Lorenzo Morillas Cueva
(Director)

CORRUPCIÓN PRIVADA, TRANSPARENCIA Y GESTIÓN PÚBLICA

Gustavo di Angellis da Silva Alves
Juan Rafael Benítez Yébenes
Miguel Ángel Cano Paños
Cristina Domingo Jaramillo
Pilar Fernández Pantoja
Aixa Gálvez Jiménez
Jesús García Calderón
Borja Mapelli Caffarena
Belén Macías Espejo
Miguel Ángel Moreno Navarrete
Lorenzo Morillas Cueva
Josefa Muñoz Ruiz
José Manuel Pérez Lara
Mª Concepción Pérez Villalobos
Francisco Rodríguez Almirón
Juan José Romero Abolafio
José E. Sáinz-Cantero Caparrós
María José Sánchez Robert
Ramón Terol Gómez

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).
Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

La presente obra es el resultado final de la investigación realizada en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «Transparencia, control de la gestión pública y respuestas jurídico-penales en relación a la corrupción privada» (PID2019-110864GB-I00) financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

COLECCIÓN ENSAYOS PENALES

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase *www.dykinson.com/quienes_somos*

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2023

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
http://www.dykinson.es
http://www.dykinson.com

ISBN: 978-84-1170-450-2
Depósito Legal: M-33936-2023
DOI: 10.14679/2430

ISBN electrónico: 978-84-1170-899-9

Preimpresión:
Besing Servicios Gráficos, S.L.
besingsg@gmail.com

Resultados a manera de conclusiones

* La ordenación numérica marca, en primer lugar, el orden de la conclusión; en segundo, el Capítulo del libro al que corresponde. Este epígrafe ha sido coordinado por Lorenzo Morillas Cueva, sobre las aportaciones de los/as autores/as.

PARTE PRIMERA

1ª.1º. Una de las notas más características en relación a la corrupción desde una perspectiva definitoria de su propia esencia es su falta de coherencia conceptual que conduce a una evidente debilidad y falta de precisión de un concepto de alguna manera pacífico, como orientativo para sus contenidos y efectos. Cierto es y así hay que proclamarlo que en los últimos tiempo se le ha dedicado no solo por la doctrina científica, que también, sino asimismo por agentes sociales e instituciones, un espacio más amplio y detallado en la búsqueda de soluciones que la definan con mayor claridad y precisión, a este fenómeno, cruel y despiadado atentatorio de las bases esenciales del Estados social y democrático de Derecho, de derechos humanos y de las estructuras económicas de los propios Estados.

2º.1º. Sobre tal visón de exigencias, nos ha parecido como máxima en este capítulo la búsqueda, sobre el asentimiento de la propuesta en él desarrollada, no solo en este epígrafe delimitador del propio contenido corrupto de respuestas equilibras, con firmeza a través de múltiples dimensiones, pero esencialmente por su gravedad e incidencia estructural, las del ámbito jurídico y, en concreto, y ello es el objetivo final de los capítulos presentados, entre otros este mismo, criterios punitivos; lo que no evita que semejante fenomenología criminal que acompaña a la corrupción y con ello el juicio de valor negativo que da soporte a la protección de bienes jurídicos especialmente relevantes y que no se han de dejar llevar por condicionantes ético-morales, que desde mi punto de vista torcerían el verdadera sentido de la utilización penal y, en toda caso, se han de ver ubicados en otros sectores diferentes al jurídico penal, pues de lo contrario este monstruo de las mil cabezas llegaría a una amplitud todavía mayor de desvalores que desbordaría los principios esenciales y propios del ius puniendi en el Estado social y democrático de Derecho.

3ª.1º. Dicha convicción desarrollada en el texto y ahora desde el afán conclusivo ha de conducir a la demostración de las variantes aplicativas más relevantes para conseguir los objetivos de nitidez y compromiso en la lucha desde las más variadas dimensiones contra todas las formas de corrupción. Desde el punto de vista del autor, que soy del capítulo, es conveniente avanzar en esta síntesis conclusiva relacionada intensa y sistemáticamente con el resto de contenidos de los diversos capítulos de esta obra, sobre un avance de criterios que ha de servir para comprender mejor la propuesta final, son: a) integración tanto del sector público como privado; b) no identificación total de corrupción con administración pública; c) abuso de poder sobre conducta desleal, en el ámbito privado y en el público, en sentido, con la suficiente amplitud, de que pueda abarcar tanto lo privado como lo público. Lleva igualmente a destacar el criterio hegemónico que se sitúa en el delito de cohecho y sus ramificaciones tanto en la corrupción

DOI: 10.14679/2452

pública como en su adaptación, y ya, en un plano diferenciado con atención a los delitos contra la Administración pública con exigencia de selección restrictiva, los socioeconómicos, con igual criterio, los instrumentales, como medios para llegar o desarrollar conductas corruptas.

4ª.1º. Todo ello y sobre las premisas destacadas ya enunciadas, me sitúo, como base inicial, de adscripción a la opción restrictiva, pero no con exclusividad del cohecho, que es la referencia sino sobre la ampliación normativa a otras conductas similares, malversación. La opción, por tanto, parte de la identificación formal del cohecho y del soborno, con la preeminencia de aquel, pero con la coyuntura de la interpretación más amplia de este, dentro de los cánones establecidos sobre la famosa frase de "cohecho es soborno y soborno es cohecho" y sobre el entendimiento sistemático esencial de que la definición es previa, desarrollada sobre los elementos generales con anterioridad seleccionados de lo asumido como conductas corruptas. Y no al contrario, sobre los delitos preestablecidos.

5ª.1º. Propuesta final, en definitiva, es: conducta de persona dotada de poder de decisión que, con abuso de él, incurriere en actividad desleal a sus funciones y cargos en el ámbito público o en el sector privado de relaciones comerciales para conseguir por petición directa propia o por ofrecimiento de otro, o con su actuación distrajere bienes públicos o privados, con la finalidad de obtener para sí mismo o para un tercero una ventaja o beneficio económico o de otra índole.

1ª. 2º. Mencionados en la Constitución, en su artículo 6, los partidos políticos son asociaciones sometidas a un régimen especial, contenido principalmente en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, y en la posterior Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, reformada en 2012 y en 2015. Este marco se completa con normativa administrativa de aplicación parcial a los partidos políticos que ha venido incluyéndolos debido a episodios de corrupción. Tal normativa está, en lo esencial, en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público 5, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y la más reciente Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

2ª.2º. La legislación administrativa de aplicación parcial a los partidos políticos, así como la ley orgánica reguladora de su financiación, se promulgó con la pretensión de un mayor control de las actividades de trascendencia económica de aquellos y, desde luego, evitar la corrupción. En ese sentido, se imponen obligaciones de transparencia, de publicar y hacer accesible al público determinada información, tanto en la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos como en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, poniéndolos bajo la supervisión del Tribunal de Cuentas.

3ª.2º. Sólo están sujetos los partidos políticos a las obligaciones de publicidad activa establecidas en la Ley 19/2013, no al derecho de acceso a la información.

DOI: 10.14679/2452

Es decir, están obligados a publicar la información que recoge la Ley, pero no a tramitar solicitudes de información realizadas por los ciudadanos, ni quedan sometidos a la autoridad del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Asimismo, el incumplimiento de las obligaciones que se imponen no tiene consecuencias ya que tal conducta no está tipificada en el régimen de infracciones y sanciones. Por tanto, la aplicación de la Ley 19/2013 es, claramente, limitada, sin perjuicio de que en algunas Comunidades Autónomas que han promulgado legislación en materia de transparencia, sí que incluyen la imposición de sanciones.

4ª.2º. Dados los recurrentes problemas de corrupción, la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, impone obligaciones de facilitar información de carácter económico, además de someterse a auditorías y al control del Tribunal de Cuentas, que sólo recientemente ha impuesto alguna sanción a partidos políticos. Sin embargo, las obligaciones de publicar información quedan fuera del régimen sancionador.

5ª.2º. Como han constatado entidades como Newtral, la Fundación Haz o el propio Tribunal de Cuentas, no todas las formaciones políticas cumplen con sus obligaciones de transparencia, lo que además no tiene consecuencias ya que no se prevén sanciones. Además, sin perjuicio de que el Tribunal de Cuentas se refiere a estas cuestiones en sus informes de fiscalización, tarda una media de cinco años en emitirlos desde la conclusión del ejercicio económico a que se refieren. En resumidas cuentas, siendo menos intensas las obligaciones que impone la legislación de trasparencia a los partidos políticos quedando limitadas a la publicidad activa, su incumplimiento no tiene consecuencias –salvo en la legislación de transparencia de algunas Comunidades Autónomas– y, además, su vigilancia y comprobación es palmariamente mejorable.

1ª.3º. La corrupción política es considerada como un fenómeno criminal y una lacra en la sociedad. Las medidas políticas y legislativas adoptadas hasta el momento, no han sido suficientes para prevenirla.

2ª.3º. La ciencia criminológica es una herramienta relevante en la lucha contra la corrupción política, ya que permite comprender completamente esta forma de criminalidad y reducir su magnitud.

3ª.3º. La Teoría de la oportunidad criminológica explica que la corrupción política es el resultado de la interacción entre la motivación del político y las oportunidades que se le presentan para obtener beneficios personales a través de su posición política.

4ª.3º. En España, la falta de controles efectivos y la cultura de la impunidad son factores que fomentan dicha corrupción política. La falta de transparencia y la falta de rendición de cuentas crean oportunidades para la conducta corrupta de los políticos. La prevención de la corrupción se basa en la reducción de oportunidades delictivas. El diseño de políticas anticorrupción, la transparencia organizativa y el aumento de la rendición de cuentas son medidas que pueden contribuir a prevenir este fenómeno.

DOI: 10.14679/2452

5ª.3º. En resumen, la Criminología es fundamental para abordar la corrupción política; a través de la Teoría de la oportunidad se identifica la explicación y se proponen medidas de prevención basadas en la reducción de oportunidades delictivas y en el fortalecimiento de la transparencia y la rendición de cuentas.

1ª.4º. Hay una primera verificación, tanto de Brasil como de otros países, incluida España, de que el número de procedimientos, el tiempo necesario y también los costos son factores que especialmente afectan la burocracia, creando oportunidades para la corrupción, puesto que procesos lentos y costosos suelen ser complejos e imprevisibles, lo que favorece las relaciones ilegales.

2ª.4º. En Brasil, la complejidad de ese tipo de proceso suele resultar de la estructura organizativa. Las cadenas de mando de los órganos públicos, en general, siguen una estructura jerárquica clásica, compuesta por varios y distintos niveles. Hay un presidente arriba de directores, que están arriba de gerentes, que están arriba de coordinadores, que comandan un equipo con varias personas, muchas veces con más grados jerárquicos entre sí. Modelo defectuoso en términos de transparencia.

3ª.4º. Como propuesta, sintetizada de los contenidos es la mejora de la transparencia, lo que contribuirá para un escenario de menor burocracia, lo que, a su vez, reducirá las oportunidades para la corrupción. Simplificar las cadenas de mando de los órganos públicos es un camino viable, puesto que, de tal modo se reducirán el tiempo, los costes y la cantidad de procedimientos necesarios para concluirse las demandas externas en general; consecuentemente, habrá menos oportunidades para que se practique ese tipo de delito.

PARTE SEGUNDA

1ª.5º. La aplicación directa o subyacente de arquitecturas basadas en inteligencia artificial puede producir sesgos discriminatorios entre consumidores, distinguiendo unos de otros, con perjuicio, fundamentalmente económico. El sesgo IA por diseño o algorítmico puede producirse por error en los datos, error humano o de forma consciente, es decir, se entrena a partir de datos previamente manipulados para producir el resultado sesgado y querido.

2ª.5º. Existen grupos diferentes de consumidores, los cuales son segmentados por las empresas y profesionales en función de diversas circunstancias, perfiles y/o patrones de comportamiento. La cuestión es si, tratándose de clientes-consumidores y del precio a pagar por el bien o servicio, esta práctica es lícita o no, y si es ilícita, cuáles son las consecuencias jurídicas. Solo la existencia de una causa justificada puede fundamentar la práctica de segmentación de precios en función de perfiles y/o patrones de comportamiento, y esta debe corresponderse con una causa objetiva, por ser una práctica contraria a la competencia leal y a los consumidores.

DOI: 10.14679/2452

3ª.5º. Se sanciona la activad de obtención de datos personales no consentida, sin autorización o norma jurídica habilitante, que causen perjuicio a tercero o al titular de los datos, que se halle en registros o bases de datos informáticas. Por tanto, podemos concluir que, la obtención ilícita de datos sesgados o utilización y tratamiento de datos en la fase de diseño de las IA, con finalidad discriminatoria, cuando esta produzca perjuicio al titular de los datos, es una conducta punible, como delito de descubrimiento y revelación de secretos; y/o como delito de publicidad engañosa (concurso) cuando la práctica discriminatoria IA a los consumidores por el precio cause perjuicio grave y manifiesto.

4ª.5º. La solución, entendemos, pasa por la transparencia en el diseño y/o algorítmica y la IA explicable. Así lo dispone la (Propuesta) Ley de Inteligencia Artificial, en su artículo 52.1, el cual se refiere a la obligación de información y transparencia del uso de sistemas IA a los usuarios para que estos puedan valorar sus decisiones económicas. Es necesario, en aras de los derechos de información, una actitud proactiva de los empresarios y profesionales de explicación y transparencia en el precio, cuando su determinación provenga del uso de la inteligencia artificial.

5ª.5. Solo cuando los consumidores puedan conocer y comprender que interaccionan con un sistema IA y que este cumple las legítimas expectativas legales y éticas, podremos hablar de justo equilibrio en las relaciones jurídicas negociales.

1ª.6º. El desarrollo y evolución de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han favorecido la lucha contra la corrupción pública. Existen distintas iniciativas que utilizan las TIC para combatir este delito distinguiéndose dos según el agente que las lleve a cabo. Por un lado, las puestas en marcha por la Administración y, por otro, las que provienen de la acción ciudadana. Las segundas se han mostrado más efectivas en materia de prevención y lucha de este ilícito.

2ª 6. Uno de los instrumentos de los que se vale la población para llevar a cabo labores anticorrupción son las plataformas digitales, las cuales se muestran como una herramienta importante en dicho sentido pues, entre otras cosas, permiten la concienciación y movilización social, esencial para el descubrimiento de casos que pueden permanecer ocultos por la opacidad característica de la Administración. Sin embargo, para que sean efectivas, tienen que concurrir tres elementos: la digitalización de las actividades del ente público, el fomento de la transparencia y la garantía de acceso a los datos abiertos.

3ª. 6º. Favorecer la implicación ciudadana en la acción anticorrupción mediante el uso de distintas plataformas digitales tiene resultados positivos. Diversos ejemplos avalan la anterior afirmación, como el desarrollo de páginas web en las que se publica información sobre la actividad desarrollada por el órgano administrativo de forma didáctica, a fin de que la sociedad sea capaz de entenderla y utilizarla adecuadamente; el uso de redes sociales como Facebook y Twitter por activistas anticorrupción para la captación de nuevos voluntarios; y, en nuestro país, destaca la plataforma Xnet, desde la que se ha fomentado la denuncia ciuda-

DOI: 10.14679/2452

dana que llegó incluso a impulsar la investigación de casos importantes como el de Bankia.

1ª.7º. El entorno *fintech* supone un importante cambio de las condiciones de funcionamiento del mercado financiero a través de una generalización de la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en su aplicación al ámbito financiero, fenómeno que ha supuesto una modificación sustancial de las conductas de los ciudadanos en dicho campo, que inexorablemente tienen que adaptarse al nuevo orden de cosas para el desempeño de su vida económica. En consecuencia, surgen una serie de cambios de diferente calado que plantean, entre otras implicaciones, una variación en las conductas de los operadores económicos de interés desde diferentes puntos de vista, entre los que encontramos la lectura criminológica, así como el tratamiento político-criminal y penal que reciben estos comportamientos, de especial relevancia en el marco de la economía de la globalización.

2ª.7º. La utilización de la tecnología blockchain y, particularmente, las criptomonedas, constituyen avances que suscitan ciertos interrogantes en la lucha contra la corrupción teniendo en cuenta sus características singulares y, en especial, el anonimato que permiten, potenciado por la utilización de determinadas maniobras como técnicas de ofuscación. En este sentido, las criptomonedas permiten aprovechar determinadas fisuras del sistema para sortear las políticas anticorrupción y, en especial, las medidas encaminadas al control e investigación de ciertas transacciones vinculadas a acciones de naturaleza delictiva. Por tanto, es necesario profundizar sobre el conocimiento e implicaciones de dichas conductas a fin de profundizar sobre su funcionamiento y, en particular, conocer posibles características relevantes en estas conductas, así como posibles cambios a tener en cuenta en sentido criminológico, entre otros.

3ª.7º. Las criptomonedas plantean un problema delictivo con relevancia internacional a la vista de su propia naturaleza, que permite la realización prácticamente instantánea de transacciones financieras de forma transfronteriza, generándose un efecto de dinamización de los flujos económicos; además, en términos generales, es posible observar que la criminalidad ha mostrado una conspicua capacidad de adaptación de su modus operandi a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Sin embargo, este planteamiento contrasta con la estrategia político-criminal que, entre otras implicaciones, es insuficiente en su articulación de forma independiente por cada Estado, teniendo en cuenta la naturaleza de funcionamiento de la tecnología blockchain y, particularmente, las criptomonedas; por tanto, resulta perentoria su implementación en clave internacional.

4ª.7. Siguiendo el avance anterior, es necesario el despliegue de unos parámetros político-criminales solventes, que hagan frente a los interrogantes que muestra esta realidad, particularmente, habida cuenta de su utilización para fines de corrupción entre otras conductas con relevancia punitiva; igualmente, resulta

DOI: 10.14679/2452

inexorable agilizar los procedimientos de respuesta frente estos desafíos en observancia de su extraordinaria capacidad adaptativa y naturaleza cambiante.

5ª.7º. Es importante observar como la ausencia de unas coordenadas político-criminales solventes frente al problema que plantea la utilización de criptomonedas, entre otros avances de las tecnologías de la información y la comunicación, tiene repercusiones sobre la articulación de la respuesta punitiva. Los legisladores nacionales se sitúan ante la necesidad de ofrecer una solución frente a estos problemas; empero, afrontar la realidad que comportan estas conductas con relevancia penal, exige de parámetros coordinados entre los diferentes Estados que doten de consistencia y solvencia a la respuesta de los diferentes arsenales punitivos. En este sentido, es trascendente tener en cuenta que se trata de una cuestión de particular relevancia con causa en el propio funcionamiento de las criptomonedas, que facilitan la realización de operaciones transfronterizas, de modo que podría producirse una búsqueda de sistemas penales que otorguen respuestas más laxas o de contextos particularmente opacos que obstaculicen las labores de control e investigación a nivel internacional, entre otras prácticas perniciosas.

1ª.8º. Los problemas a los que se enfrenta la Unión y que afectan a su seguridad necesitan afrontarse de forma conjunta en un territorio en el que la delincuencia no tiene fronteras.

2ª.8º. Servicios de inteligencia aportan un análisis preventivo de ayuda a la toma de decisiones por lo que, más allá de la coordinación policial, la Unión necesita dotarse de unos servicios propios.

3ª.8º. Los servicios de inteligencia y las policías de los distintos países pueden realizar investigaciones conjuntas haciendo uso de una mejor información de inteligencia disponible. Se ha centralizado en EUROPOL que dispone de bastantes herramientas legislativas. Y, por otro lado, existen algunos servicios de información, en el ámbito de la Unión, que colaboran con los diferentes servicios estatales de forma muy coordinada.

PARTE TERCERA

1ª.9º. Se requiere hacer una propuesta de regulación de la 'corrupción en los negocios' que intente superar los múltiples defectos que se detectan en su normativa actual en el Código penal español, que al mismo tiempo cumpla con la Decisión Marco 2003/568/JAI y que consiga un mínimo nivel de eficiencia en la represión y prevención de los fenómenos y prácticas a los que desde un principio se orientaba intentando mantener en todo momento un máximo respeto a los distintos principios que fundamentan y legitiman el Derecho Penal en una Estado Social y democrático de Derecho y que permita acabar con sus principales defectos, sobre todo el que plantea su escasa ofensividad y con ello el defecto de 'legitimidad de la intervención' que pudiera darse.

DOI: 10.14679/2452

2ª.9º. Con esta perspectiva se ha de valorar si se cuenta con instrumentos suficientes para la protección de los intereses que se generan en este tipo de delito. Parece obvio que no es así, sobre todo en relación a la tutela de la competencia y el mercado frente a la 'corrupción' y ello no obstante el completo arsenal que desde el punto de vista extrapenal ofrecen leyes tan relevantes para esta cuestión como Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal, y la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia. Ello lleva a situar la necesidad de la incorporación de un nuevo tipo penal que se dedique específicamente a la tutela de la competencia y el mercado frente a los comportamientos corruptos, con independencia de si además se previene la posible afectación a otros intereses que pudieran verse potencialmente afectados.

3ª.9º. Dentro de los cambios de expresa necesidad de realizar, cabe destacar en primer lugar el mantenimiento de un específico delito de corrupción en los negocios, en el marco de los delitos relativos al mercado y los consumidores, en la misma sede pues, y con el mismo numeral, puesto al servicio específico de la tutela de la competencia. Su texto debiera variar sin duda al actual, buscando sobre todo concretar los niveles de lesividad que la redacción vigente presenta, e intentando reducir los términos normativos de contenido indeterminado o difuso, así como exigiendo la realización del comportamiento en el marco de una relación comercial o mercantil concreta, en la que se produzca al menos la infracción de las reglas propias de la competencia en 'perjuicio' o 'frente' a otros competidores.

4º.9º. Junto a ello, una primera propuesta: articular un nuevo tipo específico agravado en relación con una fenomenología contra el patrimonio o el orden socioeconómico en sentido amplio que pudieran verse realizado como consecuencia de la corrupción en los negocios, tal como se ejemplifica con el caso de la administración desleal del artículo 252 CP.

5ª.9º. La presencia de una nueva modalidad de intervención, obligaría a introducir una cláusula concursal específica sobre todo para los supuestos de 'corrupción pasiva', que debe de recoger el contenido de la regla 4ª del artículo 8, obligando a apreciar sólo la pena de la infracción más penada. En ambos supuestos es necesario, revisar las penas previstas en el artículo 286 bis, en cuanto sería interesante darle un mayor protagonismo, también en el tipo específico agravado antes sugerido, a las penas no privativas de libertad pero limitadoras del ejercicio de profesión, industria oficio o comercio, así como otras limitativas de las capacidades para mantener la actividad en el ámbito de las operaciones mercantiles; y desde luego la multa debiera redimensionarse dejando de ser proporcional –sobre todo cuando el módulo de la proporcionalidad lo constituye el soborno, esto es el valor del beneficio o ventaja que recibe el sujeto corrupto, para pasar al sistema de días–multa como merece una manifestación especialmente compleja y preocupante como es la corrupción en los negocios.

1ª.10º. En el año 2010, a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, el legislador insertó un nuevo delito en el Código Penal, relativo a la corrupción privada (o, en los negocios), concretamente en el art. 286 bis, previendo en su apartado cuarto

DOI: 10.14679/2452

la corrupción cometida en el ámbito deportivo. En este, a través de una más que cuestionable técnica de remisión, envía a los apartados primero y segundo de dicho precepto para la concreción de aspectos fundamentales del mismo.

2ª.10º. Ambas modalidades presentan importantes diferencias en cuanto a bien jurídico, sujetos y conducta se refiere, motivo por el cual no puede entenderse que el fraude en el deporte se vincule a la corrupción en los negocios. Por un lado, el objeto de protección de esta última es la garantía del buen funcionamiento del mercado evitando que se rompan las reglas que rigen en él, mientras que en el primero se vincula al correcto funcionamiento de las competiciones y la autenticidad de los resultados sin que sufran ningún tipo de manipulación. En cuanto a los sujetos, la corrupción en el deporte (tanto activa como pasiva) es un delito especial propio que únicamente puede cometerse por quienes están vinculados a este entorno. Por su parte, aquellos que pueden cometer un delito de corrupción en los negocios se ligan al ámbito empresarial y su conducta va dirigida a favorecer indebidamente a alguien en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o relaciones comerciales; cuando en el fraude deportivo se orienta hacia la determinación intencionada del resultado de un encuentro, prueba o competición de "especial relevancia económica o deportiva".

3ª.10. Remisión en el aspecto de determinación de la pena también plantea problemas porque no se tiene en cuenta la especificidad del entorno deportivo. La inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio no puede aplicarse al deporte, poniéndose en peligro el principio de legalidad porque debe hacerse un ejercicio interpretativo para trasladarla a este caso. Igualmente, algunas de las agravantes del art. 286 quater CP no pueden aplicarse a la corrupción deportiva, como sucede con la relativa a que el objeto del negocio verse sobre bienes o servicios humanitarios o de primera necesidad.

4ª.10º. Por todo lo anterior, hay que concluir que sería más adecuada su tipificación de forma independiente y autónoma en un nuevo artículo del Código Penal, en el que se precisasen adecuadamente todos los aspectos propios de la corrupción deportiva, evitando con ello los problemas e inconvenientes que conlleva su ubicación entre los delitos de corrupción privada.

1ª.11º. La corrupción es un fenómeno con incidencia a nivel nacional e internacional; y tiene efectos negativos que influyen de manera especial en el ámbito económico, de modo que los Estados deben implementar medidas de todo tipo para combatir y prevenir su aparición. En este sentido, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) elaboró el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. España firmó el Convenio en el año 1997 y lo ratificó en el año 2000. Con el fin de dar cumplimiento al contenido del mismo, a través de la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, se incluyó por primera vez en el Código Penal un delito que castiga la corrupción en las actividades económicas internacionales.

2ª.11º. Actualmente, el delito de corrupción trasnacional se encuentra ubicado en el artículo 286 ter CP. Desde su incorporación al Código Penal, el delito

DOI: 10.14679/2452

ha sido reformado en varias ocasiones, teniendo lugar la última modificación mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Con la reforma se han llevado a cabo cambios significativos en el ilícito. Destacamos la nueva ubicación del delito, ya que el precepto que lo recoge ha pasado de estar entre los delitos contra la Administración Pública a incluirse en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico; y también, la extensión del ámbito de aplicación a partir del contenido del artículo 427 CP.

3ª.11º. En España tan solo hay dos sentencias, dictadas por la Audiencia Nacional, en las que se aplica el delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales. La sentencia más reciente es de 24 de febrero de 2023 (JUR 2023\100477).

4ª.11º. La escasa aplicación práctica del delito, así como los múltiples problemas interpretativos y concursales que se derivan del mismo, nos llevan a cuestionarnos su pertinencia. En concreto, la similitud del delito que se estudia con el cohecho y la remisión del art. 286 ter CP al 427 CP permiten dudar sobre la necesidad del delito autónomo actualmente en vigor. El argumento para defender la permanencia del art. 286 ter en el Código Penal podría ser el contexto en el que se desarrolla –las transacciones económicas internacionales–; sin embargo, creemos que esta particularidad no es suficiente. Por este motivo, se propone –como ya han hecho algunos autores– la introducción de una agravante junto a los delitos de cohecho que se aplique en los supuestos en los que la conducta se desarrolle en el marco de las transacciones económicas internacionales, lo que conllevaría paralelamente, la eliminación del precepto estudiado.

1ª. 12º. El cuestionamiento sistemático de la imparcialidad de la persona titular de la Fiscalía General del Estado, no debe extenderse a una institución que cuenta con un nivel suficiente de independencia respecto del Poder Ejecutivo desde la profunda reforma operada en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en 2007. La demostración de la imparcialidad y la confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia penal y en sus instituciones, solo viene determinada por el acierto en la designación de aquellas personas que asumen estas graves responsabilidades. La imparcialidad imperativa del Ministerio Fiscal y la realidad de su percepción por la ciudadanía, constituye un presupuesto básico para combatir la corrupción privada.

2ª.12º. Además del presupuesto anterior, podemos considerar que existe otro presupuesto básico ya que la doctrina y la jurisprudencia deben construir un concepto jurídico penal suficiente de qué deba entenderse por corrupción y por corrupción privada.

3ª.12º. El Ministerio Fiscal español debería promover un análisis especializado sobre la corrupción privada, aprovechando la presentación de su Memoria anual. Además, nada impide que puedan tener lugar en el futuro actuaciones conjuntas de varias fiscalías especializadas o delegadas como la Fiscalía de Cooperación Jurídica Internacional o las Secciones de Delitos Económicos de las fiscalías territoriales.

DOI: 10.14679/2452

4ª.12. El desarrollo del principio de especialización funcional del Ministerio Fiscal debería extenderse a la Policía Judicial. Este criterio de especialización debe atender de forma prioritaria a las necesidades procesales que exige la persecución de las fórmulas más graves de corrupción privada. En este apartado debe aplicarse, en la medida de lo posible, el modelo de actuación que fue instaurado con la creación de la Fiscalía Especial y la adscripción permanente de unidades policiales y administrativas especializadas en materia contable o fiscal.

5ª.12. La creciente complejidad de estas infracciones y las dificultades para su persecución hace aconsejaba el desarrollo de una investigación pre procesal en la que aparezca tutelada la actuación policial por el Ministerio Fiscal conforme a criterios uniformes de actuación. Estas iniciativas permitirían una temprana evaluación procesal de los hechos, pueden acortar los plazos de instrucción y mejorarían la respuesta institucional frente al fenómeno expansivo de la corrupción privada.

1ª.13º. En las modernas sociedades, en las que rige la economía de mercado, uno de los bienes jurídicos a proteger es la competencia justa y honesta y las reglas del buen funcionamiento de los mercados. Por lo que, en este sentido, hay normas de protección de estos bienes tanto en el ámbito civil, administrativo y penal.

2ª.13º. No existe tipificado un delito concreto de corrupción privada como tal, pero consideramos que se integran en el concepto de corrupción privada aquellos tipos penales en los que, por encima del patrimonio particular de la persona concreta afectada, lo que se protege es el mercado como lugar teórico en el que concurre la oferta y la demanda de productos y servicios y se determinan los precios, y por consiguiente, también se protege la competencia leal y correcto funcionamiento de las prestaciones de servicios y transacciones comerciales.

3ª.13. La revolución de las tecnologías de la información ha modificado radicalmente la sociedad, de tal modo que la telefonía clásica ha sido superada por el intercambio masivo de datos a través de internet. En este sentido, vivimos en un mundo global en el que el avance las nuevas tecnologías, que son medios propicios para prestar servicios y realizar transacciones y operaciones comerciales, también ha eliminado las barreras que, para delinquir y eludir la acción de la justicia, antes suponían las fronteras nacionales. De hecho la acción delictiva ya no se circunscribe a un espacio físico, geográfico determinado, sino que aparece también en el denominado ciberespacio; y ya nos encaminados a un nuevo espacio virtual como es el metaverso.

4ª.13º. Esta revolución tecnológica exige que el ordenamiento jurídico también se adapte a estos cambios, tanto en el aspecto material o sustantivo regulando adecuadamente las diferentes materias a tener en cuenta, como desde el punto de vista adjetivo o instrumental. Así pues, siendo el proceso el instrumento mediante el que se ejerce la potestad jurisdiccional, es necesario dotar a los órganos jurisdiccionales de las herramientas procesales adecuadas para la investigación y represión de las nuevas formas de delincuencia que atentan contra estos bienes.

DOI: 10.14679/2452

5ª.13º. Este mundo global en que vivimos pone de manifiesto que las normas internas de cada Estado resultan insuficientes para luchar contra estas nuevas formas de delincuencia. Esto ha motivado que la comunidad internacional se movilice, y que los distintos Estados y Organismos Internacionales firmen tratados y adopten normas internacionales para luchar contra esta lacra de la corrupción. Por todo ello, son loables los últimos convenios internacionales de lucha contra la corrupción y la ciberdelincuencia, que obligan a los Estados a modificar su legislación interna, a actualizar los mecanismos procesales para la investigación contra este tipo de delitos, y que refuerzan la cooperación jurídica internacional. Pero, pese a tales avances, la sociedad y sus dirigentes no deben caer en la autocomplacencia sino que han de estar vigilantes, pues la agudeza de los delincuentes siempre suele ir un paso por delante.

PARTE CUARTA

1ª.14º. La corrupción es un fenómeno complejo en el que convergen comportamientos abusivos y fraudulentos de distinta entidad por lo que su represión no puede confiarse indistintamente a la coerción que supone la gravedad inherente a la sanción penal. Sólo la utilización perversa de la propia estructura organizativa de la empresa privada para el enriquecimiento ilícito del corruptor y del corrompido encuentra su respuesta más contundente en el Derecho Penal. Sin embargo, la corrupción no se ataja ni solo ni principalmente con el control judicial y el endurecimiento de las penas. El freno a la corrupción viene de la mano de la prevención, de ahí que en los últimos tiempos cobre fuerza la activación de otras herramientas de prevención de ilícitos en el sector empresarial a través de la figura del whstleblowers o informante de incumplimientos, irregularidades o delitos a la propia entidad, que tiene capacidad para adoptar medidas de corrección como instrumento idóneo para la prevención de la delincuencia económica o empresarial.

2ª.14º. La expansión de la figura del informante de corrupción del sector público al privado ha tenido reflejo en nuestro ordenamiento jurídico con la Ley 2/2023, de protección del informante, que traspone la Directiva (UE) 2019/1937, aunque va un paso más allá y amplía su radio de acción de forma que además de proteger a quienes informen sobre las infracciones del Derecho de la Unión Europea, esta ley abarca también las infracciones penales y administrativas graves y muy graves de nuestro ordenamiento jurídico, para permitir que tanto los canales internos de información como los externos puedan concentrar su actividad investigadora en las vulneraciones que se considera que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad. Pero el mayor reto de esta ley es impulsar el cambio de mentalidad que conduzca a una decidida transformación social y cultural, pues, a pesar de sus ventajas, aún hay cierta resistencia interna a utilizar dichos mecanismos porque la denuncia o delación de superiores o compañeros no está bien vista en nuestro país.

DOI: 10.14679/2452

3ª.14º. En el ámbito penal, el verdadero despegue de estos mecanismos de denuncia tiene lugar con el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y más concretamente con la previsión de la obligación de establecer en estos canales de información o denuncia como requisito inexcusable de los programas de cumplimiento normativo nacidos para eximir de responsabilidad penal a la entidad. De manera que, a falta de regulación en el texto punitivo, serán las prescripciones de la ley sobre el funcionamiento y gestión del sistema interno de información, las que vengan a colmar este requisito del *compliance* penal (art. 31 bis 5, 4º CP).

4ª.14º. La previsión en la ley de un sistema de información mixto, al permitir que la comunicación pueda llevarse a cabo con identificación del informante o de forma anónima, supone la ampliación del paraguas de protección del informante, pero, en contrapartida, puede suponer una merma de los derechos y garantías de la persona afectada.

5ª. 14º. La obligatoriedad del canal de denuncia para las entidades del sector privado contrasta con la voluntariedad del *compliance* penal conforme a la legislación vigente, lo que produce una dicotomía que podría generar algunas disfunciones: De un lado, la entidad que tenga implementado un sistema interno de información por imperativo legal pero no cuente con *compliance* penal (totalmente voluntario), no podrá acogerse a la exención de responsabilidad penal del artículo 31 bis del Código Penal; pero podría plantearse la posibilidad de una atenuante analógica del artículo 21.7 en el caso de ordenación corporativa de un sistema accesible y eficaz de información interna, riguroso con todas las prescripciones impuestas por la ley. De otro, hasta la entrada en vigor de la ley, la jurisprudencia venía afirmando que el derecho a la autoincrimación amparaba a la persona jurídica frente a un requerimiento judicial de aportación de los programas de cumplimiento normativo (*compliance*), y de los documentos internos generados en el canal de denuncias de la empresa, dada su voluntariedad. Sin embargo, teniendo en cuenta que con la nueva ley la implementación de sistema interno es obligatoria, cuente la entidad con *compliance* penal o no, se podría concluir que, en lo sucesivo, la entidad podrá seguir acogiéndose a este derecho a la no autoincriminación respecto del *compliance* penal pero no respecto de la documentación del canal de denuncia (registro de informaciones e investigaciones), que dada su obligatoriedad podrá ser objeto de requerimiento judicial mediante auto motivado.

1ª.15º. Bajo la expresión corrupción –aquí a diferencia de lo expuesto en 1º (1ª a 5ª) se mantiene una versión sumamente amplia de corrupción, ambas se acogen como resultado y conclusiones, pues responden a situaciones diferenciadas sistemáticamente que precisamente por esa dimensión variada son de interés para el resto de los trabajos– se recogen un conjunto muy heterogéneo de delitos que en la actualidad muestran una relevante fuerza expansiva, como lo acredita que se haya extendido a las actividades societarias y socioeconómicas privadas. Esta circunstancia hace casi imposible establecer unas directrices de política cri-

DOI: 10.14679/2452

minal que fueran eficaces para todas esas modalidades delictivas, sin caer en generalizaciones inútiles.

2ª.15. Desde semejante comprensión se ha identificado el factor común a todas estas infracciones. Los delitos de corrupción se caracterizan por la forma en que afectan a los bienes jurídicos interesados. Mientras que en la mayoría de las infracciones lesionan bienes jurídicos protegidos, los delitos de corrupción, los corrompe. La importancia de este elemento es de tal magnitud que finalmente ha servido para usarlo como seña de identidad común e inspira su propia denominación. Corromper y lesionar son expresiones de alcance muy distintas, mientras que la lesión provoca el menoscabo del bien jurídico, la corrupción origina, al menos, el riesgo de descomposición. Comparativamente, la corrupción es doblemente más grave: porque lesiona y porque origina el riesgo de desaparición. Mientras que el menoscabo es más fácil de reparar, la descomposición tiende a perpetuarse o a hacerse irreversible. Este modo corrupto de afectar al bien jurídico de los delitos de corrupción, tan relevante y significativo, sin embargo, se ha traducido escasamente en propuestas específicas de política criminal. Asistimos como testigos a una expansión cuantitativa de las figuras delictivas de corrupción, a veces, desordenada y, a veces, con leyes mal hechas, que se solapan, que no respetan las exigencias del principio de legalidad o que incriminan supuestos injustificados, que podrían ser mejor controlados con otros instrumentos sancionatorios. Estamos convencidos de que no se trata de castigar mucho, sino de castigar bien.

3ª.15º. Se ha apreciado una falta de transferencia en el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito. En términos generales cabe afirmar que la respuesta punitiva a los delitos de corrupción varia de manera poco significativa respecto del conjunto del sistema penal. Escasa utilidad tendrá las numerosas investigaciones hasta ahora realizadas sobre esta cuestión si el legislador no las tiene en cuenta para proponer una respuesta punitiva ad hoc. La necesidad de esta respuesta especifica no solo viene avalada por lo dicho anteriormente, sino también por el compromiso con los fines preventivos que informan al conjunto del sistema penal.

4ª.15º. En concreto, visto que la sociedad percibe como prioritaria la restitución de lo sustraído tanto el comiso, como la responsabilidad civil *ex delicto* deben de tener una vía expedita como principal respuesta. No obstante, la inhabilitación junto con la restitución los dos ejes sobre los que debe gravitar la respuesta punitiva frente a estos delitos. Es de lamentar los escasos avances que se han producido de cara a convertir los compromisos restitutorios en una pena independiente, como ya sucede en muchos países europeos. En esta fenomenología criminal es muy eficaz este acuerdo reparador punitivo. Es más interesante que la amenaza de penas privativas de libertad, las cuales deben quedar reservadas para los casos más graves.

5ª.15º. Al menos, *lege ferenda*, es recomendable que se prevea la posibilidad de que los condenados firmen un documento en el que se comprometen a una serie de obligaciones como resultado de una mediación restaurativa. Estas vías alternativas de castigo se han mostrado muy eficaces para lograr la restitución del patrimonio sustraído.

DOI: 10.14679/2452

1ª.16º. Los países se están concienciando cada vez más de la necesidad de luchar contra la corrupción de forma coordinada. Si el principal objetivo de este tipo de delincuencia es el beneficio económico para poder hacerle frente de una forma eficaz será necesario centrarse en el seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito.

2ª.16º. El decomiso tiene por finalidad privar al delincuente de los bienes obtenidos como consecuencia del hecho delictivo. Se ha analizado la naturaleza del decomiso, ya que dependiendo de su naturaleza penal o civil los principios aplicables serán distintos.

3ª.16º. En ocasiones la localización y decomiso de los bienes será más sencilla porque estos se encuentren en su poder, pero en otras la situación se torna más compleja debido a la diferente casuística. Así se ha ido adecuando la legislación para luchar contra aquellos supuestos donde el bien ha sido transformado o ha dejado de existir como tal; o en aquellos otros donde existen indicios de haberse cometido un hecho delictivo, y aparecen determinados bienes cuyo origen lícito no puede ser acreditado; o en aquellos otros supuestos donde se ha producido el fallecimiento del delincuente o en los que el especial estado de salud del acusado impide que este sea enjuiciado. Ahora bien, cada vez es más frecuente comprobar cómo se producen transferencias de activos hacia terceros por parte de los criminales con el fin de burlar los efectos de un posible decomiso de los bienes.

4ª.16ª. El artículo 127 bis CP permite el decomiso respecto de un *numerus clausus* de delitos a partir de la existencia de indicios objetivos de que los bienes o efectos tienen su origen en una actividad delictiva, siempre y cuando el condenado no pueda acreditar el origen lícito de estos. Uno de estos delitos son los de corrupción en los negocios. Se hace referencia a los requisitos para acordarlo, en especial a la acreditación del origen ilícito de los bienes mediante indicios.

5ª.16º. Otro de los puntos relevantes es el decomiso a terceros y su distinción de figuras como la del partícipe a título lucrativo, en atención a la presunción que establece el artículo 127 quater. Teniendo en cuenta la tenue línea que separa ambas instituciones, puede resultar tentador obviar que se está ante un partícipe y acudir a la figura del decomiso a terceros, ya que sus bienes que pueden ser aprehendidos, embargados y puestos en depósito, o incluso objeto de realización anticipada, al aplicarse a este unos principios diferentes en función de su naturaleza. Estos nuevos instrumentos legales no deberían suponer una merma en las garantías procesales de los afectados, aunque no siempre es así.

PARTE QUINTA

1ª.17º. El artículo 14 de la Constitución española proclama y consagra formalmente el derecho a la igualdad, pero la realidad nos muestra como en nuestra sociedad las “desigualdades” siguen existiendo y persistirán si no recorremos el

DOI: 10.14679/2452

camino hacia una igualdad material y real. Una de esas desigualdades aparece fundamentada en las diferencias de género, entendiendo por tal las dos categorías binarias de hombres y mujeres (roles) y la existencia de posiciones de inferioridad de éstas hacia aquellos.

2ª.17º. La desigualdad entre mujeres y hombres se manifiesta y aparece de múltiples formas y en muchos ámbitos, en concreto, se pueden establecer relaciones y correlaciones entre el género (femenino) y la lacra social que es la corrupción porque ésta también tiene formas de género. La corrupción afecta en mayor medida a las mujeres que a los hombres, genera pobreza a costa del enriquecimiento de unos cuantos lo que tiene efectos devastadores: aumenta las desigualdades, impide el desarrollo y ejercicio de los derechos humanos, debilita la confianza pública en las instituciones públicas y disminuye los fondos públicos destinados a servicios públicos, en el uso de estos mismos las mujeres sufren los efectos de esta lacra.

3ª.17º. En las relaciones entre "corrupción y género" se ofrecen dos caras: las mujeres que puedan ser corruptas o prestarse a prácticas de corrupción y las mujeres que sufren los efectos de la corrupción. En el primer caso, como se ha demostrado, no se trata de que existan diferencias por razón de pertenecer a un género o a otro, en principio todas y todos podemos ser corruptos, sin embargo hay un factor determinante para que haya "menos mujeres corruptas" que "hombres corruptos" y no es otro que la posibilidad de llegar a serlo: la escasa presencia de mujeres en altos puestos de gestión o desde donde se tomen decisiones en las que se pueda producir la corrupción es mucho menor que en el caso de los hombres o lo que es igual, si la presencia de la mujer es inferior, la de poder ser corrupta también lo es. La otra cara, la de los efectos de la corrupción en las mujeres, también está demostrado que se producen con una intensidad mayor respecto a ellas.

4ª. 17º. Mención expresa y especial hincapié se hace respecto a formas de corrupción en las que las mujeres son las víctimas por excelencia, es así que existen manifestaciones de corrupción que lesionan los derechos y libertades más básicos de la mujer, tal y como es el caso de menoscabar su libertad sexual utilizando agresiones de esta índole como "moneda de cambio" para obtener prestaciones, servicios o cualquier otra similar que constituyen el ejercicio legítimo de sus derechos: acosos sexuales de distintos tipos, agresiones sexuales, forzamientos a realizar hechos en contra de su voluntad de índole sexual o la denominan "sextorsión" ofrecen, lamentablemente, una cara femenina de la corrupción.

1ª.18º. Desde una óptica jurídico-penal, la reforma operada en el delito de malversación por parte de la LO 14/2022 contiene elementos positivos como negativos. Así, resulta evidente que la técnica legislativa empleada por el legislador del año 2015, al reconducir los supuestos de malversación a delitos comunes como la administración desleal o la apropiación indebida, podía resultar criticable al mezclar tipologías exclusivamente patrimoniales con otras ubicadas en los delitos contra la Administración pública. Además, con la reforma del año 2015 seguían existiendo lagunas de punibilidad al resultar en principio atípicos los des-

DOI: 10.14679/2452

víos presupuestarios hacia otras finalidades públicas diferentes a las asignadas por la legislación.

2ª.18º. A todo esto, pone coto el legislador del año 2022 con la nueva regulación. Sin embargo, existen también aspectos criticables con la reforma, como es el hecho de rescatar de nuevo el ánimo de lucro en la modalidad de apropiación de la malversación, lo que parece intuir que, en la mente de legislador español, sigue estando presente el trinomio malversación&conducta corrupta&enriquecimiento, cuando quizá lo más importante sería tener en cuenta la correcta gestión del patrimonio público. Por otro lado, y a pesar del nuevo tipo previsto en el art. 433 CP, los supuestos denominados como «despilfarro presupuestario» (por ejemplo, aeropuertos inútiles en términos operativos, organización de eventos culturales o deportivos que apenas si despiertan interés en la ciudadanía) siguen sin estar abarcados por la normativa penal.

3ª.18º. Ahora bien, más allá de la referida óptica jurídico-penal, lo que resulta completamente inadmisible con la reforma de la malversación llevada a cabo mediante la LO 14/2022 es la utilización torticera del Derecho penal por parte del Ejecutivo, con el único objetivo de obtener un rédito político aun a costa de destipificar conductas delictivas (sedición) o aminorar el rigor punitivo de otras (malversación) en aras a contentar a determinados socios de gobierno, empeñados estos últimos en socavar el Estado social y democrático de Derecho. Algo que parece no importar cuando lo único que cuenta es mantenerse a toda costa en el poder.

1ª.19º. El artículo 95 bis de la Ley General Tributaria incorpora una medida positiva en cuanto a la lucha contra el fraude fiscal, al posibilitar la publicación de situaciones de incumplimiento relevante de las obligaciones tributarias, aunque desde un principio se cuestionaban algunos aspectos de su régimen jurídico. En este sentido, el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciar sobre tres cuestiones relevantes, fijando la correspondiente doctrina casacional.

2ª.19º. En primer lugar, "sólo podrán ser incluidas en los listados del art 95 bis, aquellas personas físicas o jurídicas que ostenten la condición de deudores a la Hacienda Pública por deudas o sanciones tributarias firmes", en segundo lugar, "el interesado podrá alegar ante la Administración que no concurren los requisitos y presupuestos, exigidos a los efectos del art 95 bis LGT, para su inclusión en dichos listados" en la fase de alegaciones y, en tercer lugar, las liquidaciones vinculadas al delito no podrán utilizarse para cuantificar el importe defraudado a efectos de la inclusión del deudor, sólo cuando exista sentencia penal condenatoria por delito contra la Hacienda Pública –SsTS 215/2023 y 216/2023–.

3ª.19º. Dicha doctrina jurisprudencial mejora el régimen jurídico previsto por el legislador al equilibrar los principios en seguridad jurídica, el derecho al honor y el derecho a la tutela judicial efectiva con el mandato constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y la lucha contra el fraude fiscal.

4ª. 19º. Aunque el Tribunal Supremo, en relación con la doctrina primera y segunda, recogida en las sentencias 217/2023 y 218/2023, al pretender interpre-

DOI: 10.14679/2452

tar la medida con arreglo a la Constitución, se ha excedido en su labor integradora ya que no hace decir a la norma lo que la norma dijo desde un principio, sino que hace decir a la norma algo que no dijo desde su aprobación, ni en su posterior modificación, ya que el deseo del legislador era excluir el requisito de la firmeza y la posibilidad de alegar cuestión jurídica en la fase de alegaciones. Por tal motivo, el Tribunal Supremo debería haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional hubiera tenido la posibilidad de depurar el alcance, contenido y límites de los derechos constitucionales en conflicto.

1ª.20º. Es constatable que la intencionalidad del legislador no ha variado en la persecución del delito de blanqueo de capitales, y aunque la vía penal es lógicamente la más expeditiva en este ámbito, hay que entender que todo no se puede tipificar, ya que debe respetarse el principio de intervención mínima. Las nuevas tecnologías ofrecen soluciones rápidas y económicas a las empresas y a los clientes y, por consiguiente, han de tenerse en cuenta en la evaluación del riesgo para la comisión de delitos, en general, y de forma especial para la comisión de dicho delito de blanqueo de capitales y de los delitos previos a este. Las autoridades competentes y las entidades afectadas tienen que adoptar, por tanto, una actitud anticipatoria en la lucha contra las nuevas e innovadoras formas de lavado de capitales. Los flujos masivos de dinero negro dañan la estabilidad y la reputación del sistema financiero y ponen en peligro el mercado único y, por otra parte, el terrorismo sacude los cimientos de nuestra sociedad. Esto va unido al planteamiento y necesidad de la intervención del Derecho penal, sin perjuicio de que una actuación preventiva a través del sistema financiero puede surtir efecto. Se trataría de evitar la necesidad de un expansionismo desorbitado del Derecho penal.

2ª.20º. La protección del sistema financiero, en este caso europeo, frente a la delincuencia en el ámbito del blanqueo de capitales, mediante la adopción de medidas que no resulten contrarias al buen funcionamiento del mercado interior, ni al Estado de Derecho ni, por supuesto, al orden público-social económico. Ello conduce a la importancia de la normativa comunitaria al respecto. Las numerosas Directivas se muestran reiterativas y prácticamente copiadas las unas de las otras, pudiendo deducirse que el legislador comunitario ha innovado bien poco en lo que a blanqueo de capitales y financiación del terrorismo se refiere. En muchas de ellas se encuentran similitudes y poca innovación jurídica, ya que algunos párrafos pueden resultar casi idénticos. Si a esto se suma que los países miembros de la Unión Europea o mejor dicho los legisladores de estos países, como el caso de España o Alemania, frecuentemente "malcopian" las Directivas para aplicarlas al Derecho nacional, la situación que se produce puede resultar verdaderamente caótica, por lo que si no se adoptan las medidas adecuadas, los blanqueadores de capitales y los financiadores del terrorismo podrían aprovechar, seguir aprovechando, la libre circulación de capitales y la libre prestación de servicios financieros, con la finalidad de facilitar sus actividades delictivas.

3ª.20º. El mantener en las últimas Directivas los mismos problemas subyacentes que en las anteriores –el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo

DOI: 10.14679/2452

y el crimen organizado–, no evita la exigencia de desarrollar un planteamiento coordinado de índole penal para su aplicación por los países miembros manteniendo la necesaria prevención específica y proporcionada en el sistema financiero que, para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, resulta a todas luces indispensable.

4ª.20º. Respecto al objeto material, el sistema seguido en España es el numerus clausus que, como es sabido, consiste en la enumeración de los supuestos que sirvan de base para el blanqueo, sistema propuesto en los primeros Convenios internacionales a efectos de tipificar el blanqueo en las legislaciones internas, siendo respetuoso con el principio de seguridad jurídica

5ª.20º. El legislador español se ha limitado a un sistema en el cual existe una lista cerrada de delitos como antaño, de modo que, al no poder ser alterada, en ningún momento se puede dudar sobre cuál puede o no ser el objeto material del delito, manteniéndose el sistema más antiguo. Se ha de considerar, no obstante, que en el delito de blanqueo de capitales hay que configurar un objeto material mixto, que se adapte a la casuística concreta, teniendo especialmente en cuenta las nuevas formas de delincuencia organizada y la incidencia de las tecnologías que van a permitir, asimismo, nuevas formas de blanqueo de capitales.

DOI: 10.14679/2452