

El nuevo delito de «enriquecimiento ilícito?» del artículo 438 bis del Código Penal

María Ángeles Villegas García

Magistrada Coordinadora Gabinete Técnico Tribunal Supremo. Área Penal

Doctora en Derecho

Diario LA LEY, Nº 10278, Sección Doctrina, 3 de Mayo de 2023, LA LEY

ÍNDICE

[El nuevo delito de «enriquecimiento ilícito?» del artículo 438 bis del Código Penal](#)

[I. Introducción](#)

[II. El escenario: la lucha contra la corrupción a través de la detección de patrimonios «injustificados»](#)

[III. ¿Qué se castiga a través del delito de enriquecimiento ilícito y/o injustificado?](#)

[1. El enriquecimiento ilícito como «delito de sospecha»](#)

[2. Enriquecimiento y actividades delictivas](#)

[3. Aproximación a algunos Códigos Penales](#)

[IV. ¿Qué castiga el artículo 438 bis del Código Penal español?](#)

[V. Otras cuestiones controvertidas](#)

[1. Condición de autoridad pública](#)

[2. Implicaciones del derecho a no autoincriminarse](#)

[A\) A vueltas con los límites del derecho a no autoincriminarse](#)

[B\) Implicaciones en la aplicación del artículo 438 bis CP](#)

[VI. Conclusiones](#)

Normativa comentada

Convención de las Naciones Unidas de 31 Oct. 2003, hecha en Nueva York (contra la corrupción. Instrumento de ratificación)

LO 14/2022 de 22 Dic. (transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando)

LO 15/2003 de 25 Nov. (modificación LO 10/1995 de 23 Nov., Código Penal)

LO 10/1995 de 23 Nov. (Código Penal)

LIBRO PRIMERO. Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal

TÍTULO PRIMERO. De la infracción penal

CAPÍTULO VI. Disposiciones generales

Artículo 24

LIBRO II. Delitos y sus penas

TÍTULO XIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico

CAPÍTULO XIV. De la receptación y el blanqueo de capitales

Artículo 301

TÍTULO XIX. Delitos contra la Administración pública

CAPÍTULO V. Del cohecho

Artículo 421

CAPÍTULO VIII. De los fraudes y exacciones ilegales

Artículo 436

Artículo 438 bis.

TÍTULO XXII. Delitos contra el orden público

CAPÍTULO II. De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia

Artículo 556

LO 5/1985 de 19 Jun. (régimen electoral general)

TÍTULO II. Disposiciones Especiales para las Elecciones de Diputados y Senadores

CAPÍTULO II. Incompatibilidades

Artículo 160

L 3/2015 de 30 Mar. (reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado)

TÍTULO II. Régimen de conflictos de intereses y de incompatibilidades

Artículo 17. *Declaración de bienes y derechos.*

L 19/2013, de 9 Dic. (transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)

L 7/1985 de 2 Abr. (bases del Régimen Local)

Jurisprudencia comentada

- TC, Sala Primera, S 21/2021, 15 Feb. 2021 (Rec. 2914/2019)*
- TC, Pleno, S 23/2014, 13 Feb. 2014 (Rec. 3488/2006)*
- TC, Sala Segunda, S 276/2006, 25 Sep. 2006 (Rec. 2616/2004)*
- TC, Pleno, S 161/1997, 2 Oct. 1997 (Rec. 4198/1996)*
- TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 84/2023, 9 Feb. 2023 (Rec. 10309/2022)*
- TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 52/2023, 2 Feb. 2023 (Rec. 1754/2021)*
- TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 876/2022, 7 Nov. 2022 (Rec. 3064/2020)*
- TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 854/2022, 27 Oct. 2022 (Rec. 4414/2020)*
- TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 801/2022, 5 Oct. 2022 (Rec. 20898/2021)*
- TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 363/2022, 8 Abr. 2022 (Rec. 907/2020)*
- TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 113/2022, 10 Feb. 2022 (Rec. 10215/2021)*
- TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 246/2021, 17 Mar. 2021 (Rec. 2388/2019)*
- TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 362/2018, 18 Jul. 2018 (Rec. 2227/2017)*
- TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 277/2018, 8 Jun. 2018 (Rec. 1206/2017)*
- TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 214/2018, 8 May. 2018 (Rec. 10311/2017)*
- TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 793/2006, 14 Jul. 2006 (Rec. 2421/2005)*
- TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 1310/2002, 9 Jul. 2002 (Rec. 1029/2001-P/2001)*

Comentarios

Resumen

La Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre ha introducido en nuestro Código Penal una nueva infracción penal en el artículo 438 bis CP, que, para el legislador, supone la introducción en nuestro ordenamiento del delito de enriquecimiento ilícito. Su naturaleza y configuración, sin embargo, están lejos de ser pacíficas, y plantea problemas de calado que permiten cuestionar cuál será el éxito de esta nueva figura.

La prudencia aconseja no hacer juicios apresurados sobre el recorrido que tendrá el nuevo delito del artículo 438 bis CP. No obstante, alguna de las consideraciones que se exponen en el presente trabajo plantean serias dudas sobre si esta nueva herramienta, en su configuración actual, será eficaz en la lucha contra la corrupción.

Sus fronteras con el delito de blanqueo de capitales quedan difusas si pretendemos relacionar el incremento patrimonial con el desarrollo de actividades delictivas; y desde esta perspectiva lo haría innecesario.

Si lo desconectamos de dicha actividad delictiva y lo relacionamos con las obligaciones de transparencia en el ejercicio de la función pública,

es absolutamente necesario un desarrollo legislativo que precise normativamente algunos de los elementos del tipo objetivo. De esta forma podríamos transitar, con más seguridad, desde un delito de «enriquecimiento ilícito» a un delito de «enriquecimiento no justificado».



I. Introducción

La Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre (LA LEY 26573/2022), de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso ha modificado numerosos delitos de nuestro Código Penal y ha introducido también algunas figuras delictivas novedosas (1) . Entre ellas, la incorporada al nuevo artículo 438 bis, que se incluye en el Capítulo VIII —«De los fraudes y exacciones ilegales»— del título XIX —«Delitos contra la Administración pública»—:

«La autoridad que, durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos, hubiera obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas por un valor superior a 250.000 euros respecto a sus ingresos acreditados, y se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación, será castigada con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa del tanto al triple del beneficio obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años».

Anuncia el Preámbulo de la Ley que este artículo supone la introducción por primera vez en el ordenamiento jurídico español del delito de enriquecimiento ilícito, que describe como una «figura de vanguardia para la lucha contra la corrupción», cuya introducción sigue diversas recomendaciones y tendencias internacionales y europeas, homologándonos así, con algunas de las legislaciones más avanzadas del entorno internacional.

La naturaleza de esta nueva figura delictiva, está lejos de ser pacífica y plantea cuestiones relevantes que, sin duda, afectarán a su alcance y aplicación práctica

La naturaleza de esta nueva figura delictiva, está, sin embargo, lejos de ser pacífica y plantea cuestiones relevantes que, sin duda, afectarán a su alcance y aplicación práctica y que, como analizaremos a continuación, conducen a cuestionar si, realmente, estamos, como se anuncia, ante un delito de enriquecimiento ilícito. Es decir, y en una primera aproximación, ante una infracción penal que castiga la tenencia de un patrimonio injustificado por parte de una autoridad o funcionario público. Ante un delito que, en síntesis, en su afán de perseguir la corrupción, equipara lo «inexplicable» con lo «delictivo» (2) .

II. El escenario: la lucha contra la corrupción a través de la detección de patrimonios «injustificados»

El desarrollo de tipos penales y otros instrumentos jurídicos destinados a impedir que los delincuentes disfruten de las ganancias obtenidas en su actividad delictiva y, en su caso, logren su incorporación al tráfico económico legal de bienes, ha sido una constante del legislador. Se trata, como decía ya en el año 2003, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (LA LEY 1767/2003), por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (LA LEY 3996/1995) (a propósito de la reforma del ámbito y alcance del comiso), de evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes.

Esta necesidad de combatir el disfrute de patrimonios obtenidos ilícitamente está sin duda muy presente en la lucha contra la corrupción, y particularmente, en la lucha contra la corrupción pública. Pero no solo porque se pretenda castigar el coste económico que implica ese enriquecimiento ilícito (3) .

La corrupción compromete al Estado y a la Administración e implica conductas que ponen en cuestión aspectos básicos de la ordenación social

La corrupción compromete al Estado y a la Administración e implica conductas que ponen en cuestión aspectos básicos de la ordenación social, como los principios de transparencia, de igualdad de oportunidades, de objetividad en el ejercicio de la función pública y, por ende, el propio funcionamiento del sistema democrático, que se cuestiona con los comportamientos en los que el sistema de poder es empleado para el enriquecimiento de unos pocos en detrimento de la ciudadanía (4) .

El enriquecimiento personal ilícito, en este sentido, puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley (5) .

En este escenario de lucha contra las prácticas corruptas, el delito de enriquecimiento ilícito y/o injustificado aparece como herramienta para reprimir este fenómeno. Y se une, que no desplaza, a otros dos pilares básicos, como son la represión del blanqueo de capitales y el comiso de bienes (6) .

III. ¿Qué se castiga a través del delito de enriquecimiento ilícito y/o injustificado?

1. El enriquecimiento ilícito como «delito de sospecha»

En 1936, un diputado argentino llamado Rodolfo Corominas Segura viajaba en tren, desde su casa en Mendoza a Buenos Aires, cuando se encontró con un funcionario público que exhibía abierta y públicamente la riqueza que había acumulado durante el ejercicio de su cargo y que resultaba claramente desproporcionada con los ingresos que le correspondían. Inspirado por este encuentro el diputado presentó un proyecto de ley, según el cual, el Gobierno penalizaría a los funcionarios públicos que adquirieran riqueza, sin poder demostrar su origen legítimo (7) .

La idea no se convirtió, sin embargo, en ley hasta 1964 y se concibió como la falta de justificación del origen de cualquier enriquecimiento significativo propio o de tercero. Ese mismo año, India aprobó también una norma para combatir el enriquecimiento ilícito y lo definió como aquella posesión de bienes que no pudiera ser satisfactoriamente explicada (8) .

Desde entonces muchos Estados han introducido infracciones penales similares, particularmente, en América Latina, África y Asia. Su implantación, sin embargo, en países de la Unión Europea es mucho más limitada (9) .

En gran medida, las legislaciones que incorporan esta figura se inspiran en convenciones internacionales de lucha contra la corrupción que recomiendan o imponen a sus estados miembros su implementación.

Es el caso de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003 (LA LEY 12434/2003), cuyo artículo 20 dispone:

«Enriquecimiento ilícito.

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» (10) .

En el mismo sentido y con redacción casi idénticas, tenemos el artículo 9 de la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 o la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción de 2003, con la diferencia de que la norma de la Convención Interamericana, a diferencia de la Convención de Naciones Unidas y también de la Convención Africana, es de obligado cumplimiento para sus estados miembros, sin perjuicio de que dicho cumplimiento queda subordinado a que su implementación sea compatible con los principios generales de los ordenamientos nacionales (11) .

Cuatro elementos podríamos destacar en la conducta que estas Convenciones pretenden castigar como enriquecimiento ilícito (12) :

- a)** un funcionario público como destinatario
- b)** la existencia de un incremento significativo de patrimonio.
- c)** la ausencia de justificación para dicho incremento.
- d)** la «intencionalidad» del comportamiento.

De esta forma, y sin perjuicio de la necesidad de concretar cuestiones tales como el mismo concepto de funcionario público, qué período ha de ser el relevante para calcular el incremento patrimonial o cuándo será significativo o sustancial dicho incremento, la conducta que aquí se pretende perseguir es la tenencia injustificada de un patrimonio, por parte de un funcionario público, cuando suponga un incremento significativo con respecto a aquél que correspondería a su nivel de ingresos.

Precisamente porque se castiga la tenencia de un patrimonio injustificado (que, por ello, se considera ilícito), la introducción de esta figura penal ha generado importantes interrogantes sobre su compatibilidad con el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Se ha calificado como un «delito de sospecha», en el que tiene lugar una

inversión de la carga de la prueba que obliga a la persona en cuestión a acreditar la licitud del incremento patrimonial cuestionado.

En este sentido se pronunciaron, por ejemplo, los Estados Unidos de América y Canadá a propósito del artículo 9 de la Convención Interamericana, declarando que este precepto vulneraba sus respectivas constituciones, que garantizaban la presunción de inocencia (13) .

En la misma línea, pero respecto a la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, se pronunciaron países como Austria, Suecia o Italia, que entendieron que su artículo 20 consagraba una inversión de la carga de la prueba incompatible con su ordenamiento (14) .

En nuestro país, a propósito de los llamados «delitos de sospecha», y para defender precisamente que el delito de blanqueo de capitales no es una infracción de esta naturaleza, declaraba la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la STS 854/2022 de 27 octubre (LA LEY 254262/2022):

«La jurisprudencia ha venido advirtiendo que el de blanqueo de capitales no es un delito de sospecha. Como cualquier otra condena penal exige acreditar todos y cada uno de los elementos del delito. No existe en nuestro derecho un delito de enriquecimiento ilícito que suponga una inversión de la carga de la prueba o que obligue para salvar esa cuestión a fijar la atención en aspectos de transparencia o apariencia como objetos de la tutela penal que se busca a través de ese tipo de infracciones.

Para la condena por esta infracción, como por cualquier otra, es necesaria la certeza más allá de toda duda basada en parámetros objetivos y racionales, de que concurren todos y cada uno de los elementos del delito: una actividad delictiva previa idónea para generar ganancias o bienes; operaciones realizadas con esos bienes a fin de ocultar su origen; y en el caso del tipo agravado, como el que ahora nos concierne, que el delito previo esté relacionado con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Ninguna de esas cuestiones se puede presumir en el sentido de que pueda escapar a esa certeza objetivable. No basta con una probabilidad o sospecha más o menos alta» (15) .

2. Enriquecimiento y actividades delictivas

En el año 2008, la Comisión de la Unión Europea dirigía una comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, con el título, «Productos de la delincuencia organizada: garantizar que "el delito no resulte provechoso"».

En el apartado 3.3.2 disponía lo siguiente:

«3.3.2. Creación de un nuevo delito en el caso de posesión de bienes "injustificados".

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. En algunos de ellos no se puede proceder al decomiso sin una condena penal previa.

Podría crearse un nuevo delito —posesión de bienes "injustificados"— para perseguir los productos del delito en aquellos casos en los que su valor resulte desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario y este tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas (...)».

Esta propuesta de la Comisión presenta un matiz diferencial importante respecto a las figuras propuestas en las Convenciones internacionales analizadas con anterioridad. La posesión injustificada de bienes se conecta con la proximidad a personas conocidas por realizar actividades delictivas.

De esta forma, esta infracción de «posesión injustificada de bienes» se aparta de las propuestas de tales convenciones, que no exigen tal conexión. De hecho, la guía legislativa para la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción justifica la inclusión del delito de enriquecimiento ilícito, precisamente, en la dificultad de superar los obstáculos probatorios respecto del delito antecedente del que pudiera provenir tal enriquecimiento (16) .

Si conectamos esta exigencia con la premisa de la que se parte y que es, por otro lado, el obstáculo que se pretende salvar («*En algunos de ellos (países miembros de la Unión) no se puede proceder al decomiso sin una condena penal previa*»), la comunicación de la Comisión se aleja de construcciones basadas en «la sospecha» para aproximarse a aquellas que exigen, para el castigo correspondiente, la certeza sobre la ilicitud del patrimonio cuestionado.

Esta conexión entre el incremento patrimonial injustificado y una actividad ilícita de la persona que lo detenta o de

personas cercanas a ellas nos aleja, sin embargo, de figuras delictivas novedosas y nos aproxima a otras ya muy presentes como el blanqueo de capitales (al menos como esta figura es entendida en nuestro ordenamiento).

Cabe destacar que el triple pilar indiciario que la Jurisprudencia de la Sala de lo Penal exige para que pueda prosperar una condena por blanqueo de capitales, es el siguiente (17) :

- a) Incrementos patrimoniales injustificados u operaciones financieras anómalas.
- b) Inexistencia de actividades económicas o comerciales legales que justifiquen esos ingresos.
- c) Vinculación con actividades ilícitas.

Es pertinente también resaltar que, de conformidad con esta misma Jurisprudencia, el autoblanqueo es subsumible en el artículo 301 CP (LA LEY 3996/1995), siempre que, como en el blanqueo, y para evitar excesos, implique la realización de algún tipo de actividad destinada a la ocultación de las ganancias ilícitas o a su incorporación al tráfico legal y, en consecuencia, vaya más allá de la mera posesión o disfrute de tales ganancias (18) .

Así un funcionario público condenado por cohecho (o vinculado, con la certeza necesaria, con esta actividad delictiva, aun cuando no exista condena previa) que cree una sociedad ficticia para canalizar los sobornos obtenidos y darles una apariencia legal, podría ser castigado con base en el artículo 301 CP. (LA LEY 3996/1995)

3. Aproximación a algunos Códigos Penales

La aproximación dual al delito de «enriquecimiento ilícito», según se exija o no una conexión entre el tenedor del patrimonio «sospechoso» y la comisión de actividades ilícitas por él o por una persona próxima, la observamos también al examinar algunos de los Códigos penales que castigan al funcionario público que, durante el ejercicio de su cargo, haya visto incrementado significativa e injustificadamente su patrimonio.

De esta manera, en algunos códigos, como el del Perú, se castiga el incremento ilícito del patrimonio respecto de los ingresos legítimos abusando del cargo.

Dice el art. 401 del Código Penal de Perú:

«El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa».

En Francia o en Luxemburgo, ese incremento (que no solo se predica de funcionarios públicos) exige el contacto con personas relacionadas con la comisión de delitos.

Así el Código Penal francés, en su artículo 321-6 dispone:

«El hecho de no poder justificar recursos que se correspondan con el nivel de vida o no poder justificar el origen de un bien que se posee, a la vez que 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 y proporcionándoles un beneficio directo o indirecto, se castigará con pena de prisión de tres años y multa de 75.000 Euros».

El artículo 324 c del Código Penal de Luxemburgo establece por su parte:

«No poder justificar recursos correspondientes al nivel de vida o no poder justificar el origen de un bien poseído, estando en contacto regular con una o varias personas que estén implicadas en la comisión de delitos castigados con penas privativas de libertad de un máximo de al menos cuatro años siempre que les proporcionen una ventaja patrimonial directa o indirecta, o sean víctimas de uno de estos delitos, se castigará con penas privativas de libertad de uno a cinco años y multa de 10.000 a 100.000 euros, o con una sola de estas penas. Las mismas penas se impondrán por facilitar la justificación de recursos ficticios a personas implicadas en la comisión de crímenes o delitos castigados con un máximo de al menos cuatro años de prisión y proporcionarles una ventaja patrimonial directa o indirecta».

A medio camino entre la opción peruana y la francesa, podíamos situar al Código Penal lituano cuyo artículo 189 dispone:

«1. La persona que posea en propiedad bienes por un importe superior a 500 MSL y conozca, o debiera conocer y hubiera podido conocer, que dichos bienes no podían haber sido obtenidos mediante ingresos lícitos, será castigada con multa o arresto o con pena de prisión de hasta cuatro años.

2. La persona que acepte de terceros los bienes indicados en el apartado 1 del presente artículo quedará exenta de la responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito siempre que, antes de que se le notifique su condición de sospechosa, lo haya notificado a las instituciones encargadas de hacer cumplir la ley y haya contribuido activamente a averiguar el origen de dichos bienes.

3. Las personas jurídicas también serán consideradas responsables de los actos previstos en el presente artículo» (19) .

Es más, este acercamiento, necesariamente breve, a algunos Código Penales revela otra posibilidad a la hora de perseguir el enriquecimiento indebido de los cargos públicos durante el ejercicio de su mandato. Aquella en la que el acento recae sobre la falta de atención a los requerimientos que las autoridades correspondientes realicen al funcionario en cuestión cuando se detecte un enriquecimiento injustificado.

Es el caso, por ejemplo, del Código Penal argentino, cuyo art. 268 (2) dispone:

«Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño.

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 que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho».

Se ha optado por endurecer las obligaciones de los cargos públicos destinadas a que faciliten información sobre su patrimonio, fortaleciendo así la transparencia y la confianza en el ejercicio de la función pública

En efecto, en orden a evitar la posible infracción de derechos fundamentales y, particularmente, del derecho a la presunción de inocencia, que podría derivarse de aquellos tipos penales de enriquecimiento ilícito en los que es el investigado y/o acusado quien debe probar la licitud del incremento patrimonial, se opta por endurecer las obligaciones de los cargos públicos destinadas a que faciliten información sobre su patrimonio (cuando tomen posesión de su cargo y cuando cesen), fortaleciendo así la transparencia y la confianza en el ejercicio de la función pública.

El fortalecimiento de estas obligaciones de transparencia implica la imposición de sanciones administrativas y/o penales para el caso de incumplimiento; mientras su cumplimiento, una vez que la información

facilitada sea verificada, permitirá detectar cualquier desajuste entre el patrimonio y las fuentes lícitas que lo nutren; lo que podría generar una investigación y, finalmente, el inicio de un proceso penal si se detectaran indicios de la comisión de algún delito (20) .

Este modelo es también el del Portugal.

El artículo 18 la Ley n.º 52/2019, de 31 de julio, sobre el régimen de ejercicio de sus funciones por parte de los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos, dispone lo siguiente:

«Desobediencia cualificada y ocultación intencional de patrimonio

1 - Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, la no presentación de la declaración prevista en el artículo 13, después de haber sido notificado, se castiga como delito de desobediencia cualificada, con pena de prisión de hasta tres años.

2 - Quien

- (a) No presente la declaración prevista en los apartados 3 y 4 del artículo 14, después de haber sido notificado;
- (b) Intencionalmente no presente la declaración debida en virtud del artículo 14, apartado 2, letra a)
- (c) Omita en las declaraciones presentadas, con intención de ocultar
- (i) los elementos patrimoniales enumerados en las letras a) a d) del apartado 2 del artículo 13, o
- (ii) el incremento de la renta, del activo patrimonial o la disminución del pasivo, así como los hechos que los hayan originado, de conformidad con el apartado 6 del artículo 14;
- serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años, si no se producen consecuencias punitivas más graves.
- 3 - Cuando los hechos descritos en los apartados 1 y 2 no vayan acompañados de falta de declaración ante la Administración tributaria durante el período de desempeño de las funciones o hasta la finalización del plazo de tres años establecido en el apartado 4 del artículo 14, la conducta se sancionará con multa de hasta 360 días.
- 4 - Los incrementos patrimoniales injustificados comprobados en el régimen tributario, de valor superior a 50 salarios mínimos mensuales, se gravan, para efectos del IRS, a la tasa especial de 80 /prct»

Esta regulación es el tercer intento del país vecino de regular esta figura, después de que otros anteriores fueran declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional por vulnerar, precisamente, el derecho a la presunción de inocencia

La primera ley, en el año 2012, preveía que quien directa o indirectamente adquiriera, poseyera o detentara bienes que no tuvieran un origen legalmente determinado y fueran incompatibles con sus ingresos y bienes legítimos podía ser castigado con una pena de prisión de hasta 3 años, si no se especificaba una pena más grave en otra disposición legal. En el año, 2015, una segunda ley indicó que quien directa o indirectamente adquiriera, poseyera o tuviera bienes incompatibles con sus ingresos declarados podía ser castigado con una pena de prisión de hasta 3 años (21) .

IV. ¿Qué castiga el artículo 438 bis del Código Penal español?

En el contexto que ha sido descrito en los apartados anteriores, es el momento de preguntarnos qué castiga el nuevo artículo 438 bis CP (LA LEY 3996/1995) cuando dispone:

«La autoridad que, durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos, hubiera obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas por un valor superior a 250.000 euros respecto a sus ingresos acreditados, y se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación, será castigada con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años».

La lectura del precepto pone de manifiesto que la conducta en él subsumible exige, en primer lugar, que la autoridad pública en cuestión haya experimentado un incremento patrimonial (o cancelación de obligaciones) en los términos en él descritos (por un valor superior a 250.000 euros respecto a sus ingresos acreditados), durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos; y en segundo lugar, la negativa abierta a dar el debido cumplimiento a aquellos requerimientos realizados por las autoridades competentes para comprobar la justificación de su patrimonio.

No se castiga a la autoridad que incremente (ilícitamente) su patrimonio de la manera descrita, ni los actos ilícitos de los que pudiera derivar dicho incremento. Lo que se pena es el incumplimiento de los requerimientos que se hagan para explicar la justificación de dicho enriquecimiento.

De esta forma se incrimina la falta de transparencia sobre las causas del enriquecimiento, conjugado con una situación patrimonial desproporcionada en relación con los ingresos de origen lícito conocidos o declarados (22) .

Esta transparencia en el ejercicio de los cargos públicos, que impone la obligación de informar y que es el fundamento de este delito, entronca con los deberes especiales que corresponden a las autoridades (y a los funcionarios) precisamente por su participación en el ejercicio de potestad o jurisdicción pública. Lo que, en este caso, se traduce en un deber cualificado de información, que se justificaría por la necesidad de garantizar que «el ejercicio del cargo se realice con las máximas condiciones de transparencia, legalidad y ausencia de conflictos entre sus intereses privados y los inherentes a sus funciones públicas» (23) .

Tres conclusiones podríamos concluir de lo expuesto, respecto al artículo 438 bis CP (LA LEY 3996/1995):

1) Estamos ante un delito de desobediencia (24) , que exige, sin embargo, la previa constatación de una situación patrimonial desproporcionada (en los términos descritos en el tipo) en relación con los ingresos de origen lícito conocidos o declarados.

Esta es la fuente del mandato y lo que, en definitiva, justifica la punición de la conducta, que se castiga con una pena de prisión que puede llegar a los tres años.

En este sentido, a la hora de valorar la existencia o no de una negativa abierta al cumplimiento del requerimiento habrá que tener muy en cuenta los elementos que, según la Jurisprudencia de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo, conforman el delito de desobediencia grave al que se refiere el artículo 556 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), que son (25) :

a) un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanada de la autoridad y sus agentes en el marco de sus competencias legales.

b) que la orden, revestida de todas las formalidades legales haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido, sin que sea preciso que conlleve, en todos los casos, el expreso apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia, caso de incumplimiento.

c) la resistencia, negativa u oposición a cumplimentar aquello que se ordena, que implica que frente al mandato persistente y reiterado, se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo con una negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca, incluyendo la que resulte de una pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestren una voluntad rebelde.

2) La configuración del tipo no plantea, siquiera, una posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia derivada de una hipotética inversión de la carga de la prueba, para rebatir la presunción de ilicitud del patrimonio.

3) No se pena la mera tenencia de un patrimonio «sospechoso» o un incremento patrimonial desproporcionado, durante el ejercicio del cargo sino el incumplimiento de los requerimientos que se realicen por las autoridades competentes destinados a su justificación.

Es cierto que, como hemos indicado con anterioridad, para que surja la obligación de atender estos requerimientos, es preciso que se constate un determinado incremento patrimonial, pero el fundamento último de esta obligación es, en nuestra opinión, la necesidad de transparencia en el ejercicio de la función pública y no propiamente la sospecha de ilicitud. Porque, como ha destacado algún autor (26) , hay modos de adquirir bienes que no son delictivos aunque tal vez sean anormales (por ejemplo, las ganancias procedentes del juego).

En consecuencia, si se atienden debidamente estos requerimientos no habrá delito del art. 438 bis CP (LA LEY 3996/1995)(«una negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca»/«una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato»).

V. Otras cuestiones controvertidas

El nuevo delito del artículo 438 bis CP (LA LEY 3996/1995), entendido de la manera expuesta, plantea, entre otras, dos cuestiones relevantes:

1) La determinación de quién será autoridad pública a estos efectos, lo que plantea un nuevo interrogante: si solo podrán ser sujetos activos de este delito aquellas autoridades para las que normativamente se establezca de manera expresa la obligación de declarar sus bienes;

2) la posible vulneración del derecho a no auto incriminarse.

1. Condición de autoridad pública

El sujeto activo del nuevo artículo 438 bis CP (LA LEY 3996/1995) solo pueden serlo las autoridades públicas. Se excluya de esta forma, sin aparente justificación, a los funcionarios públicos.

De acuerdo con el artículo 24 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), a los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. Y en todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Tendrán también la consideración de autoridad los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea.

En este marco, la condición de autoridad de los que no están expresamente incluidos en la relación que contiene el precepto exigirá determinar si la persona en cuestión tiene mando o ejerce jurisdicción, lo que ha de implicar, su capacidad para «ejecutar una potestad pública, administrativa o judicial, por sí misma en un ámbito competencial objetivo y territorial» (27) ; determinación que en la proliferación actual de cargos en las distintas administraciones y organismos públicos puede plantear dificultades.

En todo caso, habrá que tener en cuenta que, como ha señalado la Jurisprudencia (STS 187/2012, de 3 de marzo), el concepto de autoridad (o funcionario o agente de la autoridad, *«no pueden entenderse, en un estado democrático y de derecho como es el nuestro, en un sentido puramente personalista o universal, de tal modo que constituyan una calidad inescindible, indistinguible, de la propia personalidad, de manera que quien es autoridad lo es siempre y en todo momento con independencia del contexto en el que se producen sus actuaciones. Al contrario, dichos conceptos no constituyen inaceptables privilegios frente al ciudadano común, sino que han de valorarse a partir de su significado funcional, instrumentalmente. Las autoridades (los funcionarios públicos, los agentes), se benefician de un régimen jurídico singular solo justificado en la función transcendente que desempeñan y no en beneficio propio o a modo de estatus personal. Son autoridades cuando se hallan en el ejercicio de su función o cuando los hechos se producen con ocasión o en consideración a la misma. Fuera de ese contexto, todos somos nada más, y nada menos, ciudadanos comunes»*).

Una vez fijada la condición de autoridad del potencial sujeto activo del delito, se plantea, como adelantamos, la cuestión de si es exigible además que esté obligado normativamente a presentar declaraciones de bienes o cualquier otra acción destinada a dar cuenta de su patrimonio al tomar posesión y al cesar en el cargo correspondiente.

Así se dispone expresamente para los Altos cargos de la Administración General de Estado en el artículo 17 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo (LA LEY 4995/2015), reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado (28) .

Este texto legal también prevé expresamente qué órgano examinará la documentación presentada y elaborará el informe correspondiente; y añade que los altos cargos cuya situación patrimonial sea objeto de examen deberán aportar toda la información que les sea requerida así como comunicar todas aquellas circunstancias que sean relevantes para la elaboración del informe (art. 24).

El artículo 160 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LA LEY 1596/1985) obliga también a los Diputados y Senadores a presentar declaraciones de actividades y bienes, que se harán públicas. La instrucción y la resolución de todos los procedimientos relativos al Registro de Intereses y a las actividades de los Diputados y Senadores, dispone el precepto, salvo lo previsto en los restantes apartados de este artículo y en el artículo 159.3 c), corresponderá al Presidente de cada Cámara.

No existe, sin embargo, una previsión similar con respecto a los Jueces, Magistrados y Fiscales.

Al amparo de las previsiones de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LA LEY 19656/2013) (29) , el Consejo General del Poder Judicial firmó un Convenio marco de colaboración con Transparencia internacional España, en virtud del cual se hacen públicos los datos patrimoniales de determinados cargos judiciales, entre ellos, los relativos al Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.

En este marco, dado el entendimiento que defendemos del artículo 438 bis CP (LA LEY 3996/1995), según el cual, su fundamento es la transparencia en el ejercicio de la función pública y no propiamente la «sospecha» de ilicitud del incremento patrimonial en cuestión, su aplicación exigiría la existencia de una previsión normativa similar a la contemplada, por ejemplo, en la Ley 3/2015, de 30 de marzo (LA LEY 4995/2015), reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, y que obligue a la autoridad pública a dar cuenta de su patrimonio.

Esa previsión normativa permitirá, por otro lado, la determinación, absolutamente necesaria, de qué autoridades son

las competentes para librar los requerimientos que exige el tipo objetivo, las cuales, como los mandatos correspondientes, estarán, de esta forma, precisadas en la norma. El mandato, para ser desobedecido, ha de ser *«expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta y emanar de la autoridad y sus agentes en el marco de sus competencias legales»*.

Esta conclusión nos conduce, a su vez, a la siguiente reflexión: no obstante las consideraciones que, de nuevo, realiza el legislador en el Preámbulo (30) , las autoridades judiciales no son autoridades competentes a estos efectos. Solo lo serán las administrativas previstas expresamente.

Los Jueces y Tribunales no tienen atribuida legalmente la competencia de fiscalizar el patrimonio de las autoridades públicas

Los Jueces y Tribunales no tienen atribuida legalmente la competencia de fiscalizar el patrimonio de las autoridades públicas. Si, por ejemplo, en un procedimiento penal un Juez solicita a una autoridad explicaciones sobre un determinado incremento patrimonial, será porque existen indicios de la conexión de dicho incremento patrimonial con la comisión de actividades delictivas; lo que nos situaría, en nuestra opinión, fuera de los márgenes del artículo 438 bis CP. (LA LEY 3996/1995)

En este sentido, no compartimos la visión de que el artículo 438 bis sea una especie de «cajón de sastre» para conseguir la condena penal por dicha infracción de aquellas autoridades que, por falta de prueba, no hayan podido ser condenadas por otras infracciones.

Esta sería la conclusión si, como dijimos, con anterioridad, lo que se castigara fuera la mera tenencia de un patrimonio «sospechoso» pero, como hemos defendido, no creemos que ese sea el perfil de nuestro artículo 438 bis CP. (LA LEY 3996/1995)

2. Implicaciones del derecho a no autoincriminarse

A) A vueltas con los límites del derecho a no autoincriminarse

No obstante la dificultad (presente en la doctrina y en la Jurisprudencia) de precisar con claridad los contornos del derecho a no autoincriminarse, existe consenso en que este derecho fundamental no es un derecho absoluto.

Comprende, sin duda, la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo, pero, como ha reconocido reiteradamente el Tribunal Constitucional, no conlleva la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo *«dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva»* (31) .

Este derecho nuclear sí tutela, sin embargo, frente a la aportación de información autoinculpatória que sea fruto de la coerción o compulsión (nunca cuando se suministra voluntariamente) (32) ; y ello no solo cuando dicha aportación se produce en el seno del proceso penal o sancionador, sino también cuando se pretende la utilización como prueba de cargo, en tales procedimientos, del material autoincriminatorio coactivamente aportado a los poderes públicos en cualesquiera otros procedimientos, aunque sean de otra naturaleza (33) .

En este contexto, particularmente, con respecto a la obligación de aportación de prueba documental potencialmente incriminatoria, podríamos añadir dos matizaciones:

- 1) La garantía de no autoincriminación no alcanza a proteger contra el uso en un procedimiento de naturaleza penal de cualquier material que, aun habiendo sido obtenido coactivamente del acusado o de quien pueda llegar a serlo, tenga una existencia independiente de su voluntad.

En este sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (34) que, con la misma reiteración cita, como ejemplos, aquellos documentos que deriven de una orden dada para practicar pruebas de sangre, orina u obtención de ADN.

Esta Jurisprudencia, por otro lado, es citada reiteradamente como guía de análisis tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo (35) .

- 2) El derecho a no declarar contra uno mismo sólo es aplicable cuando se trata de solicitudes de información que obligan al destinatario, coercitivamente, a dar una respuesta sobre una específica cuestión

incriminatoria.

En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras, en la STJUE, Sala Primera, de 25 de enero de 2007, en el caso *Dalmine v Comisión*, al examinar el alcance de las facultades de la Comisión en los procedimientos de investigación previa y en los procedimientos administrativos. En estos procedimientos, declara el Tribunal con cita de su propia Jurisprudencia, «*la Comisión tiene la potestad de obligar a una empresa, en su caso mediante decisión, a que le facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento, pero no puede imponer a dicha empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión*».

En consecuencia, y así lo ha reconocido también nuestra Jurisprudencia, la documentación aportada en un procedimiento administrativo, a instancia, por ejemplo, de la Agencia Tributaria, si se utiliza posteriormente en un procedimiento penal, no implica por sí misma, la vulneración del derecho a no declarar. Como tampoco la descarta de plano, por el mero hecho de que exista un deber general de colaborar con el citado organismo y sus requerimientos tengan cobertura legal.

Lo relevante será analizar (36) :

- 1) la naturaleza y el grado de coerción con que el poder público recaba la información del acusado o de quien puede llegar a serlo;
- 2) el uso de esa información en un procedimiento de naturaleza penal y la eficacia incriminatoria que en él haya tenido;
- 3) si el material incriminatorio tiene existencia independiente de la voluntad de quien se recaba.

B) Implicaciones en la aplicación del artículo 438 bis CP

La configuración del delito penado en el artículo 438 bis CP (LA LEY 3996/1995) como un delito de desobediencia (que castiga el incumplimiento de los requerimientos destinados a justificar la existencia de un incremento patrimonial «anormal»), provoca, a nuestro entender, las siguientes reflexiones sobre la posible afectación del derecho a no auto incriminarse si, aportada algún tipo de información (al dar debida respuesta a tales requerimientos), se pretendiera su utilización como prueba de cargo en un procedimiento penal:

a) El hecho de que dichos requerimientos se produzcan en un procedimiento administrativo (meramente informativo y no sancionador) no descarta la existencia de una posible vulneración si después se pretendiera la utilización del material obtenido en un procedimiento penal.

Lo relevante, como hemos dicho, no es la naturaleza del procedimiento sino el contenido incriminatorio de lo obtenido y la utilización de algún tipo de coerción para dicha obtención.

b) La amenaza de la posible imposición de una sanción penal ante el incumplimiento del o de los requerimientos, que puede alcanzar los tres años de privación de libertad, debe calificarse como coerción a estos efectos.

La opción entre una potencial privación de libertad o el cumplimiento del mandato no parece que permita calificar a este último como «voluntario». Por otro lado, la entidad de la sanción prevista por el incumplimiento permite calificar de grave el grado de coerción.

c) El derecho a no autoincriminarse no cubre la aportación de aquella documentación que tenga existencia independiente de la voluntad del requerido, porque, precisamente, por ello, su mera existencia no puede vulnerarlo.

En consecuencia, la aportación (ante el requerimiento correspondiente de la autoridad competente, por ejemplo, de la Oficina de Conflicto de intereses) de toda la documentación que pueda incluirse en esta categoría (por ejemplo, la documentación contable y/o financiera que deba existir y conservarse obligatoriamente) no violaría la garantía.

Sí se produciría, sin embargo, dicha violación si, como ocurrió en el caso *Dalmine*, el órgano administrativo en cuestión pidiera al requerido explicaciones más allá de dicha documentación, y

relacionada, por ejemplo, con el contexto o la motivación de determinadas operaciones que refleje dicha documentación.

Si esta fuera la situación estaríamos ante la obtención bajo coerción de un material potencialmente incriminatorio, que poco o nada tendría que ver, por ejemplo, con la obligación de someterse a determinadas diligencias de investigación (como una prueba de alcoholemia) y que, en nuestra opinión, afectaría a la esencia del derecho a no autoincriminarse que, como mínimo, debe proteger ante manifestaciones cuyo contenido tenga tal naturaleza.

Precisamente, por ello, por la posibilidad de que se produzcan manifestaciones claramente incriminatorias el análisis de las posibles implicaciones del artículo 438 bis CP (LA LEY 3996/1995) con respecto a la garantía de no autoincriminarse tiene matices diferenciales respecto a la conclusión alcanzada por el Tribunal Constitucional en la STC 161/1997 de 2 de octubre (LA LEY 10013/1997), que desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto al delito derivado de la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia.

d) Por último, habría que examinar la relevancia incriminatoria que la información obtenida pudiera tener en el procedimiento penal en el que se pretenda su utilización.

Debe valorarse aquí, de nuevo, el contexto en el que tienen lugar los requerimientos en cuestión: existencia de un incremento patrimonial de una autoridad pública que, por las condiciones en las que ha tenido lugar, exige una explicación singularizada, hasta el punto de convertir en infracción penal la negativa a dicha explicación.

En definitiva, no se presume ilícito el incremento patrimonial pero sí, al menos, lo suficientemente «anormal» como para exigir una justificación.

e) Hemos defendido con anterioridad que las autoridades judiciales no deben ser calificadas como autoridades competentes a los efectos del artículo 438 bis CP (LA LEY 3996/1995) y que, si en un procedimiento penal, un Juez solicita a una autoridad explicaciones sobre un determinado incremento patrimonial será porque existen indicios de la conexión de dicho incremento patrimonial con la comisión de actividades delictivas; lo que nos situaría, como dijimos, fuera de los márgenes del artículo 438 bis CP. (LA LEY 3996/1995)

Pues bien, si, en cualquier caso, este requerimiento llegara a producirse, el investigado no tendría obligación de atenderlo. Iniciado el procedimiento penal, la potencialidad incriminatoria de la cumplimentación de dicho requerimiento es clara, y, con ella, la posible vulneración del derecho a no autoincriminarse.

No es preciso incidir en cuál es el fundamento de la infracción penal prevista en el artículo 438 bis CP (LA LEY 3996/1995), incompatible, en nuestra opinión, con la defensa de que este tipo de requerimientos judiciales puedan hacerse bajo la advertencia de incurrir en ella.

VI. Conclusiones

La prudencia aconseja no hacer juicios apresurados sobre el recorrido que tendrán el nuevo delito del artículo 438 bis CP. (LA LEY 3996/1995)

No obstante, alguna de las consideraciones que hemos expuesto plantean serias dudas sobre si esta nueva herramienta, en su configuración actual, será eficaz en la lucha contra la corrupción.

Sus fronteras con el delito de blanqueo de capitales quedan difusas si pretendemos relacionar el incremento patrimonial con el desarrollo de actividades delictivas; y desde esta perspectiva lo haría innecesario.

Si lo desconectamos de dicha actividad delictiva y lo relacionamos, como hemos defendido, con las obligaciones de transparencia en el ejercicio de la función pública, es absolutamente necesario un desarrollo legislativo que precise normativamente algunos de los elementos del tipo objetivo. De esta forma podríamos transitar, con más seguridad, desde un delito de «enriquecimiento ilícito» a un delito de «enriquecimiento no justificado».

(1) Véase al respecto MAGRO SERVET V., «Cuadro comparativo de novedades en la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre (LA LEY 26573/2022)», *Diario La Ley*, núm. 10202, de 5 de enero de 2023.

- (2) QUNTERO OLIVARES G., «Una guarnición: el enriquecimiento ilícito», 30 de diciembre de 2022, disponible en <https://almacenederecho.org/una-guarnicion-el-enriquecimiento-ilicito>
-
- (3) Declaraba, al respecto, el capítulo segundo del informe de abril de 2019 del Fondo Monetario Internacional «Fiscal Monitor: Curbing Corruption»:
«La corrupción —el abuso de la función pública para beneficio propio— distorsiona la actividad del Estado y atenta contra los avances hacia un crecimiento económico sostenible e inclusivo. La corrupción ayuda a algunos a evadir impuestos, mientras otros terminan pagando más. La pérdida de ingresos fiscales también puede dificultarle al gobierno el suministro de gasto social. Además, la calidad de la infraestructura y de los servicios públicos disminuye cuando las decisiones del gobierno responden al soborno y al nepotismo. En última instancia, la corrupción merma la confianza en el gobierno y puede generar inestabilidad social y política.
Este capítulo demuestra que los costos fiscales de la corrupción pueden ser sustanciales para las economías a todos los niveles de desarrollo. Por ejemplo, comparando países con un nivel de ingreso parecido, los gobiernos menos corruptos recaudan 4% más del PIB en ingreso tributario que sus homólogos más corruptos. En esa misma comparación, si todos los países redujeran hoy la corrupción en igual medida, en promedio, que los que la redujeron durante las dos últimas décadas, el ingreso tributario mundial sería USD 1 billón más alto, o sea 1¼% del PIB mundial; probablemente, los beneficios serían mayores teniendo en cuenta que con menos corrupción habría más crecimiento económico, lo cual generaría aún más ingresos fiscales. Los países que lograron reducir la corrupción significativamente se vieron premiados por una escalada del ingreso tributario como porcentaje del PIB (por ejemplo, en Georgia, 13 puntos porcentuales, y en Ruanda, 6 puntos porcentuales). Los hechos demuestran también que la corrupción distorsiona el uso que el gobierno les da a los fondos públicos. Los países menos corruptos dedican una proporción más alta de los recursos al gasto social (por ejemplo, entre los países de bajo ingreso, la proporción del presupuesto dedicada a la educación y la salud es un tercio más baja en los países sumamente corruptos). Además, los países más corruptos registran un gasto excesivo en la construcción de carreteras y hospitales, y sus alumnos en edad escolar califican peor en los exámenes».
-
- (4) Véase STS (Sala de lo Penal) STS 214/2018, de 8 de mayo (LA LEY 34422/2018).
 Algunos estudios analizan, particularmente, la dinámica entre corrupción y derechos humanos y destacan cómo la primera perjudica a los segundos. También como afecta, fundamentalmente, a los grupos de población más vulnerable. Véase, BOLES, J.R., «Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth: Illicit Enrichment Offenses and Human Rights Violations», *Legislation and Public Policy*, 17 (2014), 835-880; también las consideraciones que al respecto realizaba, en el año 2021, Transparencia Internacional en su índice anual sobre la percepción de la corrupción, disponible en <https://www.transparency.org/en/news/cpi-2021-corruption-human-rights-democracy>
-
- (5) Véase el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003 (LA LEY 12434/2003).
-
- (6) En este sentido, BLANCO CORDERO, I., «El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués», *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, 2013, pág. 3. Este autor incluye también, como instrumento útil a estos efectos, al delito fiscal.
-
- (7) MUZILA, L., MORALES, M., MATHIAS M. y BERGER, T., «On the Take. Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption, Stolen Asset Recovery Initiative», The World Bank (UNODC), 2012, págs. 6 y 7.
-
- (8) MUZILA, L., MORALES, M., MATHIAS, M. y BERGER, T., «On the Take. Criminalizing...», cit., págs., 7-8.
-
- (9) En este sentido, véase RAGA VIVES, A., «El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades», en González Cussac (Dir.), *Comentarios a la LO 14/2022 (LA LEY 26573/2022), de reforma del Código Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 191.
-
- (10) Sobre los trabajos preparatorios relacionados con este artículo de la Convención, veáse DEL CARPIO DELGADO, J., «El delito de "enriquecimiento ilícito": análisis de la normativa internacional», *Revista General de Derecho Penal*, 23 (2015), págs. 9-15.
-
- (11) DEL CARPIO DELGADO J., «El delito de "enriquecimiento ilícito"...», cit., pág. 27.
-
- (12) En este sentido, véase, DEL CARPIO DELGADO, J., «El delito de "enriquecimiento ilícito"...», cit., págs. 38-39; BOLES J.R., «Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth...», cit., págs. 852-858; MUZILA, L., MORALES, M., MATHIAS, M. y BERGER, T., «On the Take. Criminalizing...», cit., págs. 13-26.
-
- (13) BOLES, J.R., «Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth...», cit., pág. 869
-
- (14) DEL CARPIO DELGADO, J., «El delito de "enriquecimiento ilícito"...», cit., pág. 20.
-
- (15) En el mismo sentido, entre otras, la STS 52/2023, de 2 febrero (LA LEY 11433/2023).
-
- (16) RAGA VIVES, A., «El nuevo delito de desobediencia...», cit., pág. 153.
 Declara la Guía, al respecto, en su página 88:
«La tipificación como delito del enriquecimiento ilícito ha resultado útil en algunas jurisdicciones. Con ella se intentan superar las dificultades que tienen los fiscales a la hora de demostrar que un funcionario público ha solicitado o aceptado sobornos en los casos en que su enriquecimiento es tan desproporcionado respecto de sus ingresos legítimos que puede establecerse prima facie que se ha cometido un acto de corrupción. La tipificación como delito del enriquecimiento ilícito también ha resultado útil para disuadir a los funcionarios públicos de cometer actos de corrupción».
 La guía está disponible en https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf
-
- (17) STS 876/2022, de 7 noviembre (LA LEY 275925/2022), con cita de otras.
-
- (18) Véase, entre otras muchas, STS 106/2022, de 9 febrero,
-
- (19) La abreviatura MSL hace referencia a la expresión *Minimum Standard of Living*. El Tribunal Constitucional de Lituania validó este artículo, en su Sentencia

(20) Véase BOLES, J.R., «Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth...», cit., págs. 875-878.

(21) Véase la pág. 46 del informe «Presumption of Innocence: procedural rights in criminal proceedings», realizado por la *European Union Agency for Fundamental Rights (FRA)*, para el proyecto «Presunción de inocencia» (*Social Fieldwork Research (FRANET)*).

(22) BLANCO CORDERO, I., «El delito de enriquecimiento ilícito...», cit., pág. 15, con cita de las argumentaciones contenidas en uno de los votos particulares de la Sentencia del Tribunal Constitucional portugués de 2012 (Acórdão N.º 179/2012).

(23) Así se ha pronunciado la STS 362/2018, de 18 de julio (LA LEY 88600/2018), respecto al delito de fraude a la Administración pública del artículo 436 CP. (LA LEY 3996/1995)

(24) En el mismo sentido, RAGA VIVES, A., «El nuevo delito de desobediencia...», cit. También QUNTERO OLIVARES G., «Una guarnición: el enriquecimiento...», cit; y, MAGRO SERVET V., «Cuadro comparativo de novedades en la reforma del Código Penal...», cit., pág. 16.

Así nos lo adelanta también el Preámbulo de la Ley, que previamente había anunciado que se introducía en nuestro ordenamiento el delito de enriquecimiento ilícito, equiparándolo a la figura existente en otros países, las cuales, sin embargo, según lo expuesto, distan de ser tan uniformes, como parece sostener el legislador.

Declara concretamente el citado Preámbulo:

«La figura que se incorpora se configura como un delito de desobediencia. De este modo, para incurrir en el tipo penal no basta con poseer un patrimonio cuyo origen no sea explicable a partir de los ingresos declarados, sino que debe existir un requerimiento previo por parte de los organismos administrativos o judiciales competentes para la comprobación de dicho patrimonio. Solo ante la negativa a detallar a dichos órganos el origen de un incremento patrimonial o de una cancelación de deudas o ante una explicación manifiestamente falsa sobre los mismos se incurriría en el tipo penal. Tradicionalmente, la figura del enriquecimiento ilícito o injusto había generado controversia constitucional al ser configurado como un delito de sospecha, por su posible colisión con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, algo que se evita con la actual regulación que sigue el ya citado modelo de desobediencia que han incorporado recientemente países como Portugal».

(25) Véase, entre otras, la STS 801/2022, de 5 octubre (LA LEY 223684/2022).

(26) QUNTERO OLIVARES G., «Una guarnición: el enriquecimiento ilícito...», cit., pág. 3.

(27) STS 793/2006, de 14 de julio (LA LEY 77299/2006) o STS 1310/2002 de 9 julio (LA LEY 7731/2002).

En la primera de estas resoluciones, se reconoce como autoridad (a los efectos de aplicación del art. 421 CP (LA LEY 3996/1995)) a un Teniente de la Guardia Civil, que había requerido determinada actuación a un Jefe de la Policía Local.

En el segundo caso, dicha condición se predica de un Decano de un colegio de abogados (a los efectos de aplicar el delito de atentado), del que se dice «ejerce mando y tiene potestad sancionadora: ostenta la representación del Colegio; tiene funciones de vigilancia y corrección, y en definitiva, facultades de dirección, coordinación y supervisión de la ejecución de directrices que ponen de relieve su potestad de mando; y, en conclusión, su carácter de autoridad en los términos que recoge el citado artículo 24 del vigente Código Penal (LA LEY 3996/1995)».

(28) Artículo 17. Declaración de bienes y derechos.

«1. Los altos cargos presentarán al Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales de altos cargos, en el plazo improrrogable de tres meses desde su toma de posesión y cese, respectivamente, el certificado de su última declaración anual presentada del impuesto sobre el patrimonio, si tienen obligación de presentarla. Quienes no tengan tal obligación, presentarán un formulario cumplimentado equivalente que elaborará la Oficina de Conflictos de Intereses en colaboración con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

2. Los altos cargos aportarán una copia de su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio de inicio y al de cese. Asimismo, anualmente y mientras dure su nombramiento, aportarán copia de la declaración correspondiente.

3. Junto con la copia de su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio de inicio también se presentará certificación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de estar al corriente de las obligaciones tributarias o, en su caso, de las obligaciones tributarias pendientes.

4. El alto cargo podrá autorizar a la Oficina de Conflictos de Intereses, expresamente y por escrito, a que obtenga esta información directamente de la Agencia Tributaria».

(29) Sus artículos 8 y 9 disponen:

«1. Teniendo en cuenta las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas, los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación: (...)

f) Las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título. Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo

g) Las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos así como las que autoricen el ejercicio de actividad privada al cese de los altos cargos de la Administración General del Estado o asimilados según la normativa autonómica o local.

h) Las declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales, en los términos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LA LEY 847/1985). Cuando el reglamento no fije los términos en que han de hacerse públicas estas declaraciones se aplicará lo dispuesto en la normativa de conflictos de intereses en el ámbito de la Administración General del Estado. En todo caso, se omitirán los datos relativos a la localización concreta de los bienes inmuebles y se garantizará la privacidad y seguridad de sus titulares».

Artículo 9. Control.

«1. El cumplimiento por la Administración General del Estado de las obligaciones contenidas en este capítulo será objeto de control por parte del Consejo de

Transparencia y Buen Gobierno.

2. En ejercicio de la competencia prevista en el apartado anterior, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, de acuerdo con el procedimiento que se prevea reglamentariamente, podrá dictar resoluciones en las que se establezcan las medidas que sea necesario adoptar para el cese del incumplimiento y el inicio de las actuaciones disciplinarias que procedan.

3. El incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa reguladas en este capítulo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora».

(30) Declara el texto lo siguiente:

«La figura que se incorpora se configura como un delito de desobediencia. De este modo, para incurrir en el tipo penal no basta con poseer un patrimonio cuyo origen no sea explicable a partir de los ingresos declarados, sino que debe existir un requerimiento previo por parte de los organismos administrativos o judiciales competentes para la comprobación de dicho patrimonio. Solo ante la negativa a detallar a dichos órganos el origen de un incremento patrimonial o de una cancelación de deudas o ante una explicación manifiestamente falsa sobre los mismos se incurriría en el tipo penal».

(31) STC 21/2021, de 15 de febrero (LA LEY 2656/2021), con cita, entre otras, de la STC 161/1997 (LA LEY 10013/1997) o STC 23/2014, de 13 de febrero (LA LEY 15116/2014).

(32) En este contexto, el TEDH hace referencia a la existencia de «grados de compulsión» de manera que solo alguno de ellos, dice el Tribunal, «destruyen la esencia del derecho a no autoincriminarse». También a la necesidad de valorar el uso que, en el proceso penal, se hace de la prueba en cuestión (véase la sentencia dictada el 10 de junio de 2021 en el caso *Bajić v. North Macedonia* —demanda núm. 2833/13—, con cita de otras resoluciones del Tribunal.

En esta línea también la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, véase la STS 84/2023, de 9 febrero (LA LEY 21116/2023).

(33) STC 21/2021, de 15 de febrero (LA LEY 2656/2021), con cita, entre otras, de la STC 276/2006, de 25 de septiembre (LA LEY 112435/2006). También la STS 535/2021, de 5 de junio, que destaca la jurisprudencia al respecto del TEDH y que concluye: «Lo relevante, en definitiva, para identificar si ha existido o no vulneración de la garantía a la no autoincriminación sería valorar, primero, el carácter coactivo de la aportación de la información, independientemente del contexto procedimental en que se obtuviera, y, segundo, el efecto incriminatorio que se produce o pudiese producir en un proceso de naturaleza penal o sancionadora contra la persona que la aporta —vid.. STC 21/2021 (LA LEY 2656/2021) y SSTS 246/2021, de 17 de marzo (LA LEY 16042/2021), 277/2018, de 8 de junio (LA LEY 61257/2018)—».

En la misma línea, la STS 246/2021, de 17 de marzo (LA LEY 16042/2021), que declara: «De la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se desprende que para que se aprecie vulneración de la garantía de no autoincriminación no resulta imprescindible que la declaración coactiva se haya obtenido ni en el seno de un proceso penal en curso ni que la persona indagada ya tenga la condición de imputada. La clave radica en los efectos incriminatorios que pueden derivarse en un proceso penal. Lo relevante para la garantía de no autoincriminación sería, primero, el carácter coactivo de la aportación de la información, independientemente del contexto procedimental en que se obtuviera, y, segundo, el efecto incriminatorio que produjese o pudiese producir en un proceso de naturaleza penal o sancionadora contra la persona que la aporta».

(34) Véase la sentencia de 17 de diciembre de 1996, dictada en el caso *Saunders v. the United Kingdom* — demanda núm. 19187/91—, o la dictada el 29 de junio de 2007, en *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom* —demandas núm. 15809/02 and 25624/02—.

(35) Véase STC 21/2021, de 15 de febrero (LA LEY 2656/2021), con cita de otras muchas.

También STS 84/2023 (LA LEY 21116/2023), de 8 de febrero, STS 363/2022 de 8 abril (LA LEY 55399/2022), STS 246/2021, de 17 de marzo (LA LEY 16042/2021) y STS 113/2022, de 10 de febrero (LA LEY 12331/2022). Declara la STS 246/2021, de 17 de marzo (LA LEY 16042/2021):

«Ahora bien, la aplicación al caso del test de evaluación confeccionado por el TEDH exige entender a las concretas circunstancias del caso, y este arroja tres resultados significativos: primero, el material documentado potencialmente incriminatorio tenía existencia independiente de la voluntad de quien se recabó; segundo, no se identifica la intensidad de los elementos de coerción que acompañaron al requerimiento; la sentencia de instancia no identifica que respecto al recurrente se haya utilizado dicho material para fundar la condena. Como tampoco lo hace el recurrente en el desarrollo del motivo —vid.. sobre la necesidad de analizar las circunstancias concretas en las que se produce la aportación documental para determinar si su uso probatorio contra la persona acusada que la realizó es compatible con el derecho a la no autoincriminación»

(36) STS 84/2023 (LA LEY 21116/2023), de 8 de febrero. En el mismo sentido, STS 363/2022 de 8 abril (LA LEY 55399/2022), STS 246/2021, de 17 de marzo (LA LEY 16042/2021) y STS 113/2022 de 10 de febrero (LA LEY 12331/2022).