

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

S PRAVIDE ET PRO

Revista

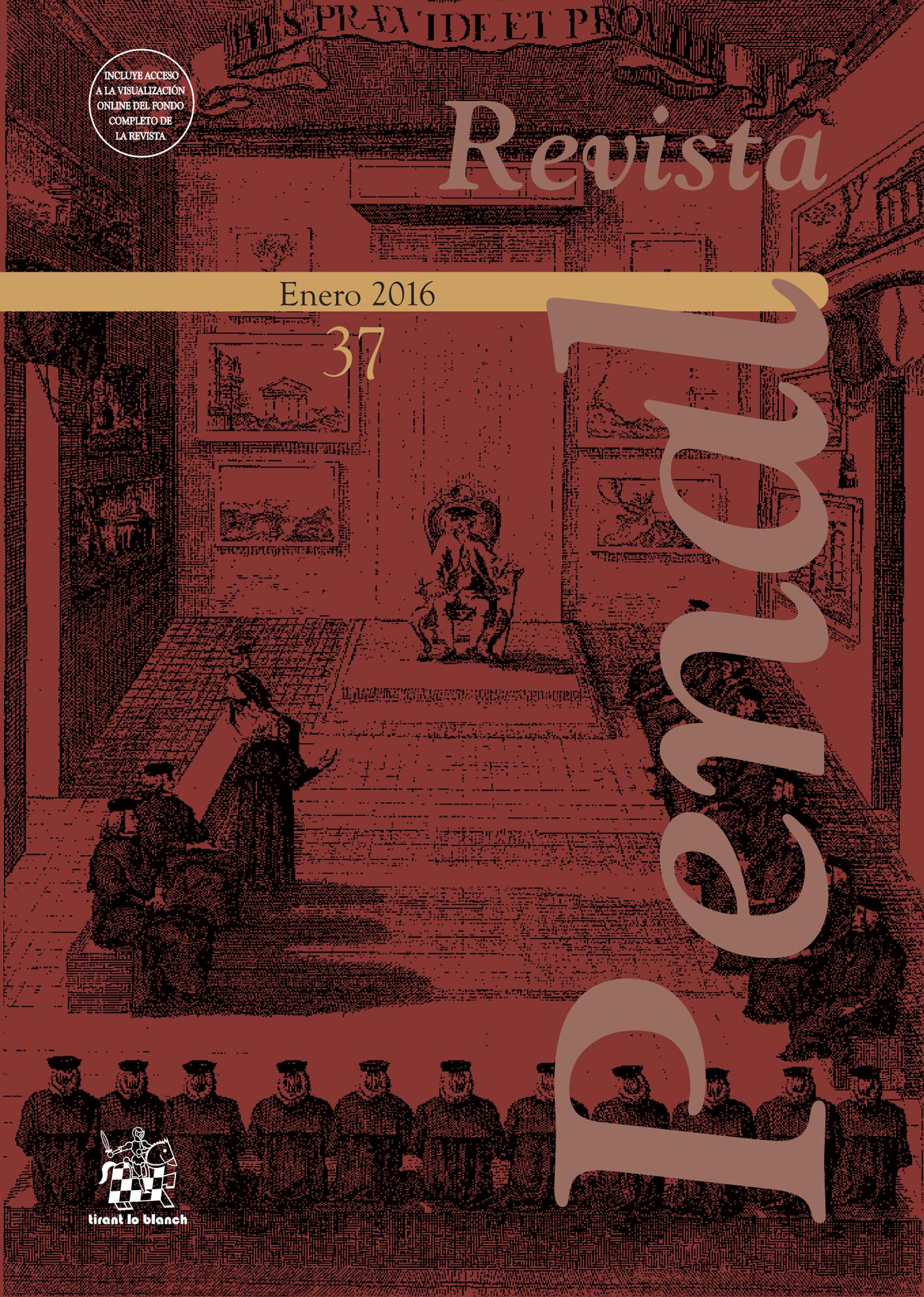
Enero 2016

37

Revista Penal

Penal

Enero 2016



Revista Penal

Número 37

Sumario

Doctrina:

– Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso, por <i>Kai Ambos</i>	5
– Corrupción y Derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	23
– Justicia preventiva, por <i>María Laura Böhm</i>	46
– El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos, por <i>Miguel Bustos Rubio</i>	61
– La conducción sin carné del artículo 384 CP. Conductas de distinta naturaleza jurídica, por <i>Luis Cáceres Ruiz</i>	80
– Fines del proceso y persona jurídica: algunas consideraciones y propuestas a la luz del caso Volkswagen, por <i>Jordi Gimeno Beviá</i>	99
– Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la LO. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional, por <i>Elena Núñez Castaño</i>	110
– El inhumano Derecho Penal de una funesta concepción de los Derechos Humanos, por <i>Luis Alberto Pacheco Mandujano</i>	136
– El nuevo Código Penal y la regulación de la violencia intrafamiliar y de género a la luz de las modificaciones introducidas, por <i>Francisco Javier Paíno Rodríguez</i>	163
– Reflexiones sobre la constitucionalidad del delito de detenciones ilegales o secuestros sin dar razón de la persona detenida, por <i>M^a Ángeles Rueda Martín</i>	184
– La legislación racial en la Alemania nazi, por <i>Thomas Vormbaum</i>	206
– ¿En qué medida permite el Derecho penal chino la eutanasia? por <i>Jia Jia Yu</i>	215
Sistemas penales comparados: El delito de aborto (Abortion).....	229
Notas bibliográficas: por <i>Juan Antonio Lascurain y Francisco Muñoz Conde</i>	289
In memoriam: <i>Horst Schüler-Springorum</i> por <i>Kai Ambos</i>	310



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Ludovico Bin (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Jia Jia Yu (China)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Corrupción y Derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Revista Penal, n.º 37. - Enero 2016

Ficha Técnica

Autor: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Salamanca.

Sumario: I. Introducción. II. Los condicionantes nacionales e internacionales. III. Las reformas del Código penal. IV. Conclusiones.

Resumen: El punto de partida lo constituye unas consideraciones generales sobre la expansión de la corrupción en nuestra sociedad y muy especialmente sobre su dimensión internacional. Esas consideraciones llevan a la necesidad de tener una nueva política criminal frente a la corrupción y dentro de ella a tener en cuenta el contenido de los principales instrumentos internacionales suscritos por España en el marco de Naciones Unidas, OCDE, Unión Europea, Consejo de Europa y GRECO. La última parte de este estudio aborda el examen de la Reforma penal de 2015 en lo que afecta a preceptos relacionados con los comportamientos de corrupción.

Palabras clave: Expansión de la corrupción. Instrumentos internacionales contra la corrupción. Reforma penal de 2015 y corrupción.

Abstract: The research starts stating some general considerations about the spread of corruption in our society, especially in its international dimension. These considerations lead to the need of creating a new criminal policy against corruption that considers the content of the international tools signed by Spain within framework of United Nations, OCDE, European Union, European Council and the GRECO. The research concludes with an evaluation of 2015's criminal justice reform in affecting behavior regarding corruption precepts.

Key words: Spread of corruption. International tools against corruption. 2015 criminal justice and corruption reform.

Observaciones: este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "Recuperación de activos derivados del crimen organizado y la corrupción. Implementación de criterios internacionales en Latinoamérica a la luz de la experiencia europea", financiado por el Ministerio de Educación del Gobierno de España (DER2012-32638).

Rec: 29/08/2015 **Fav:** 11/11/2015

I. INTRODUCCIÓN

El código penal de 1995 desde su entrada en vigor ha sido objeto de sucesivas y reiteradas reformas de dis-

tinta importancia¹, varias de ellas, como es el caso de la reciente de 2015, han incidido sobre figuras delictivas que en mayor o menor grado se refieren a conductas

¹ El legislador para justificar estos cambios hace reiterada referencia a la nueva realidad social y a las obligaciones derivadas de Convenios internacionales, pero, como ya decíamos en otro lugar, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/LIBERATORE S. BECHA-

que pueden quedar englobadas o guardar relación con la corrupción.

Los Códigos del XIX, que constituyen la base de la respuesta penal frente al uso desviado del poder, procedieron a la tipificación de conductas realizadas por funcionarios, que incidían negativamente sobre el funcionamiento de la Administración, que constituía el objeto de protección. Se trataba por tanto de una corrupción “nacional” que se afrontaba en especial a través de las clásicas figuras del cohecho y la malversación.

La situación hoy ha cambiado favorecida por la presencia a nivel global de nuevos condicionantes como la internacionalización política y económica o el desarrollo tecnológico alcanzado en los últimos tiempos. La influencia de estos y otros factores hace que hoy se produzca, no sólo en nuestro país, lo que se califica como una explosión de la corrupción², con nuevos actores y una multiplicación de sus efectos. La dimensión internacional que caracteriza a muchas de las más graves manifestaciones de la corrupción hace que se desarrolle frente a ella una nueva política criminal impulsada por la actuación de instituciones políticas de carácter internacional o regional.

Por otro lado, esta expansión de la corrupción hace pasar a primer plano las consecuencias políticas y económicas de estos comportamientos, que se antepone a la evidente incidencia negativa sobre el buen funcionamiento de la Administración, que continúa estando presente en muchos casos.

Como consecuencia de esta evolución, las conductas de corrupción pasan de estar vinculadas a la condición de funcionario a estarlo a la existencia de poder que

puede ser utilizado de forma desviada en el propio beneficio y por tanto a un carácter poliédrico de sus manifestaciones.

II. LOS CONDICIONANTES NACIONALES E INTERNACIONALES

Entre las reiteradas reformas que ha experimentado el Código de 1995, aquellas que pueden vincularse a la respuesta penal frente a la nueva realidad de la corrupción obedecen a dos grupos de causas de naturaleza muy diversa. Por una parte, la realidad de la corrupción y de la percepción de la misma en nuestra sociedad y por otra, las obligaciones derivadas de la pertenencia de España a organismos e instituciones internacionales.

La corrupción ha pasado a constituir un tema de gran trascendencia para la opinión pública, basta con ver en nuestro país los resultados que recoge el barómetro del CIS, que refleja el notable incremento de la consideración que la corrupción merece como problema a los españoles³.

Esta percepción negativa de la corrupción se ha agravado en los últimos tiempos, hecho que también es confirmado por los Informes de Transparencia Internacional. En el Informe de 2006 España ocupaba el puesto 23, con una puntuación de 6,8, en el de 2014 ocupa el puesto 37, con una puntuación de 6,0⁴. Ciertamente el último Informe exterioriza una cierta consolidación en la percepción de la corrupción, en especial si se compara con los últimos años, lo que, en opinión de Transparencia Internacional, “viene a demostrar que España no tiene corrupción sistémica, como ocurre en

RA, Ana Elisa: *El Proyecto de Código penal español de 2013. Algunas consideraciones político criminales*, en *Revista Penal* (34), 2014, p. 20, estas razones “han servido al legislador penal de coartada para llevar a cabo reformas que nada tienen que ver ni con lo uno ni con lo otro”.

2 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: *Corrupción y Derecho Penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas*, en *Revista Brasileira de Ciências Criminas* (81), 2009, p. 7 y ss.

3 El barómetro que mensualmente, salvo agosto, elabora el Centro de Investigaciones Sociológicas, tiene como objetivo medir determinados aspectos de la opinión pública española. Puede consultarse en su página web, www.cis.es (acceso 14.4.2015) En noviembre de 2013, la corrupción, con un 31,8%, era tras el paro, con un 77,7%, el problema que más preocupaba a los españoles. Un año después, en noviembre 2014, paro y corrupción continuaban siendo para los españoles los dos mayores problemas, pero mientras el paro mantiene su porcentaje en un 77%, la corrupción lo incrementa hasta un 63,8%. El último barómetro consultado, marzo 2015, refleja una disminución de la consideración de la corrupción como problema, el paro aumenta su porcentaje al 80,3% y la corrupción disminuye a una 50,8%.

Estos datos ratifican los resultados de otras encuestas, así, la Comisión Europea en el *Anexo referido a España de su Informe de Lucha contra la corrupción de la UE*, p. 3, textualmente afirma: “Según el Eurobarómetro especial de 2013 sobre la corrupción, el 63% de los encuestados (porcentaje más elevado de la UE) se considera afectado personalmente por la corrupción en su vida cotidiana (media de la UE: 26%), en tanto que el 95% manifiesta que la corrupción es un problema muy extendido en el país (media de la UE: 76%) y el 91% afirma que existe corrupción en las instituciones locales y regionales (media de la UE: 77%)”. http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf (acceso 29.1.2015)

4 Los Informe anuales de Transparencia Internacional pueden consultarse en www.transparency.org o en www.transparencia.org.es (acceso 7.1.2015) Ciertamente el mayor descenso se produjo en 2013, año en el que España retrocedió 10 puestos, con una nota de 5,9, descenso que solo superaron Gambia, Malí y Guatemala.

*un gran número de países, sino múltiples escándalos de corrupción política en los niveles superiores de los partidos y en los gobiernos locales y autonómicos*⁵.

Es indudable que estos datos sobre la valoración negativa que socialmente se da a la corrupción, tienen su explicación más próxima en casos tan mediáticos como el Gürtel, el de los ERE, el Bárcenas, el NOOS, con imputación de miembros de la familia real, o el más reciente de la familia Pujol⁶.

A este primer grupo de razones para dar explicación a las distintas reformas hay que añadir el cumplimiento de obligaciones internacionales, que en el caso de España se derivan de un lado de la pertenencia a Naciones Unidas y a la OCDE y, de otro, de ser miembro de la Unión Europea y el Consejo de Europa.

El haber suscrito la Convención contra la corrupción de Mérida, elaborada en 2003 en el marco de Naciones Unidas⁷, impone obligaciones penales y no penales a los Estados firmantes⁸. Pero, pese al indudable significado que tiene el que haya podido llegarse a elaborar un texto con este contenido y potencial extensión territorial, la Convención adolece de las dificultades, frecuentes en Naciones Unidas, de no articular mecanismos funcionales para poder impulsar y garantizar el cumplimiento de sus prescripciones⁹. También la heterogeneidad de los

Estados miembros hace que su articulado diferencie dentro de las medidas represivas propuestas, aquellas cuyo contenido es de obligatorio cumplimiento y aquellas que son meras recomendaciones, basta la lectura de la fórmula empleada, los Estados signatarios “*considerarán la posibilidad de tipificar como delito*”.

A este primer grupo de imperativos internacionales hay que añadir los relacionados con la pertenencia de España a la OCDE, organización que entre otros temas desarrolla una política activa frente a los efectos negativos de la corrupción sobre el comercio internacional y sobre las relaciones entre los Estados.

En 1997 la OCDE alcanza a elaborar un “Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones internacionales”. El Convenio, suscrito por España, obliga a los Estados signatarios a tipificar como delito en sus ordenamientos nacionales la conducta de quien soborna a un funcionario extranjero “*para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales*”

El Convenio, el más importante frente a la corrupción de un funcionario de un tercer país, lo que en terminología de la OCDE constituye la “*corrupción transnacio-*

5 Ver, Índice de percepción de la corrupción: La corrupción en el mundo durante 2014 en www.transparencia.org.es Por otro lado, en España la percepción de cuáles son las instituciones más corruptas se concentra en los partidos políticos y en el poder legislativo, lo que puede ponerse en conexión con la crisis de legitimación institucional que genera la corrupción. Una elemental reflexión sobre las causas de la corrupción en España las vincula, históricamente, en la época anterior a la crisis, cuando se construía, al urbanismo, y en consecuencia a la política municipal y siempre, antes y ahora, a la financiación de partidos y sindicatos.

6 En su último Informe Transparencia Internacional aborda la explicación de este aumento de la percepción negativa de la corrupción que se ha producido en España. Con acierto estima que las razones son complejas pues, “*por una parte, los sistemas de control se han mostrado más eficaces y han venido aflorando muy numerosos casos de corrupción; por otra parte, las denuncias de los medios de comunicación y el relevante eco social y atención prestada a los casos ahora aflorados han influido intensamente en la percepción ciudadana, generando un estado general de indignación; también es cierto que la crisis económica ha incrementado el nivel de exigencia social, y aunque la justicia viene cumpliendo su función con cierta eficacia y nivel de resultados, a pesar de su lentitud, se ha generado desde fines de 2009 un muy alto nivel de alarma social; finalmente, aunque el enfriamiento de la economía, especialmente en el sector urbanístico, permite pensar que los casos de corrupción se han reducido en ese ámbito, la lentitud de las sanciones penales, la baja intensidad de las penas en casos de corrupción relevante, la expansión de los escándalos a las instituciones clave del Estado, y la sensación de impunidad explican bien la percepción social negativa que se mantiene en este Índice*”

7 Esta Convención vino precedida por la Convención de Viena de 1988 contra el blanqueo y por la de Palermo de 2000, contra la criminalidad organizada. Estas dos últimas, aunque con objetivos más amplios que la corrupción, abordaban dos comportamientos, el blanqueo y la criminalidad organizada, que están presentes o que acompañan a muchas de las manifestaciones más graves de corrupción. En este sentido es claro el Preámbulo de la Convención de Mérida al recordar, “*los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero*”.

8 El texto completo de la Convención de Mérida puede consultarse en NACIONES UNIDAS. OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO: *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, Naciones Unidas, Nueva York, 2004. Su estructura, bastante indicativa de que la respuesta frente a la corrupción no debe ser sólo penal, es: Capítulo I: Disposiciones generales. Capítulo II: Medidas preventivas (Políticas anticorrupción no penales). Capítulo III: Represión. (Medidas penales y procesales). Capítulo IV: Cooperación internacional. Capítulo V: Recuperación de activos.

9 El mecanismo de examen de la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, establecido por la Resolución 3/1, es por lo menos de dudosa eficacia, al establecer que requiere el acuerdo entre los evaluadores y el país evaluado y tener un carácter confidencial, vid. PÉREZ CEPEDA, Ana/BENITO SÁNCHEZ, Demelsa: *La política criminal internacional contra la corrupción*, cit., p. 31, texto y nota (53).

nal¹⁰, se debe en gran medida a la iniciativa y presión de los Estados Unidos, que en 1977 había promulgado la *Foreign Corrupt Practices Act*¹¹. Pero, pese a la presión ejercida por la OCDE, el grado de cumplimiento de la Convención por parte de los Estados firmantes objetivamente es muy desigual¹².

La OCDE, de forma paralela, también lleva a cabo una lucha contra los denominados “paraísos fiscales”, países y territorios que por sus políticas bancarias y por su opacidad fiscal juegan un papel decisivo en el lavado de capitales, complemento necesario para muchos de los casos más graves de corrupción¹³. En este punto, la actuación de la OCDE se ve favorecida por la naturaleza global de la reciente crisis económica y por la política que en igual dirección han seguido los países del G20.

El punto de partida seguido por la OCDE para afrontar esta realidad ha sido la elaboración de la más conocida lista de Estados considerados como paraísos fiscales, lista que a lo largo de los años ha pasado de “negra” a “gris”¹⁴ y en la que se ha avanzado como instrumento para limitar el secreto bancario, reforzar las relaciones económicas entre los Estados y favorecer las políticas fiscales nacionales¹⁵. No se derivan, por tanto, de estas medidas obligaciones directas de contenido penal, pero ciertamente la supresión de estas políticas de opacidad fiscal es una pieza clave de carácter preventivo en la lucha contra el aprovechamiento de los beneficios de los grandes delitos económicos, entre los que se encuentran los supuestos más graves de corrupción¹⁶.

10 Denominación que utiliza la OCDE en su reciente informe para referirse a la corrupción definida en el art. 1 del Convenio, vid OCDE (2014), *Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale: une analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers*, Editions OCDE, en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264226623-fr>, expresamente p. 7 (acceso 15.1.2015)

11 La *Foreign Corrupt Practices Act*, tiene su origen en el escándalo que supuso la constatación de los sobornos que la empresa Lockheed había realizado a funcionarios japoneses para asegurarse la venta de un determinado modelo de avión. Este comportamiento genera en una opinión pública sensibilizada frente a la corrupción, son los años del Watergate, una situación que lleva a la criminalización de estos comportamientos. En contra estuvieron muchas empresas, sectores políticos y otros gobiernos, que entendían que el problema estaba en los países de los sobornados y no en el de los sobornadores. Sobre esta ley, sus causas, contenido y debates, véase BENITO SÁNCHEZ, Demelsa: *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, cit., pp. 54 a 63, tiene mucho interés la información que se proporciona en p.56 nota (7).

12 En el último informe de Transparencia Internacional sobre el grado de cumplimiento de este Convenio, TRANSPARENCY INTERNATIONAL: *Exporting Corruption: 2014 OECD Progress Report*.

En: http://issuu.com/transparenciainternacional/docs/2014_exportingcorruption_oecdprogre (acceso el 27/01/2015), Diferencia cuatro grupo de países, el primero los que tienen mayor grado de cumplimiento lo integran cuatro, Estados Unidos, Alemania, Reino Unido y Suiza, que suponen el 23,1% de las exportaciones en el mundo; el segundo, está formado por cinco países con moderado cumplimiento, lo integran, Italia, Canadá, Australia, Austria y Finlandia, suponen el 8,3% de las exportaciones mundiales; el tercer grupo, lo forman ocho países con limitado cumplimiento, está formado por Francia, Suecia, Noruega, Hungría, Sudáfrica, Argentina, Portugal y Nueva Zelanda, que suponen el 7,6% de las exportaciones mundiales y finalmente un amplio cuarto grupo de veintidós países, Japón, Holanda, Corea del Sur, Rusia, España, Bélgica, México, Brasil, Irlanda, Polonia, Turquía, Dinamarca, República Checa, Luxemburgo, Chile, Israel, Eslovaquia, Colombia, Grecia, Eslovenia, Bulgaria y Estonia, que suponen el 27% de las exportaciones mundiales.

13 Vid. SAURA GARCÍA, Pedro: *Paraísos fiscales y corrupción*, en Temas para el debate, N.º. 223 (jun.), 2013. FABIAN CAPARROS, Eduardo: *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, en especial p. 88 y ss.

14 A final de la última década del pasado siglo la OCDE asume como objetivo la actuación contra los paraísos fiscales y señala una lista de 41 países y 21 territorios que le merecían esta consideración. La crisis económica y la presión del G20 hizo que los países de la lista original fuera disminuyendo, entre otras razones por que era relativamente fácil abandonar la lista, bastaba con suscribir 12 convenios bilaterales, donde se comprometían a intercambiar información fiscal, pero estos convenios podían ser entre países que se encontraban en la lista. Sobre este punto véase, GARZÓN ESPINOSA, Alberto: *Paraísos fiscales en la globalización financiera*, cit., p. 144.

El último test de transparencia de la OCDE no ha sido superado por, Brunei, Dominica, Micronesia, Guatemala, Líbano, Liberia, Islas Marshall, Nauru, Panamá, Trinidad y Tobago, Vanuatu.

15 Cada Estado puede tener su propia lista de “paraísos fiscales”, con consecuencias sobre las relaciones económicas con los mismos. En España la lista de los 48 Estados y territorios, que merecen esa consideración, aparece recogida en el RD.1080/1991, de 27 de mayo. El Ministerio de Hacienda en la última actualización de esta lista de diciembre de 2014, reduce la lista a los 33 Estados y territorios, que a continuación se relacionan 1. Emirato del Estado de Bahrein, 2. Sultanato de Brunei, 3 Gibraltar, 4. Anguilla, 5. Antigua y Barbuda, 6. Bermuda, 7. Islas Caimanes, 8. Islas Cook, 9. República de Dominica, 10. Granada, 11. Fiji, 12. Islas de Guernesey y de Jersey (Islas del Canal), 13. Islas Malvinas, 14. Isla de Man, 15. Islas Marianas, 16. Mauricio, 17. Montserrat, 18. República de Naurú, 19. Islas Salomón, 20. San Vicente y las Granadinas, 21. Santa Lucía, 22. Islas Turcas y Caicos, 23. República de Vanuatu, 24. Islas Vírgenes Británicas, 25. Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, 26. Reino Hachemita de Jordania, 27. República Libanesa, 28 República de Liberia, 29. Principado de Liechtenstein, 30. Macao, 31. Principado de Mónaco, 32. Sultanato de Omán, 33. República de Seychelles.

16 Pero no se crea que la opacidad fiscal solo se da en los Estados incluidos en las listas de la OCDE, sirva de muestra la sentencia del conocido como caso “ballena blanca”, TS 974/2012 de 5.12.2012, que, en sus hechos probados recoge como, “Por lo general, la per-

Por otro lado, la pertenencia de España a las instituciones europeas condiciona internacionalmente el contenido de la política criminal frente a la corrupción, en estos casos la mayor obligatoriedad de las disposiciones de estas instituciones para los Estados miembros las dota de un mayor grado de efectividad.

Las medidas propugnadas por la Unión Europea contra la corrupción comienzan a adoptarse en los últimos años del pasado siglo y pueden situarse dentro de lo que en principio constituye el contenido de un “Derecho penal europeo”¹⁷, teniendo como objeto la protección de los intereses financieros de la Unión y la delincuencia transfronteriza, rasgo este que suele concurrir en las conductas más graves de corrupción.

Los primeros pronunciamientos de la Unión Europea en este campo tienen por finalidad afrontar la posible corrupción de los funcionarios comunitarios para garantizar la protección de sus intereses financieros¹⁸. Este es el sentido de los dos primeros convenios, de 1996 y 1997, que pretenden que las legislaciones penales de los Estados miembros tipifiquen como delito “actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades europeas o de los Esta-

dos miembros de la Unión Europea”¹⁹. Estos Convenios fueron completados por el Plan de Acción contra la delincuencia organizada de 1997, dada la conexión de la corrupción con esta forma de delincuencia²⁰.

Junto a este camino la Unión Europea ha propugnado el castigo de la corrupción privada para garantizar la libre competencia, aquí la dimensión de las consecuencias económicas de la corrupción constituye la clave para el recurso al Derecho penal, que aparece prescrito por la “Decisión Marco del Consejo Europeo de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado”²¹, que había sido precedida en 1998 por una “Acción común sobre la corrupción en el sector privado”. El art. 4 de la Decisión Marco establece de forma taxativa el uso del Derecho penal en estos casos de corrupción²² y en los dos artículos siguientes establece la adopción de medidas penales o administrativas frente a los comportamientos de corrupción llevados a cabo por personas jurídicas²³.

Por su parte, el Consejo de Europa creado con el objetivo de defender los Derechos Humanos, el Estado de Derecho y la democracia, ha desarrollado siempre una política muy activa frente a la corrupción²⁴. La pie-

sona jurídica extranjera era una sociedad constituida en el Estado norteamericano de Delaware cuya legislación permite que los últimos beneficiarios y dueños de la inversión no aparezcan en la escritura o título constitutivo. HERNÁNDEZ VIGUERAS, Juan: *Crisis financiera, rescates bancarios y paraísos fiscales*, en *El viejo topo*, n.º 253, 2009, p. 56, no duda en calificar a este Estado como “el paraíso fiscal que no figura en la lista de la OCDE”

17 Sobre la Unión Europea y Derecho penal puede consultarse la síntesis que efectuamos en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012, p. 147 y ss. También, ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto/NIETO MARTÍN, Adán: *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca 2006.

18 Sobre las primeras iniciativas de la Unión Europea en este campo, véase, BENITO SÁNCHEZ, Demelsa: *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, cit., p. 86. Con carácter general sobre la Unión Europea y la corrupción, vid., CARRERA HERNÁNDEZ, F. Jesús: *La persecución penal de la corrupción en la Unión Europea*, en AAVV: *Cooperación jurídica internacional*, BOE, Madrid, 2001, p. 212.

19 Este es el título del Convenio de 1997 que continúa la línea iniciada el año anterior por el Primer Protocolo Adicional al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Tiene que resaltarse la tardanza en la entrada en vigor de estos Convenios el de 1996 lo hizo el 17 de octubre de 2002 y el de 1997, el 28 de septiembre de 2005, ocho años después de su adopción.

20 Sobre este Plan vid., BENITO SÁNCHEZ, Demelsa: *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, cit., p. 93.

21 Sobre antecedentes, contenido y problemas que plantea puede verse BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/CERINA, Giorgio: *Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y Derecho comparado*, en *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, 89, 2011, p. 159 y ss.

22 El artículo 4 de esta Decisión marco obliga a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para asegurar que los actos de corrupción activa y pasiva en el sector privado sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, y que incluyan una pena privativa de libertad de una duración máxima al menos de uno a tres años.

23 Ante la tardanza de los Estados en aplicar el contenido de esta Convención, la Comisión pretendió potenciar su lucha contra la corrupción a través de una Comunicación, en 2003, titulada, “Una política global de la Unión Europea contra la corrupción”, http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/normativas/politica%20global%20de%20la%20ue%20contra%20la%20corrupcion.pdf, recoge el texto de esta Comunicación (acceso 14.2015). Su contenido es una invitación imperativa a los Estados miembros a que adopten políticas activas de lucha contra conjunta contra la corrupción.

24 A partir de la Conferencia de Ministros celebrado en 1994 en Malta, inicia la adopción de medidas contra la corrupción Vid. BENITO SANCHEZ, Demelsa: *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, cit., p. 100 y ss.

za clave es la Convención penal contra la corrupción, de 1999²⁵, ratificada por España en 2005 y en vigor a partir de 2010, en cuyo preámbulo se afirma que la corrupción, “*constituye una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos, que la misma socaba los principios de una buena administración, de la equidad y de la justicia social, que falsea la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad*”²⁶.

Esta Convención penal contempla la incorporación a la legislación penal de los Estados firmantes de una serie de delitos referidos a la corrupción. Su contenido es mucho más amplio que otros instrumentos internacionales, pues aborda el cohecho tanto en el ámbito público, como en el privado y en el internacional y en los tres supuestos, tanto el activo como el pasivo. Además incorpora la responsabilidad penal de las personas jurídicas y una muy amplia serie de medidas procesales y preventivas. La Convención penal está completada por

otra de carácter civil del mismo año, también vigente en España a partir de 2010, que recoge indemnizaciones para las víctimas de la corrupción²⁷.

El Consejo de Europa, para el seguimiento de la aplicación por los Estados de su política contra la corrupción, creó, a partir de 1998, el Grupo de Estados contra la Corrupción, GRECO²⁸, del que forma parte España y que periódicamente emite, en diálogo con las autoridades de cada país, informes sectoriales sobre las medidas seguidas por los Estados en su lucha contra la corrupción, con evaluaciones y recomendaciones, de cuyo cumplimiento se hace un ulterior seguimiento²⁹.

Desde un punto de vista político criminal es obligado considerar el Informe de la Comisión, de enero de 2014, sobre la lucha contra la corrupción que dirige al Consejo y al Parlamento³⁰.

Dentro de este Informe, para este estudio, tiene particular interés el anexo referido a España³¹. La lectura del mismo pone de relieve como el éxito de la lucha contra la corrupción en España depende, más que de nuevas reformas penales, de la aplicación de las que ya se lle-

25 La Convención penal de 1999 requería para su entrada en vigor 14 ratificaciones, que se alcanzaron el 1.7.2002. España firmó en 2005, ratificó en 2009 y entró en vigor el 28.4.2010. En la actualidad la Convención tiene 45 ratificaciones de países miembros y no miembros del Consejo de Europa y 5 firmas aún no seguidas de ratificación. La Convención es completada por un Protocolo de 2003, en vigor desde 2005. España lo ratificó en 2009, entrando en vigor el 17.1.2011. En la actualidad ha sido firmado y ratificado por 37 países y está firmado y pendiente de ratificación por otros 9. Ver la información sobre la Convención y sobre el Protocolo, en www.coe.int/greco (acceso 1.2.2015)

26 El Consejo ha adoptado distintas medidas que arrancan de su “Programa de Acción contra la corrupción” de 1996. Al año siguiente el Consejo de Ministros aprobó el 6.11.1997, “Veinte principios directivos para la lucha contra la corrupción”. El año 2000 el Consejo de Ministros adoptó una recomendación estableciendo un “Código de conducta de los funcionarios públicos” y en 2003 otra Recomendación para el establecimiento de una “Reglas comunes contra la corrupción en la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales”. El texto de todos estos documentos puede consultarse en http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/european-council/index_es.htm (acceso 1.2.2015)

27 La Convención civil de 1999, requería para su entrada en vigor, 14 ratificaciones que se obtuvieron el 1.11.2003. España la firmó en 2005, la ratificó en 2009 y entró en vigor el 1.4.2010. En la actualidad la Convención tiene 35 ratificaciones de países miembros y no miembros del Consejo de Europa y 7 firmas aún no seguidas de ratificación. Ver la información sobre la Convención en www.coe.int/greco (acceso 1.2.2015)

28 Sobre GRECO, puede consultarse la amplia información contenida en su página web, www.coe.int/greco

29 La cuarta ronda de evaluación de las medidas contra la corrupción se ha centrado en la “Prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales”, el informe sobre España es público desde el 15.1.2014. Las tres anteriores rondas trataron, la primera sobre la situación general de la corrupción y la lucha contra ella en España, la segunda abordó tres temas, “Los productos de la corrupción. Administraciones públicas y corrupción y Personas Jurídicas y corrupción” y la tercera sobre “Transparencia de la financiación de los partidos políticos”. A los documentos de las cuatro evaluaciones sobre España y sobre los demás países se puede acceder a las mismas en www.coe.int/greco

30 COMISIÓN EUROPEA: *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE*, Bruselas 2014, texto completo puede verse en: ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library (acceso 20.1.2015). El origen de la elaboración de este Informe viene de 2011 en una Comunicación de la Comisión al constatar que, “la aplicación del marco jurídico de lucha contra la corrupción sigue siendo desigual de un Estado miembro a otro y, en general, no es satisfactoria. No todos los Estados miembros han transpuesto la legislación de la UE contra la corrupción”, vid., COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico Y Social Europeo*, Bruselas 2011. El texto completo aparece en distintas direcciones electrónicas, se ha utilizado, http://eurored.ccoo.es/eurored/Instituciones_UE:Comision_Europea (acceso 20.1.2015)

31 El texto de este Informe sobre la situación de la lucha contra la corrupción en España, al que ya nos hemos referido, puede verse en http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf.

varon a cabo o de reformas en otros ámbitos que doten de eficacia a la política criminal contra la corrupción.

En su diagnóstico, el Informe considera como cuestiones que están en el punto de mira en nuestro país: la financiación de los partidos políticos, la corrupción a nivel regional y local, el conflicto de intereses y la publicidad del patrimonio, el desarrollo urbano³², la contratación pública³³ y la transparencia y acceso a la información.

Los autores del Informe subrayan las reformas ya llevadas a cabo, e incluso consideran algunas buenas prácticas en la contratación pública a nivel local³⁴, en la transparencia, en el acceso a la información y en la mejora de los índices de transparencia en la Administración municipal. Pero enumeran cuatro aspectos en los que se requiere profundizar, en concreto: seguir trabajando en la normativa de la financiación de los partidos políticos³⁵; desarrollar estrategias a la medida para las administraciones regional y local; desarrollar códigos de conducta para los cargos electos a nivel central, regional y local³⁶; finalmente, en la contratación pública tener en cuenta las conclusiones del Tribunal de cuentas y organismos análogos.

5. El examen de estos dos grupos de condicionantes de la política criminal frente a la corrupción nos lleva a formular ya una serie de observaciones. Es incuestionable que la nueva realidad de la corrupción requiere una nueva política criminal. Dentro de ella nadie discute la necesidad de recurrir al Derecho penal frente a sus formas más graves, pero parece claro que los instrumentos internacionales y la racionalidad en el recurso a las penas, constitucionalmente requerido, permite sostener

que existe un importante y largo camino a recorrer fuera del Derecho penal para afrontar con eficacia la lucha frente a la corrupción.

Existe el riesgo, en el que es propenso a incurrir el legislador, de, en razón de las que hemos calificado como causas nacionales de la corrupción, se recurra de forma reiterada a la adopción de medidas que se sitúan dentro del valor simbólico inherente al Derecho penal. Los peligros de la prevención general positiva con la búsqueda de una legitimación en la opinión pública³⁷, han estado y están presentes en este campo, baste recordar las valoraciones que sobre la situación en España recoge el Informe de Transparencia Internacional, que se sintetizan en la constatación de la existencia en la sociedad de una sensación de impunidad respecto a la corrupción, que por otra parte no corresponde con la realidad.

Por otro lado, las nuevas conductas de corrupción penalmente relevantes participan de toda la problemática política criminal y dogmática que, con carácter general presenta el denominado “moderno Derecho penal”³⁸.

En síntesis, es la hora no de nuevas reformas en la legislación penal, sino de la colaboración internacional, de los necesarios cambios procesales³⁹, de las modificaciones de regulaciones administrativas, de la aprobación de nuevas normativas, y de asumir políticas que transmiten y garanticen la transparencia y la eficacia.

Pensar que evitar la corrupción depende sólo de las reformas penales realizadas y que pasamos a exponer en el siguiente apartado, es cuanto menos ingenuo. La corrupción es plural en sus causas y en sus manifestaciones y posee rasgos propios en cada país. Una

32 Sobre este punto véase OLAIZOLA NOGALES, Inés y otros: *Corrupción y urbanismo*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.

33 Sobre la corrupción dentro de la contratación pública puede consultarse por todos JAREÑO LEAL, Ángeles: *La corrupción en la contratación pública*, en JAREÑO LEAL, Ángeles (dir.): *Corrupción pública: cuestiones de política criminal*, Iustel, Madrid, 2014, p. 149 y ss.

34 COMISIÓN EUROPEA: *Informe sobre la situación de la lucha contra la corrupción en España*, cit., p. 14, pone como ejemplo de buena práctica, “la creación de la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública en Cataluña o de la Comisión Consultiva para la Transparencia en las Islas Baleares, adscrita a la Consejería de Presidencia, ha fijado estándares de transparencia más estrictos, centralizado la recopilación de datos y mejorado el escrutinio de los procedimientos de contratación pública”.

35 Sobre este punto es consulta imprescindible la reciente monografía de OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos: Un foco de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014.

36 COMISIÓN EUROPEA: *Informe sobre la situación de la lucha contra la corrupción en España*, p. 16, donde valora como importante, “garantizar el necesario marco de aplicación de la nueva Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, incluido un mecanismo de supervisión independiente de la mano de un sistema de sanciones disuasorias”.

37 Sobre este punto, por todos, LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: *Bem jurídico penal*, Quartier Latin, Sao Paulo, 2014, p. 213 y ss.

38 Sobre los problemas de la incorporación de estos nuevos contenidos al Derecho penal, por todos, ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2ª edic., Madrid 2001, o HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco: *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995

39 Los problemas procesales vinculados a la complejidad de muchos de los casos de corrupción es motivo de la prolongación de los procesos con las consecuencias negativas de todo tipo que de ello se derivan. Ver sobre esta problemática el reciente artículo de RUZ GUTIÉRREZ, Pablo: *Principales problemas procesales en la investigación de los procedimientos por corrupción*, en Cuadernos penales José María Lidón, 11, 2015, p. 203 y ss.

realidad compleja exige respuestas complejas que van mucho más allá del contenido del articulado del Código penal.

III. LAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL

Como se irá exponiendo, en el caso de la corrupción la mayor parte de los cambios legislativos de carácter penal derivados de los distintos convenios internacionales suscritos por España ya se habían producido con anterioridad a 2015. En las páginas que siguen, sin pretensión de exhaustividad, se busca llevar a cabo una consideración conjunta de las distintas reformas que pueden vincularse a la respuesta penal frente a la corrupción, ya sea nacional o internacional, tomando como punto de partida las consecuencias que esta tiene en la actualidad.

Un primer grupo de reformas aborda lo que en puridad se puede denominar corrupción internacional con distintos contenidos, por un lado la necesidad de que los ordenamientos jurídicos nacionales recojan comportamientos realizados por funcionarios de las distintas instituciones internacionales, en este sentido es clara toda la normativa generada por la Unión Europea y la propia Convención de Mérida.

Por otro y a veces vinculada a este tipo de comportamientos, se encuentra la necesidad de afrontar la corrupción de funcionario extranjero, con la finalidad de garantizar las relaciones económicas internacionales. En este campo es determinante la actuación de la OCDE.

Un segundo grupo de propuestas y recomendaciones va dirigido a abordar las causas concretas que la corrupción presenta en España, que no excluye el que traiga consecuencias que vayan más allá de nuestras fronteras, pues finalmente la corrupción nacional, puede requerir operaciones de lavado de dinero, al que en seguida me referiré, que muchas veces se llevan a cabo en otros países. Además, no se debe olvidar que la corrupción de un país afecta en mayor o menor medida a los restantes países con los que tiene relaciones, según sea la intensidad de las mismas, y ya sean estos vínculos de carácter político o económico.

En este grupo hay que incluir las reformas legislativas referidas a la contratación pública, a la corrupción de particulares, a la financiación de partidos políticos, a la ordenación del territorio o al medio ambiente, o la pretensión de tipificar autónomamente el enriquecimiento ilícito.

Otra serie de reformas se refieren a comportamientos que no siempre están relacionados con la corrupción, pero que pueden estar vinculados a su significación económica, pues posibilitan beneficiarse de sus efectos. Este es el caso del lavado de dinero y como complemento necesario del mismo las actuaciones sobre los paraísos fiscales o las dirigidas a la recuperación de activos, estas no tienen carácter penal, por lo que no serán abordadas en estudio.

Finalmente, hay que apuntar algunas reformas de parte general que se proyectan también sobre delitos, que implican o presuponen una conducta de corrupción, ya que facilitan su comisión, este es el caso de la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas, o, como en las modificaciones de la regulación del decomiso, que pretenden evitar el aprovechamiento de los beneficios económicos derivados de estos comportamientos.

En relación al **cohecho**, el denominador común de los Convenios internacionales referidos a la corrupción es demandar a los Estados firmantes la tipificación del cohecho tanto activo como pasivo, lo que ya se daba en la legislación española, pero la nueva situación internacional exigía una mejora técnica de sus contenidos, lo que se lleva a cabo especialmente en la reforma de 2010⁴⁰.

La internacionalización de la corrupción es abordada directamente en estos delitos, en un primer momento, tras la reforma de 2010, con la protección de intereses financieros de la Unión Europea, que, tal como demandaban los textos por ella generados, hacía que el delito de cohecho, de acuerdo con el art. 427 del código penal, comprendiera los casos en los que “*los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado*”

40 Vid. el análisis que lleva a cabo MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria: *El delito de cohecho de funcionarios nacionales en el código penal español: condicionantes internacionales y principales aspectos de su nueva regulación*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*, cit., en especial p.286 y ss. Así mismo véase el análisis de VALEIJE ÁLVAREZ, Inma: *Cohecho (arts. 419 y ss.)*, en GONZALEZ CUSSAC, José L. (director): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p.1153 y ss., donde subraya como la reforma de 2010 del cohecho aparece condicionada internacionalmente y en algunos puntos por las recomendaciones contenidas en los informes del GRECO a las que ya nos hemos referido. Aunque, como pone de manifiesto OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos. Un foco de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 57 y ss., el legislador fue más allá de las recomendaciones de los informes del GRECO, al introducir importantes modificaciones en algunos tipos.

*miembro de la Unión*⁴¹. A continuación, en el mismo artículo recogía con amplitud quien merecía esta consideración⁴². La reciente reforma del Código penal va más allá pues, además de agravar con carácter general la pena del delito de cohecho, procede a la ampliación de los funcionarios objeto de estos delitos al equiparar al funcionario nacional a los de cualquier Estado u organización internacional pública, tal como demandaba la Convención de Naciones Unidas⁴³. Este cambio trae consecuencias sobre otros delitos, en especial sobre el tipo referido a la protección de la competencia en el marco internacional.

Importa subrayar que en el cohecho continua en primer plano como objeto de protección el funcionamiento de la Administración⁴⁴, que tras las últimas reformas incorpora, desde 2010, la protección del buen funcionamiento de la Administración de la Unión Europea y de la de los distintos Estados miembros y desde 2015 el de cualquier otro Estado u organización internacional.

Por tanto, en el caso del cohecho no aparecen recogidas directamente en el tipo las posibles consecuencias

económicas, que como vimos caracterizan las nuevas formas de corrupción y que se engloban en otras figuras delictivas.

La protección de los intereses de la Unión Europea, desde un primer momento fue más allá de la revisión del sujeto en estos delitos y alcanza a otros, como el fraude de subvenciones o los fraudes Tributarios, que en algunos casos pueden guardar conexión con conductas de corrupción⁴⁵ y en los que si se incorpora el contenido económico de las conductas penalmente relevantes.

Por otro lado, y como adelantaba la Exposición de Motivos, la reforma de 2015 ha procedido a una agravación generalizada de la respuesta penal en los “*llamados delitos contra la corrupción en el ámbito de la Administración pública*”, muchos de los cuales pueden ser aplicables en casos de corrupción⁴⁶. Esta política criminal de agravación además aparece reforzada por la introducción de una limitación para la obtención de la libertad condicional, al establecer, en el p. 2 del número 4 del excesivamente extenso art. 90, que se puede

41 La Convención de Mérida da un concepto más amplio de funcionario extranjero, a la que se aproxima más el Código penal español tras la reforma de 2015. En concreto el art. 2 de la Convención en dos de sus apartados establece: “b) Por “funcionario público extranjero” se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública; c) Por “funcionario de una organización internacional pública” se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre;”

42 El art. 427, después de la reforma de 2010 establecía: “1. Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión. A estos efectos se entenderá que es funcionario de la Unión Europea: 1.º toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea; 2.º toda persona puesta a disposición de la Unión Europea por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de la Unión Europea; 3.º los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea no les sea aplicable. Asimismo, se entenderá por funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión el que tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro”.

43 La redacción del art. 427 tras la reforma de 2015, queda como sigue: “Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a: a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección. b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública. c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública”. Ver el análisis de este precepto que efectúa VALEIJE ÁLVAREZ, Inma: *Cohecho...*, cit., p. 1179 y ss.

44 Existen distintas posturas en relación con el bien jurídico protegido en el cohecho, con carácter general me parece convincente el análisis de las distintas posturas que lleva a cabo OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos*, cit., p. 27 y ss., pues tiene razón al sostener la presencia en este delito de un bien jurídico merecedor de protección por parte del Derecho penal y al situar este en el funcionamiento de la Administración y en concreto en garantizar la prestación de servicios públicos en condiciones de igualdad.

45 Ver por todos, ARROYO ZAPATERO, Luis/NIETO MARTIN, Adán: *Fraude y corrupción en el Derecho económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2006.

46 De acuerdo con la Exposición de Motivos de la reforma de 2015 esta agravación generalizada en los delitos que pueden implicar corrupción dentro de la Administración pública, se lleva a cabo con un “*aumento generalizado de las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público*”, a la que une en los supuestos de más gravedad la de ejercicio de sufragio pasivo.

denegar su concesión, “cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado”

Todas estas reformas del cohecho pueden vincularse también a la que hemos denominado “corrupción nacional”, y muy especialmente a la necesidad de abordar su presencia en la contratación pública, a la que antes se ha hecho referencia, aunque la política criminal frente a estos comportamientos no puede limitarse al Derecho penal sino que pasa por la profundización en políticas de transparencia y por reformas en la regulación administrativa, que aborden el funcionamiento interno de la Administración⁴⁷, y en especial los procedimientos de contratación pública.

La tutela de **las relaciones económicas internacionales** con la pretensión de evitar su contaminación por comportamientos que quiebren la libre competencia es, como vimos, un objetivo prioritario para la OCDE, que hizo que el legislador español, incorporase como delitos

en el art. 445 del Código penal conductas de corrupción en las transacciones comerciales internacionales⁴⁸. En 2013, la OCDE emite un informe “demoledor”⁴⁹ sobre la situación en España, al constatar que durante toda su vigencia, no se había producido ni una sola condena⁵⁰. Con lo que, por otra parte, se confirma una evidencia, que una cosa son las leyes y otra muy distinta la realidad de su aplicación.

Esta situación hace que el autor de la última reforma busque un nuevo camino para dar cabida a estos comportamientos dentro de la sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII del libro II, hasta ahora denominada “*De la corrupción entre particulares*”, que pasa a titularse “*De la corrupción en los negocios*”⁵¹. El legislador, con una técnica cuanto menos estética y sistemáticamente discutible⁵², suprime el capítulo X del Título XIX, “*De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*” e incluye el contenido del farragoso art. 445, con alguna modificación que complica más las cosas, en el nuevo art. 286 ter⁵³.

47 En especial, sobre contenidos de políticas preventivas frente a la corrupción en las administraciones públicas, pueden consultarse los estudios recogidos en el primer capítulo de ya citada obra de NIETO MARÍN, Adán/MAROTO CALATAYUD, Manuel (directores): *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, cit., p.17 a 130.

48 Este delito se introduce en el Código penal español por la LO. 3 del año 2000, sobre esta primera redacción véase FABIÁN CAPPARRÓS, Eduardo: *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. La actual redacción del artículo proviene de la reforma de 2003 y fue revisada en la de 2010. Sobre este delito es básica la citada monografía de BENITO SÁNCHEZ, Demela: *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, cit., p. 145 y ss.

49 El Grupo de trabajo efectuó en la fase 2, en 2006, una serie de recomendaciones que afectan a la corrupción transnacional. A resaltar que en su Informe el Grupo de trabajo de la OCDE constata no se ha seguido ninguna de las tres referidas a la “*infracción de corrupción transnacional*”, ninguna de las dos concernientes a la “*responsabilidad de las personas jurídicas en caso de corrupción transnacional*” y ninguna de las cinco referidas a las “*sanciones aplicables a la corrupción transnacional*”. Vid. OCDE: *Rapport de phase 3 sur la mise en oeuvre par l’Espagne de la Convention de l’OCDE sur la lutte contre la corruption, decembre 2012*, p. 92 y ss., en <http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/Espagne-Phase-3-FR.pdf> (acceso 16.1.2015)

50 Textualmente afirma: “*El Grupo de trabajo está extremadamente preocupado por el hecho de que después de casi 13 años desde la entrada en vigor de la infracción de corrupción transnacional en España, ninguna persona física o moral haya sido perseguida o condenada por este tema*”. Vid. OCDE: *Rapport de phase 3 sur la mise en oeuvre par l’Espagne de la Convention de l’OCDE sur la lutte contre la corruption, decembre 2012*, cit., p.5. El Informe, p.10 y 11, constata la existencia de cuatro asuntos en los que se inició una investigación que concluyó en archivo. En concreto, cinco se referían a relaciones comerciales con distintos países, Costa Rica, Libia, Angola, Marruecos y Letonia y dos a programas internacionales de contenido económico, uno referido a comercio de material militar y otro al programa de Naciones Unidas, “petróleo contra alimentos”.

51 Esta denominación se incorpora en el debate de la reforma en el Senado y sustituye a la de “*corrupción en el sector privado*”, que había aprobado el Congreso.

52 Aunque requiere una mayor profundización, no parecía técnicamente necesario el cambio de ubicación de este delito. El Senado con el señalado cambio de denominación de la Sección, de “*corrupción en el sector privado*”, a “*delitos de corrupción en los negocios*”, salva la obvia objeción de que era difícil hablar de corrupción privada, cuando uno de los sujetos de la relación de corrupción es “*autoridad o funcionario público*”, aunque lo sea de otro país, máxime cuando su intervención se efectúa “*en relación con el ejercicio de funciones públicas*”.

53 El nuevo art. 286 ter. “*1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio.*”

La explicación a este cambio de ubicación hay que buscarla en la consideración del bien jurídico protegido en estos delitos que tendría como contenido las relaciones económicas, mientras que el buen funcionamiento de la Administración, aunque sea de otro país, que también resulta afectado pasa a un segundo plano. Pero la ampliación que se efectúa en el cohecho hace que en este caso, respecto al bien jurídico, se inviertan los términos.

Es decir, respecto a la decisión político criminal de otorgar relevancia penal a comportamientos en que esté implicado un funcionario extranjero se presenta la opción entre dos caminos, según el bien jurídico que se estime como más relevante, o el funcionamiento de la Administración o las relaciones económicas internacionales, pues bien, el legislador ha optado por seguir los dos a la vez, lo que en lugar de solucionar problemas los genera.

Al ampliar el concepto de funcionario en el cohecho hace que sean ineludibles en él todos los comportamientos de este cohecho internacional del 286 ter⁵⁴, lo lógico, si se asume la explicación que hemos dado al cambio de ubicación de este delito, sería plantearse un concurso ideal de delitos. Pero el legislador parece excluir esta vía y acude a incorporar una regla de concurso de leyes al establecer su aplicación “*salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código*”, afir-

mación que no constituye una ayuda para solucionar estos problemas⁵⁵.

A esta primera observación hay que añadir la que se deriva del hecho de que en el 286 ter únicamente se contempla el comportamiento de cohecho activo, es decir de quien corrompe, pero no el del funcionario objeto de la corrupción cuyo comportamiento, por la ampliación del concepto de funcionario siempre quedará dentro del cohecho. Realidad que se torna más compleja si se analiza la Ley Orgánica del Poder judicial y el campo de aplicación que se establece para el principio de justicia universal⁵⁶.

En cualquier caso, y volviendo al núcleo de la cuestión, entiendo que es difícil de sostener, que la no aplicación de la legislación penal española a casos de corrupción en las relaciones económicas internacionales dependa del lugar de la colocación del tipo penal en el Código o de las modificaciones realizadas introducidas en la última reforma, que más que facilitarla la dificultan.

Las obligaciones internacionales de España, generadas tanto por la Convención de Mérida, aunque no la mencione, como en especial por “la trasposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI relativa a la lucha contra la **corrupción en el sector privado**” llevaron al legislador en 2010, ciertamente con bastante retraso, a incorporar al código estas conductas de corrupción privada en el nuevo artículo 286 bis, con lo que pasa-

Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

2. *A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427”*

54 Como ya ha puesto de relieve GARCÍA ALBERO, Ramón: *Corrupción en los negocios y modificación del cohecho*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 574, el contenido del cohecho es más amplio que el de este delito, además “aunque el artículo 286 no incrimina más que al particular —cohecho activo— la conducta del funcionario podría ser castigada por el artículo 420 o 419 CP. Lo mismo con los sobornos impropios o subsiguientes”.

55 Sobre la regla del concurso de leyes que plantea el legislador en la nueva redacción, mi discípula, la profesora DEMELSA BENITO, en diálogo que hemos sostenido sobre este aspecto de la reforma, me argumenta con razón que tampoco tiene mucho sentido, pues, valiéndonos de dos ejemplos, conduce a la siguiente situación:

– Ciudadano español que soborna a un funcionario marroquí para que éste realice un **acto contrario a los deberes del cargo** (cohecho propio) y obtener así un beneficio en la realización de actividades comerciales internacionales.

– Ciudadano español que soborna a funcionario marroquí para que éste realice un **acto propio del cargo** (cohecho impropio) y obtener así un beneficio en la realización de actividades comerciales internacionales.

En el primer caso, hay que resolver cual es el precepto aplicable: el nuevo 286 ter o el nuevo 427 relacionado con el 424 a su vez relacionado con el 420? Al tener ambos la misma pena, no nos sirve la regla expresada por el legislador. Por lo que habría que acudir a las reglas generales del art. 8 CP y el precepto más especial sería el 286 ter.

En el segundo caso, sería aplicable el 286 ter porque prevé una pena mayor que el cohecho propio “clásico” (424 y 420). Esta situación abre la duda de cuáles son las razones que llevan a castigar con más pena el cohecho propio “extranjero” que el cohecho propio “nacional”, tal vez tiene que ver con el bien jurídico afectado.

56 Con carácter general toda esta problemática, además de lo dicho en nota (52) puede verse PUENTE ALBA, Luz María: *Corrupción en las transacciones internacionales (art. 286 Ter. CP)*, en GONZÁLEZ CUSAC, José Luis (director): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 925 y ss.

ban a un primer plano las consecuencias económicas de la corrupción y la libre competencia como bien jurídico tutelado⁵⁷.

El artículo que recoge este delito es reformado en 2015. En primer lugar, se procede a un cambio de orden en sus dos primeros párrafos, con lo que sigue la misma sistemática del cohecho, primero la conducta del corrupto y después la de quien corrompe⁵⁸.

Junto a este cambio de orden se han realizado, con desigual fortuna, otras modificaciones. Estos ataques a la competencia se producen entre quienes interviene en ella, en su anterior redacción el código enumeraba junto a la empresa mercantil, a “*sociedad, asociación, fundación u organización*”, la actual redacción se limita a “*empresa mercantil o sociedad*”, lo que tiene un potencial de creación de problemas en cuanto, los “*excluidos*” podían llevar a cabo comportamientos que incidan negativamente sobre la competencia, la solución, ya apuntada por la doctrina pasa por mantener un concepto material de empresa mercantil al amparo de la jurisprudencia que sigue en la materia el Tribunal de justicia de la Unión Europea⁵⁹.

En sentido opuesto, no se alcanzan a establecer las razones que han llevado al legislador a mantener al empresario fuera de los posibles sujetos activos de este delito⁶⁰, cuando es claro que puede incidir sobre las relaciones de competencia y máxime cuando se ha procedido a la supresión de la referencia al incumplimiento de las obligaciones, lo que supone la opción definitiva por la competencia como bien jurídico y la exclusión como objeto de protección de la lealtad del empleado con la empresa.

El legislador aprovechó la incorporación de este delito para dar directa trascendencia penal, en el párrafo 4 del mismo artículo, de una forma más que discutible, a la **corrupción en el deporte**, pues, entre otras cosas, es bastante difícil establecer que sea el mismo bien jurídico protegido en la corrupción en el deporte y en la corrupción de particulares⁶¹.

La reforma de 2015 ha pretendido solventar alguna de las objeciones formuladas por la doctrina a esta nueva figura delictiva. En este sentido incorpora la exigencia de que el encuentro o competición en el que se ha dado la corrupción sea de “*especial relevancia económica o deportiva*”⁶² y establece a continuación cuando

57 Sobre el debate en torno al bien jurídico, que refleja distintas posiciones en Derecho comparado, y en la doctrina española, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/CERINA, Giorgio: *Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y Derecho comparado*, cit., p. 159 y ss. Los mismos: *Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código penal español*, en Revista Brasileira de Ciências Criminais, 97, 2012, p. 217.

58 El art. 286 bis, en sus tres primeros apartados, establece: “1. *El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja.*

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

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

59 GARCÍA ALBERO, Ramón: *Corrupción en los negocios y modificación del cohecho*, cit., p. 571, que por otra parte no duda en calificar esta modificación del art. 286 bis como “sorprendente”.

60 En este sentido, PUENTE ALBA, Luz María: *Corrupción en los negocios (art. 286 bis. CP)*, en GONZÁLEZ CUSAC, José Luis (director): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, cit., p. 920

61 Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/CERINA, Giorgio: *Algunos aspectos del nuevo delito de corrupción en el deporte*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*, cit., p. 387 y ss. Sobre este delito pueden consultarse las monografías de CORTÉS BECHIARELLI, Emilio: *El delito de corrupción deportiva*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011 y BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco: *El delito de “fraudes deportivos”*, Dykinson, Madrid 2011.

62 La nueva redacción del art 281 bis 4. establece “*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 de especial relevancia económica o deportiva. A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquélla en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de*

entiende que concurre cada una de estas relevancias. El camino más adecuado, en mi opinión, hubiera sido el exigir en la competición la presencia conjunta de ambas pues con ello el legislador se acomodaría a las razones que pueden proporcionar una explicación aceptable a que en estos casos se pueda recurrir al Derecho penal⁶³.

Desde una consideración político criminal la mencionada relevancia económica o deportiva donde efectivamente parece concurrir, en términos que se adecuan a las exigencias constitucionales de racionalidad en la utilización del Derecho penal, es en los supuestos de agravación que recoge el 286 quater⁶⁴.

La reforma de 2015 introduce en el Libro II del Código penal un nuevo Título, “**De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos**”, presentada como uno de los cambios legislativos más demandados por la opinión pública para abordar el problema de la corrupción. El procedimiento seguido⁶⁵ para su introducción y el propio contenido de los dos nuevos artículos llevan a pensar, una vez más, en el recurso simbólico al Derecho penal por parte del legislador.

La legislación española opta por una financiación de los partidos políticos de carácter mixto de origen público o privado y ha sido objeto de distintas y sucesivas regulaciones administrativas⁶⁶. El debate doc-

trinal en este tema se ha centrado en cuestiones como la regulación de las fuentes de financiación, la cuantía de las aportaciones y la necesaria transparencia de las mismas⁶⁷. Pero la realidad ha puesto de relieve las insuficiencias de la regulación administrativa y los problemas que, cuando se ha llevado a cabo, ha presentado el recurso al Derecho penal a través de la aplicación de distintas figuras delictivas⁶⁸.

Por otra parte, la realidad de la corrupción en nuestro país y el papel que en la misma juegan los partidos políticos quedó reflejada en el Informe que el grupo Greco que en su tercera ronda estuvo dedicado a la “*Transparencia de la financiación de los partidos políticos*”⁶⁹.

Ciertamente no todos los supuestos de financiación ilegal de los partidos políticos están relacionados con supuestos de corrupción, pero la realidad de nuestro país nos demuestra, que esa vinculación con mucha frecuencia está presente, al constituir la aportación a la financiación el precio del uso desviado del poder, muy especialmente en el ámbito de la contratación pública. El actual caso Gürtel o el histórico caso Filesa, aunque no sean los únicos, son buenos ejemplos de esa realidad y de los problemas que presenta la aplicación a estos casos del Derecho penal.

especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate”.

63 El camino seguido por el legislador es ciertamente discutible. Pues vincula la relevancia económica a la existencia de cualquier modo de retribución, aunque no lo sea en todos los participantes, con lo que puede ser sujeto del delito uno de los participantes que no recibe retribución. Además, por otro lado, la retribución puede ser mínima. Entiendo que la “*especial relevancia económica*” tenía que haberse vinculado al otro criterio el de la “*especial relevancia deportiva*”, que además el legislador define. La vinculación de los dos criterios proporcionaría una explicación a la inclusión de estos comportamientos en este lugar del Código.

64 Art. 286 quáter in fine: “*En el caso del apartado 4 del artículo 286 bis, los hechos se considerarán también de especial gravedad cuando:*

- a) tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o*
- b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional”*

65 Como recuerda MAROTO CALATAYUD: *Financiación ilegal de partidos políticos*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p. 757, estos nuevos delitos se incorporaron ya en la fase de enmiendas al entonces Proyecto de reforma, también vid. p. 760-761.

66 La regulación de la financiación de los partidos políticos no se produce hasta la 1987, LO 3/1987 de 2 de julio sobre financiación de los partidos políticos. Veinte años más tarde fue sustituida por la LO 8/2007 de 4 de julio sobre financiación de los partidos políticos, modificada por la LO 5/2012 de 22 de octubre y de nuevo modificada por LO 3/2015 de 30 de marzo, de control de las actividades financieras de los Partidos Políticos.

67 Una buena síntesis de las distintas posturas sobre financiación de los partidos políticos y las ventajas e inconvenientes de cada sistema puede verse en OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, cit., pp. 87 a 98.

68 Ver la exposición que realiza, MAROTO CALATAYUD, Manuel: *Corrupción y financiación de partidos políticos. Un análisis político criminal*, Tesis doctoral., Universidad de Castilla la Mancha, Ciudad Real 2013, en www.academia.edu, p. 79 y ss., en especial el epígrafe “El nuevo siglo. De Filesa a Gürtel”, p. 150 y ss. También, OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, cit., p. 100 en nota (155).

69 Puede verse este Informe GRECO de la tercera ronda en www.coe.int/greco, que se fundamenta en la recomendación del Comité de Ministros sobre las reglas comunes contra la corrupción en la financiación de los partidos políticos y de las campañas electorales. A resaltar como sus recomendaciones jurídicas no son precisamente de carácter penal

Ante esta situación un sector de la doctrina española ya había demandado la necesidad y la conveniencia de una respuesta penal plasmada en una tipificación específica de las conductas de financiación ilegal de mayor gravedad⁷⁰. La razón clave, que comparto, está en la presencia de un bien jurídico merecedor de protección que radica en el papel constitucional que juegan los partidos políticos, que se ve afectado por las conductas de financiación ilegal de los mismos. Aunque no hay que olvidar el carácter de ultima ratio del recurso al derecho penal, que debe plasmarse en diferenciar entre financiación ilegal, que puede acarrear sanciones administrativas, y financiación penalmente relevante.

Buena parte de las conductas de financiación ilegal de los partidos políticos o relacionadas con ellas, podían tener relevancia penal a través de distintas figuras del Código⁷¹, pero, ciertamente, como recuerda la Exposición de Motivos de la reforma de 2015, no existía en nuestro Código penal una figura que recogiera de modo expre-

so esta forma de corrupción y “con esta modificación se castigará a aquellas personas que acepten y reciban donaciones ilegales o que participen en estructuras u organizaciones cuyo principal objeto sea el de financiar ilegalmente a un partido político”. Para lograr este objetivo procede a la incorporación de este nuevo Título.

La reforma de 2015 toma dos decisiones, por un lado, establecer en el art. 304 bis como delitos a una serie de infracciones de la normativa de financiación privada de los partidos políticos y por otra, en el art. 304 ter, crear la figura de asociación ilícita creada para la financiación ilegal de los partidos políticos. El problema es que el contenido de estos nuevos delitos es objetable técnica y político criminalmente.

El 304 bis⁷² está construido como una ley penal en blanco que toma como referencia la Ley Orgánica sobre Financiación de partidos políticos, en concreto su art. 5.1⁷³. Esta redacción del nuevo delito es fuente de nuevos problemas técnicos y político criminales⁷⁴. La

70 Son claves los estudios, con propuestas de tipificación como delito autónomo que realizan. NIETO MARTIN, Adán: *Financiación ilegal de los partidos políticos*, en ARROYO ZAPATERO, Luis/NIETO MARTÍN, Adán: *Fraude y corrupción en el Derecho económico europeo*, cit., pp. 117 y ss. MAROTO CALATAYUD, Manuel: *Corrupción y financiación de partidos políticos...*, cit., p. 365 y ss., y recientemente y con un significativo título, OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, cit., p. 197 y ss.

71 Ver el análisis que lleva a cabo OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, pp. 136 a 190.

72 El nuevo artículo 304 bis establece: “1. Será castigado con una pena de multa del triplo al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

2. Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triplo al quíntuplo de su valor o del exceso cuando:

a) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5.Uno, letras a) o c) de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros, o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) del aquel precepto, cuando sea ésta el infringido.

b) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7.Dos de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros.

3. Si los hechos a que se refiere el apartado anterior resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

4. Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores.

5. Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. 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.”

73 Artículo 5, establece: “Límites a las donaciones privadas. Uno. Los partidos políticos no podrán aceptar o recibir directa o indirectamente: a) Donaciones anónimas, finalistas o revocables. b) Donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales. c) Donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica.

Se exceptúan del límite previsto en la letra b) las donaciones en especie de bienes inmuebles, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4.2, letra e).

Dos. Todas las donaciones superiores a 25.000 euros y en todo caso, las donaciones de bienes inmuebles, deberán ser objeto de notificación al Tribunal de Cuentas por el partido político en el plazo de tres meses desde su aceptación.”

74 Pueden verse las primeras críticas en PUENTE ARA, Luz María: *Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP)*, en GONZÁLEZ CUSAC, José Luis (director): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, cit., p. 949 y ss. Y en MAROTO CALATAYUD, Manuel: *Financiación ilegal de partidos políticos*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p. 755 y ss.

remisión que lleva a cabo al mencionado artículo de la Ley Orgánica de Financiación de los Partidos Políticos, implica el considerar como constitutivas delitos a “*las donaciones anónimas, finalistas o revocables*”, a “*donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales*” y a “*donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica*”. Esta redacción y el necesario respeto al principio de legalidad impide la referencia a otros preceptos de la ley de financiación, lo que supone que quedan fuera de este delito los casos en los que la financiación tenga carácter público y los supuestos en los que la financiación sea de origen privado. También la técnica de estricta ley penal en blanco, seguida en este tipo, lleva a dejar fuera a las condonaciones de créditos bancarios⁷⁵ o a la financiación realizada a través de fundaciones⁷⁶, y a tener dificultades para incluir las donaciones de inmuebles. Tampoco son menores los problemas que traen consigo las relaciones entre la responsabilidad administrativa y la posible responsabilidad penal⁷⁷.

Finalmente, como ya ha apuntado la doctrina⁷⁸, las figuras agravadas son político criminalmente discutibles, pues abren problemas prácticos para la determinación de la cuantías y dejan para que sean establecidos por los tribunales los criterios para la determinación de la “*especial gravedad*” que llevaría a aplicación de la pena de mayor entidad.

Como se adelantaba, el nuevo Título se completa con la introducción de un nuevo delito en el art. 304ter⁷⁹, referido a la participación en “*estructuras u organizaciones*” que tengan por finalidad la financiación, “*al margen de lo establecido en la ley*”, de “*partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores*”.

El nuevo delito es una forma agravada del preexistente de asociación ilícita del art. 565.1º, “*las que tengan*

por objeto cometer algún delito o. después de constituidas, promuevan su comisión”, lo que hace surgir como primera duda la de la necesidad de esta nueva figura, sino crea más problemas que los que pretende resolver. Sobre este punto de partida llaman la atención al menos dos problemas, que para el legislador sea más grave la pertenencia a esta “*estructura u organización*”, que la propia actividad de financiación. Con lo que al final es más grave la conducta del que financia, externo al partido, que la de quien es financiado, el partido⁸⁰. La confusión se agudiza con la expresa referencia en el tipo a que la financiación que se pretende lo sea, “*al margen de lo establecido por la ley*”, términos que implican una mayor amplitud que lo penalmente relevante, con lo que vuelven a aparecer aquí los problemas vinculados a la confusión entre financiación ilegal y financiación delictiva.

El contenido de este nuevo título constituye un claro ejemplo de utilización simbólica del Derecho penal. Efectivamente aparece como necesaria la incorporación al Código penal de los supuestos de mayor gravedad de financiación ilícita de los partidos políticos, pero el camino escogido ha sido pretender demostrar a la opinión pública que se dota expresamente de carácter delictivo a las conductas que parece que están presentes en el caso Gürtel, lo que, como se ha pretendido exponer, aunque fueran tipos aplicables a un hipotético caso de contenido análogo, generan lagunas y plantean problemas técnicos de no fácil solución. Únase a todo ello la no excesiva gravedad de las penas previstas y las previsibles dificultades para su posible futura aplicación y se tiene el cuadro completo de utilización simbólica del Derecho penal.

Tiene que volverse a recordar que la eficacia de cualquier política criminal pasa por tener presente que esta no puede reducirse al recurso al Derecho penal. Esto

75 Para la importancia que en este tema tienen las deudas bancarias de los partidos y los efectos de sus posibles condonaciones, ver los datos que analiza OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos*, cit., p. 101.

76 Sobre la exclusión de las fundaciones ver las páginas que dedica al tema PUENTE ARA, Luz María: *Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP)*, en GONZÁLEZ CUSAC, José Luis (director): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, cit., p. 955 y ss.

77 MAROTO CALATAYUD, Manuel: *Financiación ilegal de partidos políticos*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p. 762.

78 Tiene particular interés el análisis que de las figuras agravadas lleva a cabo MAROTO CALATAYUD, Manuel: *Financiación ilegal de partidos políticos*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p. 763 y ss.

79 El art. 304 ter establece: “1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley. 2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones. 3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”.

80 En igual sentido MAROTO CALATAYUD, Manuel: *Financiación ilegal de partidos políticos*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p. 764 y ss.

sin duda ocurre también respecto a la corrupción referida a los partidos políticos que, además, no se puede limitar a la consideración como delitos independientes de estas conductas, aunque los tipos penales estuvieran correctamente formulados.

También son exigibles tanto conductas internas de transparencia como la existencia de controles externos de sus finanzas⁸¹, todo ello unido a no hacer depender la responsabilidad política de sus miembros o dirigentes de su eventual responsabilidad penal, pues el límite de la responsabilidad política debe comenzar mucho antes de que se inicie el de la responsabilidad penal.

18. Con frecuencia la financiación ilegal de los partidos políticos aparece relacionada con el **delito de tráfico de influencias**. Este delito fue introducido por la reforma de 1991 y su redacción en el Código de 1995 ha sido objeto de reforma en 2010 y en 2015.

Con carácter general se busca aquí afrontar el mercado de las influencias sobre quien tiene capacidad para tomar decisiones que redunden en el beneficio económico privado, es decir, la conducta de corrupción. Pero, a diferencia del criterio utilizado en el cohecho, el legislador dota de relevancia penal solo al comportamiento de quien ejerce sus influencias, diferenciando cuando se trata de funcionario, art. 428 y cuando se trata de un particular, art. 429, y completa en el art. 430⁸², con la tipificación de la conducta de quien ofrece estos servicios.

Como ya ha señalado la doctrina⁸³ las conductas descritas en los dos primeros artículos en parte podían llevarse a supuestos de participación en otros delitos y no

así el caso del 430, que constituye un acto preparatorio que por sí mismo sería impune.

Sobre este punto de partida hay que subrayar dos cuestiones, en primer lugar, su directa relación con la corrupción y dentro de ella muchas veces con conductas de las denominadas personas políticamente expuestas y con la financiación ilegal de los partidos políticos⁸⁴ y, en segundo lugar, su escasa aplicación⁸⁵, pese a que sea un hecho difícilmente discutible su frecuencia en nuestra sociedad.

La incorporación como nuevo delito político criminalmente ha sido una vez más, una prueba de la utilización simbólica del Derecho penal y además su muy escasa aplicación frente a la realidad de la corrupción contribuye a potenciar los efectos negativos de esta, en especial al potenciar la deslegitimación del sistema y la pérdida de confianza de los ciudadanos en el sistema legislativo y en los responsables de su aplicación, justamente lo contrario de lo que con frecuencia el legislador dice que pretende buscar.

La situación se refuerza con el hecho de que las dos mencionadas reformas lo que han buscado ha sido simplemente, incorporar la referencia a las personas jurídicas y agravar las penas. Pero, frente a esta situación de escasa aplicación no se aborda ni el examen de las causas de la misma ni la validez del camino escogido, y, por otro lado, tampoco se procede a intentar resolver los problemas técnicos que presentan estas figuras delictivas, en buena parte vinculadas a su proximidad con la inducción a la prevaricación o con el cohecho⁸⁶.

81 Vid. en NIETO MARTÍN, Adán/MAROTO CALATAYUD, Manuel (directores): *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, cit., en especial los estudios recogidos en los capítulos II y III, p. 131 y ss.

82 Tras la reforma de 2015 el art. 430 establece: "Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los dos artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año. Si el delito fuere cometido por autoridad o funcionario público se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cuatro años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años.

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".

83 Por todos ver, CUGAT MAURI, Miriam. *El tráfico de influencias: un tipo prescindible*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2014, núm. 16-07, <http://criminet.ugr.es>, p. 3 y ss.

84 Lo pone de relieve con abundancia de ejemplos MAROTO CALATAYUD, Manuel: *Corrupción y financiación de partidos políticos*, cit., en especial, pp. 286 a 296.

85 Subrayado por, CUGAT MAURI, Miriam. *El tráfico de influencias: un tipo prescindible*, cit., p. 10, "los más de veinte años transcurridos desde la introducción del nuevo tipo hasta la fecha demuestran que ni se ha terminado con la práctica que se quería combatir ni han proliferado las condenas por ese título"

86 Es particularmente ilustrativo el análisis que lleva a cabo CUGAT MAURI, Miriam. *El tráfico de influencias: un tipo prescindible*, cit., p. 4 y ss., o VALEIJE ÁLVAREZ, Inma: *El tráfico de influencias*, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (director): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, cit., p. 1192 y ss.

19. La búsqueda de eficacia en la lucha contra el delito lleva al legislador a veces en la tensión eficacia garantía a plantear el sacrificio de garantías en búsqueda de resultados contra el delito, que no llegan a producirse. Este rasgo clásico de la utilización simbólica del Derecho penal aparece también en un campo como el de la corrupción en el que el peso de la opinión pública es particularmente elevado.

Esta situación se ha plasmado en algunos ordenamientos, con el apoyo en la Convención de Mérida⁸⁷, en la inclusión del delito de **enriquecimiento ilícito**. Ciertamente, en el posible debate en España acerca de su inclusión en nuestra legislación, tiene que pesar la posición que ha mantenido el Tribunal constitucional portugués⁸⁸ al rechazar esta figura delictiva por contravenir exigencias constitucionales, en especial las vinculadas a la presunción de inocencia.

Un tipo penal con este contenido está construido como un delito de sospecha, constituye por tanto una manifestación de responsabilidad objetiva, al elevar a la consideración de delito lo que en realidad constituye una prueba indiciaria, la no justificación por parte de un funcionario de un incremento patrimonial, la sospecha, por tanto, de la comisión de un posible hecho delictivo. Una figura delictiva así construida implica un ataque a la presunción de inocencia y una inversión de la carga de la prueba⁸⁹, por lo que merece una consideración positiva que no esté presente en nuestro ordenamiento.

20. Todos los informes internacionales sobre la corrupción en España ponen de manifiesto una presencia

particularmente importante de la misma en el ámbito municipal, proyectada sobre todo en los excesos que se produjeron en el urbanismo y en la **ordenación del territorio** con la finalidad de favorecer un desordenado y enloquecido auge de la construcción.

La respuesta penal expresa a esta situación comienza a producirse en el Código de 1995, tras un frustrado intento en el Proyecto de 1980⁹⁰, con la incorporación al mismo de un capítulo titulado “*De los delitos sobre la ordenación del territorio*”.

En las casi dos décadas de vigencia del código ha quedado evidente la realidad de la corrupción a gran escala en algunos municipios dentro de las decisiones de política urbanística⁹¹, lo que hizo necesaria la adaptación de la respuesta penal a esta realidad y el reforzamiento de las regulaciones administrativas. Estas reformas y en especial el contenido de la legislación administrativa excederían el objetivo de estas líneas, debido a su amplitud y a la problemática que se deriva de ser una materia de competencia de las distintas comunidades autónomas, lo que supone la existencia de regulaciones no necesariamente coincidentes.

En el campo del Derecho penal, la reforma de 2010, cambia la rúbrica del capítulo, que pasa a denominarse “*De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, junto a ello procede a una ampliación de los tipos y a una agravación de las penas, acompañado de una modificación de la denominada prevaricación urbanística⁹².

87 El art. 20 de la Convención de Mérida abre esta posibilidad, aunque la supedita a los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico nacional. En concreto dispone que: “*Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.*”

88 EL Tribunal Constitucional portugués declaró inconstitucional el delito de enriquecimiento ilícito que se había incorporado al Código penal, fundamentalmente por suponer una inversión de la carga de la prueba, vid, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, Processo n.º 182/12 <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html> (acceso 1.2.2015)

89 En este sentido puede verse la argumentación que para rechazar la pretensión de su inclusión en el Derecho penal brasileño manteníamos en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: *O controle da corrupção: a experiência espanhola*, cit., pp. 373-374

90 Vid. VERCHER NOGUERA, Antonio: *Urbanismo y corrupción: notas sobre el proceso evolutivo de su tratamiento penal en España*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa (Coord.): *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*, cit., p. 415. También se habían producido, como recoge el mismo autor, p. 424 y ss., algunos antecedentes jurisprudenciales, dentro de la aplicación de los delitos contra el medio ambiente.

91 Es particularmente significativo el caso del municipio de Marbella. Entre los distintos pronunciamientos jurisprudenciales puede verse el reciente de la conocida como “operación Malaya”, sobre el que recayó sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de más de 4.000 folios. Con independencia de otras consideraciones, el caso en este momento tras haberse celebrado ya la vista del recurso en julio de 2014, está pendiente de la sentencia definitiva del Tribunal Supremo resolviendo los muchos recursos presentados por parte de los 52 condenados.

92 Sobre la nueva redacción véase RUBIO LARA, Pedro Ángel: *Corrupción urbanística y corrupción pública en el Derecho penal: un estudio de la situación tras la reforma de 2010*, en AAVV: *La corrupción a examen*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 17 y ss.

La abundancia de elementos normativos en los artículos 319 y 320 ha requerido un importante y complejo desarrollo jurisprudencial para la determinación del contenido de los mismos⁹³. Finalmente, la reforma de 2015, ha incorporado en el último momento, una precisión respecto a “*la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada*”, al exigir que con carácter previo a la demolición estén garantizadas las indemnizaciones al tercero de buena fe⁹⁴. El propósito es evitar la pérdida de la vivienda o de los medios para obtener otra. El posible problema es, si en la práctica se está abriendo una vía, no buscada por el legislador, para el mantenimiento definitivo de edificaciones ilegales.

21. Junto a estas figuras que tipifican comportamientos de uso desviado del poder, existe otra serie de delitos que engloban no sólo conductas de corrupción, un claro ejemplo es el delito de **blanqueo de capitales**⁹⁵. Desde que la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, incorporara al viejo Código Penal español la primera criminalización del blanqueo de capitales, tanto la regulación como la práctica de este delito han experimentado cambios trascendentales.

Las sucesivas reformas que el legislador ha introducido a lo largo de más de dos décadas han transformado

radicalmente la naturaleza esta figura⁹⁶. En efecto, tanto la referida normativa original, como la que se incorporó al mismo cuerpo legal por obra de la Ley Orgánica 8/1992, centraron sus esfuerzos en la lucha contra el narcotráfico, pretendiendo hallar su contenido material en torno a la protección de la salud pública. En tal sentido, fue determinante la influencia de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 19 de diciembre de 1988⁹⁷.

La Ley Orgánica 10/1995, aprobatoria del nuevo Código Penal, ofreció a este delito una nueva regulación sobre la que se ha venido construyendo la autonomía del delito de blanqueo que reclaman los nuevos instrumentos internacionales, fundada sobre el significado socioeconómico de este género de conductas. Lo que posibilita su aplicación a conductas complementarias de la de corrupción al favorecer el disfrute de los beneficios de la misma.

Las sucesivas reformas operadas por las Leyes Orgánicas 15/2003 y 5/2010 —de la que deriva la regulación hoy vigente— han consolidado esta tendencia. Con todo, aún existen ciertas manifestaciones, tanto normativas como jurisprudenciales, que demuestran que todavía queda camino por recorrer⁹⁸.

93 Sirvan de ejemplo los términos que enumera VERCHER NOGUERA, Antonio: *Urbanismo y corrupción: notas sobre el proceso evolutivo de su tratamiento penal en España*, cit., p. 429 y ss., como “constructor y promotor”, “construcción” o “edificación” o “demolición”.

94 En su paso por el Senado se incorporó esta reforma en el apartado 3 del art. 319, cuya redacción queda como sigue: “*En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*”

95 Sobre este delito véase la clásica monografía del especialista en esta materia, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1988, o las de ABEL SOUTO, Miguel: *Universidade de Santiago de Compostela: Santiago de Compostela, 2002 y El delito de blanqueo en el Código penal español*, Bosch, Barcelona, 2005

96 Presenta un alto interés los sucesivos congresos internacionales, cuatro hasta ahora, que se han celebrado en torno al blanqueo coordinados por ABEL SOUTO, Miguel y SÁNCHEZ STEWART, Nielson, sus ponencias y conclusiones, referidas no sólo al Derecho penal, han sido objeto de publicación: *I Congreso de Prevención y Represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; *II Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; *III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; *IV Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero* Tirant lo Blanch, Valencia 2014.

97 El art. 3.1, de la Convención de Viena obliga a los Estados signatarios a considera como delito entre otros a: “*b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;*” Texto completo de la Convención, ratificada por España, puede consultarse en: “BOE” núm. 270, de 10 de noviembre de 1990.

98 Así aunque se considera al blanqueo como delito autónomo de la infracción previa aún hay vestigios de su dependencia, como es el caso de la agravación si los bienes proceden de las drogas 301.II (desde 1995) o de la corrupción o el medio ambiente 301.III, o la agravación personal en el 303 a veterinarios, facultativos, educadores,... (el 303 es clónico del 372, sobre drogas!). Por otro lado, hay una

La objeción más importante es la excesiva amplitud del tipo, constitucionalmente cuestionable y que puede llevar a castigar como iguales comportamientos que no lo son y a producir un alejamiento del bien jurídico originalmente protegido⁹⁹.

La Parte General del Código penal también ha sido objeto de reformas vinculadas al Derecho penal económico y aplicables a la lucha contra la corrupción y que eran apuntadas en los instrumentos internacionales que se han expuesto. En concreto, nos referimos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y al decomiso.

La necesidad de que las personas jurídicas, cuando infringen las normas reguladoras de la economía, fueran objeto del poder sancionador del Estado, bien penal, bien administrativo, aparecía, como hemos visto, en varios instrumentos internacionales¹⁰⁰. En España, **la responsabilidad penal de las personas jurídicas**, se incorpora al Código penal en la Reforma de 2010 en el nuevo artículo 31 bis¹⁰¹. La reforma discurre paralela a un debate doctrinal sobre la necesidad de su admisión y sobre la finalidad última de esta modificación del Código¹⁰² y vino seguida de cambios necesarios en la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁰³ y de una modificación del artículo 31bis en

diciembre de 2012 para incluir, dentro de las personas jurídicas susceptibles de responsabilidad penal, a los, hasta entonces excluidos, partidos políticos y sindicatos¹⁰⁴.

El examen de muchos de los informes citados en el primer apartado de este trabajo pone de relieve como la mayor parte de las conductas de gran corrupción son llevadas a cabo por o a través de una o varias personas jurídicas, por lo que es necesario tener presente esta realidad y plantearse, si se busca dotar de eficacia a la respuesta penal frente a la corrupción, si es político criminalmente necesario utilizar también este argumento adicional para sostener la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁰⁵.

Entiendo, de acuerdo con un importante sector doctrinal¹⁰⁶, que la razón de ser de la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas descansa en la pretensión de buscar que las mismas establezcan controles internos, que impidan o dificulten el que a través de ellas se realicen comportamientos delictivos, entre ellos los que implican una utilización desviada del poder político, del poder económico o de ambos. Esta finalidad es cuestionada por algunos autores por entender, entre otras razones, que fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre esta

desatada tendencia a castigar como blanqueo actos que no tienen nada que ver con lo socioeconómico, que es el fundamento de la autonomía, utilizando la amplitud del tipo. Aparte, aún quedan asuntos por resolver en el plano dogmático. Por ejemplo, el problema del sujeto activo en el blanqueo imprudente. Gramaticalmente es común, pero el TS se pronuncia 50-50% afirmando que es especial, afectando sólo a los sujetos obligados por la Ley 10/2010 de prevención. Cuando se opta por el especial, se dice que el deber objetivo de cuidado sólo se puede determinar a partir de una norma de referencia, y esa norma sería la Ley 10/2010.

99 Por todos ver las críticas que expresa y recoge ABEL SOUTO, Abel: *Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España*, en *IV Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, cit., en especial en 138 a 140.

100 Puede consultarse en especial respecto a la situación en Europa, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis/PÉREZ, Ana Isabel: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las Directivas europeas y su implementación por los Estados*, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (Dir.)/DE LA MATA BARRANCO, Norberto (Coord.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid 2013, p. 129 y ss.

101 Sobre la incorporación al Derecho penal español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la necesidad de esta decisión, antecedentes y aproximación a los problemas que plantea, vid. la aproximación que se lleva a cabo en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Viejo y nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, cit., p. 161 y ss.

102 Una buena síntesis del debate y de las distintas posturas sostenidas puede verse en PALMA HERRERA, José Manuel: *El papel de los compliance en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica*, en PALMA HERRERA, José Manuel (director): *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Dykinson, Madrid 2014, p. 158 y ss.

103 Sobre este punto vid. el reciente artículo de RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: *Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, en *Revista Penal* (35), 2015, p. 139 y ss.

104 Según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre por la que se modificaba el Código penal, "De este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación". Pero hay que recordar que la percepción a la que se refiere el legislador sólo logra romperse con la aplicación de la ley, cosa que hasta el momento no se ha producido. Los riesgos del recurso a la utilización simbólica del Derecho penal aparecen cuando, como es el caso, un precepto no llega a aplicarse y la mencionada percepción es de que si hubiera sido posible hacerlo.

105 Este punto es abordado en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria: *Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel (20), 2013.

106 Por todos NIETO MARTIN, Adán: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.

base, responde a principios ajenos a nuestro derecho e implica en cierta medida una privatización del poder sancionador¹⁰⁷.

En todo el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del art. 31 bis no se ha producido aún una sentencia condenatoria de una persona jurídica¹⁰⁸, con lo que en principio parece difícil sostener la necesidad de la reforma que se lleva a cabo en 2015 por las razones, técnicas, interpretativas y de supuestas obligaciones internacionales, que se aducen en su Exposición de Motivos¹⁰⁹.

El Consejo de Estado en su Dictamen¹¹⁰ y los primeros análisis de la doctrina¹¹¹ sobre esta Reforma, critican con dureza tanto el procedimiento seguido como el contenido de las modificaciones aquí introducidas que dificultan más que favorece la aplicación de la normativa penal¹¹².

El análisis del contenido de la reforma va mucho más allá de intentar precisar el contenido y límites del “*debido control*” y su estudio excede en mucho el objetivo de este trabajo por lo que se apuntarán solo algunas cuestiones.

Por un lado, con su mencionado entusiasmo en la numeración de los artículos, completa y desglosa el art. 31 bis originario hasta un art. 31 bis quinquies, lo que

parecía necesario dada las distintas cuestiones que se pretendían abordar y por las dimensiones que ha adquirido el nuevo 31 bis.

Las dos innovaciones más relevantes son, por una parte, los cambios que se introducen en la relación de personas físicas que con su actuación pueden desencadenar la responsabilidad penal de la persona jurídica y por otra, el establecimiento del contenido de los modelos de organización y gestión que exteriorizan el denominado “*debido control*” y cuya presencia puede llevar a la exención de la responsabilidad penal.

En su redacción originaria el art. 31 bis se refería a “*los representantes legales y a los administradores de hecho y de derecho*”. En los tres casos se trata de términos con un contenido establecido por ley y concretado por la doctrina y la jurisprudencia. La nueva redacción¹¹³ se refiere a “*los representantes legales o a aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma*”. La modificación fue informada negativamente por el Consejo de Estado y en igual sentido con razón ya se ha pronunciado la

107 Por todos véase la sólida crítica que efectúa QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *La reforma del régimen penal de las personas jurídicas*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p. 77 y ss.

108 Hasta ahora me consta dos sentencias condenatorias ambas por el delito de estafa, la 337/2014 de 25 de noviembre de la secc. 6 de la Audiencia Provincial de Zaragoza y la 742/2014 de 17 de diciembre de la secc. 3 de la Audiencia Provincial de Madrid. Junto a ellas las más mediáticas imputaciones de Pescanova, Bankia y el Barcelona CF. Agradezco esta información a la profesora Soledad Gil Nobajas de la Universidad de Deusto.

109 La Exposición de Motivos establece: “*La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.*”

Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica”

110 El Consejo de Estado en su Dictamen sobre el entonces Anteproyecto de reforma del Código penal de 27 de junio de 2013, es especialmente crítico por la tramitación seguida por el Gobierno que lleva a la ausencia en este punto de los Informes de Consejo general del Poder judicial y del Consejo Fiscal.

111 Ver especialmente las páginas que dedica GONZÁLEZ CUSSAC, José L.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*: arts. 31bis, ter, quáter y quinquies, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Director): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, cit., p. 155 a 160.

112 Subrayado especialmente por QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *La reforma del régimen penal de las personas jurídicas*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p. 80.

113 El art. 31bis 1 establece: “*En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:*”

a) *De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*

b) *De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.”*

doctrina¹¹⁴, pues la nueva redacción abre innecesarias interrogantes sobre las personas que quedan incluidas por ella.

La principal innovación de la reforma radica en establecer los contenidos que deben abordar los denominados “modelos de organización”¹¹⁵ y cuando la presencia de estos, aunque se hayan quebrantado, puede determinar la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica en cuyo “nombre o por cuenta de las mismas y en su beneficio directo o indirecto”¹¹⁶ se haya realizado el delito.

El camino seguido por el legislador es criticable por distintas razones tanto técnicas como político crimina-

les. En primer lugar, el contenido que deben tener los modelos de organización y gestión debería ser objeto de la legislación mercantil no de la penal. Por otro lado, los efectos de exclusión de responsabilidad deberían haber sido objeto de debate, máxime cuando pueden llegar a excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica por hechos cometidos por los ya citados cargos de dirección¹¹⁷.

Además, la reforma, aunque mantiene la posible responsabilidad penal de partidos y sindicatos, continúa excluyendo de la misma a personas jurídicas que con carácter general “*ejercen potestades públicas de soberanía o administrativas*”¹¹⁸

114 Véanse las páginas que dedican al tema, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *La reforma del régimen penal de las personas jurídicas*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., pp. 89-90 y GONZÁLEZ CUSSAC, José L.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31bis, ter, quáter y quinquies*, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Director): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, cit., p. 164 a 168.

115 El art. 31bis apartado 5 enumera los puntos que debe contener el modelo de organización:

“Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
2. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
3. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
5. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
6. Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.”

116 El art. 31bis 2, en sus cuatro primeros apartados establece: “Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.º 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.º 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.º los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.º 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”

117 Con razón QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *La reforma del régimen penal de las personas jurídicas*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p. 90 afirma, “la idea de que los máximos dirigentes actúan eludiendo “fraudulentamente” los controles internos es, formalmente, admisible, pero cuesta rebasar el plano de lo teórico y aceptar que en la práctica es posible someter a control a esos líderes, cuyas decisiones son propias y directamente ejecutadas”

118 El art. 31 quinquies establece: “1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejercen potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.

Desde una perspectiva político criminal esta exclusión requiere una profundización en el debate, pues la política de prevención de la corrupción tiene una pieza clave en la actuación o en la intervención de las personas jurídicas en las que se articula la Administración y esta política no debería excluir sin más un posible recurso frente a ellas de la sanción penal.

Uno de los más importantes desafíos políticos criminales dentro de la criminalidad económica vinculada a la delincuencia organizada y dentro de ella a los delitos de corrupción, es recuperar el dinero o los bienes vinculados a estas actividades delictivas. A esta finalidad obedece la Directiva de 3 de abril del 2014, que el legislador español utiliza como referencia en la reforma de 2015. Aunque la reforma va más allá de lo establecido por la Directiva y es político criminalmente de dudosa constitucionalidad y técnicamente deplorable¹¹⁹.

La ampliación del **decomiso** en el Código penal, iniciada en 2010, abandona la regulación tradicional del mismo, vinculada directamente a la realización de un hecho delictivo. La Directiva abre la puerta del decomiso ampliado, que el legislador español cruza, y que ya había utilizado en 2010 para los delitos de terrorismo y los cometidos por grupos u organizaciones criminales.

El art. 127 bis establece el “*decomiso de los bienes, efectos y ganancias*” en una extensa relación de delitos entre los que se encuentran relacionados con la corrupción: delitos de corrupción en los negocios, delitos de

blanqueo de capitales, delitos de cohecho y delitos de malversación. El decomiso se establece, de acuerdo con el mencionado artículo, cuando el juez o tribunal “*resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva y no se acredite su origen lícito*”.

El decomiso no requiere por tanto la conexión causal entre el delito por el que se condena y los bienes, efectos y ganancias decomisados. Sino que establece una presunción de su origen ilícito en función de pruebas indiciarias, que enumera en el apartado 2 del mismo artículo 127 bis¹²⁰. La regulación se completa con la detallada regulación de otros puntos como los supuestos en que no requiere sentencia condenatoria y el decomiso de bienes transferidos a un tercero¹²¹.

La regulación del decomiso, no sólo en lo que se refiere a la corrupción, es ejemplo de la búsqueda de eficacia con el precio de la tensión con las garantías de las que es titular el ciudadano delincente, también el corrupto. Pese a la necesidad de pruebas indiciarias, del contenido de la Directiva inspiradora y de afirmaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que “*el decomiso sin condena no tiene una naturaleza penal*”, que transcribe la Exposición de Motivos, se abren dudas desde un derecho penal de garantías, en especial en lo que se refiere a su proximidad al ya mencionado delito de enriquecimiento ilícito de algunos ordenamientos, también mencionada en la Exposición de Motivos.

119 Véase la acertada crítica que formula HAVA GARCÍA, Esther: *La nueva regulación del decomiso*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*: p. 214

120 127 bis 2: “1.º *La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.*

2.º *La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.*

3.º *La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.*

4.º *En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.*

5.º *Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento.*

6.º *El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absoluta o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada”.*

121 El Código se extiende en su detallada regulación del decomiso hasta el 127 “sexies”. A resaltar la regulación en 127 ter del decomiso sin condena “1. *El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos:*

a) *Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos,*

b) *se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o*

c) *no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.*

2. *El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal”*

IV. CONCLUSIONES

La reflexión político criminal sobre las medidas a adoptar para afrontar las conductas de corrupción aparece hoy como una necesidad sometida a muy distintos condicionantes.

La dimensión que en la actualidad alcanza el uso desviado del poder en el propio beneficio, sus efectos económicos, políticos e institucionales, favorecidos por la internacionalización de nuestras sociedades y conectados con el desarrollo tecnológico alcanzado en las últimas décadas, delimitan una realidad muy distinta de la que tenían que afrontar códigos penales que hundían sus raíces en tiempos ya pasados.

El factor internacional juega un papel decisivo impulsado por la internacionalización de la economía y por la presencia de distintos organismos e instancias de carácter supranacional. La actuación y los instrumentos generados por Naciones Unidas, la OCDE, la Unión Europea y el Consejo de Europa, aspiran a incidir en el contenido de las políticas estatales contra la realidad de la corrupción, que describen y valoran los Informes anuales de Transparencia Internacional y que, en ningún caso, se limita al recurso al Derecho penal

En este contexto y con estos condicionantes el legislador español en sucesivas reformas del Código de 1995 ha corregido viejos delitos e incorporado otros nuevos. Pero la consideración en su conjunto de las reformas introducidas, algunas de ellas en 2015, no merece una valoración positiva. Técnicamente, en bastantes casos, el camino seguido para las reformas, con limitaciones en el debate o ausencia del mismo, conduce a problemas de concursales y de coordinación entre las distintas figuras delictivas.

A lo que hay que unir que, desde una perspectiva político criminal, se incurre con frecuencia en un uso simbólico del Derecho penal, que busca la legitimación en la opinión pública. Pero limitarse a este camino implica olvidar el recurso a otras ramas del ordenamiento y las políticas de transparencia, que impiden o dificultan las conductas de corrupción. A lo que debe añadirse la creación de condiciones procesales y materiales, de personal e infraestructura, que faciliten frente a las conductas de corrupción, una respuesta rápida con la aplicación de los nuevos tipos delictivos y las nuevas formas de responsabilidad. En caso contrario, la ausencia de aplicación de las normas trae como consecuencia la potenciación de los efectos negativos de la corrupción, justamente lo contrario de los que se pretendía.