

GANANCIAS ILÍCITAS DERIVADAS DE LA CORRUPCIÓN: ENTRE EL DECOMISO, LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA Y EL BLANQUEO DE CAPITALS*

CRISTINA FARALDO CABANA**

SUMARIO:

I. Introducción. II. ¿Son aplicables en concurso real los delitos de cohecho y defraudación tributaria? Sobre la obligación de tributar por ingresos de procedencia delictiva. III. Blanqueo de capitales y cohecho. Sobre la necesidad de una interpretación restrictiva en casos de posesión y utilización por el interviniente en el delito previo. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La forma habitual de abordar un problema criminal es utilizar el Derecho Penal para tipificar la conducta indeseada como delito y prever las consecuencias jurídico-penales aplicables a su autor. La corrupción no es una excepción. Hace ya décadas que los Estados y la comunidad internacional están intentando esta aproximación tradicional para poner límites a la expansión de la corrupción⁽¹⁾. La creación de figuras

* Este artículo se ha escrito en el marco de los proyectos de investigación sobre “El sistema penal español en el período post-crisis” (DER2014-52674-R), financiado por el Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Economía y Competitividad, dirigido por Patricia Faraldo Cabana; y “La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y por el FEDER (DER2015-65411-R), dirigido por Luz María Puente Aba.

** Profesora de Introducción al Derecho en la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de A Coruña, centro adscrito a la Universidade da Coruña

(1) Hay varios ejemplos de esta aproximación. A nivel europeo, el Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 26 de mayo de

delictivas - consistentes en el soborno de funcionarios públicos nacionales, extranjeros o de organizaciones internacionales públicas (incluyendo tanto la corrupción activa como la pasiva), la malversación o peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público, el tráfico de influencias, el abuso de funciones, el enriquecimiento ilícito, el soborno en el sector privado, la malversación o peculado de bienes en el sector privado o el blanqueo - es, sin embargo, solo una de las tres vías que se emplean habitualmente en el Derecho comparado para abordar desde la perspectiva represiva el fenómeno de la corrupción. En efecto, en los ordenamientos jurídicos de los países de tradición continental se observa que una segunda modalidad de reacción es la introducción o aplicación de tipos delictivos relacionados con el blanqueo de capitales, el encubrimiento y la obstrucción a la justicia. En tercer lugar, también se adoptan las medidas necesarias para aplicar el embargo preventivo, la incautación y el decomiso del producto de los delitos de corrupción.

El creciente interés que ha despertado en los últimos años a nivel internacional el blanqueo de capitales se justifica sobre la base de que una de las formas más efectivas de disminuir el nivel de incidencia de delitos cuya razón de ser tiene que ver con la codicia consiste en reducir el incentivo que supone para el delincuente el disfrute de

1997, que define la corrupción activa y pasiva de funcionarios públicos y prevé la responsabilidad penal de los jefes de empresa; o la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, que insta a los Estados a tipificar la corrupción activa y pasiva en el sector privado. A nivel internacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 21 de octubre de 2003 (aprobada en Mérida en diciembre de 2003 y que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005), que tiene como finalidades, entre otras, las de “promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción”, y “promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos” (letras a) y b) del art. 1). También hay que citar el Convenio penal del Consejo de Europa sobre la corrupción (núm. 173), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, con su Protocolo Adicional, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003. O el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997.

Sobre la intensa actividad internacional contra la corrupción, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Corrupción y Derecho Penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código penal”, en DEMETRIO CRESPO, E. / GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 53-100; JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción: interacciones evolutivas en un derecho internacional global*, Comares, Granada, 2015, pp. 90 ss.; PÉREZ CEPEDA, A. I. / BENITO SÁNCHEZ, D., “La política criminal internacional contra la corrupción”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / LIBERATORE S. BECHARA, A. E. (Coords.), *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, pp. 13-56; PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *La corrupción pública en la reforma del Código penal de 2015*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 27-31.

las ganancias obtenidas con la actividad delictiva. Esta presunción, unida a la dificultad que supone para la persecución el que tanto los delitos de los que provienen los bienes como las actividades blanqueadoras no se circunscriban, por regla general, a un único país, sino que traspasen las fronteras nacionales, ha dado lugar a la adopción de diversas iniciativas internacionales con la finalidad, en primer lugar, de aumentar el nivel de criminalización⁽²⁾ y, en segundo lugar, impulsar la armonización de las legislaciones de los diferentes Estados con el objetivo de facilitar la coordinación de las actividades internacionales de lucha contra el blanqueo. En todas estas fases se ha actuado tanto con medidas propias de *hard law* como de *soft law*.

Pero la sanción penal del blanqueo de bienes de poco sirve si no se consigue decomisar los bienes provenientes del delito. Ello ha llevado a que se esté buscando también mejorar la efectividad del embargo preventivo, la incautación y el decomiso. Las medidas adoptadas en este sentido van desde la admisión del decomiso por sustitución⁽³⁾ o el “aligeramiento” de la carga de la prueba del origen ilícito de los bienes

(2) El art. 3.1 de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, obligaba a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, entre otros, “b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes 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, con el 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 que un acto de participación en tal delito o delitos”.

Como se puede observar, la Convención de Viena hacía referencia exclusivamente al blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas. El Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito, abierto a la firma el 8 de noviembre de 1990, por su parte, no se limita al ámbito del tráfico de drogas, sino que se extiende a la lucha contra la delincuencia grave, lo que dio inicio a la tipificación del blanqueo de bienes procedentes de delitos distintos del tráfico de drogas.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción insta a los Estados parte a aplicar el blanqueo a “la gama más amplia posible de delitos determinantes”, y en concreto “cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes, como mínimo, una amplia gama de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”, incluyendo “los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado” (art. 23.2).

(3) Vid. por ej. el art. 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: “1. Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto...

4. Cuando ese producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en

introduciendo presunciones *iuris tantum* de ilicitud que debe destruir el propietario o poseedor del bien sospechoso⁽⁴⁾ a la admisión del decomiso por equivalencia cuando no es posible el comiso de los bienes declarados de origen ilícito, permitiendo el decomiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho⁽⁵⁾, sin olvidar la previsión de reglas especiales en caso de decomiso de bienes procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal, en cuyo caso se entiende que procede de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos

oros bienes, éstos serán objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo”.

- (4) Por ej., vid. el art. 31.8 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: “Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos”. En el mismo sentido dispone el art. 5.1 de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal que directa o indirectamente pueda dar lugar a una ventaja económica, cuando un órgano jurisdiccional haya resuelto, considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada, que el bien de que se trata procede de actividades delictivas”. Esta disposición es aplicable, en particular a “la corrupción activa y pasiva en el sector privado, a las que se refiere el artículo 2 de la Decisión Marco 2003/568/JAI, así como la corrupción activa y pasiva en que estén implicados funcionarios de las instituciones de la Unión o de los Estados miembros, a las que se refieren los artículos 2 y 3, respectivamente, del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios”, de acuerdo con el art. 5.2 a) de la misma Directiva.
- (5) Vid. el art. 2.1 del Convenio sobre el blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación del producto de los delitos de 1990, que establece que “cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para poder confiscar instrumentos y productos o bienes cuyo valor corresponda a esos productos”; el art. 31.1 a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que dispone que “Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto”; o el art. 3 de la Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, según el cual “cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que su legislación y procedimientos sobre decomiso del producto del delito también permitan, al menos en los casos en que dichos productos no pueden ser aprehendidos, el decomiso de bienes cuyo valor corresponda al de los productos, tanto en procedimientos estrictamente nacionales como en procedimientos incoados a petición de otro Estado miembro, incluidas las solicitudes para la ejecución de órdenes de decomiso procedentes del extranjero...”.

en el seno de la organización criminal cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas⁽⁶⁾. No obstante, las dificultades vinculadas a su imposición y ejecución han limitado su eficacia a la hora de reducir las ganancias provenientes del crimen. Tanto el número total de decomisos ejecutados como las sumas recuperadas se mantienen en niveles modestos⁽⁷⁾. Ello ha llevado a que también se intente la vía civil⁽⁸⁾, siguiendo la Recomendación 4 del Grupo de Acción Financiera Internacional⁽⁹⁾. Figuras como la extinción del dominio ya no son infrecuentes en el panorama comparado.

Pese a este esfuerzo normativo, en muchos sistemas nacionales se constata que el nivel de aplicación del delito de blanqueo de capitales por parte de jueces y tribu-

- (6) En este sentido, vid. el art. 5 de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, dedicado a regular el “Decomiso ampliado”.
- (7) Así se afirma, entre otros documentos, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso”, COM (2008) 766 final, Bruselas, 20.11.2008, p. 4, disponible en la página web <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0766:FIN:ES:PDF>.
- (8) En lo que respecta a la normativa internacional, la primera alusión directa a la posibilidad de que los Estados permitan la confiscación sin condena penal se encuentra en el art. 54 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual “1. Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno: ... c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados”. También se incluye una referencia en el art. 3.4 de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, según el cual “los Estados miembros podrán recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate”. Sin embargo, con anterioridad otros textos internacionales ya abrían las puertas a la posibilidad de establecer mecanismos no penales de exigencia de responsabilidad. Vid. por ej. el art. 10.2 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que señala que “con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas [por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los arts. 5, 6, 8 y 23 de la Convención] podrá ser de índole penal, civil o administrativa”.
- (9) La numeración se corresponde con el texto revisado en febrero de 2012, ya que anteriormente esta sugerencia se encontraba en la Recomendación 3. De acuerdo con el texto actual, “Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin necesidad de condena penal (comiso no basado en una condena) o requieran a un delincuente para que demuestre el origen lícito de los activos eventualmente sujetos a comiso, en la medida en que tal requisito sea consistente con los principios de su derecho interno”.

nales es menos que satisfactorio⁽¹⁰⁾, y que los mecanismos legales existentes dirigidos a confiscar los bienes de origen criminal no están dando los resultados esperados. Ello ha llevado a los jueces y tribunales españoles a intentar otra forma de incidir sobre las ganancias que constituyen el producto del delito: la aplicación del delito de defraudación tributaria por la falta de tributación de las ganancias ilícitas obtenidas al cometer delitos relacionados con la corrupción, en combinación con el delito de blanqueo de bienes.

El objetivo que se pretende alcanzar en las siguientes páginas es analizar sucintamente cuáles son las razones que se alegan para justificar la aplicación de este conjunto de delitos y las objeciones que se les ha formulado. En un segundo momento se estudiará la necesidad de efectuar una interpretación restrictiva del blanqueo de bienes, teniendo en cuenta que ahora se castigan la posesión y la utilización de los bienes por el autor del delito previo. Se terminará con unas conclusiones.

II. ¿SON APLICABLES EN CONCURSO REAL LOS DELITOS DE COHECHO Y DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA? SOBRE LA OBLIGACIÓN DE TRIBUTAR POR INGRESOS DE PROCEDENCIA DELICTIVA

El recurso al delito de defraudación tributaria constituye uno de los mecanismos de lucha contra la corrupción. Sin embargo, una pregunta que ha suscitado notables discusiones es la de si hay obligación de tributar por ingresos de procedencia ilícita y, por tanto, si es realmente posible cometer un delito de defraudación tributaria en caso de no declarar ingresos procedentes de la corrupción. A continuación, se exponen las líneas jurisprudenciales y doctrinales al respecto, sin pretender realizar un estudio completo sobre la tributación de rentas ilícitas, sino exclusivamente contestar a la pregunta planteada en el título⁽¹¹⁾.

(10) “Disappointing” es el adjetivo utilizado en el informe elaborado por MONEYVAL, *3rd Round of Mutual Evaluation Reports. Horizontal Review*, Council of Europe, December 2010, p. 8, disponible en la página web http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/publications/3rd-Horizontalreview_en.pdf.

(11) Por ej., no se aludirá a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de febrero de 1984, en el asunto 294/82, caso Einberger II, que indicó que no existe obligación de tributar en casos de importación ilegal de estupefacientes en la CEE, puesto que los estupefacientes no formarían parte del circuito económico al mantener los Estados miembros una prohibición absoluta de comerciar con ellos, concluyendo que, de acuerdo con los fines de la Comunidad Económica Europea, no puede surgir obligación tributaria alguna en relación con productos prohibidos en el comercio intracomunitarios. De esta forma, la circulación de estas sustancias es ajena a la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios – Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme, en lo que respecta a la definición de la base imponible, y por tanto no

En el ámbito tributario, la cuestión está bastante clara: el art. 37 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas tributarias, considera ganancias patrimoniales no justificadas los bienes o derechos cuya tenencia, declaración o adquisición no se corresponda con la renta o patrimonio declarados por el contribuyente. El incremento patrimonial generado por la comisión de delitos que suponen la obtención de ganancias está sometido a la obligación de tributar.

El Tribunal Supremo admite la obligación de tributación por ganancias ilícitas, alegando que el principio de igualdad ante el impuesto prohíbe tratar fiscalmente de forma más favorable a quien viole el Derecho que a quien lo respete. No se considera aceptable que solo los ciudadanos honrados contribuyan al sostenimiento de los gastos del Estado de acuerdo con su capacidad económica⁽¹²⁾. La idea básica es que la procedencia ilícita de los bienes no puede constituirse en un beneficio o privilegio para el defraudador (en este sentido se han manifestado las SSTS 649/1996 de 7 de diciembre, confirmada por la STC 220/1998 de 16 de noviembre, en el caso Nécora, y 20/2001 de 28 de marzo, en el caso Urralburu). Así se apunta claramente en la SAN de 27 de septiembre de 1994, según la cual “el principio de igualdad ante el impuesto prohíbe un tratamiento más favorable a quien viole el derecho que a quien

entra en la definición de la base imponible ni da lugar a la obligación de tributar el IVA. El mismo criterio se aplicó en la STJCE de 5 de julio de 1988, asunto 289/86, caso Happy Family, que señaló que “no surge ninguna obligación tributaria en razón del impuesto sobre el volumen de negocios con motivo de la entrega ilegal de estupefacientes realizada en el interior del territorio de un Estado miembro, siempre que estos productos no formen parte del circuito económico estrictamente vigilado por las autoridades competentes para ser utilizados con fines médicos y científicos”, aplicando el mismo criterio “a la entrega ilegal de estupefacientes derivados del cáñamo, incluso si las autoridades de un Estado miembro, en el marco de una política represiva selectiva, no aplican sistemáticamente sanciones penales contra un pequeño comercio al por menor de estos estupefacientes”. También en la STJCE 1988/190 de 5 de julio, asunto 269/86, caso Moll, sobre importación de moneda falsa. Evidentemente, en estos casos estamos ante un supuesto distinto que plantea otro tipo de problemática, pues lo que se discute es la sujeción o no a tributación en casos de objetos *extra commercium*.

- (12) Sigue así a un sector de la doctrina tributaria. Vid. SOLER ROCH, M. T., “La tributación de las actividades ilícitas”, *Revista de Derecho Financiero* núm. 85, 1995, p. 10; HERRERA MOLINA, P. M., *Fiscalidad de los actos ilícitos (La antijuridicidad en los supuestos de hecho de la obligación tributaria)*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, p. 211; ORÓN MORATAL, G., “Fallos en la legislación financiera y tributaria que pueden facilitar el blanqueo de capitales y el fraude fiscal”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 286 ss. En contra, sin embargo, FALCÓN Y TELLA, R., “Prólogo”, en HERRERA MOLINA, P. M., *Fiscalidad de los actos ilícitos (La antijuridicidad en los supuestos de hecho de la obligación tributaria)*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, cit., p. 17. Ampliamente, GALARZA, C. J., *La Tributación de los Actos Ilícitos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pássim.

lo respete, careciendo de todo sentido, que mientras que una persona que tenga beneficios lícitos, por ocultarlos a la hacienda sea sancionada por un delito fiscal, otra, receptora de beneficios de ilícita procedencia, no pueda ser castigada por la comisión de dicha figura delictiva”⁽¹³⁾.

La alegada vulneración del derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución española, es sorteada con el argumento de que “el temor a que la declaración fiscal, al incluir ganancias de difícil justificación o bienes adquiridos con fondos de ilícita procedencia, pueda contribuir al afloramiento de actividades ilícitas no puede configurarse como una causa privilegiada de exención de la obligación de declarar, supuestamente amparada en un derecho constitucional y de la que se beneficiarían los ciudadanos incumplidores de la ley en detrimento de los respetuosos del derecho, pues no nos encontramos ante “contribuciones de contenido directamente incriminatorio” (STS 1493/1999 de 21 de diciembre, FJ 37º, caso Roldán).

Esta jurisprudencia entiende que solo se produce vulneración del principio *non bis in idem* cuando los incrementos patrimoniales que genera el delito de defraudación tributaria procedan de modo directo o inmediato de un hecho delictivo por el que también se sanciona, con la consiguiente pérdida de los beneficios derivados del delito mediante el decomiso o la responsabilidad civil. Es fundamental a estos efectos que “la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias obtenidas en el mismo o la condena a su devolución como responsabilidad civil”, pues se entiende que “en estos concretos supuestos la condena por el delito que constituye la fuente directa e inmediata del ingreso absorbe todo el desvalor de la conducta y consume al delito fiscal derivado únicamente de la omisión de declarar los ingresos directamente procedentes de esta única fuente delictiva” (STS 20/2001 de 28 de marzo, FJ 27º, caso Urralburu, seguida por las SSTS de 23 de septiembre de 2009, 160/2009 de 12 de febrero y 113/2005 de 15 de septiembre). Cuando no suceda así y nos encontremos ante ingresos de una pluralidad de fuentes o que solo de manera indirecta tengan un origen delictivo porque los beneficios del delito han sido reinvertidos y han dado lugar a nuevas ganancias, no cabe apreciar el concurso normativo (STS 1493/1999 de 21 de diciembre). Si no se ha sancionado por el delito origen del incremento patrimonial, por el motivo que sea (prescripción, falta de pruebas), ello abre la puerta a sancionar

(13) Vid. la exposición de esta jurisprudencia en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Una cuestión problemática en el delito fiscal: ¿responsabilidad penal por defraudación fiscal en supuestos de ganancias ilícitas?”, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), *Derecho penal económico*, CGPJ, Madrid, 2003, pp. 237 ss., que la asume con todas sus consecuencias; y en DORRONSORO MARTÍN, P. / QUESADA MORALES, V. A., “Unidad y pluralidad de delitos. Tributación de rentas ilícitas”, en FUENTES BARDAJÍ, J. DE, y otros (Coords.), *Manual de delitos contra la hacienda pública*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 395-398, que tampoco se muestran críticos al respecto.

por delito de defraudación tributaria, pues el Alto Tribunal entiende que en tal caso el desvalor de la conducta no ha sido sancionado en el supuesto delito fuente y por tanto no hay *bis in idem* (SSTS 649/1996 de 7 de diciembre y 20/2001 de 28 de marzo).

En contra de la obligación de tributación, la doctrina mayoritaria alega argumentos de naturaleza fundamentalmente ética⁽¹⁴⁾: el Estado no puede convertirse en receptor del delito del que provienen las ganancias⁽¹⁵⁾; lo correcto es recurrir al decomiso, y no someter las ganancias a la tributación⁽¹⁶⁾. Por su parte, un sector minoritario propone diferenciar entre ganancias de origen desconocido, en cuyo caso existe obligación de tributar, y ganancias de origen conocido, delictivo, que no tributan si son decomisadas o restituidas.

En nuestra opinión, el tributo nace de la realización del presupuesto de hecho de una norma. No puede nacer de un acto ilícito, aunque dicho acto revele la obtención de riqueza por parte del obligado tributario. No se ha producido el hecho imponible. En tal caso, lo que el Ordenamiento jurídico dispone es la imposición de sanciones penales, penas y consecuencias accesorias, entre ellas multas (muchas veces proporcionales) y decomiso, además de la eventual declaración de responsabilidad civil. Ello conlleva la pérdida de la capacidad económica que pretendía gravarse. ¿Qué ocurre cuando no sea posible condenar por el delito fuente? En tal caso parece claro que se mantiene esa capacidad económica. Si se trata de incrementos injustificados de patrimonio (sin que se haya probado su origen delictivo), es posible gravarlos. La cuota defraudada determinada a través de este mecanismo puede dar lugar al delito de defraudación tributaria, siempre que se acredite el período al que debe imputarse la renta. También es posible aplicar otro tipo de mecanismos, como la obligación de restitución de las ganancias ilícitamente obtenidas, desde la perspectiva de que es posible exigir a todo enriquecimiento una causa jurídicamente justificante, que en Derecho sea aceptable. A estos efectos, la prohibición del enriquecimiento sin causa es una de las instituciones tuitivas de derechos e intereses jurídicamente protegidos más versá-

-
- (14) Cfr. GALLEGO SOLER, J. I., "Art. 305", en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1062.
- (15) BACIGALUPO SAGGESE, S., *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, pp. 22-23.
- (16) Así, afirma RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., "Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal", *Revista de Derecho Financiero* núm. 265, 2002, pp. 618 y 622, que "en cualquier caso, las ganancias que provienen de la realización de un hecho delictivo son decomisadas o restituidas a su legítimo propietario". Vid. también BACIGALUPO SAGGESE, S., *Ganancias ilícitas*, cit., pp. 22-24 y 79 ss. En contra, afirmando que la tesis del Tribunal Supremo en el caso Urralburu resulta correcta, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 596.

tiles y operativas del Derecho civil patrimonial⁽¹⁷⁾. El decomiso sin condena es otra posibilidad, si bien se ha regulado de forma muy restrictiva en nuestro país. En efecto, solo es aplicable en los supuestos en que, aunque no medie sentencia de condena, la situación patrimonial ilícita haya quedado 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” (art. 127 ter CP).

III. BLANQUEO DE CAPITALES Y COHECHO. SOBRE LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA EN CASOS DE POSESIÓN Y UTILIZACIÓN POR EL INTERVINIENTE EN EL DELITO PREVIO

Uno de los mecanismos más empleados actualmente contra la corrupción es el delito de blanqueo de bienes⁽¹⁸⁾. El delito de cohecho puede ser la “actividad delictiva” previa de la que provengan los bienes que son objeto de un delito de blanqueo. En estos casos el art. 301.1 CP recoge además un tipo agravado, al señalar que “también se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI”. Por tanto, al respecto no se suscita duda alguna. Lo que sí resulta necesario es interpretar con cuidado las conductas típicas, pues la aplicación automática del concurso real entre el delito previo y el blanqueo, debido a la combinación del castigo del autoblanqueo con las conductas típicas de posesión y utilización, puede llevar a resultados injustos por desproporcionados y absurdos, como reconoce la STS 809/2014 de 26 de noviembre (aunque la STS de 29 de abril de 2015 afirme en su FJ 10º que las críticas doctrinales “en realidad son injustificadas”).

Desde la reforma de 2010, se prevé expresamente que el delito de blanqueo pueda ser cometido por el autor o participe en el delito previo o por cualquiera ter-

(17) Cfr. BUSTO LAGO, J. M. / PEÑA LÓPEZ, F., “Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* núm.1, 1997, p. 141.

(18) Cfr., entre otros, FERRÉ OLIVÉ, J. C., “Corrupción, crimen organizado y “blanqueo” de capitales en el mercado financiero”, en AA.VV., *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa. Volumen 2. Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, pp. 16 ss.; JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, A. L., *La recuperación de activos frente a la corrupción*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 62 ss.

cera persona⁽¹⁹⁾. La combinación del autoblanqueo con las nuevas conductas típicas de posesión y utilización, introducidas en la reforma de 2010 – siguiendo las recomendaciones contenidas en la normativa internacional⁽²⁰⁾ –, pese al muy mayoritario rechazo doctrinal⁽²¹⁾, parece llevar a consecuencias absurdas. Baste pensar que cometería blanqueo

- (19) Con la reforma del art. 301.1 CP llevada a cabo en 2010, que supuso la incriminación expresa del autoblanqueo, se puso punto final a una intensa discusión centrada en la posibilidad de castigar como autor de blanqueo al autor o partícipe en el delito previo. Vid. al respecto FARALDO CABANA, P., “Antes y después de la tipificación expresa del delito de autoblanqueo de bienes”, *Estudios Penales y Criminológicos* Vol. XXXIV, 2014, pp. 41-79. Como ahí se expone, la doctrina mayoritaria, partiendo de que la figura del blanqueo de bienes ha de ser concebida también como un delito pluriofensivo, a la vez socioeconómico y contra la Administración de Justicia, había refutado convincentemente las razones alegadas por el sector doctrinal opuesto y, consecuentemente, había sostenido la tesis de que también los intervinientes en el delito previo podrán ser sujetos activos idóneos del delito del art. 301.1 CP. La jurisprudencia mayoritaria apoyaba esta posición. Esta es la tesis finalmente adoptada por el legislador en la reforma de 2010.
- (20) En efecto, tanto el art. 3.1 c) i) de la Convención de las Naciones Unidas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (en adelante, Convención de Viena) como el art. 6.1 c) de la Convención de Estrasburgo, así como el sucesor de éste último, el art. 9.1 c) del Convenio de Varsovia, que lo hacen “a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico”. A ello se suma que en el primer caso se refiere exclusivamente a bienes procedentes de los delitos de tráfico de drogas, y no de cualquier delito como se ha recogido en el texto español. Lo mismo ocurría en el caso de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (derogada), que refería la actividad delictiva mencionada al hablar de “la tenencia o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad”, a las conductas referidas en el art. 3.1 a) de la Convención de Viena, por tanto, al tráfico de drogas. Bien distinta es la referencia a lo que se entiende por “delito grave” en el art. 3.5 de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (versión consolidada), incomparablemente más amplia. En cualquier caso, la cláusula de cierre del art. 301.1 CP permitía incluir ya estas conductas antes de la reforma, pero se prefirió su mención expresa.
- (21) Cfr. ABEL SOUTO, M., “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, *La Ley Penal* núm.79, 2011, pp. 17 ss.; del mismo autor, “La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero”, en ABEL SOUTO, M. / SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 81 ss.; ALFONSO LASO, D., “La modificación del delito de blanqueo de capitales, arts. 301 y 302”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 254-255; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FABIÁN CAPARRÓS, E. A., “La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español”, *La Ley* 2010-5, *pássim*; BERMEJO, M. G. / AGUSTINA SANLLEHÍ, R., “El delito de blanqueo de capitales”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2011, p. 458; CARPIO DELGADO, J. DEL, “La posesión y la utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales”, en *Revista General*

el corrupto que tras hacerse con la dádiva o retribución, la disfruta, por ej., utilizando el vehículo que le han regalado o bien invirtiendo el dinero recibido en su adquisición. Y es que, se dice, lo que constituye nada más que la consumación o el agotamiento de la infracción previa no puede convertirse en un delito de blanqueo para su autor. Para solucionar al menos parte de estos supuestos el Consejo General del Poder Judicial, siguiendo un razonamiento análogo al empleado por el Tribunal Supremo para castigar por delito de defraudación tributaria en casos de cohecho en que se ocultan a la Hacienda pública las ganancias ilícitamente obtenidas, propuso castigar como blanqueo la posesión por el autor o partícipe en el delito previo solo cuando no sea posible sancionarles por dicho delito previo, alegando que así se evitaría el *bis in idem*. Pero el Consejo no quiso extender esta propuesta a la conducta de utilización, que formaría parte no de la consumación sino del agotamiento del delito previo, por lo que seguiría dando lugar

de Derecho Penal núm.15, 2011, p. 22; CASTRO MORENO, A., “Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del anteproyecto de 2008”, *La Ley* 2009-5, pp. 1388-1391; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “El blanqueo de capitales”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 26 de enero*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 464-465; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “Blanqueo de capitales”, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coord.), *Memento experto. Reforma Penal*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 320-322; del mismo autor, “El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)”, *La Ley* 2011-3, p. 1561; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 340; de la misma autora, “Ganancias criminales y ganancias no declaradas (El desbordamiento del delito fiscal y del blanqueo)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., Y OTROS, *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 663-664; QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* núm.12, 2010, pp. 12-13; del mismo autor, “La reforma del comiso, art. 127 CP”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 109; VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Blanqueo, ¿qué es blanqueo? Estudio del artículo 301.1 del Código Penal Español tras la reforma de la LO 5/2010”, *Revista General de Derecho Penal* núm.18, 2012, pp. 13-14. También en sentido negativo se ha manifestado el Consejo General del Poder Judicial en el Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 18 de febrero de 2009, p. 104.

A favor de la incriminación, “porque permite cubrir eventuales zonas de impunidad, a la vez que resulta más coherente con la decisión tomada de sancionar expresamente la modalidad de autoblanqueo”, HURTADO ADRIÁN, A., “Blanqueo de capitales (Art. 301.1)”, en JUANES PECES, A. (Dir.), *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio. Situación Jurídico-Penal del Empresario*, El Derecho, Madrid, 2010, pp. 249-250; también FARALDO CABANA, P., “Antes y después”, cit., pássim.

a un concurso real de delitos entre el blanqueo y el delito previo⁽²²⁾. Por su parte, en la doctrina se ha propuesto extenderla a ambas conductas “sobre la base del principio de insignificancia y de una interpretación teleológica que, tomando en consideración el bien jurídico tutelado, exija un menoscabo relevante del orden socioeconómico y la idoneidad de los comportamientos para incorporar capitales ilícitos al tráfico económico”⁽²³⁾. Sin que falten apelaciones a “la necesidad de efectuar restricciones típicas tomando como base criterios de proporcionalidad, lesividad material y fundamentalmente del contenido material de la prohibición constitucional de “*bis in idem*”⁽²⁴⁾.

En nuestra opinión, la solución exige tener en cuenta, básicamente, que las conductas de posesión y utilización realizadas por el autor o partícipe en el delito previo, cuando no impliquen un cambio de titularidad o la ocultación de los bienes a que se refieren, no afectan a ninguno de los bienes protegidos por el delito de blanqueo, integrando en el delito de cohecho nada más que la fase de agotamiento⁽²⁵⁾. Y es que dichas conductas, cuando son realizadas por el interviniente en el delito previo, no

- (22) Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 18 de febrero de 2009, p. 104. Vid. también MATA LLÍN EVANGELIO, A., “El “autoblanqueo” de capitales”, *Revista General de Derecho Penal* núm.20, 2013, p. 23.
- (23) ABEL SOUTO, M., “La expansión penal”, cit., p. 17.
- (24) GALLEGU SOLER, J. I., “Art. 301”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1043. Vid. también CARPIO DELGADO, J. DEL, “La posesión”, cit., pp. 23 ss.; DOMÍNGUEZ PUNTAS, A., “La naturaleza del delito fiscal. El delito fiscal como delito subyacente del delito de blanqueo de capitales. El autoblanqueo (III, IV y V)”, *Actum fiscal* núm.47, 2011, p. 36; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “Blanqueo de capitales”, cit., p. 322; del mismo autor, “El nuevo modelo”, cit., p. 1562; LORENZO SALGADO, J. M., “El tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en el delito de tráfico de drogas”, en ABEL SOUTO, M./ SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 224-225; MATA LLÍN EVANGELIO, A., “El “autoblanqueo”, cit., pp. 21 ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Blanqueo”, cit., p. 17.
- (25) Cfr. en este sentido, en general, BERMEJO, M. G. / AGUSTINA SANLLEHÍ, R., “El delito”, cit., p. 460; CARPIO DELGADO, J. DEL, “Sobre la necesaria interpretación”, cit., pp. 14 ss.; CASTRO MORENO, A., “Reflexiones críticas”, cit., p. 1388; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Ganancias criminales”, cit., p. 670; MATA LLÍN EVANGELIO, A., “El “autoblanqueo”, cit., p. 24; NOREÑA SALTO, J. R., “Estructura del delito de blanqueo de capitales y su relación con el delito antecedente”, *La Ley* 2011-4, p. 1929. No resulta aceptable entender que la ocultación o disimulación del origen ilícito de los bienes se produce por la mera confusión de las ganancias ilícitas del blanqueador con otras lícitas que posea, como hace el AAN de 5 de julio de 2010, que coherentemente sostiene que “desde el mismo momento de su adquisición (o detentación, pues en los bienes muebles y fungibles como el dinero, la mera tenencia equivale al título) el delito de blanqueo de capitales está perfeccionado, esto es, consumado, pues generado un dinero, nace el riesgo de su introducción en el sistema financiero” (FJ 4º). La innegable fungibilidad del dinero no otorga de por sí apariencia de licitud al producto o beneficio de la actividad delictiva. De hecho, la existencia de

son aptas “para ocultar o encubrir su origen ilícito” o “para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”, como exige alternativamente el art. 301.1 CP, por lo que parece claro que no se deben castigar⁽²⁶⁾. Así lo ha entendido la STS 265/2015 de 29 de abril. Esta conclusión se mantiene aunque, por el motivo que sea, no resulte posible castigar por el delito de cohecho. De nuevo la solución adecuada en estos casos no es forzar los términos del delito de blanqueo de bienes, sino acudir a la prohibición civil del enriquecimiento injusto o, en su caso, al decomiso sin condena.

IV. CONCLUSIONES

La mejora de los mecanismos de recuperación de los activos procedentes de la corrupción es una de las cuestiones más urgentes a la hora de luchar de manera eficaz contra esta delincuencia. No se puede tolerar el disfrute impune de las riquezas ilícitamente obtenidas. Ahora bien, la forma de privar al delincuente de esas ganancias de origen delictivo no tiene por qué forzar los elementos típicos ni del delito de defraudación tributaria ni del delito de blanqueo de bienes. En el Ordenamiento jurídico existen mecanismos orientados a impedir precisamente ese tipo de situaciones patrimoniales ilícitas, que resultan más apropiados. Si hay condena por el delito fuente, se aplicará el decomiso⁽²⁷⁾. Al respecto conviene tener presente que en las últimas reformas no solo se han introducido incentivos en la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y la libertad condicional para que el condenado colabore con las autoridades facilitando información exacta y suficiente sobre el paradero de los bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado (arts. 80.2.3º, 86 y 90.4 CP), sino que también se han expandido notablemente las posibilidades de aplicación de esta consecuencia accesoria. En particular, llama la atención la obligación del juez o tribunal de ordenar el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por delitos relacionados con la corrupción (corrupción en los negocios, cohecho, malversación, blanqueo, delitos contra la Hacienda pública) “cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos

ingresos de origen inexplicable de acuerdo con la actividad lícita alegada es uno de los indicios que permiten probar la existencia del delito de blanqueo.

(26) Cfr. ALFONSO LASO, D. DE, “La modificación”, cit., p. 257. Vid. también la STS 265/2015 de 29 de abril, FJ 9º.

(27) Al respecto, entre otros, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “El decomiso como instrumento esencial para la recuperación de activos en la política criminal española del siglo XXI”, en JIMENO BULNES, M. / PÉREZ GIL, J. (Coords.), *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz*, pp. 911-940.

proviene de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito” (art. 127 bis 1 CP)⁽²⁸⁾. Se consideran indicios objetivos, a estos efectos, “1º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada. 2º 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. 3º 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” (art. 127 bis 2 CP). Nos encontramos ante una figura que se aproxima a la del enriquecimiento injusto. Como reconoce el propio legislador, “no persigue reprochar al condenado la realización de un hecho ilícito, lo que sería propio de una pena, sino conseguir fines ordenadores del patrimonio y de corrección de una situación patrimonial ilícita derivada de un enriquecimiento injusto de origen delictivo; y el decomiso ampliado no presupone ni conlleva una declaración de culpabilidad por la actividad delictiva desarrollada por el sujeto, pues el decomiso ni presupone tal declaración de culpabilidad ni es una pena” (Preámbulo de la LO 1/2015). Si a esto añadimos que los delitos de blanqueo de bienes y defraudación tributaria se castigan con multas proporcionales, respectivamente, al valor de los bienes objeto de blanqueo y a la cuota defraudada, está claro que existen medios suficientes para privar al responsable del delito de las ganancias que pueda haber obtenido.

Si no hay condena por el delito previo, hay que explorar las posibilidades que ofrece la prohibición civil del enriquecimiento sin causa, en particular como remedio en los casos en que no sea posible el decomiso sin condena, regulado en nuestro país de forma considerablemente restrictiva⁽²⁹⁾. Ahora bien, nuestra valoración positiva de esta figura civil no llega hasta el punto de proponer introducir en España el delito de

(28) Sobre el decomiso ampliado, destacando los problemas que plantea, vid. entre otros, BLANCO CORDERO, I., “Comiso ampliado y presunción de inocencia”, en PUENTE ABA, L. M. et al. (Coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Comares, Granada, 2008, pp. 69-106; del mismo autor, “La reforma del comiso en el Código Penal español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos”, en GÓMEZ TOMILLO, M. et al., *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 145-186; GORJÓN BARRANCO, M. C., “El comiso ampliado como paradigma del moderno Derecho penal”, *Revista Penal* núm. 38, 2016, pp. 127-146; VIDALES RODRÍGUEZ, C., “El comiso ampliado: consideraciones constitucionales”, en CARBONELL MATEU, J. C. et al., *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Volumen 2*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1089-2006. Con una valoración muy positiva, JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, A. L., *La recuperación de activos*, cit., pp. 127-133.

(29) Al respecto, vid. entre otros AGUADO CORREA, T., “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* núm.15-05, 2013, pp. 10-13.

enriquecimiento ilícito, como han hecho otros países, sobre todo latinoamericanos⁽³⁰⁾, y como se propone en la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero (2013/2107(INI)). Sin querer negar su evidente utilidad práctica, consideramos que los problemas constitucionales que plantea son muy graves⁽³¹⁾, en particular en relación con la presunción de inocencia y la inversión de la carga de la prueba a que puede dar lugar esta nueva infracción penal. Así lo ha demostrado la declaración de inconstitucionalidad de la regulación portuguesa⁽³²⁾.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M., “La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero”, en ABEL SOUTO, M./ SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.), *II Congreso*

- (30) Se han visto impulsados a ello por la Convención Interamericana contra la Corrupción, que en su art. IX señala lo siguiente: “Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él...”. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción también alude en su art. 20 al delito de enriquecimiento ilícito, en los siguientes términos: “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”.
- (31) Vid., entre otros, CARPIO DELGADO, J. DEL, “El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional”, *Revista General de Derecho Penal* núm. 23, 2015, pássim; GIMENO BEVIÁ, J., “Algunos problemas procesales en la recuperación de activos”, en NIETO MARTÍN, A. / MAROTO CALATAYUD, M. (Dir.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 296-298; JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La prevención*, cit., pp. 165-170; RODRÍGUEZ GARCÍA, N. / ORSI, O. G., “El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: tendencias y perspectivas”, *Cuadernos de Política Criminal* núm. 116, 2015, pp. 201-260. Desde una perspectiva más positiva, vid. ASENSIO MELLADO, J. M., “El delito de enriquecimiento ilícito”, *El Notario del Siglo XXI* julio-agosto 2010, pp. 16-21.
- (32) Cfr. BLANCO CORDERO, I., “El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués”, *Revista Electrónica de la AIDP* 2013, pp. 1-19. Vid. no obstante, desde una perspectiva favorable, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “Consideraciones procesales sobre el delito de enriquecimiento ilícito”, en DEMETRIO CRESPO, E. / GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 436 ss.

sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 61-110.

- “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, *La Ley Penal* núm.79, 2011, pp. 5-32.

AGUADO CORREA, T., “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* núm.15-05, 2013, pp. 1-27.

ALFONSO LASO, D. DE, “La modificación del delito de blanqueo de capitales, arts. 301 y 302”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 253-258.

ASENCIO MELLADO, J. M., “El delito de enriquecimiento ilícito”, *El Notario del Siglo XXI* julio-agosto 2010, pp. 16-21.

BACIGALUPO SAGGESE, S., *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Corrupción y Derecho Penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código penal”, en DEMETRIO CRESPO, E./ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 53-100.

BERMEJO, M. G./ AGUSTINA SANLLEHÍ, R., “El delito de blanqueo de capitales”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 439-461.

BLANCO CORDERO, I., “Comiso ampliado y presunción de inocencia”, en PUENTE ABA, L. M. et al. (Coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Comares, Granada, 2008, pp. 69-106.

- “La reforma del comiso en el Código Penal español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos”, en GÓMEZ TOMILLO, M. et al., *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 145-186.
- “El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués”, *Revista Electrónica de la AIDP* 2013, pp. 1-19.

BUSTO LAGO, J. M./ PEÑA LÓPEZ, F., “Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* núm.1, 1997, pp. 141-166.

- CARPIO DELGADO, J. DEL, “La posesión y la utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales”, *Revista General de Derecho Penal* núm.15, 2011, pp. 1-28.
- “El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional”, *Revista General de Derecho Penal* núm. 23, 2015
- CASTRO MORENO, A., “Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del anteproyecto de 2008”, *La Ley* 2009-5, pp. 1387-1394.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Una cuestión problemática en el delito fiscal: ¿responsabilidad penal por defraudación fiscal en supuestos de ganancias ilícitas?”, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), *Derecho penal económico*, CGPJ, Madrid, 2003, pp. 237-270.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “El blanqueo de capitales”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 26 de enero*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 453-476.
- DOMÍNGUEZ PUNTAS, A., “La naturaleza del delito fiscal. El delito fiscal como delito subyacente del delito de blanqueo de capitales. El autoblanqueo (III, IV y V)”, *Actum fiscal* núm.47, 2011, pp. 11-49.
- DORRONSORO MARTÍN, P./ QUESADA MORALES, V. A., “Unidad y pluralidad de delitos. Tributación de rentas ilícitas”, en FUENTES BARDAJÍ, J. DE, y otros (Coords.), *Manual de delitos contra la hacienda pública*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 381-402.
- FALCÓN Y TELLA, R., “Prólogo”, en HERRERA MOLINA, P. M., *Fiscalidad de los actos ilícitos (La antijuridicidad en los supuestos de hecho de la obligación tributaria)*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, pp. 15-17.
- FARALDO CABANA, P., “Antes y después de la tipificación expresa del delito de autoblanqueo de bienes”, *Estudios Penales y Criminológicos* Vol. XXXIV, 2014, pp. 41-79.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “Consideraciones procesales sobre el delito de enriquecimiento ilícito”, en DEMETRIO CRESPO, E./ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dirs.), *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 431-466.
- FERNÁNDEZ, TERUELO, J. G., “Blanqueo de capitales”, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coord.), *Memento experto. Reforma Penal*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 313-334.

- “El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)”, *La Ley* 2011-3, pp. 1559-1567.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C., “Corrupción, crimen organizado y “blanqueo” de capitales en el mercado financiero”, en AA.VV., *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa. Volumen 2. Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, pp. 13-24.
- GALARZA, C. J., *La Tributación de los Actos Ilícitos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- GALLEGO SOLER, J. I., “Art. 301”, en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1039-1047.
- “Art. 305”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1056-1072.
- GIMENO BEVIÁ, J., “Algunos problemas procesales en la recuperación de activos”, en NIETO MARTÍN, A./ MAROTO CALATAYUD, M. (Dir.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 279-302.
- GORJÓN BARRANCO, M. C., “El comiso ampliado como paradigma del moderno Derecho penal”, *Revista Penal* núm. 38, 2016, pp. 127-146.
- HERRERA MOLINA, P. M., *Fiscalidad de los actos ilícitos (La antijuridicidad en los supuestos de hecho de la obligación tributaria)*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003.
- HURTADO ADRIÁN, A., “Blanqueo de capitales (Art. 301.1)”, en JUANES PECES, A. (Dir.), *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio. Situación Jurídico-Penal del Empresario*, El Derecho, Madrid, 2010, pp. 243-264.
- JAÉN VALLEJO, M./ PERRINO PÉREZ, A. L., *La recuperación de activos frente a la corrupción*, Dykinson, Madrid, 2016.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción: interacciones evolutivas en un derecho internacional global*, Comares, Granada, 2015.
- LORENZO SALGADO, J. M., “El tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en el delito de tráfico de drogas”, en ABEL SOUTO, M./ SÁNCHEZ

- STEWART, N. (Coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 223-249.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 337-344.
- “Ganancias criminales y ganancias no declaradas (El desbordamiento del delito fiscal y del blanqueo)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., y otros, *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 655-698.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MATALÍN EVANGELIO, A., “El “autoblanqueo” de capitales”, *Revista General de Derecho Penal* núm.20, 2013, pp. 1-47.
- NOREÑA SALTO, J. R., “Estructura del delito de blanqueo de capitales y su relación con el delito antecedente”, *La Ley* 2011-4, pp. 1928-1930.
- ORÓN MORATAL, G., “Fallos en la legislación financiera y tributaria que pueden facilitar el blanqueo de capitales y el fraude fiscal”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 281-300.
- PÉREZ CEPEDA, A. I. / BENITO SÁNCHEZ, D., “La política criminal internacional contra la corrupción”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / LIBERATORE S. BECHARA, A. E. (Coords.), *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, pp. 13-56.
- PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *La corrupción pública en la reforma del Código penal de 2015*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, G., “La reforma del comiso, art. 127 CP”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 107-110.
- “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* núm.12, 2010, pp. 1-20. Disponible en la página web <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r2.pdf>
 - “Blanqueo, comiso, y tributación del dinero sucio”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.), *Crisis financiera y Derecho Penal económico*, Edisofer, Madrid, 2014, pp. 635-653.

- RODRÍGUEZ GARCÍA, N. / ORSI, O. G., “El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: tendencias y perspectivas”, *Cuadernos de Política Criminal* núm. 116, 2015, pp. 201-260.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “El decomiso como instrumento esencial para la recuperación de activos en la política criminal española del siglo XXI”, en JIMENO BULNES, M. / PÉREZ GIL, J. (Coords.), *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz*, pp. 911-940.
- RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., “Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal”, *Revista de Derecho Financiero* núm. 265, 2002, pp. 577-640.
- SOLER ROCH, M. T., “La tributación de las actividades ilícitas”, *Revista de Derecho Financiero* núm. 85, 1995, pp. 9-32.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C., “El comiso ampliado: consideraciones constitucionales”, en CARBONELL MATEU, J. C. et al., *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Volumen 2*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1089-2006.
- “Blanqueo, ¿qué es blanqueo? Estudio del artículo 301.1 del Código Penal Español tras la reforma de la LO 5/2010”, *Revista General de Derecho Penal* núm.18, 2012, pp. 1-29.