



FACULTAD DE DERECHO

**DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE
PARTICULARES: ANÁLISIS JURÍDICO-
PENAL DEL CASO “NEYMAR”**

Autor: José Javier Ariza Rossy

5º de E-3 A

Derecho penal

Tutor: Prof. Dr. D. Javier Gómez Lanz

Madrid
Abril 2018

ÍNDICE

RESUMEN	i
ABSTRACT.....	ii
ABREVIATURAS.....	iii
1. DESCRIPCIÓN CRONOLÓGICA Y DOCUMENTADA DE LOS HECHOS.	1
1.1. Introducción.	1
1.2. Año 2009.....	1
1.3. Año 2011.....	1
1.4. Año 2013.....	3
1.5. Año 2013 – Actualidad (2018).....	4
2. DELITOS QUE RESULTAN DE APLICACIÓN.	5
3. DETERMINACIÓN DE LA LEY PENAL APLICABLE.	8
3.1. Determinación de la ley penal aplicable en base a las circunstancias espaciales del caso.	8
3.1.1. <i>Introducción.</i>	8
3.1.2. <i>Principio de territorialidad.</i>	9
3.1.3. <i>Principio de personalidad.</i>	10
3.1.4. <i>Principio de justicia universal.</i>	11
3.1.5. <i>Conclusión.</i>	17
3.2. Determinación de la ley penal aplicable en base a las circunstancias temporales del caso.	17
4. DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES.	19
4.1. Calificación jurídico penal de los hechos.	19
4.1.1. <i>El artículo 286 bis CP.</i>	19
4.1.2. <i>El bien jurídico protegido.</i>	22
4.1.3. <i>El sujeto activo.</i>	24
4.1.4. <i>La conducta típica.</i>	25
4.1.5. <i>La antijuridicidad.</i>	29
4.1.5. <i>La culpabilidad.</i>	30
4.1.6. <i>La punibilidad.</i>	32
4.1.7. <i>Cuestiones concursales.</i>	32
4.1.8. <i>Determinación de la pena.</i>	32
4.2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.	36
BIBLIOGRAFÍA.....	38

RESUMEN

El presente estudio tiene como objetivo el análisis jurídico-penal del caso “Neymar”, partiendo del relato de hechos elaborado a partir de las querellas presentadas por las partes acusadoras, las resoluciones judiciales y los artículos de prensa que se han ido publicando a medida que avanzaba la investigación. Del relato de hechos probados se extraen conductas que resultan indiciariamente constitutivas de los delitos de corrupción en los negocios y estafa impropia. Por motivos de extensión, el análisis se va a centrar en el delito de corrupción entre particulares del art. 286 bis CP, que se le imputa a Sandro Rosell, Josep María Bartomeu, Neymar Da Silva Santos Jr., los padres de Neymar Jr. (Neymar Da Silva Santos y Nadine Gonçalves Da Silva Santos), el Fútbol Club Barcelona y la sociedad N&N. Cada uno de los elementos del art. 286 bis CP se contrastará con la conducta llevada a cabo por las personas mencionadas, con el objeto de determinar en qué medida la conducta puesta encajaría con lo descrito en el tipo delictivo y, en consecuencia, concluir la pena que correspondería imponer a las personas imputadas en función de este delito de corrupción entre particulares. Además, previamente al análisis del delito de corrupción entre particulares, habrá que determinar la ley penal aplicable en atención a las circunstancias espaciales y temporales del caso. Por último, se abordará la responsabilidad penal de las sociedades imputadas por este delito de corrupción (el Fútbol Club Barcelona y la sociedad N&N).

Palabras clave: corrupción entre particulares, estafa, Neymar Jr., Fútbol Club Barcelona, irretroactividad, leyes procesales penales, competencia leal.

ABSTRACT

This research paper is focused on the criminal and legal analysis of the Neymar Case, whose facts description has been reconstructed based on the complaints brought by the plaintiffs, the different judicial decisions and from the large number of newspaper articles that have been published since the beginning of the investigation. Thanks to the proven facts we have identified several behaviors that could be considered as criminal offences on the grounds of private corruption and fraud. Due to the limited extension of this paper, the analysis will focus on the “private corruption” crime referred to in art. 286 bis CP, regarding the behavior of Sandro Rosell, Josep María Bartomeu, Neymar Da Silva Santos Jr., Neymar Jr.’s parents (Neymar Da Silva Santos and Nadine Gonçalves Da Silva Santos), the Spanish team Fútbol Club Barcelona and the Brazilian company N&N. Every single element identified in art. 286 bis CP will be compared to the aforementioned people’s proven behavior as a way to determine if it actually fits with the description provided by the Spanish Criminal Code and, consequently, reach the exact sentence that the court must impose to them based on the private corruption crime. In addition, prior to the analysis of the private corruption crime, it will be necessary to determine the applicable criminal law in reference to space and time. Finally, we will discuss, based on art. 31 bis CP, the criminal responsibility of the accused legal entities FCB and N&N.

Key words: private corruption, fraud, Neymar Jr., Fútbol Club Barcelona, non-retroactivity, laws of criminal procedure, fair competition.

ABREVIATURAS

SFC = Santos Futebol Clube

FCB = Fútbol Club Barcelona

DIS = D.I.S. Esporte e Organização de Eventos LTDA

N&N = N&N Consultoria Esportiva e Empresarial LTDA

RETJ = Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores

FIFA = Federación Internacional de Fútbol Asociación

CP = Código Penal

AN = Audiencia Nacional

ART. = Artículo

LOPJ = Ley Orgánica del Poder Judicial

ATS = Auto del Tribunal Supremo

CE = Constitución Española

CGPJ = Consejo General del Poder Judicial

CC = Código Civil

1. DESCRIPCIÓN CRONOLÓGICA Y DOCUMENTADA DE LOS HECHOS.

Los hechos objeto de acusación se circunscriben a la operativa seguida por el FCB para el fichaje de Neymar Jr., así como al método en que se instrumentó el pago de los derechos federativos y económicos del jugador entre los clubs SFC y FCB.

1.1. Introducción.

El jugador brasileño Neymar Jr. comenzó a jugar para el SFC **en el año 2004**, con tan solo 12 años, como jugador en formación. Paulatinamente, Neymar Jr. fue mejorando y creciendo como futbolista, firmó su primer contrato profesional **en el año 2008** y pronto se colocó en el punto de mira de muchos de los mejores clubs europeos (entre ellos, el Fútbol Club Barcelona y el Real Madrid Club de Fútbol).

1.2. Año 2009.

Durante el año 2009, el fondo de inversión brasileño DIS adquirió el 40% los derechos económicos derivados de la transmisión de los derechos federativos de Neymar Jr., suscribiendo ambas partes un contrato por el que Neymar Jr. se comprometía a no buscar su liberación laboral gratuita, debiendo comunicar el jugador cualquier oferta de traspaso que recibiese de otro club.

Este contrato preveía diversos métodos de compensación para DIS, en el caso de que no se produjera un traspaso del jugador. A modo ilustrativo, la cláusula 6ª preveía que, en caso de que Neymar Jr. quedara libre del contrato laboral mantenido con el Santos sin el conocimiento expreso de DIS, el jugador debía indemnizar a DIS con el pago de 10 millones de reales.

1.3. Año 2011.

Entre septiembre y noviembre de 2011, se constituyó formalmente la sociedad N&N, cuyos propietarios y administradores eran los padres del jugador al 50%, con el objeto social de “representación, asesoría y participaciones empresariales y deportivas”.

El 7 de noviembre de 2011, Neymar Jr. renovó su contrato de trabajo hasta el 13 de julio de 2014, con una cláusula de rescisión de 65 millones de euros.

El 15 de noviembre de 2011, pocos días después de renovar su contrato con el SFC y a pesar de la prohibición expresa establecida en la normativa FIFA (el artículo 18.3 RETJ FIFA impide negociar con un jugador con contrato en vigor sin antes comunicar dicha intención por escrito al club del jugador), el jugador Neymar Jr., su padre (propietario junto con su esposa de la sociedad N&N) y los principales directivos del FCB suscribieron un **contrato** (en adelante, “**Contrato N°1**”) en Sao Paulo (Brasil).

Según dicho contrato, N&N, que se autoproclamaba titular de los derechos económicos futuros de Neymar Jr. cuando éste adquiriera la condición de *free agent* o *agente libre*, se comprometía a: (i) ceder los derechos económicos y federativos del jugador al FCB; (ii) rechazar cualquier otra oferta de traspaso hasta la finalización del contrato entre el jugador y el SFC; y, (iii) firmar antes del 31 de agosto de 2014 un contrato laboral con el FCB en los términos dispuestos en los anexos al contrato.

A cambio, el FCB se comprometía a: (i) abonar 40 millones de euros por dichos derechos, en concepto de prima de fichaje, no más tarde de la fecha indicada (31 de agosto de 2014); y, (ii) garantizar un sueldo mínimo en 5 años de 36.125.000 euros.

El 6 de diciembre de 2011 (tres semanas después del primer contrato), las mismas partes suscribieron en Barcelona un **contrato** que calificaron como “contrato de préstamo” (en adelante, “**Contrato N°2**”). Sin embargo, este contrato no poseía tal naturaleza, ya que el FCB entregaba a N&N la cantidad de 10 millones de euros, sin intereses ni garantía de ningún tipo y a amortizar cuando se formalizara el contrato laboral con el jugador. En realidad, por tanto, mediante este contrato se formalizaba la entrega por el FCB a N&N de 10 millones de euros en concepto de remuneración anticipada del jugador para garantizar su fichaje por el FCB en el año 2014.

Así, el 9 de diciembre de 2011, el FCB ingresó en la cuenta corriente de N&N en Sao Paulo la cantidad estipulada de 10 millones de euros. Los restantes 30 millones de euros hasta llegar a los 40 millones de euros acordados fueron transferidos durante los años 2013 y 2014: 25 millones de euros el 16 de septiembre de 2013 y 5 millones de euros el 30 de enero de 2014.

Con respecto a la firma de los anteriores contratos (Contrato N°1 y Contrato N°2), conviene aclarar que en el año 2011 el FCB no tenía implementado ningún sistema de cumplimiento penal y prevención de delitos. No obstante, el club español sí tenía establecido un sistema elemental previo a la firma de cualquier contrato y a su autorización o validación por la Junta Directiva. Mediante este sistema, se generaba un expediente en el que se incorporaban informes de los departamentos concernidos (generalmente, deportivo, legal, financiero y dirección general), siendo necesario el Visto Bueno de los responsables para poder firmar posteriormente el contrato. Pues bien, en este caso no consta que se siguiera este procedimiento ni tampoco que la firma de los contratos fuera sometida a la aprobación de la Junta Directiva del FCB o a su posterior ratificación.

1.4. Año 2013.

Finalmente, Sandro Rosell y Josep María Bartomeu se reunieron en febrero de 2013 con el entonces entrenador del primer equipo de fútbol y decidieron anticipar el fichaje de Neymar Jr. a ese mismo año, por razones de índole deportiva. Esta decisión fue tomada por Sandro Rosell y Josep María Bartomeu de común acuerdo pero sin contar con la autorización de la Junta Directiva del FCB. Además, no consta tampoco que Sandro Rosell (como presidente de la entidad) diera cuenta de ello en la Asamblea de socios celebrada en octubre de 2013.

En consecuencia, **el 31 de mayo de 2013**, el FCB y el SFC suscribieron un **contrato** de transferencia de los derechos federativos y económicos del jugador Neymar Jr., fijando el precio del traspaso en 17.100.000 euros, de los cuales se transfirió el 40% al fondo DIS (6.840.000€). En esta época, la dirección ejecutiva del SFC la ejercía Rodrigues Filho.

Ese mismo día, se firmaron **tres contratos más** vinculados al traspaso de Neymar Jr.: (i) un anexo independiente, en el que ambos clubs acordaban abonar al 50% cualquier condena judicial o arbitral que ordenase pagar una mayor cantidad al fondo DIS; (ii) un acuerdo gratuito para la celebración de un partido amistoso en Brasil entre ambos clubs, cuyos beneficios serían exclusivamente para SFC, remitiéndose al margen del contrato una carta por los principales directivos del FCB en el que establecían que si el partido no se celebraba el FCB abonaría 4.500.000 euros a SFC; y, (iii) un acuerdo de derechos de preferencia sobre tres jugadores del SFC a favor del FCB, por el que el FCB pago 7,9 millones de euros. A pesar del tiempo transcurrido, el partido amistoso acordado no ha tenido lugar y el FCB nunca ejercitó los derechos de preferencia adquiridos, a pesar de haber abonado la cantidad.

Pocos días antes, el 26 de mayo de 2013, el FCB había anunciado en su página web el principio de acuerdo con el SFC por Neymar Jr. para las siguientes 5 temporadas. No obstante, el comunicado no hacía ninguna referencia a las cifras del traspaso del jugador brasileño.

1.5. Año 2013 – Actualidad (2018).

En diciembre de 2013, Jordi Cases, miembro de Grup d'opinió barcelonista (plataforma conocida como Go Barça y cuyo objetivo es “hacer de altavoz, crear debate y reflexionar sobre el rumbo de modelo de club”), presentó en la AN una querrella contra Sandro Rosell, por apropiación indebida. Tras reconocer su competencia en el caso, la AN solicitó al FCB la documentación relativa al fichaje de Neymar Jr., y Toni Freixa, directivo del FCB, presentó los contratos celebrados en 2011 y 2013.

A principios de 2014, la Fiscalía solicitó al juez Pablo Ruz la admisión a trámite de la querrella contra Sandro Rosell por apropiación indebida. A causa de esto, el 23 de enero de 2014, Sandro Rosell dimitió y Josep María Bartomeu pasó a ser el nuevo presidente del FCB. Poco después, Jordi Cases decidió retirar la querrella inicial, pero a pesar de ello la AN continuó con su investigación.

En febrero de 2014, una nueva querrela entró en proceso judicial, cuando la asociación española Manos Limpias se querelló contra Sandro Rosell, Javier Faus (exvicepresidente del equipo) y el padre de Neymar Jr., por apropiación indebida y estafa impropia.

Un año más tarde, en julio de 2015, el fondo de inversiones DIS presentó una querrela contra Neymar Jr., el padre de Neymar Jr., Josep María Bartomeu, Sandro Rosell, los directivos del SFC Odilio Rodrigues y Luis Alvaro de Oliveira y los equipos FCB y SFC, por los delitos de estafa impropia y corrupción entre particulares. El juez de la AN José de la Mata admitió la querrela y rechazó los recursos interpuestos por Neymar Jr. y Josep María Bartomeu.

Finalmente, el pasado 4 de mayo de 2016, el Juzgado Central de Instrucción N°5 de la AN dictó auto de apertura de juicio oral. Sin embargo, recientemente, en enero de 2018, el diario El País¹ publicó una información por la cual el Juzgado Central de lo Penal número 1 de la AN, donde se iba a celebrar el juicio, habría remitido el caso a Barcelona, únicamente en lo relativo al delito de estafa impropia, considerando que el delito de corrupción en los negocios se cometió en Brasil y entre ciudadanos de Brasil, de tal forma que la justicia española no es competente para juzgarlo.

2. DELITOS QUE RESULTAN DE APLICACIÓN.

En base al relato fáctico anteriormente expuesto, nos encontramos ante conductas que, con independencia de la precisa calificación jurídico-penal que trataré de realizar posteriormente, resultan a priori indiciariamente constitutivas de delitos económicos en las siguientes modalidades:

- **Delito de corrupción en los negocios** (artículos 286 bis y 288 CP), por los contratos celebrados en 2011 (Contrato N°1 y Contrato N°2).

¹ Hernández, J.A. y Sevillano, Elena. G., *El País*, 11 de enero de 2018. Disponible en: https://elpais.com/deportes/2018/01/11/actualidad/1515690033_689592.html; última consulta 25/02/2018.

Con estos contratos, los investigados incumplieron ciertas obligaciones, alterando el libre mercado, ya que si Neymar Jr. incumplía alguno de los acuerdos, debía ingresar una cantidad importante al FCB., lo cual encarecía eventuales ofertas de otros equipos. De hecho, en la causa consta que ciertas ofertas de otros equipos fueron rechazadas como consecuencia de los contratos celebrados en 2011.

Además, tales acuerdos acarrearón efectos perjudiciales para DIS. Este fondo de inversión tenía un porcentaje de los derechos económicos y federativos de Neymar Jr. y, en caso de que el jugador hubiera entrado en el mercado conforme a las reglas de la libre competencia., DIS habría podido obtener una mayor cantidad de dinero.

- **Delito de estafa impropia** (artículos 251.3 y 251 bis CP), en la modalidad de simulación contractual, por los contratos celebrados el 31 de mayo de 2013.

En este caso, existen indicios suficientes para considerar la posibilidad de que los acuerdos fueran simulados con el fin de defraudar parte del precio del jugador. Por un lado, el fondo de inversión DIS desconocía el contenido del acuerdo para la celebración del partido amistoso; y, por otro lado, existía una cláusula en uno de los acuerdos entre ambos clubes que preveía la posibilidad de que el importe a abonar a DIS fuera superior.

Por los motivos expuestos a modo introductorio, resulta planteable *prima facie* la imputación de responsabilidad penal. Así pues, la comisión del delito de corrupción en los negocios, del delito de estafa impropia o de ambos delitos, según el caso, se imputa a las siguientes personas:

-) A Sandro Rosell (presidente del FCB entre 2010 y 2014), se le imputan los delitos de corrupción en los negocios y estafa impropia.
-) A Josep María Bartomeu (vicepresidente del FCB entre 2010 y 2014), se le imputan los delitos de corrupción en los negocios y estafa impropia.
-) A Neymar Da Silva Santos Jr. (Neymar Jr), se le imputa el delito de corrupción en los negocios.
-) A Neymar Da Silva Santos (padre de Neymar Jr.), se le imputa el delito de corrupción en los negocios.

- J A Nadine Gonçalves Da Silva Santos (madre de Neymar Jr.), se le imputa el delito de corrupción en los negocios.
- J A Odilio Rodrigues Filho, se le imputa un delito de estafa impropia.
- J Al Fútbol Club Barcelona, se le imputan los delitos de corrupción en los negocios y estafa impropia.
- J A N&N Consultoria Esportiva e Empresarial LTDA, se le imputa el delito de corrupción en los negocios.
- J Al Santos Futebo Clube, se le imputa un delito de estafa impropia.

Debido a la extensión limitada del presente trabajo de investigación, el análisis se centrará en el tipo delictivo del art. 286 bis CP sobre corrupción entre particulares. Se trata de un delito que se imputa a Sandro Rosell, Josep María Bartomeu, Neymar Da Silva Santos Jr., los padres de Neymar Jr. (Neymar Da Silva Santos y Nadine Gonçalves Da Silva Santos), el Fútbol Club Barcelona y la sociedad N&N, por los contratos que se celebraron el 15 de noviembre de 2011 y el 6 de diciembre del mismo año (Contrato N°1 y Contrato N°2, respectivamente).

El objeto de estudio de este trabajo será, por tanto, determinar si la conducta llevada a cabo por los anteriormente mencionados, atendiendo al contenido del delito de corrupción entre particulares del art. 286 bis CP, podría ser calificada como típica, antijurídica, culpable y punible. Siguiendo este razonamiento, y una vez considerado el grado de participación, el grado de ejecución y las posibles circunstancias modificativas, se tratará de determinar la pena que le correspondería a los directivos del FCB, a Neymar Jr. y a sus padres. Una vez concluido el análisis sobre la conducta de dichas personas, se abordará la responsabilidad penal del FCB y de la sociedad N&N como personas jurídicas a las que también se imputa el delito de corrupción en los negocios.

A continuación, con carácter previo al análisis del delito de corrupción entre particulares, vamos a proceder a la determinación de la ley penal en el espacio, en lo relativo a la jurisdicción de los tribunales españoles en el asunto, y de la ley penal en el tiempo, en lo que se refiere a los cambios que se produjeron en el art. 286 bis CP con la reforma que tuvo lugar en 2015 (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).

3. DETERMINACIÓN DE LA LEY PENAL APLICABLE.

3.1. Determinación de la ley penal aplicable en base a las circunstancias espaciales del caso.

3.1.1. Introducción.

Como ha quedado dicho en la descripción de los hechos, el pasado mes de enero de 2018 el Juzgado Central de lo Penal número 1 de la AN consideró que el delito de corrupción en los negocios se cometió en Brasil y entre ciudadanos de Brasil, de tal forma que la justicia española no es competente para juzgarlo.

Con el debido respeto a la decisión de la AN y dado que no ha sido posible acceder a la resolución en la cual dicho tribunal expone los argumentos por los cuales considera que el delito de corrupción entre particulares debe ser juzgado en Brasil, se hace necesario determinar a continuación la jurisdicción o falta de jurisdicción de los tribunales españoles en este caso “Neymar”.

Según establece el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente cuando ésta les venga atribuida por ley. Así, la propia LOPJ recoge una serie de criterios para determinar la jurisdicción en el orden penal, de tal forma que los órganos judiciales apreciarán de oficio, en su caso, la falta de jurisdicción, motivando en todo caso la resolución e indicando cuál es el orden jurisdiccional competente.

Por un lado, aparece el principio de territorialidad, recogido en el apartado 1 del artículo 23 LOPJ. Por otro lado, aparecen dos excepciones al principio de territorialidad: el principio de personalidad (recogido en el artículo apartado 2 del artículo 23 LOPJ) y el principio de universalidad (regulado en los apartados 4, 5 y 6 del mismo artículo 23 LOPJ).

Con anterioridad al análisis detallado de los anteriores principios, que determinan la jurisdicción en el orden penal, es preciso recordar los hechos por los que se imputa el delito de corrupción entre particulares, a fin de establecer la jurisdicción o no de los tribunales españoles. En este sentido, el 15 de noviembre de 2011, Neymar Jr., su padre y los directivos investigados del FCB suscribieron en Sao Paulo (Brasil) el Contrato N°1, por el cual se estipulaban una serie de obligaciones para la sociedad N&N y el FCB. Poco después, el 6 de diciembre de 2011, las mismas partes suscribieron en Barcelona (España)

el Contrato N°2, en virtud del cual el FCB ingresaba la cantidad de 10 millones de euros en la cuenta corriente de la sociedad N&N en Sao Paulo, en concepto de remuneración anticipada del jugador, tratando así de asegurar su fichaje. Por tanto, los hechos objeto de acusación por el delito de corrupción entre particulares se circunscriben al Contrato N°1 y al Contrato N°2, celebrados a finales del año 2011 en Brasil y España, respectivamente.

3.1.2. Principio de territorialidad.

Como estipula el artículo 23.1 LOPJ, los tribunales españoles pueden conocer todos los delitos cometidos en territorio español. En este caso “Neymar”, si bien es cierto que el Contrato N°1 se celebró en la ciudad brasileña de Sao Paulo, el Contrato N°2 fue suscrito por las partes en Barcelona, de tal forma que parte del delito se cometió en territorio español.

Tomando como base la teoría de la ubicuidad, al haberse celebrado uno de los contratos en territorio nacional, el delito habría sido cometido en España y, por tanto, serían competentes los tribunales españoles. Concretamente, el elemento del tipo cometido en España consistiría en ese ofrecimiento y aceptación por parte de los investigados de ese “beneficio o ventaja no justificado” con la celebración del Contrato N°2.

Este principio de ubicuidad viene corroborado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 2005, por el cual se llegó al siguiente acuerdo:

El delito se entiende cometido en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa.

Dicho acuerdo ha sido citado posteriormente en determinados autos de la Sala 2ª del Tribunal Supremo en los que se ha aplicado el criterio de la ubicuidad para resolver cuestiones de competencia (ATS 3-12-2010, rec. 20459/2010; ATS 25-9-2013, rec. 20170/2013; y ATS 9-9-2015, rec. 20374/2015).

Por tanto, entendiendo cometido el delito en nuestro caso en las jurisdicciones brasileña y española y debido a que las actuaciones procesales comenzaron en 2013 en España tras la querrela planteada por Jordi Cases, en principio es competente en este caso el Juez español.

3.1.3. Principio de personalidad.

Además del principio de territorialidad, expuesto anteriormente en relación con la teoría de la ubicuidad, podría resultar aplicable en este caso el artículo 23.2 LOPJ, que recoge el principio de personalidad, según el cual los tribunales españoles podrán juzgar los delitos cometidos por españoles en el extranjero, siempre y cuando concurren una serie de requisitos que van a ser analizados a continuación.

En primer lugar, la conducta llevada a cabo ha de ser punible en el lugar de ejecución. Del análisis del Código Penal de Brasil se desprende que el tipo que podría considerarse de algún modo similar al delito de corrupción entre particulares es el de “Estelionato” (art. 171 CP brasileño), que castiga “Obtener, para sí o para otro, ventaja ilícita, en perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a alguien en error, mediante artificio, ardil, o cualquier otro medio fraudulento”. Sin embargo, este delito coincide prácticamente con el tipo español de estafa (art. 248 CP), por el cual “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”. De este modo, actualmente el Código Penal brasileño no tiene tipificado el delito de corrupción entre particulares y, en consecuencia, en este caso no concurre el requisito de punibilidad en el país de ejecución. No obstante, hay un proyecto de ley tramitándose en el Congreso Nacional de Brasil en el que se tipifica la corrupción entre particulares como delito, aunque en ningún caso ésta afectaría al caso dado que todavía no se ha aprobado dicho proyecto de ley.

En segundo lugar, sí se cumple el requisito según el cual el agraviado o el Ministerio Fiscal han de denunciar o interponer querrela ante los tribunales españoles. Como se detalló más arriba en la descripción de los hechos, en diciembre de 2013 Jordi Cases se querelló contra Sandro Rosell. Si bien dicha querrela se presentó por el delito de apropiación indebida (y no por el delito de corrupción entre particulares), a raíz de ella se continuó investigando y avanzando en la averiguación de los hechos hasta que, en julio de 2015, el fondo de inversiones DIS (uno de los principales agraviados) interpuso querrela contra los investigados por los delitos de estafa impropia y corrupción entre particulares.

En tercer lugar, es preciso que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. La concurrencia de este último requisito no admite lugar a dudas ya que

no consta que ninguno de los investigados en el caso “Neymar” haya sido absuelto, indultado o penado en Brasil.

En caso de concurrir los tres requisitos del artículo 23.2 LOPJ, los tribunales españoles solamente serían competentes para juzgar a los sujetos investigados de nacionalidad española, es decir, Sandro Rosell, Josep María Bartomeu y el FCB, ya que según el citado precepto legal los criminalmente responsables han de ser “españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho”. Sin embargo, dado que el delito de corrupción entre particulares no es punible en Brasil, no concurren la totalidad de los requisitos y, en consecuencia, en base al principio de personalidad los juzgados y tribunales españoles no serían competentes para juzgar a ninguno de los investigados del caso “Neymar” por la comisión del delito de corrupción entre particulares.

3.1.4. Principio de justicia universal.

Por último, el principio de universalidad o “justicia universal” está recogido en los apartados 4 y 5 del artículo 23 LOPJ. Según este principio, los tribunales españoles pueden juzgar cualquier delito cometido en cualquier territorio del mundo siempre y cuando dicho delito sea de tal naturaleza que de modo alguno afecte a toda la humanidad.

El artículo 23.4 LOPJ sufrió una modificación importante en 2014, con la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. En esta reforma, se añadieron varios tipos a la lista de ilícitos penales que pueden ser juzgados, aunque sean cometidos fuera del territorio nacional, por españoles o extranjeros, y siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones. Entre los delitos incorporados a la lista, se introdujeron en el apartado n) los “Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales”.

Según el Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LOPJ, de 27 de junio de 2014, el artículo 23.4 de la LOPJ es respetuoso con la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, pues ésta instaba a los Estados miembros en su artículo 7 a tomar las medidas necesarias para establecer su competencia en casos de corrupción entre particulares, cuando la infracción

sea cometida total o parcialmente en su territorio, por uno de sus nacionales o en beneficio de una persona jurídica cuya sede está en territorio de un Estado miembro.

Con esta modificación, el supuesto de hecho del caso “Neymar” encajaría en el art. 23.4 LOPJ, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos adicionales de los apartados 4, 5 y 6 del mismo artículo 23 LOPJ. Sin embargo, teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron en el año 2011 y que la modificación del artículo es del año 2014, antes de pasar al estudio de los restantes requisitos, es preciso analizar la retroactividad o irretroactividad de este precepto legal.

La Constitución Española garantiza en el artículo 9.3 la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, además de establecer en el artículo 25.1 que “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, (...), según la legislación vigente en aquel momento”. Partiendo de este contexto constitucional, el artículo 2.2 CP estipula que “Tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo”. A tenor de los anteriores preceptos legales y constitucionales, en el ámbito penal las leyes solamente tienen efecto retroactivo cuando favorecen al reo y en ningún caso pueden aplicarse de forma retroactiva si son desfavorables.

En principio, el art. 23 LOPJ tiene naturaleza procesal y se rige por el art. 2.3 CC, por el cual las leyes no tienen efecto retroactivo, si no disponen lo contrario. En este caso, la Disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, de reforma de la LOPJ, establece la retroactividad de la misma, sin considerar si ésta es favorable o desfavorable: “Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella”.

Por tanto, habrá que sobreseer las causas que se encuentren en tramitación en el momento de entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014, en tanto en cuanto no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en la misma. En el caso “Neymar”, las actuaciones procesales por las que se inició el procedimiento tuvieron lugar entre diciembre de 2013 y febrero de 2014, con las querellas descritas más arriba en la exposición de los hechos, y la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014 se produjo en marzo de 2014, de modo que resulta aplicable dicha disposición transitoria. Por tanto, a priori se aplicaría el art. 23 LOPJ de forma retroactiva, siendo competentes los tribunales

españoles aunque en el inicio del procedimiento no estuviera incluido en la lista del art. 23.4 LOPJ el delito de corrupción entre particulares.

Ahora bien, la controversia surge en torno a la naturaleza de dicho artículo 23 LOPJ, ya que si dicha norma procesal es considerada además un precepto penal o, al menos, se considera que funciona como una ley penal, la retroactividad hay que aplicarla en relación con el momento de comisión de los hechos y, en este caso, surgiría la prohibición de irretroactividad de normas desfavorables, siendo aplicables los artículos 9.3 y 25.1 CE y el artículo 2.2 CP.

En definitiva, las posibles opciones se reducen a dos, con las consecuencias prácticas que de ello se derivarían para la resolución del caso “Neymar”. De un lado, si se considera que el art. 23 LOPJ es una mera ley procesal sin contenido sustantivo a efectos penales, no habría problema alguno en la aplicación retroactiva del art. 23 LOPJ (y en base a la Disposición transitoria única) y, en consecuencia, los tribunales españoles serían competentes para juzgar el caso “Neymar”. De otro lado, si por el contrario se postula que el art. 23 LOPJ tiene naturaleza penal o “pre-penal”, la irretroactividad de las normas desfavorables vendría impuesta constitucionalmente, de tal forma que los tribunales españoles no podrían conocer el caso “Neymar” aplicando dicho artículo 23 de forma retroactiva, ya que en este caso la aplicación de dicho artículo resulta desfavorable al reo, por la introducción del delito de corrupción entre particulares en la lista de delitos con la reforma de la LOPJ de 2014.

En cuanto a la **postura jurisprudencial**, el Tribunal Supremo, en la sentencia nº 427/2005, de 6 de abril, establecía en relación con la admisibilidad del recurso de casación, que “Las normas procesales, como lo es indudablemente el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no tienen el carácter sustantivo que se exige en el artículo 849.1º”. Por tanto, según esta sentencia del TS, las normas procesales no tendrían carácter sustantivo.

Sin embargo, esta jurisprudencia ha sido matizada posteriormente por el propio Tribunal Supremo, a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 21/1994, de 27 de enero, que consideró que la rigurosa interpretación anterior era vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, en las sentencias nº 1426/2005, de 7 de diciembre y nº 259/2006, de 6 de marzo, el Tribunal Supremo ha dejado claro que “la norma penal sustantiva abarca tanto las normas penales como las procesales penales”.

Ahora bien, en lo que se refiere directamente a la irretroactividad de las leyes procesales como leyes penales, el Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente a favor de la irretroactividad de las mismas, aplicando de forma retroactiva los preceptos procesales penales favorables al reo. Así, las sentencias del Tribunal Supremo nº 296/2015, de 6 de mayo, y nº 297/2015, de 8 de mayo, consideraron que la LOPJ tenía carácter procesal pero con efectos penales sobre las personas querelladas en esos procedimientos, afirmando lo siguiente:

El Código Penal vigente reconoce el efecto retroactivo de las normas penales más favorables al reo en el artículo 2.2º. Y cuando, como sucede en el caso actual, la norma no es de Derecho penal material, sino que define un presupuesto previo como es la propia jurisdicción del Tribunal, produce el mismo efecto que una norma de derecho penal material, porque determina la imposibilidad de enjuiciamiento y condena. Por ello, en el caso actual, la retroactividad de la L.O. 1/2014 viene impuesta necesariamente por razones constitucionales básicas.

Por tanto, dichas sentencias reconocen la posibilidad de aplicar con carácter retroactivo la LOPJ cuando ésta es favorable al reo. A sensu contrario, en el caso “Neymar”, no podría aplicarse el art. 23.4 LOPJ, ya que la nueva redacción del precepto tiene efectos perjudiciales para los investigados, pues bajo la ley vigente en el momento en que ocurrieron los hechos los tribunales españoles no habrían resultado competentes para juzgar el delito.

Con respecto a la **opinión doctrinal**, ésta ha discutido desde hace décadas sobre la naturaleza procesal o sustantiva de la ley procesal penal, siendo minoritaria la doctrina que considera que las leyes procesales penales tienen contenido sustantivo.

Por un lado, tradicionalmente gran parte de la doctrina ha considerado que las leyes procesales penales deben aplicarse desde el día de su promulgación a todos los procesos, independientemente de la fecha de los delitos, de tal forma que no debe aplicarse la regla penal de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables a las leyes procesales penales.

GARCÍA PABLOS², siguiendo la doctrina *tempus regis actum*, considera que resulta irrelevante qué normas procesales estén en vigor en el momento de la comisión del delito, pues lo verdaderamente determinante a efectos de la ley aplicable es la iniciación del

² García Pablos, A., *Introducción al derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal. Vigencia temporal de la ley penal*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1995, pp. 865-927.

procedimiento. En la misma línea, ANTÓN ONECA³ consideraba que el Derecho Penal es distinto del sustantivo y accesorio a él, de tal forma que incluir el juicio dentro de los tratados de derecho penal es una deficiencia técnica de épocas ya superadas.

Por otro lado, otros autores, defienden la naturaleza sustantiva de las leyes procesales penales y proponen aplicar a las mismas el principio general de irretroactividad, cuando resulten ser desfavorables al reo, en relación al hecho delictivo enjuiciado.

RUIZ ANTÓN⁴ considera que la irretroactividad penal comprende cualquier supuesto que vaya a tener efectos desfavorables sobre el investigado en la realización del injusto culpable y en la fundamentación del delito, de modo que no es necesario que el supuesto se encuentre regulado por una ley penal.

Del mismo modo, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN⁵ creen que la aplicación indiscriminada y absoluta de la regla *tempus regit actum* produce en ocasiones consecuencias inconstitucionales, en base a la prohibición de irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales del art. 9.3 CE, de tal forma que en los casos en que la ley procesal posterior al delito resulte desfavorable al investigado se aplicará la ley vigente en el momento de realizarse la infracción, ya que la misma es el supuesto material al que se hallan ligadas las consecuencias procesales.

Finalmente, JIMÉNEZ DE ASÚA⁶ argumentaba que los efectos de la justicia penal consisten en aplicar o no aplicar una pena, de modo que debe estimarse como ley más favorable aquella que imposibilite o reduzca la penalidad del acusado, teniendo en cuenta que ha de entenderse por “ley” no solo la consecuencia penal sino el tipo, cuyos supuestos pueden proceder de zonas “extrapenales” (como en el caso de las leyes penales en blanco). En este sentido, las leyes procesales serán más favorables y, por tanto, habrá que aplicarlas de forma retroactiva cuando hagan imposible la punición del acusado o aumenten sus garantías de defensa.

³ Antón Oneca, J. *Derecho Penal*, Akal, Torrejón de Ardoz, 1986, p. 107.

⁴ Ruiz Antón, L.F., “El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, 7, pp. 147-167.

⁵ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. *Derecho Penal*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 189.

⁶ Jiménez de Asúa, L. *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 2ª ed., Reus, Madrid, 1950, pp. 665 y ss.

En mi opinión, sí que es cierto que hay otras normas procesales relacionadas con el ámbito penal que pueden tener una mayor o menor relevancia en el proceso (por ejemplo, aquellas relativas a la interposición de la querrela, al plazo en que hay que plantear la misma o a las pruebas que se pueden practicar), pero éstas normas no suponen un presupuesto necesario para poder juzgar a los investigados. Sin embargo, en este caso, el hecho de introducir el delito de corrupción entre particulares en la lista del artículo 23.4 LOPJ y aplicarlo de forma retroactiva implica directamente otorgar a los tribunales españoles la jurisdicción para conocer del caso “Neymar”, cuando bajo la ley vigente anteriormente los tribunales españoles no eran competentes para juzgar a Neymar Jr. y al resto de los investigados.

En definitiva, la distinción entre derecho y procedimiento es admisible en materia civil pero no en materia penal, pues en penal hay aspectos de la forma que constituyen parte integrante del derecho del acusado, como en este caso las normas relativas a la jurisdicción de los tribunales españoles. Por tanto, creo que tanto el TS como el sector doctrinal expuesto en segundo lugar aciertan cuando consideran que estos preceptos procesales tienen cierto contenido penal y, en consecuencia, no puede aplicarse de forma retroactiva el mencionado artículo 23 LOPJ.

Una vez hechas todas estas consideraciones, en cualquier caso deberían cumplirse los **requisitos de los puntos 4, 5 y 6 del artículo 23 LOPJ**. En primer lugar, el apartado n) del artículo 23.4 LOPJ, referido a los delitos de corrupción entre particulares, establece como condición que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero con residencia habitual en España o que el delito sea cometido por directivos de una sociedad con domicilio social en España o por una persona jurídica con domicilio social en España. En este caso, el procedimiento habría sido cometido por una sociedad con domicilio social en España (FCB) y sus directivos, que son ciudadanos españoles, así como por el SFC, Neymar Jr. y el resto de investigados brasileños (y no residentes en España).

En segundo lugar, el artículo 23.5 LOPJ establece dos casos en los que el delito no será perseguible en España, fundamentalmente cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional o en el Estado del lugar en que se haya cometido el hecho o de nacionalidad del investigado. En el caso “Neymar”, no consta que ningún Tribunal Internacional haya conocido de los hechos y tampoco la justicia de Brasil (lugar de nacionalidad de algunos investigados y de comisión

de parte de los hechos) ha iniciado ningún procedimiento, puesto que en el Código Penal brasileño no está tipificado el delito de corrupción entre particulares, como ya se dijo más arriba. En tercer y último lugar, el punto 6 del art. 23 LOPJ establece la necesidad de interposición previa de querrela (por el agraviado o por el Ministerio Fiscal), requisito éste cuya concurrencia fue analizada positivamente con anterioridad.

3.1.5. Conclusión.

En suma, los tribunales españoles son competentes para conocer el caso “Neymar”, bien aplicando el principio de territorialidad en relación con la teoría de la ubicuidad (art. 23.1 LOPJ) o bien aplicando el principio de justicia universal en relación con la jurisprudencia reciente del TS y con la opinión de parte de la doctrina (art. 23.4 LOPJ).

A fin de concretar la competencia en este asunto, y una vez hemos determinado que la jurisdicción en este asunto corresponde a los tribunales españoles, el órgano competente para enjuiciar el delito de corrupción entre particulares es la AN, ya que el artículo 65. c) LOPJ establece que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, conocerá del enjuiciamiento de las “defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia”.

3.2. Determinación de la ley penal aplicable en base a las circunstancias temporales del caso.

Como ya se dijo anteriormente, el artículo 286 bis CP sufrió una modificación con la Ley Orgánica 1/2015. En consecuencia, resulta necesario examinar si la nueva redacción del artículo es favorable a los investigados, en cuyo caso habría que aplicar el nuevo texto de forma retroactiva.

En el epígrafe anterior, con la determinación de la ley penal en el espacio en relación con el principio de justicia universal, ha sido necesario analizar el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables. En este punto, sin embargo, no existe ninguna controversia al respecto, habida cuenta de que no admite discusión el carácter penal del artículo 286 bis CP por el cual se acusa a los investigados en el caso “Neymar”.

Con el nuevo texto, se produce una mejora de la redacción técnica de la corrupción pasiva y la corrupción activa. En el apartado 1 (corrupción pasiva), se concreta que el beneficio recibido o aceptado puede ser “para sí o para tercero” y que ello tiene lugar “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”. Del mismo modo, en el apartado 2 (corrupción activa), se especifica que el beneficio o ventaja ofrecida a las personas expresadas en el apartado 1 puede ser “para ellos o para terceros”, incluyendo las “relaciones comerciales” junto con la adquisición o venta de mercancías y la contratación de servicios.

En cuanto a la aplicación de este artículo a las entidades deportivas (corrupción deportiva), se ha sustituido la referencia a “prueba, encuentro o competición deportiva profesional” por “prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva”. No obstante, la corrupción deportiva está prevista para sancionar fundamentalmente casos relacionados con apuestas deportivas, de modo que nuestro supuesto de hecho no encaja en este apartado 3 del artículo 286 bis CP y, por tanto, no resulta relevante la modificación realizada en dicho apartado.

Por último, se ha suprimido en el texto toda referencia a “asociación”, “fundación” u “organización”, introduciendo el apartado 5, por el cual se remite al art. 297 CP en cuanto al concepto de “sociedad”.

En definitiva, con esta sucesión de códigos penales en el ordenamiento español, no se han producido cambios relevantes en el tipo sino fundamentalmente mejoras técnicas y por ello no plantea ningún problema la aplicación del artículo 286 bis CP vigente en 2011, ya que el nuevo texto no es más favorable a los investigados y ello hace que no sea procedente su aplicación retroactiva.

4. DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES.

En el presente apartado, se va a determinar si la conducta llevada a cabo por los investigados, atendiendo al contenido del delito de corrupción entre particulares del art. 286 bis CP, podría ser calificada como típica, antijurídica, culpable y punible. En caso de que efectivamente se califique la conducta como tal, se tratará de determinar la pena que correspondería a los directivos del FCB, a Neymar Jr. y a sus padres, además de resolver otras cuestiones como el concurso con otros delitos. Finalmente, una vez concluido el análisis sobre la conducta de los investigados, se va a analizar la responsabilidad penal del FCB y de la sociedad N&N como personas jurídicas a las que también se imputa el delito de corrupción en los negocios, en relación con el artículo 31 bis CP.

4.1. Calificación jurídico penal de los hechos.

4.1.1. El artículo 286 bis CP.

a) Contexto.

La LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo el artículo 286 bis en el Capítulo XI de la Sección tercera del Código Penal (“De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”). En dicho artículo 286 bis, se tipifica un nuevo comportamiento delictivo de corrupción entre particulares, tanto en su modalidad activa como en su modalidad pasiva.

Esta decisión del legislador se entiende desde el contexto de la lucha por erradicar la corrupción tanto en el ámbito público como en el ámbito privado, por sus consecuencias perjudiciales para la sociedad en su conjunto y para el funcionamiento de las diferentes instituciones sociales.

Si bien es cierto que tradicionalmente los países se han centrado en perseguir la corrupción en el sector público, la constatación de la presencia de corrupción en las relaciones privadas ha provocado que desde comienzos de siglo diversas instituciones hayan aprobado diferentes normas dirigidas a la tipificación de la corrupción entre particulares.

Así, la primera muestra de la estrategia global contra el fenómeno de la corrupción fue el Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, que en sus artículos 7 y 8 establecía el deber de los estados contratantes de tipificar como delito la corrupción activa y la corrupción pasiva entre particulares. A modo ilustrativo, en la modalidad activa, dicho convenio se refiere al 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.

En la misma línea, el artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, ofrecía a los estados la posibilidad de considerar la tipificación de la corrupción privada cometida intencionalmente “en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales”.

Por último, a nivel comunitario, la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, señala en su exposición de motivos que la corrupción pública y privada “constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido” y establece en su artículo 2 la obligación de los estados de tipificar la corrupción pública y privada.

En base a los anteriores textos institucionales y convencionales, el legislador español introdujo el delito de corrupción entre particulares en la citada LO 5/2010. El preámbulo de dicha ley hace referencia expresamente a la necesidad de represión de los actos que “rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado” para garantizar una “competencia justa y honesta”.

b) Análisis del artículo y referencia a la corrupción deportiva.

El artículo 286 bis CP vigente en el momento de comisión de los hechos recoge fundamentalmente las modalidades activa y pasiva del delito de corrupción entre particulares, así como la especialidad relativa a la corrupción deportiva:

1. 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, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no

justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

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

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.

Como se puede observar, se tipifica el delito de corrupción entre particulares como un delito de peligro abstracto, pues no se concreta exactamente el bien jurídico que se pone en peligro, aunque puede inferirse de la redacción del artículo, como se verá en el siguiente apartado. Además, la consumación del delito se produce con la realización de las conductas descritas en el artículo (“recibir”, “solicitar”, “ofrecer”...), por lo que se castiga tanto el acuerdo fraudulento entre las partes como el mero ofrecimiento, independientemente de quién lleve a cabo la iniciativa. En definitiva, se adelanta la consumación al momento en que se realiza la primera actuación de la conducta típica, configurándose así como un delito de mera actividad.

Sin perjuicio de la profundización que tendrá lugar más adelante en relación con el tipo y las distintas modalidades activa y pasiva (apartados 1 y 2 del artículo), es preciso realizar una pequeña consideración con respecto a la corrupción deportiva (apartado 4).

El legislador ha querido tipificar una **corrupción deportiva** que, siguiendo a BORRALLO⁷, aparece ligada a los sobornos de deportistas con el objetivo de alterar los resultados de las competiciones.

⁷ Borrallo, E. A., y Sánchez, C. R. (2012). “El delito de corrupción deportiva: Aspectos metodológicos, dogmáticos y político-criminales”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 14 (20), 2012, p.2.

Sin embargo, la corrupción deportiva no es aplicable en este trabajo, ya que a pesar de que el caso “Neymar” se ha desarrollado en el ámbito deportivo, se verá a continuación cómo los hechos podrían encajar en la modalidad activa o pasiva del delito de corrupción entre particulares, pero nunca se trataría de una conducta dirigida a alterar o predeterminar de forma deliberada y fraudulenta el resultado de una competición deportiva de especial relevancia.

4.1.2. El bien jurídico protegido.

Con carácter previo al análisis de la tipicidad de la acción y a fin de arrojar cierta luz sobre la concurrencia o no de los elementos típicos, es preciso determinar cuál es el bien jurídico protegido en el artículo 286 bis del Código Penal.

Entre las diferentes opciones planteadas por la doctrina, aparecen la protección de la competencia leal, la protección de un patrimonio y la protección del deber de fidelidad hacia la propia empresa.

La mayoría de autores se han posicionado a favor de la competencia leal como bien jurídico protegido por el artículo 286 bis CP. En este sentido, NOBAJAS⁸ entiende la competencia leal como el “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” e incide en la importancia vital de la libre competencia en toda economía de mercado siempre y cuando se respeten las reglas que permiten competir eficazmente. Lo mismo considera RASILLO⁹, cuando se refiere a las reglas de la competencia como bien jurídico protegido.

En la misma línea, OTERO¹⁰ acude a la interpretación teleológica para delimitar la conducta típica, aclarando que el bien jurídico protegido es la competencia leal, lo cual permite excluir de la sanción penal aquellas conductas que no afectan a las reglas de la

⁸ Nobajas, M. S. G., “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*, 35, 2015, p. 574.

⁹ Rasillo López, P., “Los delitos de corrupción tras la reforma del Código Penal por LO 1/2015”, *El Derecho*, 2016. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Delitos-corrupcion-reforma-Codigo-Penal_11_1021180001.html; última consulta 23/02/2018.

¹⁰ Otero González, P., “Corrupción entre particulares (Delito de)”, *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 3 (septiembre 2012-febrero 2013), p. 177.

competencia. BOLEA BARDÓN¹¹ entiende que la corrupción privada tiende a explicarse como “aquella forma de corrupción que viene a alterar el normal funcionamiento de las relaciones comerciales”. En este sentido, lo que intenta proteger el art. 286 bis CP es la competencia ad extra (interés de los terceros competidores en no quedar desplazados por ofertas peores pero que van acompañadas de beneficios o ventajas no justificados) y ad intra (interés de la propia empresa en adquirir las mejores ofertas del mercado).

Finalmente, DEL POZO¹² también defiende la competencia leal como bien jurídico protegido. A pesar de que el tipo penal no refleje expresamente la consideración de la competencia leal como bien jurídico protegido, hay ciertos elementos de los que se puede deducir dicha consideración: por un lado, la circunscripción, en un primer momento a la “adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”; y, por otro lado, la referencia a favorecer “a él o a un tercero frente a otros”.

Contra esta doctrina mayoritaria, un grupo de autores considera que al exigir en la primera redacción del tipo “el incumplimiento de las obligaciones” se hacía referencia a “obligaciones profesionales” y, por tanto, se estaba protegiendo la lealtad en las relaciones entre subordinado y principal. Sin embargo, este argumento pierde sentido cuando la reforma del Código Penal de 2015 elimina el elemento de “incumplimiento de obligaciones”.

Otro argumento en contra de la competencia leal como bien jurídico protegido es el hecho de que la corrupción pasiva no contempla la posibilidad de que el delito lo cometa el propio empresario. No obstante, ello podría ser simplemente una incongruencia del legislador, pues la decisión de no incluir al empresario en el tipo no tiene sentido en un modelo que busca proteger la competencia leal.

Por último, en el caso de la corrupción deportiva (no aplicable en el caso “Neymar”), explicaba Borrillo las diferentes teorías existentes con respecto al bien jurídico que protege el precepto. Por un lado, ciertos autores piensan que el bien jurídico protegido es la “integridad deportiva”, que abarca el correcto funcionamiento de las competiciones

¹¹ Bolea Bardón, C., (2013). “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *InDret*, 2, 2013, pp. 1-29.

¹² Del Pozo, M. Á. E., “El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal”, *Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 2017, p. 262.

deportivas profesionales, así como su limpieza y credibilidad, teniendo en cuenta la repercusión social de lo deportivo. Por otro lado, varios autores consideran que el bien jurídico protegido lo conforman los intereses económicos, es decir, la importancia económica de los resultados obtenidos en las competiciones deportivas o el patrimonio de quienes participan en el sistema de apuestas.

4.1.3. El sujeto activo.

Antes de analizar los diferentes sujetos activos de este tipo penal, es preciso tener en cuenta las distintas modalidades del mismo, pues en función de que se trate de una u otra, el sujeto activo será diferente.

Mientras que la modalidad activa consiste en prometer, ofrecer o conceder un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para favorecer a sí mismo o a un tercero frente a otros; la modalidad pasiva implica recibir, solicitar o aceptar un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificado para favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja.

Pues bien, por un lado, el apartado primero del artículo 286 bis recoge la modalidad activa del delito de corrupción entre particulares, refiriéndose a “Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda (...)”. En base a esta redacción, a priori parece sensato pensar que cualquier persona puede cometer este delito.

No obstante, teniendo en cuenta el ámbito objetivo en que se desarrollan tales conductas (la adquisición o venta de mercancías o la contratación de servicios profesionales) y en tanto en cuanto el bien jurídico protegido es la competencia leal, no sería descabellado pensar que solamente un empresario o profesional que presta un servicio puede cometer este delito en su modalidad activa.

En cualquier caso, esta posible limitación del sujeto activo en la modalidad activa del delito de corrupción entre particulares no presentaría ningún problema en el caso “Neymar”, ya que los supuestos sujetos activos del mismo serían los directivos del FCB Sandro Rosell y Josep María Bartomeu. La inclusión de estas personas en el ámbito objetivo de las conductas castigadas no admite lugar a dudas, pues se trata de un club de fútbol y sus actividades se pueden enmarcar en el ámbito de la competencia leal.

Por otro lado, el apartado segundo regula el delito de corrupción entre particulares en su modalidad pasiva, haciendo referencia a “el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que (...)”. En este caso, se limita claramente el sujeto activo a los directivos, empleados o colaboradores de empresas, sociedades, asociaciones o fundaciones.

Por tanto, se excluye como sujeto activo de esta modalidad pasiva al empresario, lo cual no afecta al caso “Neymar”, ya que los sujetos activos en esta modalidad serían el jugador Neymar Jr. y sus padres. El fundamento de ello es que habría sido Neymar Jr. (empleado del SFC y colaborador de DIS), a través de la empresa N&N (propiedad de los padres del jugador y administrada por ellos mismos), quien aceptara del FCB un beneficio injustificado de 40 millones de euros (aunque el análisis de este beneficio y su posible justificación se realizará en el apartado siguiente).

4.1.4. La conducta típica.

Este es uno de los apartados fundamentales del trabajo, pues se trata de determinar aquí si en el caso “Neymar” han concurrido o no los elementos del tipo previsto en el artículo 286 bis del Código Penal. Como se ha dicho en el apartado anterior, la conducta típica depende de la modalidad de que se trate.

En el caso de la modalidad activa, la conducta típica recae en prometer, ofrecer o conceder un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados, para favorecer al sujeto activo o a un tercero frente a otros, con un incumplimiento de obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. Mientras tanto, la conducta típica en la modalidad pasiva consiste en recibir solicitar o aceptar “un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones”.

En efecto, se pueden observar varios elementos típicos comunes a ambas modalidades: la ventaja no justificada, el incumplimiento de obligaciones, la intención de favorecer etc. Pues bien, es preciso analizar paso por paso si han concurrido tales elementos.

En primer lugar, las distintas acciones previstas en la modalidad activa se plantean como alternativas (“prometa, ofrezca o conceda”), de tal forma que basta con que el sujeto

activo cometa una sola de ellas para que se consume el delito. Del mismo modo, en el caso de la modalidad pasiva, es suficiente con que el sujeto activo “reciba, solicite o acepte” la ventaja o el beneficio no justificado. Se puede observar que se trata de un delito de resultado cortado o de mera actividad, pues resulta irrelevante que efectivamente se llegue a obtener el beneficio ofrecido o solicitado.

En segundo lugar, surgen dudas acerca de qué interpretación debe darse a la ventaja no justificada. Por una parte, aunque el Código Penal haga referencia a ventajas “de cualquier naturaleza”, parece sensato pensar que la ventaja ha de ser económica, pues la pena de multa correspondiente al delito se asigna en función del valor del beneficio y es precisamente el criterio del valor del beneficio el que sirve para apreciar el subtipo atenuado en determinados casos (apartado tercero del artículo 286 bis CP). Por otra parte, hay ciertas dudas acerca de la no justificación de la ventaja. RASILLO¹³ cree que la misma debe ser “indebida y excesiva”, mientras que DEL POZO¹⁴ considera que es preciso realizar una ponderación caso por caso.

En este sentido, la justificación de la ventaja o beneficio debería determinarse en el caso concreto en función de la conformidad de la misma con las normas establecidas y también en función de la naturaleza del negocio en el cual se ofrece tal beneficio.

En tercer lugar, surgen dudas también acerca del significado del incumplimiento de las obligaciones, pues no queda demasiado claro a qué se refiere esta expresión.

La Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, en su artículo 1, establece lo siguiente:

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.

¹³ Rasillo López, P., *Los delitos de corrupción...*, op. cit.

¹⁴ Del Pozo, M. Á. E., *El delito de corrupción entre particulares...*, op. cit. p. 342.

En base a esto, OTERO¹⁵ opina que el artículo 286 bis CP se refiere a las obligaciones derivadas de las normas que regulan la competencia, de modo que siempre saldrán perjudicadas las otras empresas que han desconocido la ventaja para la consecución de un contrato, “infringiéndose, así, el bien jurídico competencia leal”. Mientras tanto, para RASILLO¹⁶, el hecho de que la LO 1/2015 haya suprimido en el Código Penal la referencia al incumplimiento de las obligaciones demuestra que se pretende dejar clara la protección de la competencia leal. Así, tiene sentido afirmar que esa alusión al incumplimiento de las obligaciones vigente en 2011 se refería a obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico para proteger la competencia leal.

Una vez analizadas de modo teórico la justificación de la ventaja o beneficio y el incumplimiento de las obligaciones, es preciso determinar si concurrieron en nuestro caso dichos elementos típicos.

Como se explicó más arriba en la descripción de los hechos, en virtud de los contratos firmados en 2011, el FCB y sus directivos Sandro Rosell y Josep María Bartomeu, abonaron a Neymar Jr. un total de 40 millones de euros (a través de la sociedad N&N), a fin de que el jugador cesara en su colaboración con la valorización, libre cotización y venta de sus derechos económicos y federativos, con el compromiso de Neymar Jr. de negarse a fichar por un club distinto del FCB.

El abono de tal cantidad fue consecuencia del ofrecimiento (por parte de los directivos del FCB) y la posterior aceptación (por parte de Neymar Jr. y sus padres) de una ventaja no justificada, incumpliendo ambas partes sus obligaciones.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones, por un lado, los directivos del FCB vulneraron el deber de comunicar por escrito al SFC su intención de fichar al jugador Neymar Jr. antes de iniciar las negociaciones con el jugador, obligación prevista en el artículo 18.3 RETJ. Por otro lado, el jugador Neymar Jr. incumplió sus obligaciones como colaborador de DIS, pues en virtud del contrato firmado con dicha entidad el brasileño se comprometió a no buscar su liberación laboral gratuita y a comunicar cualquier oferta de traspaso que recibiese de otro club, no cumpliendo el jugador con ninguna de dichas obligaciones, pues la entidad no tuvo conocimiento del pactado traspaso. Además, como

¹⁵ Otero González, P., *Corrupción entre particulares...*, op. cit., p. 178.

¹⁶ Rasillo López, P., *Los delitos de corrupción...*, op. cit.

empleado del SFC, Neymar Jr. rechazó ofertas de otros clubes bastante superiores a la oferta del FCB (como la realizada por el Real Madrid al SFC en el año 2013 por el traspaso de los derechos federativos de Neymar Jr. por 36 millones de euros), y todo ello para poder retener los 40 millones de euros que habían sido abonados por el FCB.

Con respecto a la conformidad de la ventaja con las normas establecidas y con la naturaleza del negocio, el beneficio no está en ningún caso justificado, ya que se anticipa al jugador un cuantioso importe (40 millones de euros) para garantizar su fichaje, además de fijar un salario anual, lo cual constituye un supuesto sin precedentes en el mundo del fútbol y un elemento extraño a los propios del libre juego de productos y servicios. Con ello, el FCB logró evitar que Neymar Jr. entrase en el mercado de conformidad con las reglas de la libre competencia, de tal forma que DIS (entidad propietaria del 40% de los derechos del jugador) obtuvo una cantidad mucho menor de la que realmente podía haber conseguido con ofertas de otros clubes. Más concretamente, a nivel nacional es preciso tener en cuenta las conductas prohibidas recogidas en la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia), que en su artículo 1 recoge las conductas colusorias, prohibiendo todo acuerdo que produzca el efecto de falsear o impedir la competencia.

En cuarto lugar, cabe plantearse si el caso “Neymar” entra dentro del ámbito de la “contratación de servicios profesionales”. Parece sensato pensar que dicha expresión incluye a todos los servicios prestados por personas que realizar cualquier actividad como “profesión”, en el sentido de actividades distintas de la fabricación o compraventa de productos. En este caso, la actividad realizada por Neymar Jr., que es el punto central de este trabajo, es el deporte del fútbol, y cabe citar aquí la denominación competitiva de la Liga Española en la que compete el FCB: Liga de Fútbol Profesional.

En quinto y último lugar, aparece el elemento subjetivo, pues es preciso que el sujeto activo busque favorecer al destinatario, que varía en función de la modalidad del delito (activa o pasiva). Así, el delito de corrupción entre particulares se presenta como un delito de resultado cortado que exclusivamente puede ser cometido de forma dolosa, pues no se prevé la comisión por imprudencia. Dentro de las categorías de dolo, el delito se comete cuando se da el dolo directo de primer grado (cuando el sujeto activo pretende el resultado como fin de su conducta o como medio para realizarla) o el dolo directo de segundo grado (cuando el sujeto activo ve el resultado como necesariamente unido al fin o a los medios que utiliza, siendo ésta la razón que le lleva a aceptarlo). En estos delitos de resultado

cortado, el elemento subjetivo cumple una función definitoria del tipo de acción, ya que en caso de que no se acredite dicho elemento subjetivo, no concurre el tipo penal, existiendo una innegable conexión entre el elemento subjetivo y la acción llevada a cabo por el sujeto activo.

En el caso del presente trabajo, la conducta llevada a cabo por los directivos del FCB (ofreciendo una ventaja no justificada) y por Neymar Jr. y sus padres (aceptando tal beneficio) resulta claramente dolosa, pues todos los sujetos activos actuaron guiados por el objetivo que conforma el tipo subjetivo del delito, que es favorecer al destinatario frente a otros con la ventaja o beneficio no justificados. Prueba de ello, en el caso del FCB, es que la firma de los contratos no fue sometida a la aprobación de la Junta Directiva del FCB o a su posterior ratificación, lo cual demuestra que los directivos se saltaron el procedimiento establecido en el club a sabiendas de las irregularidades que estaban cometiendo en el fichaje del jugador brasileño.

4.1.5. La antijuridicidad.

El análisis de la antijuridicidad conlleva un juicio negativo sobre la acción, pues si no concurre causa de justificación alguna, la conducta llevada a cabo por los sujetos activos se considerará antijurídica. En sentido contrario, cuando sí exista una causa de justificación, la conducta del sujeto, aunque típica, será conforme a derecho, pues en estos casos considera el legislador que el ataque al bien jurídico protegido implica un desvalor penal pero no un desvalor total de la conducta.

No obstante, para que sea aplicable una causa de justificación, la doctrina y la jurisprudencia exigen que el sujeto activo actúe con ánimo de ejercitarla¹⁷.

Las mencionadas causas de justificación se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 20 CP y son: (i) el cumplimiento de un deber; el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; (iii) la legítima defensa; y (iv) el estado de necesidad.

¹⁷ Landecho Velasco, C.M. y Molina Blázquez, C., *Derecho penal español. Parte general*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 319-323.

En este delito de corrupción entre particulares, no cabría a priori la aplicación de la legítima defensa, el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, aunque podría plantearse la aplicabilidad del estado de necesidad, por ejemplo, en casos de empresas con graves problemas económicos cuya conducta típica pudiera servir para salvar la viabilidad de la compañía. En todo caso, siempre hay vías alternativas para salvaguardar la continuidad de la empresa, como la refinanciación o el concurso de acreedores, sin que sea necesario llevar a cabo la conducta típica del art. 286 bis CP. Concretamente en el caso “Neymar”, parece claro que la conducta de Neymar Jr., los padres del jugador y los directivos del FCB (Sandro Rosell y Josep María Bartomeu) no se encuentra amparada por ninguna causa de justificación, de tal forma que su conducta se califica como típica y antijurídica.

4.1.5. La culpabilidad.

Una vez determinada la tipicidad y antijuricidad de la conducta puesta por los sujetos activos, es preciso determinar la reprochabilidad de la misma desde una perspectiva jurídico-penal. En este sentido, las causas que determinan la exclusión de la culpabilidad son: (i) la inimputabilidad, (ii) el error de prohibición y (iii) las causas de exculpación en sentido estricto.

a) La inimputabilidad.

Cuando un sujeto activo posee una condición de libertad por la cual se puede considerar que es responsable de sus actos, ese sujeto es imputable. Desde el punto de vista de la legislación vigente, es imputable quien pudo dejar de poner la conducta típica y antijurídica pero no lo hizo. Así, toda persona inimputable estará exenta de responsabilidad criminal, mientras que el sujeto imputable es considerado culpable penalmente.

Las causas de inimputabilidad también se recogen en el artículo 20 CP, que establece las siguientes: (i) anomalías y alteraciones psíquicas, (ii) intoxicación plena, (iii) síndrome de abstinencia y (iv) alteraciones en la percepción.

La imputabilidad o inimputabilidad se ha de juzgar en el momento en que se lleva a cabo la conducta típica y antijurídica. En nuestro caso, de la descripción de hechos probados no se puede concluir que exista ninguna causa de inimputabilidad en los sujetos activos,

por lo que se deduce que todos ellos se encontraban en plenas facultades en el momento de poner la conducta típica y antijurídica.

b) El error de prohibición.

También es relevante si el sujeto activo conoce que la conducta que lleva a cabo es contraria a derecho, lo cual se denomina conciencia de antijuricidad y constituye el punto central para considerar culpable al mismo. En caso de que falte totalmente en el autor esa conciencia de antijuricidad, estaremos ante un error invencible de prohibición y el sujeto activo no será considerado culpable, excluyendo así su responsabilidad criminal.

En el delito de corrupción entre particulares, cabría pensar que, al ser un delito introducido recientemente en el ordenamiento jurídico español y en otros ordenamientos, los sujetos activos podían desconocer su existencia. Sin embargo, en el caso “Neymar”, dado que los directivos del FCB no siguieron el procedimiento establecido en el club, a sabiendas de las irregularidades que estaban cometiendo, y dado que Neymar Jr. y sus padres no informaron en ningún momento a la entidad DIS acerca del acuerdo con el FCB, queda claro que los sujetos activos actuaron sabiendo que su conducta era contraria al ordenamiento jurídico.

c) Las causas de exculpación en sentido estricto.

En nuestro ordenamiento jurídico, se prevén determinadas situaciones en las que una conducta típica y antijurídica se exime de responsabilidad criminal por tratarse de casos extremos en los que aparece alguna restricción en la libertad del sujeto. Estos supuestos se conocen como causas de exculpación en sentido estricto y son: (i) estado de necesidad exculpante; (ii) miedo insuperable; y (iii) encubrimiento entre parientes.

En nuestro caso, la descripción de hechos demuestra que la conducta llevada a cabo con total libertad por los distintos sujetos activos no encaja en ninguna de las causas de exculpación, pues no existe anomalía alguna que haya podido influir en la libertad de los mismos.

En suma, una vez analizadas las tres causas de exclusión de la culpabilidad (inimputabilidad, error de prohibición y causas de exculpación en sentido estricto), no

plantea duda la reprochabilidad de las conductas puestas por los sujetos activos y, por tanto, tales conductas se califican como típicas, antijurídicas y culpables.

4.1.6. La punibilidad.

En determinadas ocasiones, en base a motivos extrapenales concretos, el legislador considera que el autor de una acción típica, antijurídica y culpable no debe ser penado. Por una parte, las causas de exclusión de punibilidad pueden ser personales, dentro de las cuales se encuentran: (i) las exenciones (como los diplomáticos o los Jefes de Estado extranjeros); las inviolabilidades absolutas o relativas (como el Rey o los parlamentarios); y (iii) las inmunidades (obstáculos procesales a la perseguibilidad de delitos cometidos por ciertos sujetos). Por otra parte, aparecen las excusas absolutorias, como la sustracción entre ciertos parientes. En el caso “Neymar”, no se da ninguna de las excusas absolutorias y tampoco los sujetos activos se encuentran amparados por ninguna causa de exclusión de la punibilidad. En consecuencia, se procede a continuación a determinar la pena de los sujetos activos por la comisión de una conducta típica, antijurídica, culpable y punible.

4.1.7. Cuestiones concursales.

Como se dijo más arriba, las conductas descritas en el relato fáctico resultaban indiciariamente constitutivas de los delitos de corrupción en los negocios y estafa impropia. En caso de que sendas conductas hubieran sido calificadas como típicas, antijurídicas, culpables y punibles, se habría dado un concurso real de delitos, por existir una pluralidad de actuaciones delictivas y una pluralidad de delitos (estafa y corrupción en los negocios). Sin embargo, dado que el presente trabajo se limita al análisis del delito de corrupción entre particulares, vamos a proceder a determinar la pena únicamente en función de dicho delito.

4.1.8. Determinación de la pena.

Finalmente, en este apartado se tratará de llegar a la pena exacta a la que deben ser condenados los sujetos activos investigados por el delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis CP.

Tanto para la modalidad activa como para la modalidad pasiva, el artículo 286 bis CP prevé las siguientes penas: (i) prisión de seis meses a cuatro años; (ii) inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años; y (iii) multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja. No obstante, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja y a la trascendencia de las funciones del culpable, los jueces y tribunales podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la multa a su prudente arbitrio (art. 286.3 bis CP).

Se puede observar cómo las penas no se diferencian en función de si se consigue o no el fin pretendido, así como tampoco se incluye ninguna referencia a la lesión efectiva a los competidores. Por ello, es preciso tomar en consideración estos aspectos para concretar la pena exacta, teniendo en cuenta que en este caso los condenados lograron el objetivo del fichaje y distorsionaron el mercado.

En cuanto al grado de ejecución, ya se dijo anteriormente que el delito de corrupción entre particulares se configura como un delito de resultado cortado, de modo que el mismo es consumado cuando se ofrece el beneficio no justificado. En este caso, la ventaja no justificada fue ofrecida y aceptada por ambas partes, de modo que no cabe duda alguna con respecto a que se trata de un delito consumado, aplicándose, en base al art. 61 CP, la pena del tipo (seis meses a cuatro años de prisión, inhabilitación de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja).

Con respecto al grado de participación, el artículo 28 CP establece que “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”. En la medida en que todos los sujetos activos fueron parte en los contratos celebrados en 2011, en los cuales se concretó la conducta típica, consideramos que Sandro Rosell y Josep María Bartomeu son coautores del delito de corrupción entre particulares en su modalidad activa, mientras que Neymar Da Silva Santos Jr. y sus padres de Neymar Jr. (Neymar Da Silva Santos y Nadine Gonçalves Da Silva Santos) son coautores del mismo delito en su modalidad pasiva. Por ello, en base al anteriormente citado art. 61 CP, se mantiene la aplicación de la pena del tipo (seis meses a cuatro años de prisión, inhabilitación de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja).

También hay que tener en cuenta las circunstancias modificativas, que son elementos accidentales del delito porque no depende de ellas la concurrencia o no del mismo, sino que simplemente modulan la responsabilidad penal exigible al sujeto activo. Por un lado, aparecen las circunstancias modificativas comunes, que se pueden agrupar en: (i) atenuantes (artículo 21 CP); (ii) agravantes (artículo 22 CP); y (iii) circunstancia mixta de parentesco (artículo 23 CP). Por otro lado, pueden existir circunstancias modificativas específicas: en el caso del delito de corrupción entre particulares, el apartado tercero del artículo 286 bis CP recoge el subtipo atenuado (pena inferior en grado) para los casos en que la cuantía del beneficio y la trascendencia de las funciones del culpable lo justifiquen. En el caso “Neymar”, tanto las elevadas cifras de los fichajes como las funciones de relevancia de los directivos del FCB evidencian que no es aplicable el subtipo atenuado. Además, no resulta aplicable ninguna de las circunstancias modificativas comunes de los artículos 21, 22 y 23 el Código Penal. Por todo ello, se mantiene la pena derivada de aplicar a la pena del tipo el grado de ejecución y el grado de participación, es decir, seis meses a cuatro años de prisión, inhabilitación de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

Una vez analizado el grado de ejecución, el grado de participación y las circunstancias modificativas, el marco penal de partida para determinar la pena exacta que corresponde a los sujetos activos, denominado pena completa, es el siguiente:

-) Prisión: 6 meses a 4 años.
-) Inhabilitación especial 1 a 6 años (ejercicio de industria o comercio).
-) Multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

Ahora bien, para elegir la pena exacta que corresponde a los sujetos activos del caso “Neymar”, es preciso tener en cuenta los criterios previstos para delitos dolosos en el artículo 66.1 CP, cuyo punto 6º establece que cuando no concurren atenuantes ni agravantes, como en este caso, los jueces o tribunales aplicarán la pena establecida por ley en la extensión que estimen adecuada, en función de las circunstancias personales del reo y la gravedad de los hechos.

Por tanto, es preciso considerar dos variables fundamentales: (i) las circunstancias personales de los reos; y (ii) la gravedad de los hechos. Por un lado, Sandro Rosell y Josep María Bartomeu, en la medida en que ocupaban una posición privilegiada de máximos responsables de un club con tanto impacto internacional como el FCB y teniendo en

cuenta que ambos eran plenamente conscientes de las graves irregularidades que estaban llevando a cabo (distorsión de la libre competencia en el mercado internacional de fichajes), son merecedores de una pena elevada. No obstante, aunque ambos persiguieran el mismo objetivo, Sandro Rosell era el presidente y Josep María Bartomeu el vicepresidente, por lo que a Sandro, en calidad de máximo representante del FCB, le corresponde una pena elegida de 4 años de prisión y 4 años de inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio, mientras que para Josep María la pena elegida es de 3 años y 6 meses de prisión y 3 años y 6 meses de inhabilitación especial para la industria o comercio.

Por otro lado, en cuanto a la modalidad pasiva, en todo momento Neymar Jr. ha manifestado que era su padre quien cuidaba de muchos aspectos de su vida¹⁸, quedando constatado que el padre manejaba las diferentes operaciones, aunque Neymar Jr. en todo momento prestó su consentimiento, al igual que la madre del jugador, que era propietaria con su marido de la sociedad N&N. Por todo ello, el padre de Neymar Jr. (Neymar Da Silva Santos) tiene una pena elegida de 4 años de prisión y 4 años de inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio, y a Neymar Jr. y su madre (Nadine Gonçalves Da Silva Santos) les corresponde una pena elegida de 3 años de prisión y 3 años de inhabilitación especial.

Con respecto a las penas de multa, la descripción de los hechos no permite cuantificar con exactitud el beneficio o ventaja ofrecido y aceptado por ambas partes, de modo que no es posible determinar la pena de multa elegida, pues ésta es del tanto al triplo del beneficio o ventaja. Para cuantificar dicho beneficio con exactitud, serían necesarios informes adicionales, teniendo en cuenta cuánto se ahorró el FCB no pagando el fichaje en un contexto de libre competencia, así como la ganancia de Neymar Jr. reteniendo tales cantidades en lugar de haber sido fichado en un contexto de competencia leal.

Por último, es necesario hacer referencia a las penas accesorias, que se pueden imponer en razón de la pena o en razón del delito. En este caso, dado que ya se ha condenado a los sujetos activos a una pena de inhabilitación especial prevista en el propio tipo de corrupción entre particulares, además de las penas de prisión, consideramos que no se va

¹⁸ Olmo, J.M., *El Confidencial*, 26 de enero de 2017. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/2017-01-26/neymar-video-declaracion-audiencia-nacional_1321773/; última consulta 10/04/18.

a imponer a los mismos ninguna pena accesoria de las previstas en el artículo 56.1 CP para penas de prisión inferiores a 10 años, así como tampoco ninguna pena accesoria en razón del delito.

4.2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Tras haber determinado la pena que corresponde a los distintos sujetos activos (Neymar Jr., sus padres y los directivos del FCB), es preciso abordar la responsabilidad penal del Fútbol Club Barcelona y de la sociedad N&N.

En el año 2010, con la reforma del Código Penal, se introdujo en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mediante la incorporación del artículo 31 bis CP. En base a dicho artículo 31, las personas jurídicas serán responsables penalmente de los delitos cometidos por sus representantes legales o por integrantes de un órgano de la persona jurídica, en nombre o por cuenta de las mismas y en su beneficio directo o indirecto. No obstante, esta responsabilidad criminal solamente concurre en determinados delitos en que el Código Penal la prevé expresamente. En este sentido, la corrupción entre particulares tipificada en el art. 286 bis CP es uno de los delitos capaces de generar responsabilidad penal de la persona jurídica, pues así lo prevé el artículo 288 CP.

En el caso “Neymar”, se ha constatado en los apartados anteriores que los sujetos activos han cometido el delito de corrupción entre particulares, por lo que se da el punto de conexión del art. 31 bis CP y, por tanto, las dos personas jurídicas implicadas (FCB y N&N) pueden ser responsables penalmente. Sin embargo, es preciso analizar un elemento adicional, ya que el mismo artículo 31 bis CP establece que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se dan 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.

En el caso “Neymar”, únicamente tenemos conocimiento de que en el año 2011 el FCB no tenía implementado ningún sistema de cumplimiento penal y prevención de delitos, aunque sí tenía establecido un sistema elemental previo a la firma de cualquier contrato y a su validación por la Junta Directiva que podría ser idóneo para prevenir delitos. Pues bien, en la firma del Contrato N°1, no consta que se siguiera este procedimiento ni tampoco que la firma de los contratos fuera sometida a la aprobación de la Junta Directiva del FCB o a su posterior ratificación. Aunque no disponemos de la información necesaria para determinar si efectivamente concurrían estos cuatro requisitos, el FCB podría quedar exento de responsabilidad, dado que sus directivos celebraron los contratos sin informar al club y sin seguir el debido procedimiento interno. Con respecto a la sociedad N&N, la única información disponible demuestra que la misma se constituyó en 2011, siendo propietarios de ella los padres del jugador, por lo que parece clara su responsabilidad penal.

En caso de que las personas jurídicas FCB y N&N no cumplan los requisitos del artículo 31 bis CP para eximirse de responsabilidad penal, serán condenadas a una pena de multa de uno a tres años (en base al art. 288.1 CP). Dada la gravedad del perjuicio económico para la entidad DIS y dada la distorsión producida en el mercado de fichajes como consecuencia de la comisión de este delito, consideramos que se debería imponer a ambas personas jurídicas la pena de multa de 3 años (máximo castigo posible dentro del marco potestativo). Por las mismas razones, la cuota diaria de multa debería ser la máxima permitida por el art. 50.4 CP para las personas jurídicas, es decir, 5.000 euros. Además, es preciso tener en cuenta que “atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33” (art. 288.2 CP).

BIBLIOGRAFÍA

Antón Oneca, J., *Derecho Penal*, Akal, Torrejón de Ardoz, 1986.

Bolea Bardón, C., “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *InDret*, 2, 2013, pp. 1-29.

Borrallo, E. A., y Sánchez, C. R., “El delito de corrupción deportiva: Aspectos metodológicos, dogmáticos y político-criminales”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 14 (20), 2012.

Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T., *Derecho Penal*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Del Pozo, M. Á. E., “El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal”, *Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 2017.

Esteve Sánchez Rojas, C., *Delito de corrupción entre particulares*, Fe d'erratas, Madrid, 2013.

Furelos, J. M. A., “Efectos de la sucesión temporal de leyes iniciado el proceso. (Irretroactividad y retroactividad). Segunda parte: aspectos especiales”, *Revista de Derecho de la UNED*, 15, 2014, pp. 73-120.

García Pablos, A., *Introducción al derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal. Vigencia temporal de la ley penal*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1995.

Hernández, J.A. y Sevillano, Elena. G., *El País*, 11 de enero de 2018. Disponible en: https://elpais.com/deportes/2018/01/11/actualidad/1515690033_689592.html; última consulta 25/02/2018.

Olmo, J.M., *El Confidencial*, 26 de enero de 2017. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/2017-01-26/neymar-video-declaracion-audiencia-nacional_1321773/; última consulta 10/04/18.

Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, de 27 de junio de 2014.

Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 2ª ed., Reus, Madrid, 1950.

Landecho Velasco, C.M. y Molina Blázquez, C., *Derecho penal español. Parte general*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.

Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Nieto Martín, A., *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.

Nobajas, M. S. G., “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*, 35, 2015, pp. 567-624.

Otero González, P., "Corrupción entre particulares (Delito de)", *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 3 (septiembre 2012-febrero 2013), pp. 174-183.

Rasillo López, P., “Los delitos de corrupción tras la reforma del Código Penal por LO 1/2015”, *El Derecho*, 2016.

Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Delitos-corrupcion-reforma-Codigo Penal_11_1021180001.html; última consulta 23/02/2018.

Rosas Oliva, J. I., “Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España”, *Cuadernos de Política Criminal*, 99, 2009, pp. 93-123.

Ruiz Antón, L.F., “El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, 7, pp. 147-167.

Valiente, L. M. U., y PIAY, T. F., *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*, La Ley, 2007.