

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: ¿UNA PROPUESTA INCONSTITUCIONAL?

ILLICIT ENRICHMENT CRIME: AN UNCONSTITUTIONAL PROPOSAL?

Cristian Sánchez Benítez
Doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas
Universidad de Cádiz (España)

Fecha de recepción: 20 de diciembre de 2018

Fecha de aceptación: 20 de marzo de 2019

RESUMEN

En este artículo se somete a examen una de las iniciativas de política-criminal de lucha contra la corrupción más demandadas en la actualidad en España: la tipificación del enriquecimiento ilícito. Primeramente, se enumeran las propuestas dirigidas a la tipificación de esta conducta presentadas hasta el momento y se estudia brevemente el delito de enriquecimiento ilícito y otros similares en el Derecho comparado. Tras ello, se analizan los problemas de constitucionalidad que puede plantear un tipo dirigido a criminalizar un incremento patrimonial que se presume ilícito, presunción que ha de destruir el acusado: la prohibición de autoincriminación y el principio de presunción de inocencia (artículo 24 de la Constitución española). Por último, se plantean algunas opciones de política criminal que resultan más adecuadas para la consecución de los objetivos de lucha contra la corrupción en España.

ABSTRACT

In this article, one of the most-demanded anti-corruption criminal policy initiatives currently in Spain is under review: the introduction in the Penal Code of the crime of illicit enrichment. Firstly, the proposals aimed at the inclusion in the Penal Code of this behavior presented up to now are listed and the crime of illicit enrichment and similar ones in comparative Law are briefly studied. After that, the constitutionality problems that a crime aimed at criminalizing a patrimonial increase that is presumed to be unlawful and whose illegality-presumption has to destroy the accused are analyzed: the prohibition of self-incrimination and the principle of presumption of innocence (article 24 of the Spanish Constitution). Finally, some criminal policy options that are more appropriate for the achievement of the anti-corruption objectives in Spain are proposed.

PALABRAS CLAVE

Enriquecimiento ilícito, corrupción, Ley Orgánica 1/2015, Administración pública, presunción de inocencia.

KEYWORDS

Illicit enrichment, corruption, Organic Law 1/2015, Public Administration, presumption of innocence.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 2. INICIATIVAS DE TIPIFICACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. 3. PROBLEMAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UN HIPOTÉTICO DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. 4. ALGUNAS OPCIONES POLÍTICO-CRIMINALES. 5. UNA BREVE REFLEXIÓN FINAL. 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. INITIATIVES OF TYPIFICATION OF ILLICIT ENRICHMENT. 3. PROBLEMS OF UNCONSTITUTIONALITY OF A HYPOTHETICAL CRIME OF ILLICIT ENRICHMENT. 4. SOME POLITICAL-CRIMINAL OPTIONS. 5. A BRIEF FINAL REFLECTION. 6. REFERENCED BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN

Como ponen de manifiesto los datos ofrecidos por los barómetros mensuales que publica el Centro español de Investigaciones Sociológicas (CIS), en los últimos años se advierte en España una creciente preocupación ciudadana en relación con el fenómeno de la corrupción. Para una mayoría de españoles, «la corrupción y el fraude» constituyen, por detrás de «el paro», el principal problema que afecta al país¹.

En este sentido, el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional, que «indica el grado de corrupción en el sector público según la percepción de empresarios y analistas de país, entre 100 (percepción de ausencia de corrupción) y 0 (percepción de muy corrupto)», revela un aumento paulatino de la percepción de la corrupción en España en la última década.

Así, en 2009, el Índice situaba a España en el puesto 32 y el de 2017 sitúa al país en el puesto 42, muy lejos de los países del norte de Europa y de América, que junto con Singapur y Nueva Zelanda, copan los primeros puestos del Índice, en tanto que percibidos como los países menos corruptos.

¹ Al respecto, véanse los barómetros del CIS en el siguiente enlace (última consulta: el 26 de julio de 2018): http://www.cis.es/cis/open/cm/ES/11_barometros/depositados.jsp. Como afirma ACALE SÁNCHEZ, M., «Limitaciones criminológicas y normativas del concepto de corrupción», en PUENTE ABA, L.M. (Dir.) y FUENTES LOUREIRO, M.A. y RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. (Coords.), *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*, Comares, Granada, 2017, p. 4, el orden de prevalencia de ambos los factores es importante porque evidencia que la corrupción se produce en un momento de crisis económica en el que las Administraciones públicas no han cubierto las necesidades de la ciudadanía.

En ese incremento del grado de percepción ciudadana de la corrupción en España juega un papel destacado la publicación en los medios de comunicación casi a diario de casos de corrupción que se investigan y condenan en España y que afectan a personajes famosos, grandes empresas, partidos políticos e incluso a la Familia Real². Como indica García López, «la palabra “corrupción” ha pasado a formar parte del lenguaje cotidiano»³.

De hecho, uno de los casos de corrupción de mayor relevancia mediática de la última década dio lugar a la presentación de una moción de censura en el Congreso de los Diputados que al contar con el apoyo de la mayoría absoluta de diputados, provocó un cambio en el Gobierno de la Nación, que desde el pasado 1 de junio de 2018 es ostentado por el que hasta entonces había sido el principal partido de la oposición⁴.

Las sentencias que han puesto fin a algunos de estos casos de corrupción tan seguidos mediáticamente han promovido una percepción generalizada de ineficacia de un sistema de Justicia que es visto en general como de dos velocidades, esto es, un sistema demasiado blando con los *poderosos* frente a la dureza característica en relación con la *población*⁵ y para hacer frente a ello, en los últimos años se han puesto en marcha diversas iniciativas en materia político-criminal al objeto de ofrecer respuestas a las demandas ciudadanas de lucha contra la corrupción, demandas que han sido potenciadas en parte por los movimientos sociales como el 15-M.

2. INICIATIVAS DE TIPIFICACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

De entre las iniciativas planteadas para luchar contra la corrupción promovidas en los últimos años, la tipificación del enriquecimiento ilícito constituye una de las más reiteradas⁶. A este respecto, durante la tramitación del Proyecto de Ley que daría lugar

² En este sentido, sostiene *ibidem*, p. 5, que el hecho de tratarse de casos en los que han estado involucrados personajes del corazón ha llamado la atención de la *prensa rosa* que con sus publicaciones (periodismo de investigación *amateur*) ha contribuido a hacer educación social: prevención general integradora.

³ GARCÍA LÓPEZ, E. «La corrupción ¿Un problema jurídico o un estadio sociológico-moral?», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, número 35, 2014, p. 70.

⁴ El pasado 24 de mayo de 2018, la Audiencia Nacional española (Sentencia 20/2018 de la Sala de lo Penal (Secc. 2ª) de la Audiencia Nacional, pp. 1542 y ss.) condenaba a varios empresarios y políticos españoles del partido en el Gobierno por la comisión de los delitos de asociación ilícita, prevaricación, fraude a las Administraciones Públicas, cohecho activo, cohecho pasivo, falsedad en documento mercantil, malversación de caudales públicos, delitos contra la Hacienda Pública, blanqueo de capitales, apropiación indebida, estafa procesal y tráfico de influencias. Además, condenaba al partido en el Gobierno como partícipe a título lucrativo al pago de 245.492,8 euros.

⁵ REBOLLO VARGAS, R., y CASAS HERVILLA, J., «Reflexiones, problemas y propuestas para la investigación de la delincuencia económica», en *Revista General de Derecho Penal*, número 19, 2013, pp. 2-3.

⁶ Aunque en España las iniciativas al objeto de introducir este delito son recientes, como indican RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y ORSI, O.G., «El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: tendencias y perspectivas», en *Cuadernos de Política Criminal*, número 116, 2015, p. 204, este delito comenzó a extenderse en algunas regiones del planeta en la década de los noventa, sobre todo en las más desfavorecidas, y surgió como parte de políticas integrales y de tolerancia cero en la lucha contra la corrupción pública de aquellos años.

a la LO 1/2015, cuatro Grupos Parlamentarios de la oposición presentaron enmiendas con el propósito de tipificar este «estado de cosas»⁷.

Así, la enmienda 197 del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural proponía añadir un nuevo artículo (405 bis) con la siguiente redacción: «Artículo 405 bis. La Autoridad o funcionario público que a sabiendas percibiera en beneficio propio, por si o por persona interpuesta, ingresos en metálico o en especie, distintos de los propios de su cargo o de las actividades públicas o privadas declaradas compatibles, que pudieran representar un incremento significativo de su patrimonio serán condenados a la pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al triple del beneficio ilícito obtenido y suspensión de empleo o cargo público de seis meses a tres años»⁸.

La enmienda 501 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) proponía añadir un nuevo artículo (439 bis) con la siguiente redacción: «Artículo 439 bis. Del enriquecimiento ilícito de autoridades y funcionarios públicos: La autoridad o funcionario público que, sin razón jurídica que lo sustente, experimente un incremento de sus bienes o de su patrimonio durante el ejercicio de su cargo o responsabilidad y no pudiese acreditar su procedencia, incurrirá en la pena de prisión de cuatro a seis años, multa del tanto al triple del valor de dicho incremento e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de cuatro a seis años».

Para el Grupo Parlamentario Catalán, «las diferentes reformas no han sido lo suficientemente contundentes para disuadir las conductas constitutivas de enriquecimiento ilícito por parte de las autoridades y funcionarios públicos a costa del erario público o aprovechándose de su condición de cargo público».

Además, el Grupo entendía que «dichas conductas han aumentado de manera considerable en los últimos años y que en muchas ocasiones las mismas han quedado impunes debido a cuestiones procesales o de prescripción del delito»⁹.

La enmienda 586 del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, en atención a las demandas de la sociedad actual que «requieren un mayor control sobre los cargos públicos y los altos cargos de las instituciones», proponía añadir un nuevo artículo (445 ter) con la siguiente redacción: «Los Altos Cargos a los que se refiere la Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, así como todos los Cargos Públicos electos directamente o por designación que, al ser debidamente requeridos a tal efecto por la Oficina de Conflictos de Intereses regulada en la Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o por la Administración de Justicia, no justificaren la procedencia de un

⁷ Así define el enriquecimiento ilícito HERNÁNDEZ BASUALTO, H., «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno», en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, volumen 2, número XXVII, 2006, p. 200. Para el autor, el enriquecimiento ilícito no es una conducta, sino «el resultado de una conducta que, sin embargo, no se define mayormente».

⁸ Enmienda 197 del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA y CHA: La Izquierda Plural: en Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, número 66-2, 10 de diciembre de 2014, p. 138.

⁹ Enmienda 501 del Grupo Parlamentario Catalán, en Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, número 66-2, 10 de diciembre de 2014, p. 316.

enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta con el fin de ocultarlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de su cargo y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño, serán castigados con la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones. La misma pena se impondrá a la persona interpuesta para ocultar el enriquecimiento»¹⁰.

Por último, la enmienda 757 del Grupo Parlamentario Socialista proponía la adición de un nuevo Capítulo IX bis al Título XIX del Libro II y un nuevo artículo 444 bis con la siguiente redacción: «Capítulo IX bis Del enriquecimiento injusto de autoridades y funcionarios públicos. Artículo 444 bis. La autoridad o funcionario público que, sin razón jurídica que lo sustente, experimente un incremento de sus bienes o patrimonio durante el ejercicio de su cargo o responsabilidad y no pueda acreditar su procedencia, será castigado con la pena de prisión uno a tres años, multa del tanto al triplo del valor dicho incremento e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cinco años». Para el Grupo Parlamentario Socialista, el precepto «responde a una demanda para permitir una mejor persecución de los delitos de corrupción»¹¹.

No obstante, ninguna de estas enmiendas fue aprobada, por lo que la propuesta de inclusión de un nuevo delito de enriquecimiento injustificado no se produjo aun con la amplia reforma operada por la LO 1/2015, que sí ejecutó importantes modificaciones en el ámbito de los delitos de corrupción (entendida en un sentido amplio), esto es, en la regulación del decomiso y en la de los delitos de estafa, administración desleal, insolvencias punibles, corrupción privada, malversación y corrupción de agentes públicos extranjeros e introdujo un nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos, cuya tipificación viene justificada por la insuficiencia de la tipificación administrativa de las conductas de financiación ilegal de la Ley 8/2007 y la imposibilidad de que otros tipos como el cohecho, el tráfico de influencias y la malversación fuesen aplicables a supuestos de financiación pública en los que la Administración no resultaba afectada¹², así como por la importancia de los bienes jurídicos lesionados por la financiación ilegal en los supuestos de mayor gravedad¹³.

¹⁰ Enmienda 586 del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, en Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, número 66-2, 10 de diciembre de 2014, pp. 395-397.

¹¹ Enmienda 756 del Grupo Parlamentario Socialista, en Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, número 66-2, 10 de diciembre de 2014, pp. 490-491.

¹² Sobre ello, véase PUENTE ABA, L.M., *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 59 y ss.

¹³ Sin embargo, la regulación concreta de los artículos 304 *bis* y *ter* debe ser ampliamente criticada por varios motivos: su ubicación sistemática dificulta la identificación de un bien jurídico merecedor de protección en la realización de las conductas típicas (de esta opinión SIERRA LÓPEZ, M.V., «El delito de financiación ilegal de partidos políticos: ¿mayor eficacia en la lucha contra la corrupción?», en BARRERO ORTEGA, A. y GÓMEZ RIVERO, M.C., (Dir.), *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 803; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 474-475 y SANTANA VEGA, D.M., «Capítulo VI: El delito de

Además, como se indica en el propio Preámbulo, se reforzó la punición de los llamados delitos de corrupción en el ámbito de la Administración pública, con la elevación de las penas de inhabilitación y la imposición de penas de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Por otra parte, como expresión del incremento de la preocupación ciudadana por la corrupción, debe destacarse el creciente apoyo electoral a partidos políticos emergentes que en estos años han venido situando la *lucha contra la corrupción* como uno de los temas principales de sus discursos, lo que además ha promovido la introducción de propuestas concretas de tipificación del enriquecimiento ilícito no únicamente en sus programas electorales sino también en los de algunos de los partidos políticos tradicionales.

financiación ilegal de partidos políticos», en QUERALT JIMÉNEZ, J, y SANTANA VEGA, D.M. (Dir.), *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 131); excluye de tipificación las conductas de financiación pública ilegal y otras de carácter privado de similar lesividad que las tipificadas, como las operaciones asimiladas o las condonaciones de deuda (así, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., «Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 670); deja al margen de la regulación a las fundaciones de los partidos políticos, pese que resulten de suma importancia respecto de las conductas de financiación ilegal de aquellos (como sostiene MAROTO CALATAYUD, M., «Una democracia nada perfecta: continuidades en la financiación de los partidos españoles desde la transición política a nuestros días», en *Hispania Nova*, número 16, 2018, p. 708); los elementos más importantes del tipo se regulan en una norma extrapenal, con las dificultades que ello presenta en atención al respeto al principio de legalidad (MUÑOZ CUESTA, J., «Delitos de financiación ilegal de partidos políticos», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 5, 2015, p. 2); recurre a cláusulas claramente indeterminadas que promueven un amplio margen de discrecionalidad judicial, cláusulas como “especial gravedad” o “estructura” (JAVATO MARTÍN, A.M., «La respuesta a la financiación ilegal de los partidos políticos desde el Derecho comparado», en *Revista General de Derecho Constitucional*, número 25, 2017, p. 30); los tipos básicos contienen penas muy leves -multa- que resultan poco disuasorias para el delincuente de cálculo, quien concibe la pena de multa como un coste más de su actividad económica (en el mismo sentido, SIERRA LÓPEZ, M.V., «El delito de financiación ilegal de partidos políticos: ¿mayor eficacia en la lucha contra la corrupción?», op. cit., pp. 817-818 y SANTANA VEGA, D.M., «Capítulo VI: El delito de financiación ilegal de partidos políticos», op. cit., p. 138); los tipos agravados, que si contienen penas de prisión, atendiendo a las cantidades tan elevadas que se exigen para su comisión, resultan de difícil aplicación (en este sentido, BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., «La financiación ilegal de partidos políticos: la infracción administrativa a tipo penal: un análisis dogmático y político-criminal», en BARRERO ORTEGA, A. y GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 868) y por último, también resulta criticable que la participación en estructuras u organizaciones dedicadas a la financiación ilegal de partidos políticos se castigue de manera autónoma con penas que pueden alcanzar mayor gravedad que las previstas en el artículo 304 bis (MAROTO CALATAYUD, M., «Financiación ilegal de partidos políticos», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.): *Comentario a la reforma penal del 2015*, 1ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 762), pese a que los artículos 515 y 570 bis resultarían plenamente aplicables (NÚÑEZ CASTAÑO, E., «La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos», en *Revista penal*, número 39, 2017, p. 146). Por todo ello, se trata de una regulación ineficaz en atención a los fines instrumentales que declara perseguir por cuanto se dirige a lo simbólico (en este sentido, BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., «La financiación ilegal de partidos políticos: la infracción administrativa a tipo penal: un análisis dogmático y político-criminal», op. cit., p. 859), esto es, a ofrecer una respuesta ofrecida como contundente a la población para hacer frente al importante caso de presunta financiación ilegal -*Papeles de Bárcenas*- que afectaba al propio Partido Popular, promotor de la reforma de 2015.

Así, los programas electorales con los que Izquierda Unida se presentó a las Elecciones Generales de diciembre 2015 y de junio de 2016 (página 37) contemplaban la «aprobación de una ley integral y severa anticorrupción, incorporando el delito de enriquecimiento ilícito (patrimonio injustificado) o presunciones sobre la titularidad de bienes u obligaciones de declarar o medidas cautelares que impongan el cese de políticos imputados y el abandono del cargo».

Por su parte, los programas electorales con los que el PSOE concurrió a las Elecciones Generales de 2015 (página 60) y 2016 (página 99) incluían «tipificar el delito de enriquecimiento ilícito que castigue el incremento patrimonial de autoridades y funcionarios públicos, producido durante el período de su mandato, cuando no puedan justificar la causa de este incremento».

Y por último, los programas electorales de Podemos (página 171) contemplaban (medida 246) la introducción de la figura delictiva de enriquecimiento injusto o ilícito, que «se refiere a la actuación de aquellos altos cargos que, en el marco de la actuación política, sin intervenir directamente en la comisión de delitos de corrupción, han obtenido beneficio derivado de la comisión de estas conductas».

Asimismo, el *Acuerdo para un Gobierno reformista y de progreso* suscrito por Ciudadanos y PSOE en febrero de 2016 incluía idéntica propuesta de tipificación del delito de enriquecimiento ilícito que la contenida en los programas electorales del PSOE y el compromiso 106 (página 32) del *Acuerdo de gobierno 150 compromisos para mejorar España* suscrito por el Partido Popular y Ciudadanos disponía «incorporar en el Código Penal, en el marco del Pacto de Estado para la Regeneración y la Calidad de la Democracia, el delito de enriquecimiento ilícito, una vez que se tengan todas las garantías sobre su constitucionalidad».

De igual modo, el empuje en favor de la tipificación del enriquecimiento ilícito también proviene de organismos internacionales como las Naciones Unidas, Transparencia Internacional y otros de carácter regional como la Unión Africana o la Organización de Estados Americanos¹⁴.

Al respecto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 31 de octubre de 2003 y ratificada por España el 9 de junio de 2006, establece en su artículo 20 que «con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él» y el numeral 28 del documento editado por Transparencia Internacional España con motivo de las Elecciones Generales de diciembre de 2015 reclama la «introducción expresa en el

¹⁴ ROJAS PICHLER, P.A., «El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción», en *Revista Penal México*, número 7, septiembre de 2014-febrero de 2015, p. 222.

Código penal del delito de Enriquecimiento ilícito a que se refiere el artículo 20 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)»¹⁵.

Por último, el 15 de septiembre de 2016, el Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, que se encuentra paralizada en la Comisión constitucional del Congreso desde el 28 de febrero de 2017 y con la que se propone añadir un nuevo artículo 440 bis al Código Penal con la siguiente redacción:

«Artículo 440 bis. La autoridad o funcionario público que, durante el ejercicio de su cargo o responsabilidad, experimente un incremento de sus bienes o patrimonio, cuya procedencia no pueda ser acreditada en relación con sus ingresos legítimos, será castigado con pena de prisión de uno a tres años, multa del tanto al triplo del valor de dicho incremento y, en todo caso, con inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a cinco años»¹⁶.

En resumen, las propuestas presentadas ponen de manifiesto que existe un interés político claro en tipificar el enriquecimiento ilícito en España y que las mismas comparten algunas objeciones que deben ser analizadas en los epígrafes siguientes.

3. PROBLEMAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UN HIPOTÉTICO DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El incremento patrimonial injustificado de un particular y/o un alto cargo o funcionario público¹⁷ como conducta penalmente castigada no goza de la misma acogida en el derecho positivo europeo que en buena parte de los ordenamientos latinoamericanos¹⁸, africanos y asiáticos¹⁹, aunque los procesos penales por este delito en los numerosos países que lo tipifican son escasos y en algunos países inexistentes²⁰.

¹⁵ BLANCO CORDERO, I., «El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos», en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, número 19, 2017, p. 13.

¹⁶ *Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes*, en Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie B: Proyectos de Ley, número 33-1, 23 de septiembre de 2016, p. 27.

¹⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Corrupción política: consideraciones político-criminales», en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, número 1, 2017, p. 19.

¹⁸ ROJAS PICHLER, P.A., «El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción», op. cit., p. 222, quien alude a la Convención Interamericana contra la Corrupción como primer tratado internacional vinculante contra la corrupción y que además, contempla el delito de enriquecimiento ilícito (artículo IX) como mecanismo de prevención.

¹⁹ BLANCO CORDERO, I., «El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos», op. cit., pp. 3-4.

²⁰ DEL CARPIO DELGADO, J., «El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional», en *Revista General de Derecho Penal*, número 23, 2015, p. 4 y HERNÁNDEZ BASUALTO, H., «Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno», en BUENO ARÚS, F. et al. (Coord.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 218.

La principal objeción a su tipificación que ha venido siendo planteada por la doctrina y por los Estados reticentes a incluir esta figura delictiva en sus ordenamientos (la mayor parte de los países europeos²¹, Estados Unidos y Canadá²²) radicaría en que se invierte la carga de la prueba sobre el origen del incremento patrimonial, en tanto que es el alto cargo o funcionario público quien debe acreditar la licitud de la procedencia de los bienes y/o rentas que incrementan su patrimonio, exigencia que para Asencio Mellado «no es descabellada, sino consecuencia de la carga de la prueba que sobre el mismo recae cuando se trata de ingresos ocultos y, por tanto, cuya prueba solo puede recaer en quien alega su existencia lícita»²³, pero que según una parte importante de la doctrina contravendría de manera frontal la prohibición de autoincriminación, prohibición que en el texto constitucional español se traduce en el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y en el derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución).

Así, la propia Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito reconoce que «el delito del enriquecimiento ilícito, en el que el acusado debe justificar razonablemente el incremento significativo de su patrimonio, tal vez se considere en algunas jurisdicciones contrario al derecho de ser considerado inocente hasta que se demuestre lo contrario según la ley».

No obstante, considera que no hay una presunción de culpabilidad, ya que la carga de la prueba la sigue teniendo el Ministerio Fiscal, en tanto que debe demostrar que el enriquecimiento del acusado es superior a sus ingresos legítimos. Por ello, la Oficina entiende que puede considerarse como una «presunción refutable», porque

²¹ Al respecto, DEL CARPIO DELGADO, J., «El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional», op. cit., pp. 19-20, recuerda que Austria considera que la tipificación del enriquecimiento ilícito como se propone en el artículo 20 de la Convención Naciones Unidas acarrearía problemas constitucionales y sería contraria a los principios consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos; Suecia entiende que ya sanciona el enriquecimiento ilícito pero que no debe aplicar el artículo 20 de la Convención porque en la práctica implica invertir la carga de la prueba en el sospechoso, lo que contraviene el principio de presunción de inocencia e Italia descartó la posibilidad de tipificar como delito el enriquecimiento ilícito debido a la incompatibilidad con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico italiano. Por su parte, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito», en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (Coord.) y ASENCIO MELLADO, J.M. (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 281, añade que Ucrania (artículo 368.2 del Código penal) y Moldavia (artículo 330.2 del Código penal) también tipifican el enriquecimiento ilícito. Además, como advierte BLANCO CORDERO, I., «El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea», en *Revue électronique de l'Association Internationale de Droit Pénal / electronic Review of the International Association of Penal Law/ Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal (ReAIDP / e-RIAPL)*, 2013, p. 6, el artículo 321.6 del *Code Pénal* francés castiga con penas de tres años de prisión y con multa de 75.000 euros el hecho de no poder justificar los recursos que se corresponden a su nivel de vida o el origen de un bien que se posee, y se mantienen relaciones habituales con una o más personas que se dedican a la comisión de crímenes o delitos sancionados con pena de prisión de al menos cinco años.

²² ROJAS PICHLER, P.A., «El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción», op. cit., p. 236-237 y DEL CARPIO DELGADO, J., «El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional», op. cit., p. 17.

²³ ASENCIO MELLADO, J.M., «El delito de enriquecimiento ilícito», en *El Notario del Siglo XXI*, número 32, 2010.

una vez hecha la acusación, el acusado podrá presentar una justificación razonable o creíble²⁴.

Sin embargo, se contienen cláusulas de salvaguarda en los instrumentos internacionales a los que se ha hecho referencia en este trabajo y que promueven la tipificación del enriquecimiento ilícito porque los redactores de tales instrumentos son conscientes de la probable incompatibilidad de este delito con los principios constitucionales de los Estados parte²⁵. Igualmente, es significativo que los países que introdujeron este delito incluyesen cláusulas aclaratorias sobre a quienes corresponde acreditar la prueba del enriquecimiento²⁶.

El debate sobre la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito por vulnerar el principio constitucional a la presunción de inocencia en aquellos países latinoamericanos que lo contemplan sigue abierto.

Basta con observar el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que invierte la carga de la prueba cuando obliga a los Estados parte a adoptar, con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, 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 él²⁷.

²⁴ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, segunda edición (revisada), 2012, p. 88, párrafo 297.

²⁵ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y ORSI, O.G., «El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: tendencias y perspectivas», op. cit., p. 211, cuando afirman que «la condición optativa conferida básicamente a la tipificación del delito en ambos instrumentos pone en evidencia que se había advertido de inicio la posibilidad, más o menos extendida, de que esa herramienta pudiera entrar en oposición a los núcleos axiales del ordenamiento jurídico de los Estados Parte».

²⁶ El artículo 241 bis del Código penal chileno establece que «la prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público».

²⁷ MEDINA SALAS, M.A., «Consideraciones sobre la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito», en *Capítulo Criminológico*, volumen 37, número 1, 2009, p. 151, concluía que los artículos 46 y 73 la Ley venezolana contra la corrupción de 2003, reguladores del delito de enriquecimiento ilícito, contravenían el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que garantiza el principio de presunción de inocencia. La crítica puede mantenerse en la medida en que el artículo 76 de la Ley contra la corrupción y para la salvaguarda del patrimonio público de 2016 castiga la obtención en el ejercicio de sus funciones de un incremento patrimonial desproporcionado con relación a los ingresos legítimos, que no pudiera justificar cuando fuere requerido y que no constituya otro delito. Además, resulta significativo que el artículo 77 se titule «Otras personas bajo presunción de enriquecimiento ilícito». Afirma PÉREZ LÓPEZ, J.A., «El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y norma sustantiva», en *Derecho y Cambio Social*, año IX, número 29, 2012, p. 11, que la doctrina peruana ha señalado que «lo ilícito en el enriquecimiento estriba en la “no justificación” del incremento patrimonial por parte del funcionario, lo que ha conducido en muchos casos a admitir con cierto pacifismo una verdadera “inversión de la carga de la prueba” o una presunción *iuris tantum* de comisión de delito». Por su parte, CHIARA DÍAZ, C., «Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados», en *Código Penal Comentado - Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 2013, pp. 11 y ss., resume los posicionamientos doctrinales en torno a la constitucionalidad del enriquecimiento ilícito en Argentina, constitucionalidad que ha sido avalada por la Corte Suprema de la Nación. Para QUINTANAR DÍEZ, M.F. y BARBA ÁLVAREZ, R., «En torno a la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito en el Código

En Europa, como advierte Blanco Cordero, los Tribunales Constitucionales italiano (en 1994) y portugués (en 2012) han anulado preceptos que castigaban el enriquecimiento ilícito por tratarse de normas contrarias al derecho constitucional a la presunción de inocencia²⁸.

Además, recuerda Del Carpio Delgado que España informó en 2011 al Grupo de exámenes de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que no se había introducido debido a que se considera incompatible con el principio de presunción de inocencia²⁹.

En la doctrina no hay un debate pacífico sobre su introducción. Para una parte, los tipos que sancionan el enriquecimiento ilícito invierten la carga de la prueba, resultando inconstitucionales. En este sentido, indica Terradillos Basoco que «los preceptos incriminadores del enriquecimiento ilícito terminan castigando no el incremento patrimonial en sí, sino la ausencia de su justificación, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba»³⁰. Para Hernández Basualto, «se impone la carga de demostrar que no se cometió ningún delito en relación con un estado de cosas respecto de cuya evitación no se tiene absolutamente ningún deber»³¹.

Por el contrario, hay autores que se muestran favorables a la tipificación del enriquecimiento ilícito. En esta línea, Fernández López entiende que la regulación del enriquecimiento ilícito en Latinoamérica no debe considerarse contraria a la presunción de inocencia porque no plantea la inversión de la carga de la prueba en el acusado, al ser la acusación la que debe acreditar en todos los supuestos la conducta típica. Probado el enriquecimiento, las explicaciones que pueda dar la persona acusada no constituirían sino el ejercicio de su derecho a la defensa, no una inversión de la carga de la prueba³².

Para Del Carpio Delgado, el delito fiscal es una opción válida pero no suficiente para perseguir el enriquecimiento injustificado y es posible configurar un delito de

penal de los Estados Unidos Mexicanos y en el Código penal para el Estado libre y soberano de Jalisco», en *Cuadernos de Política Criminal*, número 78, 2002, p. 696, el artículo 224 del código penal federal mexicano y el artículo 153 [los autores se refieren por error al artículo 163] del Código penal del Estado de Jalisco son gravemente inconstitucionales por cuanto subvierten «de forma palmaria el principio procesal de la proscripción de la inversión de la carga de la prueba u *onus probandi*, eje vertebral del principio de presunción de inocencia».

²⁸ BLANCO CORDERO, I., «El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos», op. cit., pp. 7-10. Además, en el caso portugués, el Alto Tribunal alegó la inexistencia de un bien jurídico protegido por el delito claramente identificado.

²⁹ DEL CARPIO DELGADO, J., «El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional», op. cit., p. 56.

³⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Corrupción política: consideraciones político-criminales», op. cit., p. 19.

³¹ HERNÁNDEZ BASUALTO, H., «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno», op. cit., p. 204. Por el contrario, para ASENCIO MELLADO, J.M., «El delito de enriquecimiento ilícito», op. cit., el delito del enriquecimiento ilícito «ni siquiera supone hacer gravitar en el imputado la carga de probar la licitud de sus ingresos y bienes». El acusador deberá probar que se ha producido un incremento injustificado en el patrimonio del acusado y éste podrá, en el ejercicio de su derecho a la defensa, destruir la presunción de incremento injustificado acreditando la licitud del incremento patrimonial.

³² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito», op. cit., p. 296.

enriquecimiento ilícito acorde con la Constitución³³ y para De La Mata Barranco, «hay que seguir discutiendo sobre la posibilidad de crear un delito de enriquecimiento injusto en el ámbito del ejercicio de la función pública (que va más allá que el decomiso ampliado), a semejanza de otras legislaciones»³⁴.

Asimismo, existen voces doctrinales y jurisprudenciales partidarias de la inclusión en el ordenamiento del enriquecimiento injustificado y principalmente se basan en que la gravedad del fenómeno de la corrupción exige reacciones excepcionales y que por ello recurren a justificaciones cercanas a la admisión de un Derecho penal de autor, en tanto que justifican la legitimidad del tipo en las características especiales del sujeto activo, al tratarse de responsables políticos respecto de los que se considera admitida la relajación de las garantías penales y procesales fundamentales que corresponden a todo ciudadano.

Por ejemplo, Asencio Mellado sostiene que «quien ostenta poder, debe asumir responsabilidad proporcional o, lo que es lo mismo, exponerse a normas excepcionales que sean consecuencia directa de la necesidad de control de los ciudadanos, sus representados, y de la evitación de la indefensión social, máxime cuando está en juego la pervivencia, al menos su legitimidad, del sistema político»³⁵.

En una línea similar, como recuerda Blanco Cordero, en el caso *Attorney General v. Hui Kin Hong* (1995), el Tribunal de Apelación de Hong Kong consideró que «la corrupción en una actividad cancerígena que constituye una situación excepcional que justifica la imposición de límites al derecho a la presunción de inocencia». El Tribunal aludió a «las dificultades de prueba de la corrupción», señaló que «está justificada la inversión de la carga de la prueba» y entendió que «los límites a la presunción de inocencias son proporcionales y necesarios para combatir la corrupción»³⁶.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Lituania rechazó que el delito de enriquecimiento ilícito, incorporado en 2010 en ese ordenamiento, vulnere el principio de presunción de inocencia, en la medida en que el tipo no exige que el acusado deba explicar el origen del incremento patrimonial³⁷.

Sin embargo, en cuanto que la especial gravedad del fenómeno corruptivo habilitaría a los poderes públicos a adoptar respuestas extraordinarias en situaciones de emergencia, se trata del mismo argumento empleado por los defensores de la

³³ DEL CARPIO DELGADO, J., «El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional», op. cit., pp. 55 y ss.

³⁴ DE LA MATA BARRANCO, N.J., «La lucha contra la corrupción política», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 18, 2016, p. 21.

³⁵ Por ejemplo, ASENSIO MELLADO, J.M., «El delito de enriquecimiento ilícito», op. cit., cuando sostiene que «quien ostenta poder, debe asumir responsabilidad proporcional o, lo que es lo mismo, exponerse a normas excepcionales que sean consecuencia directa de la necesidad de control de los ciudadanos, sus representados, y de la evitación de la indefensión social, máxime cuando está en juego la pervivencia, al menos su legitimidad, del sistema político».

³⁶ BLANCO CORDERO, I., «El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos», op. cit., p. 6.

³⁷ *Ibidem*, p. 10.

adopción de reacciones excepcionales sobre determinados perfiles delincuenciales que presentan la etiqueta estatal de enemigos de la sociedad³⁸.

Por ello, este argumento debe rechazarse, por tratarse de un argumento peligrosamente extensible hacia otras tipologías delictivas, en tanto que puede ser utilizado para justificar la adopción de respuestas punitivas excepcionales sobre otros sectores delincuenciales generadores de un mayor rechazo en la opinión pública (fuertemente influenciable por la acción de los medios de comunicación) y porque la apelación a razones de emergencia, como bien apunta Terradillos Basoco, «comporta asumir la consecuencia, no solo el riesgo, de admisión de instituciones antigarantistas que, superada la coyuntura, se consolidan *ad aeternum*»³⁹.

Además, respecto del argumento favorable a la tipificación basado en las características especiales del sujeto activo, debe decirse que aun partiendo de que la aceptación de un cargo público supone la asunción de responsabilidad jurídica en relación con los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones y de «obligaciones especiales de transparencia y responsabilidad social»⁴⁰, de ello no se deriva la aplicación a estos de un subrégimen reducido de garantías constitucionales. En otras palabras, como afirma Hernández Basualto, la aceptación de una responsabilidad política no puede implicar de ningún modo una renuncia anticipada y tácita a derechos fundamentales⁴¹ -de vigencia universal-, tales como el derecho fundamental a la presunción de inocencia⁴².

Al respecto, tanto las redacciones del delito de enriquecimiento ilícito propuesto en las enmiendas presentadas por los Grupos Parlamentarios Catalán, Socialista (*no pudiese acreditar su procedencia*) y de Unión Progreso y Democracia (*no justificaren la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable*) como en el texto de la Proposición de Ley de Ciudadanos (*cuya procedencia no pueda ser acreditada en relación con sus ingresos legítimos*) a las que se hizo referencia supra⁴³ parten de una presunción que han de destruir los acusados, puesto que son quienes

³⁸ Por el contrario, para FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito», op. cit., pp. 282-283, el delito de enriquecimiento ilícito no es un ejemplo práctico de Derecho penal de excepción o del enemigo. Para la autora, no implica un adelantamiento de la punibilidad, las penas previstas guardan la debida proporción con la gravedad del hecho castigado y no implica una supresión de las garantías procesales.

³⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Corrupción política: consideraciones político-criminales», op. cit., p. 20.

⁴⁰ Exposición de Motivos de la Ley portuguesa 179/2012. Visto en BLANCO CORDERO, I., «El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea», op. cit., p. 9.

⁴¹ HERNÁNDEZ BASUALTO, H., «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno», op. cit., p. 206.

⁴² En sentido similar, PÉREZ CEPEDA, A.I. y BENITO SÁNCHEZ, C.D., «La política criminal internacional contra la corrupción», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y LIBERATORE S. BECHARA, A.E. (Coords.) *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano-brasileña*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, p. 52, critican que la búsqueda de eficacia haya llevado a la inversión de la carga de la prueba o a la inclusión de presunciones de culpabilidad frente a vagas sospechas o indicios no muy sólidos que menoscaban los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia.

⁴³ La enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de La Izquierda Plural es la única que no hace referencia a un deber de justificación por parte del sospechoso.

ostentan la obligación de demostrar el origen lícito de las rentas y/o bienes que incrementan su patrimonio⁴⁴.

En otras palabras, las iniciativas políticas planteadas hasta el momento en España deben ser rechazadas porque predeterminan un deber de acreditación de la licitud del incremento patrimonial por parte del acusado -un deber de probar su inocencia-, en la medida en que presumen *-iuris tantum*⁴⁵ un origen ilícito de ese incremento.

4. ALGUNAS OPCIONES POLÍTICO-CRIMINALES

Para hacer frente al enriquecimiento ilícito, primeramente sería recomendable explorar las opciones que ofrece el Derecho administrativo y la normativa tributaria y en segundo lugar, recurrir a las alternativas penales válidas en algunos países europeos y también en España, como el delito fiscal⁴⁶ o el decomiso (127 bis y *quinqües*)⁴⁷.

En este sentido, resulta conveniente modificar la condición objetiva de punibilidad del artículo 305 del Código penal, consistente en que la cuota mínima defraudada en el delito fiscal debe exceder de 120.000 euros, reduciendo significativamente esa cuantía⁴⁸.

No obstante, si el legislador opta finalmente por introducir el delito de enriquecimiento ilícito, deberá renunciar al conocido por la doctrina como el *modelo argentino*, que es el modelo que siguen las regulaciones de Argentina, México, El Salvador, Ecuador, Nicaragua, Bolivia, Perú, Venezuela, Guatemala, Honduras y Panamá y que parece exigir que el acusado sea el sujeto obligado a demostrar el origen lícito de sus bienes.

⁴⁴ En los mismos términos se expresa ROJAS PICHLER, P.A., «El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción», op. cit., p. 221. También BLANCO CORDERO, I., «El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos», op. cit., p. 17, para quien el problema más importante de la propuesta de introducción del delito de enriquecimiento ilícito contenido en la Proposición del Grupo Parlamentario de Ciudadanos «es el relativo a la *inversión de la carga de la prueba* y la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que subyace en el precepto, al exigir que el empleado público *acredite la procedencia del incremento* de sus bienes o patrimonio en relación con sus ingresos legítimos». Entiende el profesor que «se trata de un precepto muy similar al declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional portugués» y añade que «genera los mismos problemas de compatibilidad con los derechos fundamentales».

⁴⁵ Para ASENCIO MELLADO, J.M., «El delito de enriquecimiento ilícito», op. cit., que la presunción sea *iuris tantum* «cumple con la carga probatoria impuesta a quien acusa». Entiende el Catedrático que «el acusado puede desvirtuar la misma, defendiéndose, acreditando la legalidad o licitud de su patrimonio, pues se está en presencia de una presunción legal, pero no “*iuris et de iure*”».

⁴⁶ BLANCO CORDERO, I., «El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea», op. cit., pp. 17-18.

⁴⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Corrupción política: consideraciones político-criminales», op. cit., p. 20 y DEL MORAL GARCÍA, A., «Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades», en *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñati, número 104, 2016, p. 53.

⁴⁸ Por otra parte, como advierte DEL CARPIO DELGADO, J., «El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional», op. cit., p. 57, «una sentencia condenatoria por este delito no supone privar al condenado de la totalidad de este patrimonio injustificado».

En su lugar, el *modelo colombiano*, previsto en las legislaciones de Colombia, Chile, Paraguay, Brasil y Costa Rica, que omite toda referencia a deberes probatorios del acusado⁴⁹.

Sin embargo, las iniciativas políticas presentadas hasta el momento en España y a las que se han hecho referencia en este trabajo deben ser rechazadas, porque las redacciones planteadas parten de la sola presunción de un incremento patrimonial injustificado sin exigir la concurrencia de otros elementos de prueba y además, no basta con introducir un precepto que añada que la prueba del enriquecimiento ilícito será siempre de cargo del Ministerio Fiscal (artículo 241 bis del Código penal chileno), pues ello no supondría sino un intento de soslayar las dudas de inconstitucionalidad que el tipo plantearía y que el legislador mediante su inclusión reconocería.

El tipo deberá ser diseñado de manera que la simple prueba del incremento patrimonial injustificado no pueda por sí sola fundar una sentencia condenatoria, sino que sean necesarios otros elementos de prueba como por ejemplo que el alto cargo o funcionario o particular lleve a cabo otras conductas como ocultación de bienes, falsedades, incumplimiento administrativos, etcétera⁵⁰. Al respecto, como recuerda Del Carpio Delgado, el artículo 327 del Código penal colombiano exige que el incremento patrimonial injustificado derive de una u otra forma de actividades delictivas⁵¹.

Así, para condenar a un sujeto por el delito de enriquecimiento deberá acreditarse no únicamente que el enriquecimiento sea injustificado sino la realización de otro delito de cuya comisión provenga el enriquecimiento. Sin embargo, esta opción no debiera exportarse a la regulación española, en tanto que el artículo 301 del Código penal ya castiga la adquisición, posesión, utilización, conversión o trasmisión de bienes sabiendo que tienen su origen en una actividad delictiva.

En una línea similar, en 2008, la Comisión de las Comunidades Europeas publicó una comunicación dirigida al Parlamento Europeo y al Consejo con el nombre «Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no resulte provechoso», que proponía la creación de un nuevo delito «posesión de bienes injustificados».

Se sostiene en el documento que «en los Estados miembros existen o coexisten diferentes procedimientos legales (decomiso penal, decomiso civil, utilización de las competencias de las autoridades fiscales) que persiguen el mismo objetivo: incautar los productos del delito» y que «en algunos de ellos no se puede proceder al decomiso sin una condena penal previa».

Por ello, proponen la creación de este delito «para perseguir los productos del delito en aquellos casos en los que su valor resulte desproporcionado en relación con

⁴⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito», op. cit., pp. 274-278.

⁵⁰ BLANCO CORDERO, I., «El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea», op. cit., p. 19.

⁵¹ CARPIO DELGADO, J., «El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional», op. cit., pp. 44-45.

los ingresos declarados de su propietario y este tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas» y añaden que «la diferencia con el supuesto contemplado en el inciso i) [decomiso civil sin condena penal previa] es que el procedimiento se sustanciaría ante un tribunal penal y no se invertiría totalmente la carga de la prueba»⁵².

Como se reconoce en el propio documento, la propuesta se basa en el tipo previsto en el artículo 321.6 del Código penal francés⁵³, que exige disponer de recursos o poseer bienes que no se corresponden al nivel de vida del sujeto y cuyo origen no pueda justificar y que mantenga relaciones habituales con una o más personas que se dediquen a la comisión de crímenes o delitos sancionados con pena de prisión de al menos cinco años.

Como afirman Rodríguez García y Orsi, se trata de «una forma especial de receptación» y no resulta equivalente al enriquecimiento ilícito, en tanto que lo que caracteriza al último y lo pone justamente en entredicho es «el hecho de afirmar el reproche en la ausencia de una causa lícita aparente o, eventualmente, en su falta de justificación expresa ante un requerimiento formal previo»⁵⁴.

Por otra parte, aunque el Derecho penal es un recurso imprescindible al objeto de combatir la corrupción, como ocurre en otros muchos ámbitos sociales en los que el Derecho penal actúa, éste, de ninguna manera resulta un instrumento suficiente⁵⁵. Concebir el Código penal como única *ratio* en la lucha contra la corrupción mediante la expansión tipificadora (con la creación de nuevos tipos como el del enriquecimiento ilícito) y el incremento punitivo, al tiempo que se renuncia a otros medios preventivos y de control, no resulta adecuado⁵⁶, porque puede tener el efecto *boomerang* de generar más corrupción⁵⁷ y porque como apunta la doctrina en cuanto al enriquecimiento ilícito, el escaso número de condenas por este delito en los países que lo tipifican pone de manifiesto el carácter preeminentemente simbólico de su introducción y que quizá ello contribuya a desviar la atención de la ciudadanía en

⁵² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la comisión al parlamento europeo y al consejo Productos de la delincuencia organizada Garantizar que «el delito no resulte provechoso»*, 2008, p. 7. Visto en DEL CARPIO DELGADO, J., «El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional», op. cit., p. 36.

⁵³ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la comisión al parlamento europeo y al consejo Productos de la delincuencia organizada Garantizar que «el delito no resulte provechoso»*, op. cit., p. 7, nota 15.

⁵⁴ RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y ORSI, O.G., «El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: tendencias y perspectivas», op. cit., p. 214.

⁵⁵ En el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Corrupción política: consideraciones político-criminales», op. cit., p. 27, entiende que las estrategias político-criminales anticorrupción deben «desplegar una amplia gama de instrumentos, entre los que los de naturaleza penal no pueden sino ocupar su lugar de *ultima ratio* y de intervención subsidiaria».

⁵⁶ DEL MORAL GARCÍA, A., «Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades», op. cit., pp. 46-48.

⁵⁷ ACALE SÁNCHEZ, M., «Limitaciones criminológicas y normativas del concepto de corrupción», op. cit., p. 6.

relación con el debate de las verdaderas iniciativas de fondo que deben abordarse para combatir la corrupción⁵⁸.

Por ello, resulta conveniente la adopción un serio programa político que podría recoger las siguientes medidas (de política criminal en sentido estricto y otras): reducción drástica del aforamiento, elevación de los plazos de prescripción de los delitos de corrupción y de sus penas, medidas de protección de los denunciantes de delitos de corrupción, iniciativas que refuercen el pluralismo informativo (que de ninguna manera queda garantizado si estos pertenecen a unos pocos grupos de comunicación con fuertes conexiones con los poderes económicos y políticos⁵⁹), la creación de unidades periciales con conocimientos en contabilidad, fiscalidad y nuevas tecnologías, entre otras materias, adscritas a la Administración de Justicia⁶⁰, la prohibición del fenómeno conocido como las puertas giratorias y de procesos de regularización fiscal -amnistías fiscales- («que materialmente constituyen un incentivo a la defraudación fiscal, al blanqueo de activos y a la corrupción política, de la que provienen buena parte de los capitales regularizados»⁶¹), llevar a cabo un estricto control de las actividades de los *lobbies*, la implementación y el desarrollo de mecanismos de transparencia, de fiscalización y de rendición de cuentas (con Leyes ambiciosas, medios adecuados y suficientes y controles eficaces⁶²), la adopción de medidas que fortalezcan la independencia judicial y la del Ministerio Fiscal⁶³ y la revisión del instituto del indulto (debe impedirse que los condenados por la comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones públicas puedan ser beneficiados por el indulto)⁶⁴.

⁵⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, H., «Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno», op. cit., p. 218.

⁵⁹ Según la revista mensual española *La Marea*, número 38, mayo de 2016, (fuente: Antonio Maestre), pp. 12-13, una buena parte de los grandes grupos mediáticos privados españoles -Prisa (El País, As, Cinco Días, Cadena Ser), Unidad Editorial (El Mundo, Expansión, Marca), Vocento (ABC, El Correo, El Diario Vasco), Mediaset (Tele Cinco y Cuatro) y Atresmedia (Antena 3, La Sexta)- «han dado entrada en su capital a bancos y fondos de inversores». Según el medio, a fecha de mayo de 2016, la propiedad del grupo Prisa se encuentra repartida entre Rucandio S.A. con un 18%, Amber Capital UK LLP con un 13%, Grupo Herradura Occidente con un 8%, HSBC Holding con un 7%, Telefónica con un 5%, Banco Santander con un 4%, La Caixa con un 4%, Societé Generale S.A. con un 3% y Nicolas Berggruen con un 1%. Con respecto a Unidad Editorial, RCS Mediagroup posee el 96% y The Guardian un 2%. La propiedad de Vocento se reparte entre Mezouna S.A. con un 12%, Lima S.L. con un 10%, Valjarafe S.L. con un 10%, Bycomels Prensa con un 8%, Enrique Ybarra Ybarra con un 7%, Onchena S.L. con un 5%, Cartera familia Aguirre con un 5% y Casgo S.A. con un 4%. Mediaset SPA con un 41%, Fininvest con un 33% y FMRLlc (Fidelity investments) con un 3% se reparten la propiedad del Grupo Mediaset y en cuanto al grupo Atresmedia, Planeta Corporación con un 41%, Bertelsman A.G. con un 19%, Imagina Media Audiovisual con un 3% y Invescolimited con un 4% se reparten su propiedad.

⁶⁰ REBOLLO VARGAS, R., y CASAS HERVILLA, J., «Reflexiones, problemas y propuestas para la investigación de la delincuencia económica», op. cit., p. 21.

⁶¹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Corrupción política: consideraciones político-criminales», op. cit., p. 28.

⁶² En este sentido, PÉREZ CEPEDA, A.I. y BENITO SÁNCHEZ, C.D., «La política criminal internacional contra la corrupción», op. cit., p. 49, proponen «incrementar los recursos financieros y de personal destinados al Tribunal de Cuentas para realizar de forma eficaz sus tareas de control y ejecución».

⁶³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito», op. cit., pp. 269-270.

⁶⁴ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL ESPAÑA, *Propuestas electorales a los partidos políticos para prevenir y combatir la corrupción política e institucional*, Madrid, diciembre de 2015 y *Medidas urgentes*

5. UNA BREVE REFLEXIÓN FINAL

Perseguir fines legítimos de política criminal (como reducir los espacios impunes de corrupción) mediante medios ilegítimos, en la medida en que suprimen las garantías procesales fundamentales de todo ciudadano a un grupo específico de sujetos atendiendo a la especial gravedad del fenómeno de la corrupción y a las especiales características del sujeto activo, sienta un peligroso antecedente de excepcionalidad en un sistema de Derecho penal garantista que tiene el deber de acreditar las conductas delictivas que imputa a sus ciudadanos.

Si el Estado, mediante un tipo como el que presentan las iniciativas políticas propuestas en España, se desentiende de ese deber de probar la conducta delictiva y en su lugar descarga ese deber en el acusado apelando a razones de emergencia y a las características especiales que éste presenta, se trata de un Estado que en lo concreto se aleja de los principios y valores constitucionales inherentes a su propia configuración como Estado social y democrático de Derecho.

Quizá, sin renunciar a instrumentos de política criminal en sentido estricto, una forma efectiva a largo plazo de contribuir a reducir los actualmente insoportables niveles de corrupción consista en profundizar en la participación política para generar pensamiento y conciencia críticos y corresponsabilización de la población respecto de las acciones de los poderes públicos de los que, en atención a los precedentes, cabe esperar bastante poco en orden a combatir esa lacra de la corrupción de la que se benefician.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACALE SÁNCHEZ, M., «Limitaciones criminológicas y normativas del concepto de corrupción», en PUENTE ABA, L.M. (Dir.) y FUENTES LOUREIRO, M.A. y RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. (Coords.), *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*, Comares, Granada, 2017.

ASENCIO MELLADO, J.M., «El delito de enriquecimiento ilícito», en *El Notario del Siglo XXI*, número 32, 2010.

BLANCO CORDERO, I., «Armonización - aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito», en ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), *Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

BLANCO CORDERO, I., «El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos», en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, número 19, 2017.

BLANCO CORDERO, I., «El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea», en *Revue électronique de l'Association Internationale de Droit Pénal /*

para prevenir y combatir la corrupción en España, Madrid, 2017 y TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Corrupción política: consideraciones político-criminales», op. cit., pp. 13-27.

electronic Review of the International Association of Penal Law/ Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal (ReAIDP / e-RIAPL), 2013.

BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., «La financiación ilegal de partidos políticos: la infracción administrativa a tipo penal: un análisis dogmático y político-criminal», en BARRERO ORTEGA, A. y GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

CHIARA DÍAZ, C., «Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados», en *Código Penal Comentado - Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 2013.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la comisión al parlamento europeo y al consejo Productos de la delincuencia organizada Garantizar que «el delito no resulte provechoso»*, 2008.

DE LA MATA BARRANCO, N.J., «La lucha contra la corrupción política», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 18, 2016.

DEL CARPIO DELGADO, J., «El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional», en *Revista General de Derecho Penal*, número 23, 2015.

DEL MORAL GARCÍA, A., «Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades», en *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñati, número 104, 2016.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito», en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (Coord.) y ASENCIO MELLADO, J.M. (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

GARCÍA LÓPEZ, E. «La corrupción ¿Un problema jurídico o un estadio sociológico-moral?», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, número 35, 2014.

HERNÁNDEZ BASUALTO, H., «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno», en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, volumen 2, número XXVII, 2006.

HERNÁNDEZ BASUALTO, H., «Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno», en BUENO ARÚS, F. et al. (Coord.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006.

JAVATO MARTÍN, A.M., «La respuesta a la financiación ilegal de los partidos políticos desde el Derecho comparado», en *Revista General de Derecho Constitucional*, número 25, 2017.

MAROTO CALATAYUD, M., «Financiación ilegal de partidos políticos», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, 1ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2015.

MAROTO CALATAYUD, M., «Una democracia nada perfecta: continuidades en la financiación de los partidos españoles desde la transición política a nuestros días», en *Hispania Nova*, número 16, 2018.

MEDINA SALAS, M.A., «Consideraciones sobre la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito», en *Capítulo Criminológico*, volumen 37, número 1, 2009.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MUÑOZ CUESTA, J., «Delitos de financiación ilegal de partidos políticos», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 5, 2015.

NÚÑEZ CASTAÑO, E., «La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos», en *Revista penal*, número 39, 2017.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, segunda edición (revisada), 2012.

PÉREZ CEPEDA, A.I. y BENITO SÁNCHEZ, C.D., «La política criminal internacional contra la corrupción», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y LIBERATORE S. BECHARA, A.E. (Coords.) *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano-brasileña*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013.

PÉREZ LÓPEZ, J.A., «El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y norma sustantiva», en *Derecho y Cambio Social*, año IX, número 29, 2012.

PUENTE ABA, L.M., *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

QUINTANAR DÍEZ, M.F. y BARBA ÁLVAREZ, R., «En torno a la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito en el Código penal de los Estados Unidos Mexicanos y en el Código penal para el Estado libre y soberano de Jalisco», en *Cuadernos de Política Criminal*, número 78, 2002.

REBOLLO VARGAS, R., y CASAS HERVILLA, J., «Reflexiones, problemas y propuestas para la investigación de la delincuencia económica», en *Revista General de Derecho Penal*, número 19, 2013.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y ORSI, O.G., «El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: tendencias y perspectivas», en *Cuadernos de Política Criminal*, número 116, 2015.

ROJAS PICHLER, P.A., «El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción», en *Revista Penal México*, número 7, septiembre de 2014-febrero de 2015.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., «Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.

SANTANA VEGA, D.M., «Capítulo VI: El delito de financiación ilegal de partidos políticos», en QUERALT JIMÉNEZ, J, y SANTANA VEGA, D.M. (Dir.), *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SIERRA LÓPEZ, M.V., «El delito de financiación ilegal de partidos políticos: ¿mayor eficacia en la lucha contra la corrupción?», en BARRERO ORTEGA, A. y GÓMEZ RIVERO, M.C., (Dir.), *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Corrupción política: consideraciones político-criminales», en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, número 1, 2017.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL ESPAÑA, *Propuestas electorales a los partidos políticos para prevenir y combatir la corrupción política e institucional*, Madrid, diciembre de 2015.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL ESPAÑA, *Medidas urgentes para prevenir y combatir la corrupción en España*, Madrid, 2017.