificación por España: BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002.

5. Vid., el documento elaborado por la Secretaría de la OCDE titulado *On Co-operation and Enforcement. Criminalisation of cartels and bid rigging conspiracies: a focus on custodial sentences*, de 9 de junio de 2020, así como los documentos relacionados disponibles en este <https://www.oecd.org/daf/competition/criminalisation-of-cartels-and-bid-rigging-conspiracies.htm#:~:text=In%20June%202020%2C%20the%20OECD,imposed%20against%20firms%20and%20individuals> (último acceso el 2.11.2020).

intervención mínima (subsidiariedad y fragmentariedad), estaría justificado el recurso al Derecho penal en este ámbito. Lo contrario sería una muestra de exceso punitivo difícilmente justificable en un Estado democrático y de Derecho.

2. LA COMPETENCIA COMO BIEN JURÍDICO DIGNO DE TUTELA PENAL

2.1. *Sobre el concepto de competencia*

Si hay una crítica que se hace al Derecho penal contemporáneo y, en especial, al Derecho penal económico, es la desmaterialización de los bienes jurídicos colectivos (Mendoza Buergo, 2001, p. 69), que suelen ser los objetos de protección de esta rama del Derecho penal. Es por eso que este epígrafe pretende arrojar luz sobre el concepto de competencia en el mercado, bien jurídico de evidente carácter colectivo.

En el momento actual, el concepto de competencia no es pacífico es ningún ámbito, ni siquiera en la ciencia económica, de donde procede el término (Stucke, 2012, pp. 28-29). El problema se acrecienta más aún en el ámbito del Derecho penal económico, en el que indistintamente se suelen manejar conceptos como competencia libre, competencia leal, competencia honesta, competencia justa, etc., sin concretar exactamente qué se entiende por tales. Ofrecer una definición precisa del término es una tarea ambiciosa, por lo que aquí se intentará realizar una aproximación que permita, seguidamente, abordar el problema planteado en la introducción relativo al delito de corrupción entre particulares.

Si se recurre al diccionario, la voz competencia se relaciona con términos como contienda, disputa o rivalidad. Y en concreto, para el caso que aquí nos ocupa, se define como esa “situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio”⁶. El diccionario no apunta, sin embargo, cuál es la finalidad de dicha rivalidad. En esencia, lo que se pretende es un aumento de las ventas de productos y servicios de una empresa en detrimento de las empresas rivales para obtener un beneficio mayor (Signes de Mesa *et al.*, 2013, p. 29). Esa rivalidad o pugna entre las empresas, pese a las connotaciones negativas de estos términos, tiene efectos beneficiosos para la sociedad en su conjunto. La teoría económica ha puesto de manifiesto que la competencia entre empresas es

6. Diccionario de la Real Academia Española, voz “competencia”. Disponible en <https://dle.rae.es/competencia> (último acceso el 12.11.2020).

un medio para la asignación eficiente de los recursos de los que dispone una sociedad, lleva a que los precios de los bienes y servicios sean los más bajos posibles en el mercado y estimula la innovación y la mejora de dichos bienes y servicios (*ibid.*, p. 55). Es decir, desde la teoría económica se justifica el mantenimiento de un sistema de competencia perfecta en la búsqueda de las denominadas eficiencia distributiva, eficiencia de producción y eficiencia dinámica.

La eficiencia distributiva (*allocative efficiency*) se centra en los efectos de la competencia sobre los consumidores. En condiciones de competencia perfecta, los recursos son asignados entre diferentes bienes y servicios de modo tal que no es posible hallar un nivel mejor de asignación. El excedente del consumidor, esto es, su ganancia neta al comprar un producto, es el mayor. Los bienes y servicios son asignados de acuerdo con el precio que los consumidores están dispuestos a pagar, un precio que, en definitiva, no será superior al coste marginal de producción. La eficiencia de producción (*productive efficiency*) pone el foco en los efectos para los productores y distribuidores. En un sistema de competencia perfecta, los bienes y servicios son producidos al menor coste posible. Ello es así porque el modo que tienen las empresas para vender más barato que sus competidores es a través de la reducción de costes de producción. Finalmente, la eficiencia dinámica (*dynamic efficiency*) hace referencia al efecto de la competencia en la estimulación de la innovación para la producción de nuevos y mejores productos que ofrecer a los consumidores como parte de esa continua batalla entre las empresas competidoras. Por eso, la competencia debe lograr el efecto de estimular la investigación y el desarrollo tecnológico (Whish y Bailey, 2015, pp. 5-6).

En la doctrina se pueden encontrar defensores de cada una de las tres tendencias o de una combinación entre ellas. Hay quien considera que se debe potenciar el bienestar total a través de una combinación de la eficiencia distributiva y de producción. Otros entienden que se debe fomentar esencialmente el bienestar del consumidor, lo que sin duda tendrá como consecuencia una estimulación del consumo y por tanto de la producción. También hay quien apuesta por fomentar la eficiencia dinámica⁷. En realidad, la primera y la segunda postura son muy similares, y la tercera aparece totalmente relacionada en tanto que la innovación por parte de las empresas lleva a la elaboración de mejores productos para los consumidores (Whish y Bailey, 2015, pp. 4-5). En definitiva, queda claro que un sistema de competencia perfecta, que busque esas eficiencias, debe orientarse a la

7. *Vid.* con ulteriores referencias, Artaza Varela (2017, pp. 348-349).

maximización del bienestar social (Motta, 2004, pp. 17-22). Por lo tanto, la intervención del Derecho en este ámbito, bien regulándolo bien sancionando determinadas conductas, solo estará justificada si se pretende lograr ese objetivo (Paredes Castañón, 2019, *passim*, especialmente, p. 137).

Pese a lo dicho, debe recordarse que el mercado no siempre puede mantener un orden eficiente en el sentido expuesto, pues existen fallos de mercado y conductas de los propios agentes que distorsionan su funcionamiento. De hecho, los expertos coinciden en señalar que la competencia perfecta no parece un objetivo realizable (Stucke, 2012, p. 35), más allá de situaciones excepcionales, por lo que la proclamación por el ordenamiento jurídico de la libertad de empresa no supone necesariamente una situación objetiva de libre competencia (Calvo Caravaca, 2009, p. 58). De hecho, desde la perspectiva económica, se opta por un modelo de competencia efectiva o funcional, esto es, la competencia real posible en un concreto mercado teniendo en cuenta el contexto económico y jurídico. Desde este punto de vista, se apuesta por un modelo integrado por elementos competitivos y monopolísticos en el que habría otras estructuras de mercado más allá de la competencia perfecta, como son el monopolio y el oligopolio. En este sentido, se defendería, con límites, la existencia de ciertos procesos de concentración económica para asegurar así el progreso tecnológico y el nivel de eficiencia que deriva de la dimensión óptima de la empresa (*ibid.*).

Desde la perspectiva jurídica, se pretende garantizar tanto la dimensión subjetiva de la competencia como la dimensión objetiva, es decir, la competencia entendida como derecho subjetivo (libertad de empresa) y la competencia objetiva o competencia como institución, dado que una no puede existir sin la otra (Fikentscher, 1984, pp. 474-477). Como derecho subjetivo, la competencia es vista como la igualdad de oportunidades de los agentes económicos (Calvo Caravaca, 2009, p. 58), lo que implica la libertad de acceso al mercado, así como la libertad en el desarrollo de la actividad y la libertad para cesar dicha actividad (Solernou Sanz, 2018, p. 69). La competencia como institución trasciende lo puramente subjetivo, haciendo referencia a la existencia de una serie de condiciones sociales, jurídicas y económicas adecuadas para que las libertades económicas puedan ejercerse y desarrollarse de manera efectiva (*ibid.*, p. 75). La protección de la competencia como institución no interesará solo a los competidores, sino también a los consumidores y a la sociedad en su conjunto en tanto que sirve al mantenimiento del orden económico, por lo que deja de ser únicamente una cuestión privada para adquirir una indiscutible relevancia pública, ya que lo que se debe preservar es un mercado competitivo en beneficio de todos (Abanto Vásquez, 2010, p. 162), en el sentido ya apuntado de la maximización del bienestar social.

En definitiva, la protección de la competencia a través del Derecho estará justificada siempre que se oriente a mantener ese mercado competitivo que ha de tener efectos beneficiosos para la sociedad en su conjunto. El Derecho, en sus diferentes ramas, debe garantizar ese mercado competitivo, sancionando las prácticas que lo restrinjan y provoquen como efecto una reducción del bienestar social. El Derecho *penal*, por su parte, solo estará legitimado para intervenir cuando se respete el principio de lesividad, y deberá tener siempre como límite el principio intervención mínima, como se explica en el epígrafe siguiente.

2.2. Sobre la libre competencia como bien jurídico digno de tutela penal

La evolución del modelo de Estado en la segunda mitad del siglo XX hacia un Estado social generó importantes consecuencias sobre el contenido del Derecho penal al tener que incorporar la tutela de los bienes jurídicos colectivos. Ciertamente, ya en los códigos penales del siglo XIX existieron delitos que protegían bienes jurídicos que trascendían lo meramente individual como, por ejemplo, los delitos contra la Administración Pública o los delitos contra la fe pública. Si bien, cuando se dice que uno de los grandes retos del Derecho penal en la actualidad gira en torno a la concreción del contenido de los bienes jurídicos colectivos, se está pensando en objetos de protección distintos de aquellos de los códigos penales decimonónicos (Berdugo, 2012, p. 205), objetos de protección ahora vinculados al Estado social. Como ejemplos paradigmáticos se han mencionado tradicionalmente el medio ambiente y el orden económico (Mendoza Buergo, 2001, p. 70). Dentro del orden económico, objeto de protección del Derecho penal económico (Bajo y Bacigalupo, 2010, p. 11), se encuentra la competencia en el mercado, bien jurídico que trasciende lo meramente individual. El apartado anterior se ha dedicado al estudio del concepto; en este se pretende analizar su idoneidad para ser considerado un bien jurídico merecedor de tutela penal.

Como ha puesto de manifiesto Paredes Castañón (2003, p. 100), específicamente para el ámbito del Derecho penal económico, la identificación de un bien jurídico-penal pasa por el análisis de dos cuestiones previas. La primera hace referencia a cuál es la realidad sobre la que opera el Derecho penal económico. La segunda hace referencia a qué valores y pautas de conducta debe impulsar y, por tanto, cuáles debe castigar. Por lo que respecta a la primera pregunta, para el caso que nos ocupa debe tenerse en cuenta la realidad económica del momento, marcada por una economía social de mercado. En efecto, al art. 38 de la Constitución española apuesta por este

modelo, como también lo hace el art. 3.3. del Tratado de la Unión Europea, garantizando que los poderes públicos no intervendrán en la economía salvo para prevenir y eventualmente sancionar las conductas que pongan en peligro dicho modelo económico. Es decir, el papel del Estado es garantizar que el modelo de la economía social de mercado funcione correctamente, pero no puede cambiar nunca dicho modelo (Zabala López-Gómez, 2011, pp. 21-22), máxime cuando dicho modelo es también el que se defiende desde la constitución económica de la Unión Europea (Gordillo Pérez, 2018, pp. 266-274). En ese modelo se pueden identificar áreas en las que es posible encontrar objetos dignos de protección jurídica (si bien, no necesariamente penal), es decir, necesidades, individuales o colectivas, que deben ser satisfechas en la mayor medida posible (Paredes Castañón, 2003, p. 103). Esas necesidades pueden referirse, por ejemplo, a la producción y distribución de bienes y servicios, cuya garantía pasa por el reconocimiento de otras necesidades como el derecho a la propiedad privada, la libertad de empresa y la libre competencia (*ibid.*, p. 104). Una vez que se han determinado dichas necesidades, se debe concretar qué conductas humanas contribuirán, en términos causales, a provocar y a mantener el estado de cosas necesario, para lo cual es imprescindible el recurso al conocimiento científico (*ibid.*, pp. 105-106). En efecto, la base empírica se convierte en presupuesto metodológico indispensable para el análisis de la dañosidad de las conductas que pueden ser castigadas por el Derecho penal (Berdugo, 2012, p. 209; Demetrio Crespo, 2020, p. 19; Soto Navarro, 2003, p. 81, entre otros). Por ejemplo, en el ámbito que nos ocupa, la ciencia económica determinará que conductas humanas contribuyen a la creación o mantenimiento de la libre competencia, y cuáles la restringen o eliminan, debiendo el Derecho apoyarse en tales datos.

Que las ciencias empíricas nos trasladen esta información, no significa que automáticamente nos hallemos ante bienes jurídicos que el Derecho penal deba tutelar. En este punto, siguiendo la teoría de la racionalidad legislativa⁸ se debe examinar, desde la perspectiva ético-social, si es deseable la protección jurídica de ese objeto; y después, desde la perspectiva de la racionalidad instrumental, se debe estudiar si, en lugar de la regulación coactiva, son posibles otras vías de intervención estatal en la economía (Paredes Castañón, 2003, pp. 107-112; también Martínez-Buján, 2014, p. 69). Es más, aunque se llegara a la conclusión de que es necesaria una regulación coactiva, eso no implica que se deba acudir automáticamente al Derecho penal. Esto es así porque no todo bien jurídico es un bien jurídico-*penal*.

8. *Vid.*, ampliamente, Díez Ripollés (2013, *passim*); también Becerra Muñoz (2013, pp. 486-523).

Como ya señaló Mir Puig (2006b, p. 129), el concepto de bien jurídico es más amplio que el de bien jurídico-penal. Precisamente, la libre competencia es una clara muestra de ello. Como bien jurídico es tutelado por otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho privado o el administrativo, de modo tal que el Derecho penal solo podrá actuar para protegerlo cuando se respete el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y con el límite que supone el principio de intervención mínima.

El primero de esos principios señala que solo podrá acudir al Derecho penal para la tutela de “bienes vitales que son indispensables para la convivencia de las personas en la comunidad” (Jescheck y Weigend, 1996, p. 7), es decir, intereses fundamentales orientados hacia el individuo y que posibiliten su participación en un determinado sistema social. En este sentido no puede el Derecho penal castigar comportamientos que no produzcan dañosidad social. Pero apostar únicamente por ese criterio “encierra el peligro de raíz totalitaria, de atender a las necesidades del conjunto social olvidando al individuo” (Silva Sánchez, 1992, p. 269). Es por ello que más allá de planteamientos puramente sociológicos que entiendan que las conductas tipificadas penalmente deben afectar a funciones y estructuras sociales, desde un punto de vista valorativo se defiende que para que un bien jurídico pueda ser tutelado por el Derecho penal debe tener un fundamento en el orden constitucional de valores (Berdugo *et al.*, 2010, pp. 71-77). Ello no implica que el catálogo de bienes jurídicos se reconduzca a un artículo concreto de la constitución; lo relevante es que los bienes jurídicos se relacionen con dicho marco constitucional (Quintero Olivares, 2020, p. 51). Esa referencia a la constitución no deja de ser, no obstante, un criterio negativo, pues no todo interés con proyección constitucional debe ser tutelado por el Derecho penal, pero ciertamente no pueden ser tutelados por él intereses que no tengan una referencia constitucional, entendiéndose en todo caso que la constitución ha de ser abierta, que puede y debe ser interpretada conforme a la realidad social del momento (Berdugo, 2012, pp. 208-209)⁹ y que, en todo caso, no se está haciendo referencia a una constitución como mero instrumento organizador del Estado, sino como norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico, dotada de valor directamente normativo y asentada sobre los derechos fundamentales (Berdugo *et al.*, 2010, p. 8)

9. De hecho, el Tribunal Constitucional ya de manera temprana se decantó a favor de un concepto abierto y flexible de “Constitución económica”. *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 1/1982, de 28 de enero de 1982, fundamento jurídico primero.

El bien jurídico aquí objeto de estudio, la competencia en el mercado, tiene una indudable relevancia en la sociedad actual ya que es indispensable para el funcionamiento del sistema económico en su conjunto. Como se puso de manifiesto en el epígrafe anterior, la competencia constituye un medio de asignación eficiente de los recursos de los que dispone una sociedad, lleva a que los precios de los bienes y servicios sean los más bajos posibles, y estimula la innovación y mejora tecnológicas, todo lo cual contribuye al bienestar social. Y como ya se ha mencionado, una eliminación o reducción de la competencia supone un descenso del nivel de bienestar social. Además, la competencia en el mercado ostenta, en el momento actual, un claro respaldo constitucional, en concreto, en la denominada constitución económica, entendiéndose por tal “esas normas [constitucionales] destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental de la estructura y funcionamiento de la actividad económica”¹⁰). El art. 38 de la Constitución española es la pieza clave del Derecho constitucional económico (Bajo y Bacigalupo, 2010, p. 16), en cuanto que reconoce el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía social de mercado, con los únicos límites que se deriven de las exigencias de la economía en general y de la planificación. Si bien la garantía de la libre competencia no se menciona expresamente, se entiende consustancial al derecho a la libertad de empresa del art. 38, dentro de los deberes y derechos de los ciudadanos (De la Mata Barranco *et al.*, 2018, p. 368; Gordillo López y Rodríguez Ortiz, 2019, p. 48; Martínez-Buján, 2016, p. 189).

También en la constitución económica de la Unión Europea, a la que se hace imprescindible acudir en tanto que marca los lineamientos del modelo económico de los Estados miembros, se encuentran esas referencias. En la constitución económica de la Unión Europea, la competencia se entiende consustancial al mercado único, y son los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea los que se encargan de su tutela, prohibiendo prácticas que la restrinjan o falseen¹¹. La competencia, pese a ser un bien jurídico colectivo, posee en último término una referencia a la persona individualmente considerada, al libre desarrollo de su personalidad, que junto a la dignidad de la persona y a los derechos

10. Sentencia del Tribunal Constitucional 1/1982, de 28 de enero de 1982, fundamento jurídico primero.

11. La referencia a la constitución económica de la Unión Europea es esencial en este punto porque buena parte de la tutela penal de la competencia que se observa en el Código Penal deriva, precisamente, de mandatos europeos. *Vid.* entre otros Doval País (2020, *passim*, especialmente, pp. 117-120); Gómez-Jara Díez (2017, pp. 29-48); Zabala López-Gómez (2011, pp. 23-32).

inviolables que le son inherentes, constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, como reza el art. 10 de la Constitución española. Conviene destacarlo porque se ha señalado que, en ordenamientos constitucionales como el nuestro, el bien jurídico, aunque sea colectivo, ha de tener un último referente al individuo¹². En este sentido, como se señaló supra, la competencia está íntimamente relacionada con el libre desarrollo de la personalidad. De hecho, la libertad de empresa (dimensión subjetiva de la competencia) se considera una manifestación más del libre desarrollo de la personalidad (Solernou Sanz, 2018, 68).

Junto al principio de lesividad, el segundo principio que debe tenerse en consideración es el principio de intervención mínima, que funciona como principio limitador de la intervención punitiva del EStado. Precisamente en el ámbito del Derecho penal económico, el examen de este principio merece un análisis detallado ya que este sector del Derecho penal está integrado por tipos delictivos que castigan conductas que, en su mayoría, ya se encuentran sancionadas por otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho privado o el Derecho administrativo¹³. Esta cuestión se aborda en el epígrafe siguiente, empleando como ejemplo el delito de corrupción entre particulares. En concreto, se tendrá que en cuenta que este principio hace referencia a dos elementos: el carácter subsidiario y el carácter fragmentario del Derecho penal.

3. UN EJEMPLO DE TUTELA PENAL DE LA COMPETENCIA: EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

Como se indicó en la introducción, el problema de la competencia como bien jurídico digno de tutela penal se concretará en el estudio de una modalidad delictiva de relativa reciente incorporación al Código Penal: la corrupción entre particulares. Este tipo penal se añadió al texto punitivo a través de la Ley Orgánica 5/2010¹⁴ para trasponer la ya mencionada Decisión marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en

12. *Vid.* al respecto, entre otros, Bustos Ramírez (1987, pp. 196-197), Mir Puig (2006a, p. 91), Roxin (2006, p. 56), Santana Vega (2000, pp. 94-95), Silva Sánchez (1992, p. 272), Silva Sánchez (2006, pp. 270-271), Soto Navarro (2003, pp. 231-232).

13. Precisamente, la necesidad de respetar el principio de intervención mínima en la protección penal de la competencia ya se planteó en los años 80 respecto de las propuestas de reforma del Código Penal. *Vid.* Berdugo (1985, *passim*, especialmente, p. 405).

14. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

el sector privado. De este modo, se introdujo el art. 286 bis en una nueva sección titulada “De la corrupción entre particulares” en el Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal. El precepto fue modificado en la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015¹⁵ para incorporar mejoras técnicas, según señaló el preámbulo de la ley. A la vez, se modificó el intitulado de la sección, que pasó a denominarse “Delitos de corrupción en los negocios”, por haberse incorporado a ella el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, que antes se ubicaba en otro lugar del texto punitivo. El actual art. 286 bis señala lo siguiente:

1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, 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, 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.

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio¹⁶.

El bien jurídico que este tipo penal pretende tutelar ha sido objeto de una amplia discusión doctrinal desde antes, incluso, de su incorporación al texto punitivo, cuando en algunos organismos supranacionales ya se reclamaba su castigo. Sin poder entrar en el detalle de la discusión por

15. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

16. El precepto continúa con un párrafo cuarto en el que se tipifica como delito la denominada corrupción en el deporte. Este delito no es objeto de análisis en este trabajo pues el bien jurídico tutelado, pese a la ubicación de ese delito en el art. 286 bis, no es la competencia en el mercado. *Vid.* ampliamente al respecto Sánchez Bernal (2018, *passim*).

razones de espacio, se partirá en este trabajo de la perspectiva claramente mayoritaria, la cual, siguiendo el modelo alemán, vincula este delito con la competencia en el mercado, especialmente tras la reforma del precepto en el año 2015 (momento en que se eliminó del tipo la expresión “incumpliendo sus obligaciones”), aunque para referirse al bien jurídico se empleen fórmulas diversas como competencia leal, honesta, justa, etc.¹⁷ Así, se señala que el pago de un soborno por parte de un trabajador de una empresa a un trabajador de otra para que beneficie a su empresa frente a terceros competidores en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios, le coloca indebidamente en una posición competitiva privilegiada, que puede tener como efecto la expulsión de los competidores de ese mercado o la restricción a la entrada de nuevos competidores. Esta situación puede traer como consecuencia una pérdida de las eficiencias de las que habla la teoría económica explicadas *supra* 2.1. y, por lo tanto, una pérdida de bienestar social. Un ejemplo sería ese en el que las restricciones a la competencia generen situaciones monopolísticas que tengan como efecto una limitación de la producción (Calvo Caravaca, 2009, p. 60).

Como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, la competencia en el mercado constituye un bien de indudable relevancia social y, además, con plasmación en la constitución económica, tanto nacional como de la Unión Europea. Sin embargo, ello no habilita sin más al Derecho penal a ejercer una función tuitiva respecto de este bien jurídico, pues en todo caso debe respetarse el principio de intervención mínima, lo que precisamente se cuestiona en relación con este delito. El carácter subsidiario (*ultima ratio*) y fragmentario del Derecho penal parecen haber sido, en cierto modo, ignorados por el legislador a la hora de incorporar al texto punitivo este delito, como se explica a continuación.

Extramuros del Derecho penal existen dos cuerpos normativos que tutelan la competencia en el mercado, a saber, la Ley de Competencia Desleal (en adelante, LCD)¹⁸ y la Ley de Defensa de la Competencia (LDC)¹⁹. La pregunta que corresponde hacer ahora es si las prácticas de soborno que

17. *Vid.*, entre otros, Bustos Rubio (2019, p. 238), Cerina y Bravo Vesga (2009, pp. 379-447), Galán Muñoz y Núñez Castaño (2018, p. 182), Gil Nobajas (2015, pp. 574-580), Gili Pascual (2007, pp. 8-13); Gómez-Jara Díez (2012, pp. 420-421), Herrero Giménez (2017, p. 206), Mendoza Calderón (2017, pp. 28-29), Navarro Frías y Melero Bosch (2011, *passim*), Otero González (2013, *passim*), Sánchez Bernal (2017, pp. 270-277). El modelo francés pone el acento, por el contrario, en la tutela de los deberes de lealtad del trabajador con su empresario.

18. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991.

19. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007.

castiga el art. 286 bis del texto punitivo encuentran ya suficiente respuesta en instancias previas al Derecho penal. La Ley de Competencia Desleal contiene en su art. 4.1 una cláusula general, que señala lo siguiente:

Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

Ciertamente, el ofrecimiento de un soborno realizado por un trabajador de una empresa a un trabajador de otra para que le favorezca indebidamente debe entenderse contrario a las exigencias de la buena fe objetiva. Siendo esto así, la Ley de Competencia Desleal habilita a “cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazado por la conducta desleal” (art. 33 LCD) a interponer una serie de acciones, entre las que está, por ejemplo, la “acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal” (art. 32.5º LCD). La limitada legitimación activa que se prevé en la Ley parece ser insuficiente como medida disuasoria de estas prácticas que, más allá del perjuicio económico individual que podría ser resarcido, puede tener como efecto una disminución del bienestar de toda la sociedad.

Por otro lado, las conductas relativas al pago de sobornos para ganar cuotas de mercado podrían ser sancionadas a través de la Ley de Defensa de la Competencia. En concreto, esta ley castiga dos tipos de comportamientos: las conductas colusorias y el abuso de posición dominante (arts. 1 y 2 LDC, respectivamente, en línea con los arts. 101 y 102 TFUE). En relación con el abuso de posición dominante debe dejarse claro de entrada que, en el Derecho español, como en el Derecho de la Unión Europea, la posición dominante en sí no es una conducta ilícita. Sí lo es el abuso de dicha posición, en tanto que se entiende que se perjudica a competidores y a consumidores (Laguna de Paz, 2019, p. 35). En esencia, se considera que se produce un abuso de la posición dominante cuando la empresa así posicionada aplica condiciones a clientes o usuarios por encima del nivel competitivo, o cuando crea obstáculos a la expansión o a la entrada de

nuevos competidores en el mercado (Signes de Mesa *et al.*, 2013, p. 213). Ciertamente, podría pensarse que una empresa en una posición dominante no necesite pagar un soborno “en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales” (art. 286 bis CP), precisamente por la posición en la que se halla, por lo que no parece que las conductas de soborno pudieran castigarse como abuso de posición dominante. No obstante, esta situación tampoco es descartable, basta recordar el caso Tabacalera, aunque ciertamente este caso no se asemeja a los casos habituales de corrupción entre particulares para los que se diseñó el art. 286 bis CP²⁰.

Por otro lado, el pago de un soborno podría ser el medio para llevar a cabo una conducta colusoria. El art. 1 de la referida ley señala lo siguiente

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.

Efectivamente, el pacto corrupto entre sobornador y sobornado puede entenderse como ese “acuerdo” al que hace referencia la ley²¹, y caerá bajo el ámbito de aplicación de la misma si tiene como efecto o puede tener como efecto ese impedimento, esa restricción o ese falseamiento de la competencia. Esta infracción administrativa se entiende realizada aun cuando el acuerdo no se haya ejecutado o puesto en práctica, bastando con que dicho acuerdo *pueda* tener efectos negativos en la libre competencia. Es más, la conducta a la que hace referencia el art. 1 LDC está igualmente prohibida aunque los intervinientes no tuvieran conocimiento de los efectos nocivos en el mercado, ni tuvieran intención de restringir la competencia²². Pero en todo caso, el art. 5 LDC prevé una limitación en atención a la afectación al

20. En el caso en cuestión, el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia se pronunció sobre “la realización de prácticas de abuso de posición dominante mediante venta a pérdida y falseamiento de la libre competencia por actos desleales, *consistentes en hacer regalos a los expendedores* que compran sus productos, infringiendo de este modo la normativa vigente sobre el monopolio de tabacos en España” (cursiva añadida). El Tribunal entendió que sí se había abusado de una posición dominante, aunque no entendió que la entrega de regalos supusiera una “perturbación suficiente del mercado”, por lo que no consideró que se debiera aplicar a este extremo la LDC. *Vid.* Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de febrero de 1999 (Expediente 375/96, Tabacos de Canarias).

21. De hecho, el término “acuerdo” se ha interpretado en sentido amplio, admitiéndose, por ejemplo, el pacto escrito u oral, formal o informal, y “pactos entre caballeros” (Signes de Mesa *et al.*, 2013, p. 110).

22. En este sentido, *vid.*, por ejemplo, la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 20 de marzo de 2013, expediente S/0359/11, ATASA, pp. 34-35.

bien jurídico, de modo tal que no se aplicará la ley a “aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado”²³.

Teniendo todo esto en consideración, la pregunta que corresponde ahora hacer es cuál es el plus de lesividad del art. 286 bis CP respecto de la LDC. Ciertamente, no es fácil de hallar. De hecho, no parece que el delito de corrupción entre particulares exija algún elemento adicional respecto de la infracción administrativa, lo que pone en cuestión el principio de intervención mínima que debe respetar el Derecho penal. El art. 286 bis CP podría llegar a sancionar conductas que están fuera de la LDC, como ocurre, por ejemplo, con las conductas de escasa o menor importancia. La norma administrativa ha decidido dejar fuera estos comportamientos, cosa que no ha hecho el Código Penal. Téngase en cuenta que el tipo atenuado del art. 286 bis CP párrafo tercero no tiene que ver, al menos directamente, con la menor afectación al bien jurídico de la competencia en el mercado. Se prevé la rebaja de la pena —por cierto, de manera potestativa, no obligatoria como el art. 5 LDC— en dos supuestos: la cuantía del beneficio o del valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable en la organización (al respecto, *vid.* Sánchez Bernal, 2017, pp. 426-429).

Es más, nótese que, siguiendo la redacción actual de los clásicos delitos de cohecho, el art. 286 bis no exige para la consumación del delito la efectiva realización del pago del soborno, bastando el mero ofrecimiento o solicitud; situación esta en la que el peligro para el bien jurídico queda verdaderamente alejado. Precisamente por la lejanía del peligro para la competencia en el mercado, se debe cuestionar este adelantamiento de la barrera de protección, dado que se podrían llegar a sancionar conductas permitidas por la legislación administrativa por su escasa o nula repercusión en el mercado. Es por eso que el precepto debe ser interpretado de una manera restrictiva en este punto (Bolea Bardón, 2013, pp. 17-19)²⁴.

-
23. Es el Reglamento de Defensa de la Competencia (Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008) el que establece en su art. 1 unas cuotas de mercado a tener en cuenta para valorar la menor importancia de la conducta. Y en todo caso, el art. 2 excluye la aplicación de esta regla de mínimos en los supuestos en que las conductas entre competidores tengan por objeto: a) La fijación de los precios de venta de los productos a terceros; b) la limitación de la producción o las ventas; c) el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones.
24. En el mismo sentido se pronunciaba Gili Pascual (2007, p. 13) respecto del proyecto para la incorporación de este delito en el Código Penal.

En definitiva, tal y como está redactado el art. 286 bis CP se pueden castigar conductas que no están sancionadas por el Derecho de la competencia, lo cual atenta contra el principio de intervención mínima que debe presidir la actuación del Derecho penal en Estados democráticos y de Derecho. En concreto, el hecho de que se tipifiquen penalmente conductas que podrían no estarlo en el Derecho administrativo es sin duda una vulneración del carácter fragmentario que ha de tener el Derecho penal, en virtud del cual solo debe intervenir el Derecho penal ante las modalidades de ataque más graves al bien jurídico en cuestión. Debería, por ello, el art. 286 bis introducir algún elemento para limitar la intervención del *ius puniendi* a las conductas que afecten a la competencia en el mercado de manera significativa, como se hace en otros delitos económicos²⁵.

Además, debe hacerse otro análisis para comprobar si la respuesta penal en este ámbito respeta el principio de *ultima ratio*. Para ello, se debe comprobar si las sanciones que se prevén en la Ley de Defensa de la Competencia son eficaces, porque si lo son, no estaría justificada la intervención del Derecho penal. La LDC prevé en su artículo 63 las posibles multas a aplicar, que deben ser impuestas por las autoridades de la competencia. Las multas se pueden imponer a las empresas (literalmente, señala el precepto, agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones) y, en caso de que se esté ante una persona jurídica, también se puede imponer la multa a la persona física representante de aquella o directivo de la misma.

La mayor multa que se prevé para empresas puede ascender “hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa” (art. 63.1.c LDC). La doctrina ha puesto de manifiesto el escaso carácter disuasorio de las multas impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, CNMC) en aplicación del referido precepto (Costas Comesaña, 2017, *passim*), especialmente desde la STS (Sala 3^a) de 29 de enero de 2015, que declaró contrario a derecho el método de cálculo adoptado por la entonces Comisión Nacional de la Competencia en la Comunicación de 6 de febrero de 2009²⁶. Ciertamente, la evidencia empírica ha puesto de manifiesto la insuficiencia de estas sanciones. El estudio llevado a cabo por García-Verdugo Sales (2016), en el que se analizan las multas impuestas por la CNMC en el período 2011-2015 concluye categóricamente

25. Por ejemplo, los arts. 284.1.2º, 284.1.3º, 285 CP.

26. Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (BOE núm. 36 de 11 de febrero de 2009)

que las multas impuestas “no han sido suficientemente disuasorias, y que por tanto, debería tender hacia sanciones más elevadas que se aproximen a la multa disuasoria óptima” (p. 35). De hecho, llama la atención que en más del 90% de los casos analizados, la multa no llegó siquiera al 40% del valor de la sanción disuasoria óptima, esa que tiene en cuenta el beneficio ilícito y la probabilidad anual de detección de la infracción.

Respecto a las personas físicas, señala el art. 63.2 LDC lo siguiente:

Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.

Este apartado de la Ley de Defensa de la Competencia tradicionalmente se ha aplicado poco. De hecho, la referida STS de 29 de enero 2015 llamó la atención sobre el escaso uso que hizo la Comisión Nacional de la Competencia de la facultad para imponer sanciones de multa a las personas físicas por vulneración de la LDC. Desde ese año, la CMNC sí ha venido imponiendo algunas multas a estas personas físicas, pero la reducida cuantía y el hecho de que sea la empresa la que puede acabar asumiendo la multa, hacen que tengan escaso carácter disuasorio (Costas Comesaña, 2017, p. 63; Díez Estella, 2016, pp. 12-13)²⁷.

Si se afirma que instancias previas al Derecho penal son ineficaces para la tutela de la competencia en el mercado, por no ser sus sanciones disuasorias, se podría entonces llegar a legitimar la intervención del Derecho penal (principio de subsidiariedad o *ultima ratio*). Sin embargo, no se debe llegar a la simple conclusión de que las sanciones penales serán *per se* más disua-

27. En todo caso, y aunque no se pueda profundizar aquí por razones de espacio, para valorar la eficacia de las sanciones del Derecho de la competencia, en el momento actual debe tenerse también en cuenta la aplicación privada del Derecho de la competencia, que se ha visto reforzada en el caso español al trasponer la llamada “Directiva de daños” (Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea L349/1, de 5 de diciembre de 2014), a través del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (BOE. núm. 126, de 27 de mayo de 2017). *Vid.* Díez Estella (2019, *passim*).

sorias que las administrativas. De hecho, puede que suceda precisamente lo contrario. En este punto, se van a distinguir dos tipos de sanciones penales: la multa, que se puede imponer tanto a la persona física como a la jurídica, y la prisión, que obviamente solo puede imponerse a la persona física. En relación con la primera, es poco probable que la multa penal supere la multa administrativa que puede aplicarse conforme a la LDC. El modo en que se calculan las multas en el Código Penal español ha llevado tradicionalmente a que su cuantía sea baja, disminuyéndose sus potenciales efectos preventivos (Baucells Lladós, 2013, p. 195; Corcoy Bidasolo, 2014, p. 172; Faraldo Cabana, 2013, p. 91). En el delito que nos ocupa, la multa para la persona física, según lo dispuesto en el art. 286 bis CP se calcula de manera proporcional al soborno ofrecido, no al beneficio obtenido, lo cual no parece que vaya a tener carácter disuasorio pues con toda certeza el beneficio obtenido será sustancialmente superior al soborno, por lo que una multa proporcional a este puede que no llegue a alcanzar si quiera la cuantía del beneficio obtenido. La multa para la persona jurídica por este delito (prevista en el art. 288) se puede calcular o bien por el sistema de días-multa (lo que implica una multa máxima de nueve millones de euros) o bien de manera proporcional. En el caso de que se calcule de manera proporcional, ahora sí, se toma en consideración el beneficio obtenido o pretendido, lo cual ciertamente podría tener un mayor efecto disuasorio. Lo que no se comprende es por qué el legislador, en un mismo delito, considera que en un caso (persona física) la multa debe ser proporcional al soborno, y en otro caso (persona jurídica) debe ser proporcional al beneficio obtenido o pretendido. Y una última reflexión respecto a la determinación de la pena de multa, si para lograr el supuesto efecto disuasorio de la pena de multa se recurre a cantidades astronómicas, se puede llegar a caer en la llamada *deterrence trap*²⁸ (trampa de la disuasión) pues los efectos disuasorios de la multa se desvanecerán si la persona jurídica es incapaz de abonarla (Faraldo Cabana, 2013, p. 102). Puede declararse insolvente y cerrar, por lo que deben considerarse otros efectos de una pena de multa sobredimensionada, como los perjuicios a acreedores, trabajadores y consumidores (Blanco Cordero, 2013, p. 92; Díez Ripollés, 2013, p. 208; Faraldo Cabana, 2013, p. 103). De hecho, el propio Código Penal, en el art. 52.2 impone el deber a jueces y tribunales de considerar, a la hora de determinar la pena de multa, no solo las circunstancias atenuantes y agravantes, “sino principalmente la situación económica del culpable”.

28. Sobre el concepto de *deterrence trap*, vid. Coffee, 1981, pp. 389-393.

En relación con la pena de prisión, que en el art. 286 bis oscila entre 6 meses y 4 años, se ha señalado que la imposición de la pena de prisión como pena intransferible, a diferencia de la multa, sí podría ser más disuasoria en este ámbito que las sanciones de multa a personas físicas que prevé la Ley de Defensa de la Competencia (Artaza Varela, 2017, p. 362; Gutiérrez Rodríguez y Ortiz de Urbina Gimeno, 2017, p. 111)²⁹, pero para ello se deberían tenerse en cuenta otras variables: la efectiva imposición de la pena de prisión (más allá de la previsión formal de esta pena en el precepto en cuestión), la probabilidad de imposición y la rapidez en la imposición de la pena (Gutiérrez Rodríguez y Ortiz de Urbina Gimeno, 2017, pp. 112-113). Y en último término, no debe olvidarse que la pena de prisión debe respetar otros principios como el de proporcionalidad y el de resocialización.

4. LA TUTELA PENAL DE LA COMPETENCIA COMO MUESTRA DEL EXCESO PUNITIVO Y DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO

De lo expuesto hasta el momento, surge la duda de por qué el legislador ha incorporado el art. 286 bis al Código Penal, que podría castigar conductas que no están sancionadas en el Derecho de la competencia. Como se señaló anteriormente, la incorporación de este precepto al texto punitivo trae su causa en la normativa supranacional, en concreto, la referida Decisión marco 2003/568/JAI³⁰. El problema que existe en el momento actual con la transposición o implementación de medidas penales procedentes del ámbito supranacional es que se realizan sin el correspondiente debate político-criminal previo (especialmente, respecto de la corrupción entre particulares, Corcoy Bidasolo, 2014, p. 178; Gili Pascual, 2007, p. 10, Martínez-Buján, 2015, p. 381; Sánchez Bernal, 2020, p. 531), lo que lleva a la incorporación de tipos penales excesivamente vagos, en ocasiones técnicamente deficientes, que dificultan hasta el extremo su aplicación, lo que puede convertirlos en puro Derecho penal simbólico (específicamente para la corrupción entre particulares, Corcoy Bidasolo, 2014, p. 192; Sánchez

29. De hecho, desde hace tiempo se debate sobre la utilidad de la pena de prisión para las conductas que más afectan a la libre competencia, los llamados carteles de núcleo duro. *Vid.* Blanco Cordero (2013), Giangaspero (2020), Mendo Estrella (2015), Rosenberg y Exposto (2020), Whelan (2013).

30. También el Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa del año 1999 y la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción del año 2003, ambos ratificados por España, demandan su castigo penal.

Bernal, 2020, p. 531; en general, para los delitos económicos, Terradillos Basoco, 2020, p. 37).

Verdaderamente, entre los problemas a los que se enfrenta el Derecho penal en la actualidad está el Derecho penal simbólico, entendido aquí como ese conjunto de tipos penales que se incorporan al texto punitivo para dar satisfacción a las demandas de determinados sectores o lobbies pero que no tienen una aplicación práctica. La expresión Derecho penal simbólico se ha empleado esencialmente para referirse a esas políticas criminales que no buscan tanto reducir el delito como disminuir los temores sociales sobre la delincuencia (Díez Ripollés, 2015, pp. 23 y ss.). Es cierto que los delitos que integran el Derecho penal económico no son de los que típicamente causan temor en la sociedad, pero aun así respecto de ellos también se puede hablar del carácter simbólico en tanto que muchos de ellos son incorporados al texto punitivo para dar satisfacción a unas determinadas demandas, demandas de organismos supranacionales pero que, una vez dentro del Código Penal, pasan al olvido. Tal es el caso del delito aquí objeto de estudio, nunca aplicado en diez años de vigencia, y con pocas investigaciones abiertas al respecto. Lo mismo le sucede al precepto que acompaña al art. 286 bis en el Código Penal en las sección “Delitos de corrupción en los negocio”, orientado también a la tutela de la competencia en el mercado aunque en su dimensión transnacional, ubicado en el art. 286 ter CP³¹.

La ausencia de aplicación contrasta con la amplitud de los tipos penales, que como se ha señalado para el caso de la corrupción entre particulares, podría dar cabida a una miríada de comportamientos, castigándose incluso los de escasa lesividad para el bien jurídico, en tanto que no han sido excluidos expresamente del ámbito de aplicación del precepto ni se ha puesto límite alguno al respecto.

En todo caso, lo dicho hasta aquí no es impedimento para entender que las conductas que afecten de manera grave a la competencia en el mercado deban ser castigadas penalmente. Como ha señalado Terradillos Basoco (2008, p. 24), “*ultima ratio* no equivale a *nulla ratio*”. Es decir, lo que hasta aquí se ha criticado es una incorrecta utilización del Derecho penal para tutelar el bien jurídico en el delito objeto de estudio, lo que no quiere decir que deba negarse la intervención del Derecho penal para castigar las conductas que afectan al mercado. Puede y debe hacerlo. *Puede*

31. En veinte años, solo se conoce una sentencia al respecto, la Sentencia de la Audiencia Nacional 3/2017, de 23 de febrero de 2017. Las peculiaridades de este bien jurídico merecerían un ulterior análisis que no ha podido realizarse en este trabajo por razones de espacio. *Vid.* recientemente, al respecto, Berdugo (2020, *passim*).

hacerlo en tanto que como se ha puesto de manifiesto la competencia es un bien jurídico indispensable para la vida en sociedad, y *debe* hacerlo cuando esta se vea agredida de forma significativa y las instancias previas se hayan mostrado insuficientes. De hecho, no hacerlo dará muestra de un Derecho penal en cierto modo protector con los llamados delincuentes de cuello blanco, esos que protagonizan los delitos económicos. Es decir, la intervención del *ius puniendi* del Estado en la materia económica es necesaria para que este deje de poner el foco exclusivamente en los estratos más desfavorecidos de la sociedad (Berdugo, 2012, p. 211), como ya puso de manifiesto Sutherland en las primeras décadas del siglo xx.

5. CONCLUSIONES

En los últimos años, el legislador ha ampliado la intervención del Derecho penal en relación con la tutela de la competencia en el mercado, incorporando nuevos tipos penales como la corrupción entre particulares o la corrupción en transacciones comerciales internacionales, y ampliando otros ya existentes como el delito de alteración de precios. Ello ha llevado a estudiar en este trabajo la legitimidad o no de la expansión punitiva en este ámbito. Al respecto se han extraído las siguientes conclusiones:

1. La tutela penal de la competencia en el mercado presenta dos problemas esenciales. Por un lado, la indeterminación del propio concepto de competencia, que dificulta la tarea de dotar de contenido material al bien jurídico. Por otro lado, el respeto a dos principios fundamentales del Derecho penal en Estados democráticos y de Derecho. En ese sentido, debe recordarse que el recurso al Derecho penal solo está legitimado para tutelar intereses indispensables para la vida en sociedad (principio de lesividad) y frente a los ataques más graves que éstos sufran, siempre y cuando desde instancias previas al Derecho penal no pueda ofrecerse una respuesta eficaz (principio de intervención mínima).

2. La definición de competencia en el mercado debe partir de los estudios ofrecidos por la teoría económica, según la cual esta es indispensable para la maximización del bienestar social. Ello es así porque la competencia genera toda una serie de eficiencias (distributiva, productiva y dinámica) que tienen como resultado, precisamente, esa maximización del bienestar social.

3. La competencia en el mercado puede ser considerada un bien jurídico digno de tutela penal. No cabe duda de que se trata de un bien

jurídico indispensable en la sociedad actual en tanto que es esencial para el mantenimiento del orden económico proclamado constitucionalmente (economía social de mercado). Cuando esta no pueda ser tutelada por otras ramas del Derecho (carácter subsidiario del Derecho penal) y cuando se vea afectada de manera grave (carácter fragmentario del Derecho penal), estará legitimado para intervenir el *ius puniendi* del Estado.

4. El ejemplo concreto analizado, la corrupción entre particulares, presenta ciertos problemas de legitimidad. El legislador ha incorporado este tipo penal al texto punitivo para dar satisfacción a demandas de determinados organismos supranacionales, especialmente, de la Unión Europea, pero lo ha hecho sin tener en cuenta, al menos, aparentemente, el ya existente Derecho de la competencia (Derecho administrativo). El delito objeto de estudio no parece respetar el carácter fragmentario del Derecho penal en tanto que el tipo penal permite castigar penalmente algunas conductas que están excluidas de sanción por el Derecho de la competencia por su escasa lesividad para el mercado. Por lo que se refiere al principio de subsidiariedad, los expertos estiman que las sanciones administrativas existentes para conductas restrictivas de la competencia son ineficaces por su escaso carácter disuasorio, por lo que demandan la intervención del Derecho penal en este ámbito con el argumento de que el Derecho penal es más disuasorio. Al respecto debe señalarse que puede ser así en el caso de la pena de prisión (que en todo caso debe respetar los límites que se derivan de los principios de proporcionalidad y resocialización), pero no en el caso de la pena de multa, bien para personas físicas bien para personas jurídicas, ya que puede ser incluso inferior en el ámbito penal.

5. El delito de corrupción entre particulares es una muestra del exceso punitivo propio de estos tiempos. Ciertamente, las conductas que afecten de manera grave al mercado pueden y deben ser sancionadas por el Derecho penal cuando las instancias previas se muestren insuficientes. No hacerlo sería muestra de lo discriminatorio que puede ser el Derecho penal al no castigar las conductas llevadas a cabo por los poderosos, los protagonistas de la delincuencia económica, pero para hacerlo se deben respetar los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, esenciales para el diseño de una política criminal racional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto Vázquez, M. A. (2010). Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia. En Serrano-Piedecasas Fernández, J. R. y Demetrio Crespo, E. (dir.). *Cuestiones actuales de derecho penal empresarial* (pp. 139-176). Madrid: Colex.
- Artaza Varela, O. (2017). La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación. *Revista de Derecho*, vol. XXX, núm. 2, 339-366.
- Bajo M. y Bacigalupo, S. (2010). *Derecho penal económico*. 2ª ed. Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces.
- Baucells Lladós, J. (2013). Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 175-218.
- Becerra Muñoz, J. (2013). *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Benito Sánchez, D. (2020). The Directive on the Fight against Fraud to the Union's Financial Interests and its Transposition into the Spanish Law. *Perspectives on Federalism*, 11-3, 122-154.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2020). El soborno internacional: normas, obstáculos y propuestas. En Demetrio Crespo, E. (ed.); De la Cuerda Martín, M. y García de la Torre García, F. (coord.). *Derecho penal económico y teoría del delito* (pp. 569-602). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2012). *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. et al (2010). *Curso de Derecho penal. Parte General*. Madrid: Ediciones Experiencia.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (1985). La tutela de la competencia en la propuesta de anteproyecto de nuevo código penal. En Barbero Santos (ed.). *La reforma penal: delitos socio-económicos* (pp. 393-421). Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho.
- Blanco Cordero, I. (2013). La sanción penal de los cárteles horizontales de núcleo duro: propuesta político criminal para el Derecho español y de la Unión Europea. En Fernández Teruelo, J. G. (dir.). *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes* (pp. 75-109). Constitutio Criminalis Carolina.
- Bolea Bardón, C. (2013). El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2, 1-29. Disponible en <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/53524/1/624079.pdf> (último acceso el 5.11.2020).
- Bustos Rubio, M. (2019). Los delitos de corrupción en los negocios. En Gómez Pavón, P.; Bustos Rubio, M. y Pavón Herradón: *Delitos económicos* (pp. 235-256). Madrid: Wolters Kluwer.

- Bustos Ramírez, J. (1987). Los bienes jurídicos colectivos. En Bustos Ramírez, J. (dir.). *Control Social y sistema penal*. Barcelona: PPU.
- Calvo Caravaca, A. L. (2009). *Derecho antitrust europeo. Tomo 1. Parte general. La competencia*. Madrid: Colex.
- Cerina, G. y Bravo Vesga, C. (2009). La corrupción en el sector privado. Apuntes de derecho comparado e internacional. En Romero Guzmán, J. J.; Rodríguez García, N. y Olivares Tramón, J. M. (eds). *Bueno gobierno y corrupción: algunas perspectivas* (pp. 379-447). Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Coffee, J. C. Jr. (1981) "No Soul to Damn: No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment. *Michigan Law Review*, 79, 386-459.
- Corcoy Bidasolo, M. (2014). Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los *compliance*. En Mir Puig, S.; Corcoy Bidasolo, M. y Gómez Martín, V. (dir.); Hortal Ibarra, J. C. y Valiente Ivañez, V. (coord.). *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 161-194). Buenos Aires: BdF.
- Corral Maraver, N. (2020). *La política criminal de la Unión Europea. Especial referencia a su influencia en el Derecho penal español*. Madrid: Reus.
- Costas Comesaña, J. (2017). La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España. En Robles Martín-Laborda (coord.). *La lucha contra las restricciones de la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español* (pp. 11-78). Madrid: Colex.
- De la Mata Barraco, N.; Dopico Gómez-Aller, J.; Lascuraín Sánchez, J. A y Nieto Martín, A. (2018). *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson.
- Demetrio Crespo, E. (2020). Derecho penal económico y teoría del delito: otra vuelta de tuerca. En Demetrio Crespo, E. (ed.); De la Cuerda Martín, M. y García de la Torre García, F. (coord.). *Derecho penal económico y teoría del delito* (pp. 17-45). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díez Estella, F. (2019). La aplicación privada del Derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11 (1), 267-305. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4620> (último acceso el 5.11.2020).
- Díez Estella, F. (2016). La persecución internacional de los cárteles empresariales: entre la clemencia para los delatores y la criminalización de los directivos. *Revista de fiscalidad internacional y negocios transnacionales*, 3, 1-27.
- Díez Ripollés, J. L. (2005). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 22, 13-52. Disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2005-10001300052 (último acceso el 5.11.2020).
- Díez Ripollés, J. L. (2013). *La racionalidad de las leyes penales*. Práctica y teoría. Madrid: Trotta.

- Díez Ripollés, J. L. (2013). Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: regulación española. En Fernández Teruelo, J. G. (dir.). *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes* (pp. 195-217). Constitutio Criminalis Carolina.
- Doval Pais, A. (2020). La confusa armonización de los delitos de manipulación de mercado (art. 284 CP) por la L.O. 1/2012. *Estudios penales y criminológicos*, vol. XL, 113-178. Disponible en <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/106247> (último acceso el 5.11.2020).
- Faraldo Cabana, P. (2013). ¿Es la multa apropiada una pena apropiada para las personas jurídicas? De la Cuesta Arzamendi, J.L.; Pérez Machío, A. I. y Ugartemendia Eceizabarrena, J. I. (dir.). *Armonización penal en Europa* (pp. 77-113). IVAP, 2013. Disponible en <https://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/EyC+32+Armonizaci%C3%B3n+Penal+DIG.pdf> (último acceso el 18.2.2021).
- Fikentscher, W. (1984). Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio). *Revista de Derecho Mercantil*, 172-173, 475-477.
- Galán Muñoz, A. y Núñez Castaño, E. (2018). *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*, 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García-Verdugo Sales, J. (2016). *Valoración económica de las sanciones a la competencia*. Documento AE-01/16(0428).2. CNMC. Disponible en [https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/DocumentosReferencia/Documento%20AE-01_16\(0428\).2.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/DocumentosReferencia/Documento%20AE-01_16(0428).2.pdf) (último acceso el 5.11.2020).
- Gianguaspero, M. (2020). *Criminalisation of cartels and bid rigging conspiracies: a focus on custodial sentences*. OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Competition Committee. DAF/COMP/WP3(2020)1. Disponible en [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2020)1/en/pdf) (última consulta el 19.2.2021).
- Gil Nobajas, M. S. (2015). 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. *Estudios penales y criminológicos*, XXV, 567-624. Disponible en <https://revistas.usc.es/index.php/epc/article/view/2604> (último acceso el 5.11.2020).
- Gili Pascual, A. (2007). Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-13, 1-35. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-13.pdf> (último acceso el 5.11.2020).
- Gómez-Jara Díez, C. (2012). El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis). En Silva Sánchez, J. M. (dir.) y Pastor Muñoz, N. (coord.). *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. Madrid: La Ley, pp. 420
- Gómez-Jara Díez, C. (2017). *El delito de manipulación de mercado (arts. 284.2 y 284.3 CP)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Gordillo Pérez, L. (2018). Constitución económica, ordoliberalismo y Unión Europea. De un derecho económico nacional a uno europeo. *Revista de Derecho UNED*, 23, 248-293. Disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/24017> (último acceso el 5-11-2020).
- Gordillo Pérez, L. I. y Rodríguez Ortiz, F. R. (2019). *Constitución económica y gobernanza económica de la Unión Europea*. Cizur Menor: Thomson Reuters / Aranzadi.
- Gutiérrez Rodríguez, M y Ortiz de Urbina Gimeno, I. (2017). Conductas restrictivas de la competencia y Derecho penal. En Robles Martín-Laborda (coord.). *La lucha contra las restricciones de la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español* (pp. 79-121). Madrid: Colex
- Herrero Giménez, R. (2017). *El tipo de injusto en el delito de corrupción entre particulares*. [Tesis doctoral]. Universidad Complutense de Madrid. Disponible en <https://eprints.ucm.es/48108/1/T40042.pdf> (último acceso el 5.11.2020).
- Jescheck, H. H. y Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed. Berlin: Duncker & Humblot.
- Laguna de Paz, J. J. (2019). Ámbito de aplicación del Derecho de la competencia. *Revista de Administración Pública*, 208, 17-49. Disponible en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=1410&IDA=38613> (último acceso el 5.11.2020).
- Martínez-Buján Pérez, C. (2015). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2016). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2014). La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico. *Revista Penal México*, 5, pp. 61-75.
- Mendo Estrella, A. (2015). Sobre la criminalización de los cárteles económicos en España. En Beneyto Pérez, J. M. y Maillo González-Orús, J. (dir.). Porras Belarra, J. (coord.). *La lucha contra los cárteles en España* (pp. 815-842). Cizur Menor: Aranzadi.
- Mendoza Buergo, B. (2001). *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas.
- Mendoza Calderón, S. (2017). La corrupción en el sector farmacéutico: análisis de su incidencia en el ámbito europeo y su trascendencia en el derecho penal español. *Revista General de Derecho Penal*, 27, 1-45.
- Mir Puig, S. (2006a). Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi. En Mir Puig (dir.). *Estado, pena y delito*. Montevideo / Buenos Aires: Bdf,
- Mir Puig, S. (2006b). *Derecho penal. Parte general*. 7ª ed. Barcelona: Reppertor.
- Motta, M. (2004). *Competition Policy. Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press.
- Navarro Frías, I. y Melero Bosch, L. V. (2011). Corrupción entre particulares y tutela del mercado. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 4, pp. 1-40. Disponi-

- ble en <https://indret.com/corrupcion-entre-particulares-y-tutela-del-mercado/> (último acceso el 5.11.2020).
- Otero González, P. (2013). Corrupción entre particulares (Delito de). *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 3, 174-183.
- Paredes Castañón, J. M. (2003). Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 11, 95-164. Disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24840> (último acceso el 5.11.2020).
- Paredes Castañón, J. M (2019). El mercado como objeto de regulación y protección jurídica: el caso de las restricciones verticales a la competencia. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 22, 107-158. Disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/26441> (último acceso el 5.11.2020).
- Quintero Olivares, G. (2020). Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico. En Demetrio Crespo, E. (ed.); De la Cuerda Martín, M. y García de la Torre García, F. (coord.). *Derecho penal económico y teoría del delito* (pp. 50-63). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rosenberg, B. y Exposto, M. (2020). *Criminalisation of Cartels and the Application of Imprisonment Penalties: Notes on the Challenges for Corporate and Individual Defendants*. OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Competition Committee. DAF/COMP/WP3(2020)6. Disponible en [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2020\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2020)6/en/pdf) (última consulta el 19.2.2021).
- Roxin, C. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Tomo 1. Traducción por D. M. Luzón Peña y M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal. Madrid: Civitas.
- Sánchez Bernal, J. (2018). *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez Bernal, J. (2017). *El delito de corrupción entre particulares. Especial referencia a la corrupción en el deporte*. [Tesis doctoral inédita]. Universidad de Salamanca.
- Sánchez Bernal, J. (2020). Algunos *highlights* sobre el delito de corrupción privada en España. Entre la necesidad y la exasperación legislativa (pp. 515-533). En Bustos Rubio, M. y Abadías Selma, A. (dir.). *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*. Bosch Editor.
- Santana Vega, D. M. (2000). *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson.
- Signes de Mesa, J. I., Fernández Torres, I. y Fuentes Naharro, M. (2013). *Derecho de la competencia*. Cizur Menor: Thomson Reuters / Civitas.
- Silva Sánchez, J. M (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch Editor.
- Solernou Sanz, S. (2018). *La ordenación jurídica del mercado de transportes de mercancías por carretera*. Cizur Menor: Thomson Reuters / Aranzadi.
- Soto Navarro, S. (2003). *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Comares.

- Stucke, M. (2012). What is competition? En Zimmer (ed.). *The Goals of Competition Law*. Edwar Elgar Publishing: Cheltenham / Northampton, pp. 27-52.
- Terradillos Basoco, J. (2020). *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: Bosch Editor.
- Terradillos Basoco, J. (2008). Concepto y método del Derecho penal económico. En Serrano-Piedecasas, J. R. y Demetrio Crespo, E. (dir.). *Cuestiones actuales de Derecho penal económico* (pp. 11-35). Madrid: Colex.
- Whelan, P. (2013). Cartel Criminalization and the Challenge of “Moral Wrongfulness”. *Oxford Journal of Legal Studies*, 33-3, 535-561.
- Whish, R. y Bailey, D. (2015). *Competition Law*, 8ª ed., Oxford: Oxford University Press.
- Zabala López-Gómez, C. (2011). Introducción: la autonomía de los delitos bursátiles. *La Ley* 18560/2011, 1-82.