

Tabú y eufemismo

Acerca del nuevo delito de desobediencia del art. 438 bis CP

Sumario

-

El presente trabajo se ocupa del análisis del art. 438 bis CP, introducido por la LO 14/2022. Partiendo de su caracterización formal como un delito de desobediencia, se tratan en el texto una serie de cuestiones, entre las que se destacan las siguientes. La primera, la identificación de cuál sea el bien jurídico protegido por el precepto. La segunda, la relativa a si el modelo seguido por el legislador resulta coherente con las recomendaciones contenidas en los distintos documentos internacionales relativas al castigo del enriquecimiento ilícito. La tercera, si realmente la fórmula elegida sorteaba los problemas de constitucionalidad que plantearía la tipificación de un delito de enriquecimiento ilícito. El trabajo concluye identificando una serie de elementos que debieran estar presentes en la redacción del precepto, caso de que realmente fuera necesaria su incorporación al Código penal. Este último aspecto resulta altamente cuestionable a la vista del resto de previsiones penales dedicadas a evitar y sancionar el disfrute de las ganancias de procedencia delictiva.

Abstract

-

This paper deals with the analysis of art. 438 bis CP, introduced by LO 14/2022. Beginning with its formal characterization as a crime of disobedience, a series of questions are dealt with in the text, among which the following stand out. The first is the identification of the legal interest protected by the precept. Secondly, whether the model followed by the legislator is consistent with the recommendations contained in the various international documents on the punishment of illicit enrichment. Thirdly, whether the chosen formula really avoids constitutional issues that could arise from criminalizing illicit enrichment. The paper concludes by identifying a series of elements that should be present in the wording of the precept if its incorporation into the Criminal Code were really necessary. This last aspect is highly questionable in view of the rest of the criminal provisions dedicated to preventing and punishing the enjoyment of criminal proceeds.

Zusammenfassung

-

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Analyse des durch LO 14/2022 eingeführten Art. 438 bis CP. Ausgehend von seiner formalen Charakterisierung als Straftatbestand des Ungehorsamsstraftat werden in dem Text eine Reihe von Fragen behandelt, von unter denen die Folgenden hervorzuheben sind: denen die folgenden hervorstechen. Erstens geht es um die Identifizierung des durch das Gebot geschützten Rechtsguts. Zweitens stellt sich die Frage, ob das vom Gesetzgeber gewählte Modell mit den Empfehlungen in den verschiedenen internationalen Dokumenten über die Bestrafung der unrechtmäßigen Bereicherung übereinstimmt. Drittens, ob die gewählte Formulierung tatsächlich die Probleme der Verfassungsmäßigkeit vermeidet, die sich aus der Schaffung eines Straftatbestands der unrechtmäßigen Bereicherung ergeben würden. Abschließend werden eine Reihe von Elementen genannt, die in der Formulierung der Vorschrift enthalten sein sollten, wenn ihre Aufnahme in das Strafgesetzbuch wirklich notwendig wäre. Dieser letzte Aspekt ist in Anbetracht der übrigen strafrechtlichen Bestimmungen zur Verhinderung und Bestrafung des Genusses von Erträgen aus Straftaten äußerst fragwürdig.

Title: *Taboo, euphemism and criminal law: about the new offence of disobedience of art. 438 bis penal Code.*

Titel: *Tabu, Euphemismus und Strafrecht: über den neuen Straftatbestand des Ungehorsams nach Art. 438 bis Strafgesetzbuch.*

-

Palabras clave: enriquecimiento ilícito, enriquecimiento injustificado, desobediencia, corrupción, blanqueo, decomiso.

Keywords: *illicit enrichment, unjustified enrichment, disobedience, corruption, laundering, confiscation*

Stichwörter: *unrechtmäßige Bereicherung, ungerechtfertigte Bereicherung, Ungehorsam, Korruption, Geldwäsche, Beschlagnahme.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i3.06

-

Índice

-
- 1. Consideraciones previas**
- 2. Las razones para la incorporación del delito. El alcance de las previsiones internacionales.**
- 3. El injusto del art. 438 bis. Entre la desobediencia y el enriquecimiento: entre un imposible o el vacío de la nada**
 - 3.1. Primera interpretación: el art. 438 bis CP como delito de desobediencia.
 - a. El interés protegido.
 - b. ¿Un delito de desobediencia para secundar las recomendaciones internacionales en materia de lucha contra la corrupción pública?
 - c. El delito de desobediencia a la luz de las garantías y principios del proceso penal.
 - 3.2. Segunda interpretación: el enriquecimiento como objeto de sanción en el art. 438 bis CP: La preservación del correcto ejercicio de la función pública y la lucha contra la corrupción como interés directamente protegido.
- 4. Repensando el delito de enriquecimiento: una propuesta y su utilidad a la vista del panorama de previsiones del Código Penal.**
- 5. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Consideraciones previas*

La LO 14/2022, de 22 de diciembre, 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, introdujo, entre otras novedades, un nuevo artículo 438 bis en el Código penal. Ubicado en el Título XIX entre los delitos contra la Administración Pública, tipifica en el Capítulo VIII, bajo la rúbrica de los Fraudes y exacciones ilegales, el que pudiera denominarse un delito de enriquecimiento injustificado o de desobediencia.

Si la referida ley de reforma se caracterizó por tramitarse por vía urgente y quedar aprobada en un auténtico tiempo récord¹, más breve fue aún el recorrido que llevó a la aprobación del delito que nos ocupa, introducido a través de una enmienda², huérfano de discusión parlamentaria³ y eclipsado por el debate en torno a la reforma de la malversación, la supresión de la sedición, así como la nueva configuración del delito de desórdenes públicos.

Conforme al tenor literal del nuevo art. 438 bis CP, se castiga con una pena 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, a «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».

La finalidad confesada por el legislador al introducir este nuevo tipo delictivo fue la de secundar una serie de recomendaciones internacionales sobre las que después volveremos y, con ello, colmar una supuesta laguna de punibilidad que había sido denunciada por algunas voces de la doctrina⁴, en tanto que parecía necesario el diseño de un delito de nuevo cuño que sancionase las situaciones en que se detecta un enriquecimiento patrimonial por parte de determinados

* Autora de contacto: María del Carmen Gómez Rivero (crivero@us.es). Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación GANANCIAS ILICITAS Y SISTEMA DE JUSTICIA PENAL: UNA PERSPECTIVA GLOBAL (Referencia: PID2022-138796NA-I00).

¹ La presentación de la iniciativa tuvo lugar el 11 de noviembre; se publicó en el BOCG de 17 de noviembre, fue aprobada por el Pleno del Senado el 20 de diciembre y la ley se publicó en el BOE de 23 de diciembre de 2022.

² Se trata de la enmienda número 64, presentada por los propios grupos autores de la proposición de la Ley Orgánica; a saber, el Grupo Parlamentario Socialista, el Grupo Parlamentario Confederado de Unidas Podemos -en Comú Podem- Galicia en Común (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B-núm. 296-4, 15 de diciembre, p. 90). Se justificaba por las recomendaciones internacionales, las tendencias apuntadas por la Comisión Europea para penalizar la posesión de bienes injustificados y las previsiones de otros ordenamientos.

³ En los debates parlamentarios tan sólo se puede encontrar una referencia al delito en la intervención del diputado Rego Candamil, recogida en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados el 15 de diciembre de 2022 (núm. 234, pág. 6): «...somos partidarios de una regulación más estricta del delito de enriquecimiento ilícito, porque nos parece excesivamente laxo, tanto en su umbral mínimo –250.000 euros– como en la definición de a quién puede ser aplicado. Creemos que es necesaria más contundencia frente a la corrupción».

⁴ Entre otros, DEL CARPIO MELLADO, «El delito de enriquecimiento “ilícito”: análisis de la normativa internacional», *Revista General de Derecho penal*, (23), 2015, pp. 55 ss; MIR PUIG, «El delito de enriquecimiento ilícito o injusto», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDÓN/GALLEGO SOLER/VILLA SIEIRO *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, 2023, p. 1247.

sujetos con responsabilidad pública, potencialmente asociado a un aprovechamiento de su cargo, aun cuando todo ello no pudiera llegar a probarse.

Cierto es que para la consecución de tal objetivo se planteaban distintas opciones de diseño del precepto, siendo tan sólo una de ellas la de configurar un delito de desobediencia. Como alternativa se contaba, básicamente, la de dar vida a un delito que castigase directamente la situación de enriquecimiento, esto es, de obtención de ganancias o beneficios que no se corresponden con los ingresos del sujeto, ya se considere digno de castigo por ser *injustificado*, o se vincule la sanción a su consideración como un enriquecimiento *ilícito*.

Como sea, hay que reconocer que, ni con la opción seguida por nuestro legislador de configurar un delito de desobediencia, ni con la otra posibilidad que tenía de dar vida a un delito de enriquecimiento –injustificado o ilícito– habría sido pionero en la iniciativa, virtud que sin embargo se atribuye en el Preámbulo de la ley. En efecto, antes que en nuestro Derecho, otros ordenamientos de Derecho comparado, especialmente en América Latina,⁵ habían incluido ya como delito la actitud de desobediencia ante los requerimientos orientados a indagar el origen del enriquecimiento experimentado por el sujeto en cuestión⁶, y otros muchos habían optado por tipificar el injusto propio del enriquecimiento, ilícito⁷ o injustificado⁸.

⁵ Véase el detallado recorrido por los distintos países que ofrece RODRÍGUEZ GARCÍA, «El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: tendencias y perspectivas», *Cuadernos de Política Criminal*, (116), 2015, pp. 201 ss.

⁶ Es el caso del art. 268 del Código Penal argentino. El tipo penal de enriquecimiento ilícito fue incorporado al Código por la Ley 16.648, de 1964, si bien su redacción actual es fruto de la ley 27.401, de 2016: «Será reprimido con prisión de dos a seis años, multa de dos a cinco 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 años después de haber cesado en su desempeño». En Europa, es obligado referente la regulación penal portuguesa, a la que expresamente se refiere el Preámbulo de la ley de reforma. Conforme al artículo 18 de la Ley nº 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: «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 lo 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 8. 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».

⁷ Es el modelo seguido por el Código penal peruano. Conforme al art. 401, en su redacción dada por el DL 1243, de 22 de octubre de 2016: «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, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa». Un análisis de sus elementos lo ofrece CARO CORIA, «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal peruano», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, (20-21), 2006, pp. 271 ss.

⁸ A este modelo responde, por ejemplo, el Código penal chileno, cuyo artículo 241 bis –introducido por la Ley 20.088, de 5 de enero de 2006–, dispone lo siguiente: «El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y

Precisamente la experiencia que ofrecía la opción seguida por algunos ordenamientos de nuestro entorno más próximo, como es el caso de Italia⁹ o Portugal¹⁰, que habían declarado inconstitucionales sus respectivos preceptos redactados bajo la fórmula del enriquecimiento ilícito, determinó que el legislador se decantase por configurar, al menos formalmente, un delito de desobediencia, técnica que de inmediato fue aplaudida por una buena parte de la doctrina, que vio en ella una salida airosa para castigar aquello que recomendaban perseguir los documentos internacionales¹¹ sorteando las objeciones tradicionalmente denunciadas en relación con el enriquecimiento ilícito.

De reflexionar sobre si realmente hay motivo para tanto entusiasmo se ocupa el presente trabajo. Para ello, las líneas que siguen se proponen arrojar cierta luz sobre una serie de cuestiones que suscita el nuevo delito. La primera, la identificación del contenido de injusto que realmente castiga el art. 438 bis CP. La segunda, la relativa a si la configuración del delito como de desobediencia resulta coherente con las recomendaciones internacionales en la materia. La tercera, si la fórmula elegida sortea los problemas de constitucionalidad que plantearía la tipificación de un delito de enriquecimiento ilícito. Por último, en cuarto lugar, se plantea si la opción seguida por el legislador encaja sin fisuras con el resto de previsiones que nuestro Código penal dedica a evitar y sancionar el disfrute de las ganancias de procedencia delictiva.

Antes de abordar cada una de ellas, dedicaremos un apartado preliminar a hacer un breve recorrido por las previsiones internacionales que han estado en la base de la necesidad sentida por el legislador de incorporar el nuevo precepto, y que servirán para valorar si realmente éste

oficios públicos en sus grados mínimo a medio. Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente título. La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público». Un estudio crítico del precepto puede verse en HERNÁNDEZ BASUALTO, «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (2), 2006, pp. 183 ss. En la misma línea puede citarse el Código penal colombiano, cuyo art. 412, en su redacción dada por la Ley 1474 de 2011, dispone: «El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve a quince años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis a ciento ochenta meses». Sirva como último ejemplo de este modelo en América Latina el Código penal ecuatoriano, cuyo art. 279 dispone: «los o las servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años».

⁹ La Ley 356/1992 introdujo el delito de enriquecimiento ilícito para castigar los casos de desproporción de bienes del sujeto en cuestión respecto de sus rentas declaradas, sin que fuese posible justificar su origen. Fue declarado inconstitucional en el año 1994, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

¹⁰ El delito de enriquecimiento ilícito fue declarado dos veces inconstitucional en Portugal. La primera, por Sentencia del Tribunal Constitucional Portugués 179/2012, de 4 de abril; la segunda, por Sentencia Tribunal Constitucional Portugués 377/2015, de 27 de julio. En ambos casos consideró el Tribunal que no existía un bien jurídico que claramente pudiera identificarse como objeto de protección, así como que la conducta típica no quedaba claramente definida. Sumaba a ello la inversión de la carga de la prueba que comportaba el delito, en tanto que sería el sujeto en cuestión quien tendría que probar el origen lícito de los bienes. Véase un análisis al respecto en BLANCO CORDERO, «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, pp. 3 ss.

¹¹ Por ejemplo, JAÉN VALLEJO, «Administración desleal, malversación y enriquecimiento ilícito (reflexiones a propósito de la LO 14/2022, de 12 de diciembre)», *Cuadernos de Política Criminal*, (139), 2023, pp. 86 ss.; NIETO MARTÍN, *Fundamentos de Derecho penal. Parte Especial*, t. II, 2023, pp. 407 ss.

responde a aquéllas directrices. Estaremos entonces en condiciones de tratar todas aquellas cuestiones de la mano del recorrido por sus rasgos básicos.

2. Las razones para la incorporación del delito. El alcance de las previsiones internacionales.

El legislador de reforma de 2022 justificó en su Preámbulo la incorporación al Código penal del art. 438 bis CP por el seguimiento de «diversas recomendaciones y tendencias internacionales y europeas, entre las que destacan la de Naciones Unidas a través de la Convención contra la Corrupción del año 2003, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 20 de noviembre de 2008, relativa a la creación de un delito que penalizase la posesión de bienes injustificados para luchar contra la criminalidad organizada, así como el anuncio de la presidenta de la Comisión Europea en el año 2022 de la intención de reforzar la lucha contra la corrupción en materia de enriquecimiento ilícito.

Evoca así nuestro legislador una serie de documentos internacionales ciertamente heterogéneos en cuanto a su formulación, en tanto que en ellos es detectable la dualidad de opciones a que hacíamos referencia más arriba; esto es, por un lado, la configuración de un delito de enriquecimiento ilícito y, por otro, la plasmación de un delito de enriquecimiento injustificado.

A la primera posibilidad responde inequívocamente la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, que plasmó la preocupación internacional por perseguir los incrementos ilícitos de patrimonio por parte de los funcionarios públicos eventualmente asociados al ejercicio de su cargo, desde el convencimiento, como se leía en su Preámbulo, de que «el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley». Inspirada por esa preocupación, disponía en su artículo 20, bajo el título «Enriquecimiento ilícito», 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 respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él».

Si bien la redacción de la previsión destacaba como elemento típico la falta de justificación por parte del funcionario de ese incremento patrimonial, lo cierto es que literalmente presentaba la conveniencia de la sanción sobre la base de la existencia de un enriquecimiento no sólo injustificado, sino ilícito¹². Cuestión distinta es que el propio documento fuera consciente de las eventuales dificultades de encaje constitucional que en los respectivos ordenamientos pudiera tener la incorporación de un delito de ese cariz, cuyo contenido habría de descansar necesariamente en indicios y presunciones, no en un hecho de corrupción probado, en cuyo caso procedería apreciar los correspondientes delitos que lo sancionan. Es lo que explica que la Convención plasmase la obligación dirigida a los Estados en términos extraordinariamente

¹² En este sentido, la Guía Legislativa de Naciones Unidas para la aplicación de la CNUCC justificaba la incorporación del precepto como un instrumento con el que «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», segunda edición, 2012, p. 88.

débiles, ceñida al examen de la compatibilidad de esta figura con los principios inspiradores del orden penal de carácter interno y, sobre todo, con las respectivas garantías penales y procesales plasmadas en sus textos fundamentales.

Una recomendación de distinto tenor se contiene en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 20 de noviembre de 2008. «Productos de la delincuencia organizada: garantizar que «el delito no resulte provechoso», relativa a la creación de un delito que penalizase la posesión de bienes injustificados. En su punto 3.3.2 se lee: «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». En este segundo documento, y de acuerdo con la denominación empleada (posesión de bienes injustificados), el contenido de injusto no se cifra de forma directa o inmediata en una situación de enriquecimiento ilícito, sino en la falta de justificación de la tenencia de esos bienes. Cuestión distinta es que, tal como se desarrollan los elementos del delito así denominado, bien pudiera decirse que su configuración material se aproxima a la propia de un enriquecimiento injustificado. No se entendería de otro modo, en efecto, el deber de comprobar lo que no es más que un indicio de la procedencia ilícita de los bienes; a saber, que el sujeto mantiene contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas, como tampoco se comprendería que el mismo documento reconozca que en estos casos se produce una inversión de la carga de la prueba –lógicamente, no de la falta de justificación, que ha de ser evidente, sino de la ilicitud de los bienes–¹⁵.

Como sea, todavía, alude el Preámbulo a un tercer referente internacional para justificar la introducción del precepto en nuestro Ordenamiento; en concreto, «al anuncio de la presidenta de la Comisión Europea en el año 2022 de la intención de reforzar la lucha contra la corrupción en materia de enriquecimiento ilícito». Entre esas medidas se cuenta la obligatoriedad de tipificar todos los delitos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en el Derecho de la UE y aborda la corrupción de los sectores público y privado de manera conjunta. De nuevo, pues, el referente internacional que sirve de paraguas al nuevo delito es la sanción de una situación de enriquecimiento ilícito.

Teniendo en cuenta la diversa traducción de la obligación que contemplan los referidos documentos a los que alude el Preámbulo de la ley de reforma, no es de extrañar que en él sea detectable una llamativa oscilación a la hora de presentar el delito de nuevo cuño, hasta el punto de que lo que en unas líneas se llama enriquecimiento ilícito se refiere en otras como enriquecimiento injustificado. En efecto, comienza el apartado VII del Preámbulo afirmando que «La presente reforma introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico español el delito de enriquecimiento ilícito», lo que, continúa diciendo, se hace «siguiendo diversas recomendaciones y tendencias internacionales y europeas». Es después, al enunciar los tres documentos citados y referir los modelos legislativos de Francia, Luxemburgo, Portugal y

¹⁵ Una inversión que, no obstante, el documento considera que no es plena, como sucedería con la medida civil contemplada en el punto 3.3.3 i. del mismo documento: «Cuando exista la sospecha de que los bienes en cuestión son producto de delitos graves, dado que su valor resulta desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario y que este mantiene contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas. En este caso se podría abrir una causa ante un tribunal civil (que podría ordenar el decomiso de los bienes), basándose en la presunción, habida cuenta de las distintas probabilidades, de que los bienes provienen de actividades delictivas. En estos casos se invierte la carga de la prueba, incumbiendo al presunto delincuente acreditar el origen lícito de sus bienes».

Lituania, cuando el legislador deja de referirse al enriquecimiento injusto y pasa a caracterizar el delito como de desobediencia: «La figura que se incorpora se configura como un delito de desobediencia», que según el mismo discurso, despeja la posible colisión con el derecho constitucional a la presunción de inocencia, como sucedería si el delito se presentase bajo la fórmula del enriquecimiento injusto.

Por encima de esos vaivenes terminológicos, lo que no admite discusión es el reconocimiento de que el legislador ha dado vida a un delito cuyo injusto pivota tanto sobre el dato de un enriquecimiento que no se corresponde con los ingresos del sujeto, como de la negativa de la autoridad a dar cuenta del incremento patrimonial experimentado cuando así se le requiere por parte del órgano competente. Ha sido precisamente este segundo elemento, que permite caracterizar el delito como de desobediencia, el que sirve al legislador de asidero para considerar, como se lee en el Preámbulo de la norma, que de este modo se evita «su posible colisión con el derecho fundamental a la presunción de inocencia».

A nadie escapa, sin embargo, que el éxito o no del esfuerzo por sortear aquellas objeciones no depende del modo en el que se nombren las cosas. Las palabras son relevantes porque indican un contenido, pero no dan contenido a la realidad. Por ello, el mérito o el demérito del nuevo precepto depende directamente del injusto que realmente sancione, no del modo en que se bautice. La determinación de cuál sea el contenido de desvalor real sancionado por el art. 438 bis CP no se presenta ni mucho menos como tarea sencilla. Y no sólo porque hay que tener en cuenta que, aun configurada como de desobediencia, la única razón de ser de la nueva norma es perseguir un enriquecimiento ilícito por parte de la autoridad, por mucho que lo haga sorteando el tabú de aquella nomenclatura. También porque el precepto aúna dos elementos, una situación de enriquecimiento, por un lado, y una actitud de desobediencia, por otro, que dependiendo de en cuál de ellos se haga recaer el acento, da paso a una configuración bastante dispar de su contenido de desvalor. De todo ello se ocupa el apartado que sigue.

3. El injusto del art. 438 bis. Entre la desobediencia y el enriquecimiento: entre un imposible o el vacío de la nada.

Si hubiera que enunciar los pocos aspectos inequívocos del nuevo precepto, se contaría entre ellos su configuración como un delito especial, cuya autoría se ciñe a quien revista la condición de autoridad. Sobre la delimitación de lo que se entienda por tal existen abundantes trabajos, no sólo referidos a dicho concepto en general, sino específicamente en relación con el delito que nos ocupa, a los que basta remitirse ahora¹⁴. De hecho, en esa misma literatura no es infrecuente encontrar la denuncia de la peculiar opción seguida por el legislador de excluir de su ámbito de aplicación a los funcionarios públicos, en tanto que una limitación en tal sentido no se contempla en los documentos internacionales en los que dice inspirarse el Preámbulo de la ley de reforma. Si realmente el sentido del precepto es la represión de los actos de corrupción que pueden estar detrás de la situación de enriquecimiento y, por ello, se ubica entre los tipos delicados a su castigo, cuesta entender que el art. 438 bis CP sea el único de ese título en el que se produzca tal sesgo de sujetos activos.

Como sea, también inequívoco punto de partida de la aplicación del delito es la constatación de un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas que debe reunir dos

¹⁴ Véase RAGA VIVES, «El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, 2023, p. 222.

condiciones que han ser objeto de plena prueba en el proceso. La primera, que una u otra circunstancia se haya producido durante el ejercicio de la función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos. La segunda, que su cuantía exceda, al menos, en 250.000 euros a sus ingresos acreditados, lo que presupone la comprobación de la situación patrimonial del sujeto previa al ejercicio del cargo y la correspondiente al momento posterior¹⁵. Son estos los únicos puntos de partida del nuevo delito. Irrelevante parece resultar, no ya la prueba, sino siquiera la acreditación indiciaria del origen de los bienes que, al ser por definición desconocido, puede estar asociado tanto al ejercicio del cargo como a cualquier otra actividad que, delictiva o no, no guarde relación alguna con aquellas funciones¹⁶.

Todavía, en tercer lugar, la tipicidad del nuevo delito reclama que la autoridad no ofrezca explicaciones acerca de la procedencia del enriquecimiento. Introduce de este modo el legislador un elemento, el de la desobediencia, que según la finalidad confesada por el Preámbulo de la ley de reforma, permite sortear los problemas de constitucionalidad que de otro modo empañarían la figura del delito de enriquecimiento, calificado entonces como ilícito o meramente injustificado.

Sobre la base de que la tipicidad del precepto exige tanto una situación de enriquecimiento como una actitud de desobediencia, se trata en lo que sigue de acotar cuál sea el injusto que castiga realmente. La mera adición de ambos elementos dista desde luego de permitir llegar a una solución pacífica. Más bien sitúa al intérprete ante una especie de «sube y baja», de modo que, dependiendo de sobre qué elemento se haga recaer el peso, el resultado va a ser muy distinto. Sería posible, en primer lugar, entender, como por lo demás lo hace buena parte de la doctrina, que se trata de un delito de desobediencia que sólo se castiga cuando se produce una situación acreditada de enriquecimiento no justificado por el importe que establece el tipo. Desde esta primera comprensión, el injusto del delito lo conformaría la citada actitud de desobediencia, lo que llevaría a presentar el tipo como un delito de omisión, en el que el incremento patrimonial funcionaría como una suerte de condición objetiva del castigo. Una segunda interpretación permitiría considerar que el injusto del nuevo delito es el hecho mismo del enriquecimiento de origen desconocido, esto es, una conducta activa, siendo la negativa a explicarlo el elemento al que se condiciona el castigo. Debiera evitarse entonces caracterizar al delito como de desobediencia y, en su lugar, emplearse la denominación de enriquecimiento injustificado. Todavía sería posible interpretar que el injusto del nuevo precepto lo conforman los intereses respectivamente representados por el castigo del enriquecimiento de origen no acreditado y por la actitud de desobediencia. Se aproximaría esta interpretación a la propuesta de tipificación que

¹⁵ Nuestro legislador ha renunciado a adjetivar como injustificado el enriquecimiento que ha de ser objeto de prueba, como hace por ejemplo el Código penal chileno. Su artículo 241 bis requiere que se trate de un incremento patrimonial relevante e injustificado, añadiendo que «la prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público». Sobre este aspecto, véase HERNÁNDEZ BASUATO, «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (2), 2006, pp. 213 ss., quien sin desconocer lo diabólico de la prueba de demostrar un hecho negativo consistente en la ausencia de justificación del incremento patrimonial, señala la importancia de que corresponda, no al acusado, sino al Ministerio Público, simplemente excluir razonablemente las posibles fuentes legítimas de enriquecimiento que vengan en consideración en el caso concreto». Ahora bien, añade que el hecho de que el precepto se castigue un estado de enriquecimiento sin una imputación concreta de los hechos determina a la postre que «ante la imposibilidad de excluir todos los posibles orígenes lícitos del enriquecimiento, la tarea del Ministerio Público no pueda ser otra que la de probar positivamente... la conducta ilícita de la cual, se cree, proviene el incremento patrimonial del funcionario».

¹⁶ Sobre la posibilidad de interpretar de forma amplia el precepto a la vista de la ausencia de elementos que vinculen el enriquecimiento con el ejercicio del cargo, OLAIZOLA NOGALES, «El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?», *Revista penal*, (52), 2023, pp. 188 ss.

ofrece el artículo 20 de la CNUCC, que en los términos ya citados más arriba, propone el castigo como delito del «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». En realidad, esta última combinación aunaría las reflexiones que realicemos a continuación en relación con cada una de aquellas otras posibilidades.

A la vista de lo anterior, en lo que sigue, y en relación con las dos primeras opciones interpretativas, se analiza no sólo la conveniencia de la incorporación del precepto al Código penal, sino ante todo su racionalidad y compatibilidad con las garantías procesales consagradas en nuestro Texto Fundamental. Como se tratará de fundamentar, ninguna de las opciones está exenta de serias objeciones, hasta el punto de que, adelantando en buena medida conclusiones, una aboca a castigar situaciones vacías de desvalor –la nada- y otra contradice abiertamente principios y garantías penales y procesales irrenunciables –lo que lleva entonces al imposible de su existencia–.

3.1. Primera interpretación: el art: 438 bis CP como delito de desobediencia.

Anunciaban ya las líneas anteriores que una primera posibilidad a la hora de interpretar el nuevo precepto sería entender que su injusto reside en una actitud de desobediencia de la autoridad a los requerimientos que se le han dirigido. Sobre la base de los especiales deberes que gravan a las autoridades cuando asumen el cargo, se castigaría entonces la negativa abierta a dar el «debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación» siempre, eso sí, que el enriquecimiento injustificado supere la referida cuantía en el espacio temporal trazado, elemento que serviría para acotar el ámbito de conductas que adquieren relevancia penal conforme a la naturaleza propia de las condiciones objetivas de la pena. De acuerdo con estas premisas, habría que concluir que, al menos desde un punto de vista formal, el legislador no estaría castigando realmente una conducta activa –la del enriquecimiento– sino una omisión, cifrada en la no atención a los requerimientos del órgano competente.

La comprensión del delito en clave de desobediencia parece haber encontrado un amplio eco en la doctrina, en la que es frecuente presentar este etiquetamiento como una ingeniosa opción con la que sortear los consabidos problemas de la configuración del delito bajo la fórmula del enriquecimiento ilícito¹⁷. El contagio de tanto entusiasmo, sin embargo, requeriría superar algunas objeciones que plantea la fórmula, visibles ya a primera vista. Para empezar, porque el castigo de una actitud de desobediencia supone, como mínimo, una singular desviación de la razón por la cual los distintos documentos internacionales han recomendado la incorporación de un delito de este tipo a los ordenamientos internos que, como tantas veces se ha repetido, no es otra que la lucha contra la corrupción que causa un daño al interés público, no desde luego, el refuerzo del deber de obediencia. Parece, en efecto, fuera de toda duda que, con independencia de las distintas fórmulas –enriquecimiento ilícito o injustificado– sugeridas por los diversos instrumentos internacionales, la pretensión común a todos ellos ha sido la de perseguir el enriquecimiento derivado de un ejercicio desviado de la función pública y, con ello, el daño real que a los intereses generales causa aquel estado. Sería por ello de suponer que los ordenamientos, como el nuestro o el portugués¹⁸, que han optado por la fórmula del enriquecimiento

¹⁷ JAÉN VALLEJO, *CPC*, (139), 2023, pp. 86 ss.

¹⁸ El delito se incorporó por la Ley 53/2019, de 31 de julio, relativa al régimen del ejercicio de funciones por los titulares de cargos públicos y altos cargos públicos. Conforme a su artículo 18.5 *ibidem*: «El que después de la

injustificado, tampoco han tenido como objetivo prioritario la sanción de un acto que pudiera llamarse de «rebeldía» del funcionario, sino la confesada finalidad en sus Preámbulos de luchar contra la corrupción.

Si realmente esto es así, aquella primera interpretación se enfrentaría, ya de entrada, a varias dificultades. Ante todo, la de tener que justificar la introducción de un instrumento en la lucha contra la corrupción de la mano de un delito que, sin embargo, no castiga propiamente una forma de corrupción con provecho económico, sino una actitud de desobediencia: la no atención a los requerimientos dirigidos a las autoridades para explicar el origen del incremento patrimonial. Porque salvo que se quiera sostener que la ausencia de explicaciones es sinónimo de corrupción, parecería dudosa ya a primera vista la racionalidad de una norma que para perseguir lo primero castigase, sin embargo, lo segundo.

Sobre todo esto habrá ocasión de volver después; básicamente porque las conclusiones a las que lleguemos pueden delatar que, en realidad, lo que se está castigando materialmente es algo distinto de la desobediencia, aunque eso sí, bajo ese eufemismo. Pero si así no fuera, si realmente lo que se castigase es lo que se dice castigar, no menor sería la dificultad que plantearía justificar la extraordinaria ampliación del tipo entonces resultante desde su cotejo, una vez más, con los compromisos internacionales que sirven de paraguas argumentativo al legislador para justificar la incorporación del delito. Básicamente, porque resultaría indiferente que el requerido pudiera aportar elementos probatorios de su impecable comportamiento como autoridad, pero sin indicar el origen de su enriquecimiento. En efecto, al configurarse formalmente como un delito de desobediencia cometido por la autoridad, fundamentado sobre la base de la infracción de un deber –ya veremos después si de obediencia, transparencia, probidad o de algo distinto– el primer efecto que se produce es una importante ampliación del ámbito típico de la norma respecto a lo que supondría su configuración como un delito de enriquecimiento ilícito, que enmarcado en la lucha contra la corrupción, ceñiría su ámbito de aplicación al enriquecimiento obtenido en dicho ámbito.

No son, sin embargo, las anteriores, dificultades que se susciten de forma aislada, sino más bien asociadas a otras cuestiones previas, más complejas si cabe, a las que se enfrenta la configuración del delito como de desobediencia. Básicamente tres. La primera, la delimitación de cuál sea el interés que justifica la sanción de tal actitud de negativa a ofrecer información, lo que nos remite de inmediato a la identificación del bien jurídico protegido por la norma. La segunda, la cuestión relativa a si la identificación de ese interés responde realmente a la razón de ser de su incorporación al Código penal. La tercera, por último, si con esta configuración se consigue el referido propósito declarado del legislador de evitar los problemas constitucionales que se derivarían de castigar la conducta previa –activa– del enriquecimiento, calificado como ilícito. Vayamos por partes.

a. El interés protegido

A la hora de encontrar un específico bien jurídico con envergadura suficiente como para justificar la incorporación de un precepto cuyo injusto pivote en la desobediencia de la autoridad, tal vez

notificación prevista, omita presentar declaración con la intención de ocultar los bienes o rentas que estaba obligado a declarar en cantidad superior a 50 salarios mínimos mensuales, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta 3 años».

el primer interés que vendría en consideración sería el principio de autoridad¹⁹. De él se derivaría el deber de atender los requerimientos del superior, de modo que, en caso de incumplimiento, se fundamentaría la imposición de la correspondiente sanción. No obstante, y debido a que para los casos necesitados de sanción penal ya se contempla en el Código penal el delito de desobediencia de los arts. 410 y 411, no es esa la propuesta que ha encontrado mayor eco en la doctrina defensora de la comprensión del delito en aquellos términos. Mayor acogida ha tenido la que propone entender que el nuevo delito del art. 438 bis CP protege el deber de transparencia que recae sobre las autoridades –también por cierto sobre los funcionarios aun cuando la norma no los contemple–, como garantía del recto ejercicio de sus funciones²⁰. Sería, desde luego, poco razonable discutir la importancia de ese interés; de ahí que su sanción se haya plasmado en la respectiva normativa administrativa²¹ que en primera instancia se orienta a garantizar el recto ejercicio de sus funciones por parte de quienes han asumido responsabilidad pública. Las dudas comienzan cuando dicho deber se pretende elevar a la categoría de bien jurídico protegido por la norma penal.

La cuestión viene a cuento porque parece claro que no todas las garantías instituidas por preceptos administrativos encuentran ni pueden encontrar tutela en el orden penal, por muy trascendentes que aquellas sean, no sólo para el desempeño del cargo en cuestión, sino para la consecución de los fines públicos a los que sirven. Porque las garantías para el correcto ejercicio de la función son una cosa, y el interés protegido con aquellas garantías otra muy distinta. En concreto, la transparencia no pasa de ser un instrumento para garantizar la preservación del interés representado por el recto ejercicio del cargo²², que por lo demás es el único que ha inspirado a los distintos instrumentos internacionales preocupados por la lucha contra la corrupción. Por obvias razones relacionadas con el principio penal básico de mínima intervención, sólo en los intereses a proteger ha de concentrarse la intervención penal, sin abarcar las medidas que el orden administrativo se ocupan del diseñar el catálogo de deberes, obligaciones y prohibiciones de la función pública. Su incumplimiento encuentra su primera

¹⁹ Entre otros, RAGA VIVES, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, 2023, p. 228; JAÉN VALLEJO, *CPC*, (139), 2023, p. 90.

²⁰ Por ejemplo, NIETO MARTÍN, *Fundamentos de Derecho penal. Parte Especial*, t. II, 2023, pp. 407 ss.

²¹ En relación con los altos cargos, la obligación de transparencia se contempla en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Introdujo como novedad un procedimiento de examen de la situación patrimonial de los obligados una vez que han cesado en el ejercicio de sus funciones. Contempló para ello un informe que, a través de un procedimiento contradictorio con el propio interesado, deberá elaborar la Oficina de Conflictos de Intereses, llamado a analizar la situación patrimonial del alto cargo entre el momento de su nombramiento y cese, para poder así detectar posibles irregularidades. El art. 23 de la norma atribuye a la Oficina de Conflicto de intereses la competencia de verificar al finalizar su mandato, entre otros extremos, «La existencia de indicios de enriquecimiento injustificado teniendo en consideración los ingresos percibidos a lo largo de su mandato y la evolución de su situación patrimonial».

El deber del alto cargo de atender a los requerimientos de la Oficina de Conflicto de intereses se contempla en el art. 24.2, conforme al cual «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».

²² OLAIZOLA NOGALES *Revista penal*, (52), 2023, p. 183. Ofrece la autora un recorrido por las posibles opciones interpretativas del bien jurídico protegido en el art. 438 bis CP, pp. 183 s., concluyendo de forma crítica sobre la imposibilidad de encontrar un interés que de forma específica sea merecedor de tutela penal, p. 194.

sanción en dicho orden²³, sin que la corrección de sus eventuales carencias sea ni pueda ser papel que deba asumir el orden penal²⁴ conforme a criterios de merecimiento y necesidad de pena²⁵.

La inconsistencia de un bien jurídico merecedor de protección penal cifrado en la desobediencia a un requerimiento ordenado a la transparencia de la función, la ponen de relieve algunos intentos ensayados por la doctrina para justificar la introducción de un delito de esa guisa en nuestro Código, en los que es posible detectar una argumentación circular, que se agota en explicar la sanción de un acto de desobediencia por ser mera desobediencia, pero sin poder añadir nada más ni justificar conforme a criterios de lesividad material la existencia de un bien jurídico afectado²⁶. Para salir de ese círculo, poco ayudaría, desde luego, plantear la transparencia como antesala del castigo de la corrupción. Y no ya sólo por la cuestionable anticipación de la intervención penal entonces resultante, sino por lo criticable que resulta cualquiera de las opciones con que intentase justificarse. Criticable sería, en primer lugar, configurar un delito de peligro abstracto en el que la lesión de la garantía en que consiste la transparencia se considerase abstractamente peligrosa para el interés protegido. De ser así, no habría modo de definir las conductas realmente merecedoras de castigo frente a las que no debieran pasar de ser meras infracciones administrativas. Pero tampoco estaría exento de críticas el intento de equiparar la sanción de la desobediencia a una suerte de acto preparatorio de la corrupción. Y no ya sólo por lo impracticable de presumir que quien se niega a cumplir los requerimientos orientados a satisfacer la transparencia comete un acto preparatorio de corrupción, sino porque lo que en lógica habría que presumir, si así se aceptara, sería un acto ya cometido, y no uno por realizar como sería propio de las formas anticipadas de realización del delito. Por lo mismo, tampoco tendría mucho más sentido la presentación de la desobediencia como un estadio de peligro de un acto de corrupción, puesto que absurdo parece hablar de una situación de peligro respecto a un ilícito ya cometido o presuntamente cometido. Es más, aunque se obviasen los argumentos anteriores y se elevase la transparencia de los gestores públicos a la categoría de objeto de protección penal, todavía su admisibilidad tendría que salvar, al menos, dos objeciones.

²³ El art. 25 de la Ley 3/2015 contempla como infracción grave –que conforme al art. 26 inhabilita para ocupar un alto cargo durante un periodo de 5 a 10 años: «a) La no declaración de actividades y de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el apercibimiento para ello; b) La omisión deliberada de datos y documentos que deban ser presentados conforme a lo establecido en esta ley». Señala la conveniencia de reservar esa función de control al orden administrativo FABIAN CAPARRÓS, «Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España», en RODRÍGUEZ GARCÍA/CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL/RODRÍGUEZ LÓPEZ (eds.), *Corrupción, compliance, represión y recuperación de activos*, 2019, p. 607.

²⁴ Como preámbulo a la bienvenida del nuevo delito, denuncia esas carencias QUINTERO OLIVARES, «Además de las imprecisiones que puedan tener las Leyes y Reglamentos de control, los modos de burlar las prevenciones pueden ser muchos, amén de que hay vías de corrupción que nada tienen que ver con el incremento patrimonial, como puede ser el uso de ‘puertas giratorias’ para pasar de la Administración o del Parlamento a la empresa privada con una buena retribución», «Una guarnición: el enriquecimiento ilícito», *Almacén de Derecho*, 2022.

²⁵ Véase al respecto BLANCO CORDERO, *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, 2013, quien aun partiendo de que bajo determinadas condiciones restrictivas la transparencia pudiera ser un bien merecedor de pena, cuestiona la necesidad de su tutela a la vista de la existencia no sólo de normas administrativas que obligan a declarar los bienes de los empleados públicos, sino de otros mecanismos previstos por el Derecho penal para la sanción de enriquecimientos injustificados, como el delito fiscal, pp. 18 ss.

²⁶ Escribe por ejemplo GONZÁLEZ CUSSAC, «Pero el tenor literal del precepto inequívocamente lo configura como un delito de desobediencia y este es el bien jurídico protegido en el art. 438 bis, un genuino delito de desobediencia», GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal. Parte Especial*, 8ª ed., 2023, p. 782.

La primera, la relativa a las consecuencias a las que, de ser coherentes, conduciría esa configuración. Como con acierto se ha apuntado en la doctrina²⁷, si se aceptara tal bien jurídico habría que concluir que cuando el funcionario atendiese al requerimiento de la autoridad y confesara el origen ilícito del enriquecimiento experimentado en su patrimonio, quedaría exento de pena conforme a este delito. En sentido inverso, habría de admitirse que si se negase a declarar sobre el origen de dicho incremento, pero sobre la base de otras circunstancias pudiera el Tribunal llegar al convencimiento de que su origen es lícito, debiera apreciarse el delito²⁸. Son, en definitiva, las consecuencias a las que aboca la elevación de lo que es una herramienta para proteger un bien jurídico a objeto de protección.

La segunda objeción se cifraría en el dato de lo desproporcionado de las penas previstas en el precepto si realmente de lo que se trata es de castigar una conducta de desobediencia a un requerimiento ordenado a la garantía de la transparencia. En efecto, centrándonos exclusivamente en las penas de prisión, las previstas en el art. 438 bis CP exceden en algunos casos de las que serían aplicables si llegara a probarse el acto de corrupción -a cuya revelación se orienta el deber de transparencia-. Recordemos que el art. 438 bis CP castiga los hechos con penas de prisión de seis meses a tres años, mientras que el tráfico de influencias se castiga con una pena de seis meses a dos años (art. 428 CP), o el cohecho pasivo impropio con prisión de seis meses a un año (art. 422 CP).

Por todo lo anterior, no les falta razón a quienes han denunciado la inconsistencia del deber de transparencia para fundamentar un bien jurídico merecedor de protección penal y, con ello, lo discutible que sólo por esta razón resultaría la admisibilidad de un precepto penal de tal cuño. Pero, sobre todo, si alguna duda plantea seriamente la comprensión del delito como de desobediencia es la relativa a si, realmente, desde un punto de vista material, es ese el injusto que está castigando nuestro legislador.

b. *¿Un delito de desobediencia para secundar las recomendaciones internacionales en materia de lucha contra la corrupción pública?*

Se ha repetido hasta la saciedad que la configuración del delito como de desobediencia, a partir de la constatación de una situación de enriquecimiento, se presentó en el Preámbulo de la ley de 2022 como una fórmula airosa con la que evitar los problemas de constitucionalidad propios del delito de enriquecimiento ilícito, que habían sido sobradamente denunciados por un importante sector de nuestra doctrina y que, de hecho, en otros ordenamientos de Derecho comparado en los que se procedió a la incorporación de este delito, determinaron la declaración de su inconstitucionalidad. Es por ello que al evitarse elevar a la categoría delito un enriquecimiento presuntamente considerado ilícito, la ocurrencia de castigar la actitud de desobediencia de la autoridad fue de inmediato aclamada por buena parte de la doctrina que, pasando por alto los problemas relativos a lo cuestionable del interés protegido por un precepto de esta guisa, jaleó la fórmula como una herramienta necesaria en nuestro sistema para luchar contra la corrupción en el sector público²⁹.

²⁷ En relación con la regulación argentina es clásico el trabajo de SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público -art. 268 (2). Un tipo violatorio del Estado de Derecho*, 2ª ed., 2000. En relación con este aspecto, así como con los que en general plantea la comprensión del delito como un tipo omisivo, pp. 105 ss.

²⁸ OLAIZOLA NOGALES *Revista penal*, (52), 2023, p. 190.

²⁹ Véase los autores citados en la nota 11.

Difícil es saber si esas voces tuvieron en cuenta, y pese a ello aceptaron, la dudosa compatibilidad de esa comprensión con la estrategia perseguida por el legislador, quien –como quedó dicho más arriba–, nunca renunció a la pretensión de evitar una situación de enriquecimiento derivado del desempeño desviado del cargo público. Su único propósito fue evitar las tachas de inconstitucionalidad asociadas a la suposición de la ilicitud de un enriquecimiento que no ha quedado demostrado en el proceso penal. Por ello, confundir la mutación de la estrategia de castigo con la transformación del objeto de éste sólo sería posible de la mano de un burdo trampantojo. Nunca se lee, en efecto, en las palabras que el legislador de reforma dedica en su preámbulo a justificar el nuevo delito, que persiga el castigo de algo distinto al enriquecimiento ilícito. Pretende exactamente eso, y así lo confiesa abiertamente en sus palabras iniciales³⁰ cuando afirma que la «reforma introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico español el delito de enriquecimiento ilícito. España incorpora así una figura de vanguardia para la lucha contra la corrupción». Es más, delata esa intención no sólo la lectura del Preámbulo de la ley, sino las propias consecuencias asociadas al delito; de modo singular la pena de multa, que se gradúa «del tanto al triplo del beneficio obtenido», en lugar de tomar como referencia –como pareciera lógico pensar si realmente estuviéramos ante un delito de desobediencia– el beneficio que el sujeto se niega a justificar.

En definitiva, es inequívocamente la persecución de la corrupción la razón de ser y el objeto de sanción de la norma, no la quiebra de los deberes instrumentales articulados por la legislación administrativa para ordenar su ejercicio; entre ellos, el deber de transparencia que, como quedó dicho, no pasa de ser eso, la infracción de un deber. Reconocido expresamente esto por el legislador, añade una segunda parte en su explicación que tiene que ver, no ya con el *qué* se protege, sino con el *cómo* se hace. Y, así, al seguir leyendo el Preámbulo se encuentra la afirmación de que «La figura que se incorpora se configura como un delito de desobediencia», para evitar la «controversia constitucional» que tradicionalmente ha planteado el delito de enriquecimiento ilícito o injusto «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»³¹. Si se unen fielmente las premisas de la argumentación que ofrece el Preámbulo, no puede más que concluirse que se trata de una herramienta para luchar contra la corrupción, en la concreta modalidad de enriquecimiento, si bien la figura que se incorpora para ello se configura como un tipo de desobediencia. En resumen y dicho una vez más, no parece que se mute la finalidad de la norma, su objeto de protección, sino sólo la técnica con que se protege lo que los documentos internacionales recomiendan sancionar para así sortear aquellos problemas de colisión con garantías de raigambre constitucional.

Es aquí, precisamente, debido a la discrepancia de lo que formalmente se castiga con el objeto material de sanción, donde se advierten las mayores distorsiones a que conduce dicha técnica³²,

³⁰ Como lo afirmase en la justificación de la enmienda por la que se introduce el delito.

³¹ En la justificación de la enmienda que introduce el delito se leía que «El delito se articula velando por la máxima compatibilidad con los principios constitucionales, particularmente con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, por lo que se opta por establecer un delito de desobediencia ante los requerimientos de los organismos competentes en lugar de un delito de sospecha que se sustente tan sólo en un enriquecimiento patrimonial».

³² Llamativo es, como han denunciado algunas voces críticas, que entre las penas asignadas al delito se contemple la de multa proporcional, que conforme al art. 52.1 CP toma como referente de la proporción el daño causado, el valor objeto del delito o el beneficio reportado, aspectos que mal se concilian con la naturaleza de un delito de desobediencia. Al respecto, GONZÁLEZ URIEL, «Algunas consideraciones críticas sobre el delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado del art. 438 bis», *Asociación Profesional de la Magistratura*, 2023.

hasta el punto de poder decirse que el artificio ideado soluciona unos problemas al precio de crear otros de envergadura no menor. De ello se ocupa el apartado que sigue.

c. *El delito de desobediencia a la luz de las garantías y de los principios del proceso penal*

Intentaban argumentar las líneas anteriores que el nuevo delito ha cambiado la forma, pero no el sentido de lo que habría resultado de tipificar un delito de enriquecimiento injusto. Resulta, por ello, que en la opción seguida por el legislador el objeto de prueba es, tan sólo, el dato de que el sujeto se ha enriquecido en cantidad superior a 250.000 euros desde que inició sus funciones hasta cualquier momento de su desempeño y hasta pasados cinco años de su finalización. Acreditado este dato en el proceso, para aplicar el delito sólo hay que constatar que la autoridad en cuestión se ha negado de modo abierto a dar debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes para explicar el origen de aquella situación patrimonial. Se castiga, con ello, conforme a la comprensión del tipo como de desobediencia, no una presunta acción positiva de enriquecimiento, sino un silencio, una negativa y, en definitiva, la omisión de un deber. Nada se presume, pues, –al menos formalmente– en esa descripción del delito³³. Lo que se castiga, la negativa, es objeto de plena prueba en el proceso, como también lo es la condición a que se supedita la intervención penal, el tantas veces repetido incremento patrimonial superior a 250.000 euros respecto a los ingresos acreditados. No se presume nada, y ahí reside al parecer el mérito del precepto³⁴, del que difícilmente puede decirse que vulnera la presunción de inocencia. Y así habría de reconocerse de no ser porque el castigo penal se asegura por una norma con unas exigencias tan débiles que, si no se presume nada, no es porque no se sospeche de nada. No se presume nada simplemente porque en la nueva configuración del delito no hace falta ya comprobar, ni siquiera sea indiciariamente, que el enriquecimiento tiene un origen ilícito, única adjetivación que justificaría la intervención penal. A grandes problemas, grandes remedios, parece haber sido el lema del legislador, y ninguno mejor que eliminar lo que pudiera ser conflictivo. Si costaba probar la desviación de poder y tampoco procedía suponerla, bastaba con eliminar cualquier atisbo que, siquiera de forma indiciaria, recordase que la única razón cabal de ser del precepto es sancionar los actos de ocultación de lo que de forma amplia puede enmarcarse en el concepto de corrupción pública, único bien jurídico en condiciones de dar sentido a un delito cuyo punto de partida es una situación de enriquecimiento patrimonial. Nada hay, pues, que probar ya, y tampoco nada que deducir, siquiera sea indiciariamente. La intervención penal baja de un plumazo los peldaños que requeriría una actividad probatoria y se conforma tan sólo con la negativa a declarar, elevada sin más a objeto de represión penal.

Un remedio tan original no encuentra, desde luego, parangón en ningún otro delito de nuestro Código penal. De hecho, en otros tipos delictivos en los que el legislador persigue el disfrute o la introducción en el mercado de los bienes procedentes de una actividad delictiva, nunca se le ha ocurrido ignorar el elemento que da sentido al castigo de la conducta –el delito antecedente–, y configurar un precepto a modo de simple desobediencia. Paradigmático de ello es el delito de blanqueo que, como es sabido, tras la reforma operada por la LO 5/2010, renunció en el art. 301

³³ Otra cosa es que, por las razones dichas, la introducción del delito con la forma de desobediencia se deba a que materialmente la actitud de la autoridad pueda hacer pensar que exista un acto de corrupción. En este sentido, GONZÁLEZ URUEL, «Algunas consideraciones críticas sobre el delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado del art. 438 bis», *Asociación Profesional de la Magistratura*, 2023: «En la *ratio* del tipo subyace la idea de que este engrose patrimonial se basa en un delito y, yendo más lejos, y dada su ubicación sistemática, de que su procedencia es un acto de corrupción política».

³⁴ QUINTERO OLIVARES, *Almacén de Derecho*, 2022, descartando que se haya creado, no ya un delito de enriquecimiento ilícito, sino de posesión injustificada de bienes, que sí implicaría una presunción contraria al reo.

CP a requerir la comprobación de que los bienes blanqueados tengan su origen en un delito, para en su lugar conformar el tipo con el convencimiento del tribunal de que traen su origen de una actividad delictiva, elemento que habrá de quedar acreditado mediante una serie de indicios cuya relación ha sido objeto de una asentada elaboración jurisprudencial³⁵. Resulta así que al castigarse la conducta de quien blanquea los bienes, no sólo procedentes de un delito cometido por un tercero, sin por él mismo, el castigo de la introducción de los bienes en el mercado no se colma por una supuesta desobediencia a los requerimientos de dar explicaciones sobre el origen del patrimonio. Reclama de forma decidida la concurrencia, al menos, de indicios acerca de aquel origen.

Tampoco en relación con las medidas orientadas en el Código penal a impedir el disfrute de los bienes puede encontrarse una regla similar. La mirada se vuelve ahora hacia las previsiones que contemplan el decomiso. Ni siquiera las modalidades en las que el legislador manifiesta con toda contundencia su predisposición a ampliar hasta los límites de lo posible el alcance de esta figura, es posible encontrar una técnica asimilable a la del nuevo art. 438 bis CP. Sirva de ejemplo ahora la previsión del decomiso ampliado contemplado en el art. 127 bis CP. Recordemos que se trata de un precepto que permite al juez o tribunal acordar el decomiso de los bienes, efectos o ganancias pertenecientes a quien ha sido condenado por alguno de los delitos que enumera, «cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva y no se acredite su origen ilícito». Para así considerarlo, relata una serie de indicios, entre los que se cuenta uno que recuerda bastante a lo que, sin embargo, en el art. 438 bis CP no es un indicio, sino directamente la llave para proceder al castigo penal cuando el sujeto no aporta una explicación: «la desproporción entre el valor de los bienes o efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada». Junto con él se menciona la «ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes» en las condiciones que precisa la norma, o la «transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida». En definitiva, tampoco basta para acordar una medida de tanta laxitud un mero requerimiento de explicaciones, ni siquiera si el autor fuera una persona pública, funcionario o autoridad. Es necesario, al menos, la concurrencia de los mencionados indicios que apunten a la procedencia ilícita de los bienes que van a ser objeto de decomiso. Curioso resulta que estas exigencias están presentes a la hora de acordar una consecuencia accesoria y no sean necesarias, sin embargo, para fundamentar un injusto penal.

Ninguno de estos argumentos comparativos parece haber tenido peso para condicionar la opción del legislador. Debiera en todo caso haber sido consciente de que la elevación a la categoría de delito de la desobediencia al cumplimiento del deber de justificar el origen de los bienes permite comprender incrementos patrimoniales con potencial origen ajeno a un acto de corrupción, pese a que la ubicación sistemática del precepto y las normas internacionales a que dice obedecer lo presentan inequívocamente como una medida de lucha contra ella. El resultado es que, de este modo, no sólo ha ido un paso más allá de la técnica de aquellas otras previsiones citadas de

³⁵ Valga de cita la STS 247/2015, Penal, de 28 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1895). Recordando la de 23 de septiembre de 2010, señalaba como indicios más relevantes: «a) La importancia de la cantidad del dinero blanqueado; b) La vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas; c) Lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto; d) La naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico; e) La inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones; f) La debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales; g) La existencia de sociedades 'pantalla' o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas».

nuestro Código penal sino, sobre todo, del contenido de las recomendaciones de los instrumentos internacionales, que en modo alguno llevaban a considerar colmado el delito con un mero acto de desobediencia, sino a perseguir actos materiales de corrupción. Ante tal desajuste entre la finalidad de la norma y su plasmación positiva, no cabe más que plantearse si, al menos, el recurso a este curioso artificio ha conseguido sortear las dudas de constitucionalidad asociadas al castigo de lo que en realidad se quiere castigar, el enriquecimiento injusto asociado al cargo, y, caso de que así sea, si esta técnica no generará otras objeciones de constitucionalidad de no menor gravedad desde el punto de vista del respeto de las garantías irrenunciables en el proceso penal.

Cierto es, desde luego que, por las razones antedichas, el precepto contemplado en clave de desobediencia no vulnera la presunción de inocencia. La pregunta es si la eliminación de cualquier exigencia siquiera sea indiciaria, de que el enriquecimiento de la autoridad procede de un ejercicio desviado del cargo es suficiente para acoger con odas de bienvenida al nuevo delito «de desobediencia». La reflexión viene a cuento no ya sólo en términos de la anticipación de la intervención penal que supone, ya denunciada líneas más arriba. También en lo que ahora interesa, desde el punto de vista del respeto de otras exigencias garantistas. Así resulta en tanto que no es, desde luego, la presunción de inocencia la única garantía que ha de respetarse en el proceso penal. Destaca, entre ellas, de modo singular, el derecho a no confesarse culpable, contenido en el art. 24.2 CE como parte del derecho a la defensa³⁶, que bien pudiera verse afectado desde el momento en que el sujeto en cuestión se viera en la tesitura de tener que explicar el origen de su patrimonio bajo la coerción de ser sancionado por un delito con una pena nada despreciable.

Por encima de las dificultades que tradicionalmente ha comportado la definición del que genéricamente puede referirse como el derecho a no autoinculparse³⁷, existe una consolidada construcción jurisprudencial –de nuestro Tribunal Constitucional pero singularmente del Tribunal de Estrasburgo al que es común que aquel se remita– que ha trazado los presupuestos y límites del derecho. Destaca entre ellos la necesidad de hacer compatible el respeto del derecho con el desempeño por los poderes públicos de las funciones inspectoras y de control que tienen encomendadas, lo que reclama el trazo de una serie de presupuestos que acoten la viabilidad de la alegación del derecho.

El primero, que la información se pretenda obtener de forma coactiva, concepto normativo que si bien está necesitado de una interpretación apegada al caso concreto³⁸, se considera aplicable allí donde el sujeto se ve constreñido a aportar información bajo la amenaza de una sanción, inclusiva de multas³⁹. El segundo, que la diligencia en cuestión pudiera suponer para el sujeto

³⁶ Por todas, STC (Pleno) 197/1995, de 21 de diciembre (BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996).

³⁷ Comprensivo tanto del derecho a guardar silencio en un procedimiento penal, como a no autoincriminarse, en el sentido de que la información autoincriminatoria que hubiera facilitado fuera de él no se utilice en un procedimiento penal. Sobre estos aspectos, por todos, PALAO TABOADA, *El derecho a no autoincriminarse en el ámbito tributario*, 2008, pp. 13 ss.

³⁸ Al respecto, por todos, GARCÍA BERRO, «La reciente jurisprudencia de ámbito europeo acerca del derecho a no autoincriminarse y sus implicaciones en el procedimiento tributario interno», en SÁNCHEZ PINO (dir.), *Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*, 2011, nm. 22 ss.

³⁹ Resulta de interés la STEDH de 25 de febrero de 1993, caso *Funke c. Francia*, en el que el TEDH consideró vulnerado el derecho a guardar silencio y a no declararse culpable de un acusado de infringir la normativa sobre relaciones financieras con el extranjero, y condenado penalmente por su negativa a aportar los documentos incriminatorios, o la STEDH de 3 de mayo de 2001, caso *J. B. c. Suiza*. En este último caso apreció igualmente una violación del Convenio tratándose de un acusado de evasión fiscal, a quien se requirió una serie de documentos

que aporta la información un acto incriminatorio en un proceso sancionador abierto o de posterior iniciación⁴⁰. El tercero, que el material incriminatorio no tenga existencia independiente de la voluntad del sujeto en cuestión⁴¹, un criterio que ha encontrado refrendo en la Directiva 2016/353, de 9 de marzo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio⁴². Si bien se trata de un concepto abierto que admite diferentes interpretaciones⁴³, con cualquiera de sus formulaciones se reconoce que su razón de ser obedece a la consideración de que una persona sólo se autoincrimina cuando revela información que de otro modo no sería accesible para el órgano requirente⁴⁴.

relativos a inversiones cuyo origen eran cantidades no declaradas, con la conminación de la imposición de multas en caso de negativa. Señala que la noción de juicio justo que consagra el artículo 6.1 del Convenio comprende «el derecho a no autoincriminarse, en particular, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la «persona acusada».

⁴⁰ Ya en este sentido puede verse la STC (Pleno) 197/1995, de 21 de diciembre (BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996): «los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable contemplan, como su enunciado indica, los que en el proceso penal al imputado o a quien pueda adquirir tal condición corresponden». De forma más reciente, afirma la STC (Sala Primera) 21/2021, de 15 de febrero (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021) que «para que se aprecie la quiebra de la garantía de no autoincriminación no es imprescindible que la declaración coactiva se haya obtenido en el seno del proceso de naturaleza penal, siendo en principio admisible que la obtención de la información mediante coacción se haya producido en un procedimiento previo en el que no se ejerce el ius puniendi estatal y sólo sea posteriormente cuando se incorpore con efectos incriminatorios a un proceso penal. Lo relevante en la garantía de no autorincriminación sería el carácter coactivo de la aportación de la información, independientemente del contexto procedimental en que se obtuviera, y el efecto incriminatorio que produjese o pudiese producir en un proceso de naturaleza penal o sancionadora... «la garantía de no autoincriminación sólo despliega su protección cuando la compulsión a aportar elementos incriminatorios se proyecta sobre la misma persona del imputado o de quien puede llegar a serlo en el futuro». En la jurisprudencia del TEDH resulta obligada la cita del caso *Funke c. Francia* (STEDH de 25 de febrero de 1993, caso *Funke c. Francia*) en el que el Tribunal consideró vulnerado el art. 6 del Convenio al imponerse una sanción a quien se negó a facilitar una serie de documentos, en tanto que la información se dirigía en exclusiva a obtener pruebas de la comisión de un ilícito, así como el caso *J.B. c. Suiza* (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso *J. B. c. Suiza*), que igualmente consideró contraria al convenio la multa impuesta a quien se negó a facilitar información a las autoridades fiscales en un procedimiento orientado a la determinación de las obligaciones tributarias pero también a la sanción de las infracciones que se advirtieran.

⁴¹ Obligada es la cita de la STEDH de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders c. Reino Unido*. Se planteaba la procedencia de la utilización en el proceso penal de las declaraciones realizadas ante los inspectores nombrados por el Ministerio de Comercio e Industria para esclarecer una serie de irregularidades con eventual trascendencia penal cometidas en el ámbito societario. El interrogado estaba obligado a responder a las preguntas conforme a la Ley de Sociedades, ya que de otro modo podría incurrir en un delito de desacato. Consideró el Tribunal que el derecho a no autoincriminarse no se extiende «al uso, en procesos penales, de datos que pueden obtenerse del acusado mediante el uso de poderes coercitivos pero que existen independientemente de la voluntad del sospechoso, por ejemplo, documentos recogidos en cumplimiento de una orden judicial, muestras de aliento, sangre y orina y tejidos corporales para análisis de ADN».

⁴² Así lo reconoce el art. 6.3: «El ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo no impedirá a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos y que tengan una existencia independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados».

⁴³ Se trata de un debate al que en esta sede sólo podemos hacer referencia. Dos son, básicamente, las posturas al respecto. La primera, la que entiende que documentación autónoma es aquella que existe con independencia de un acto de voluntad del sujeto, esto es, tiene existencia física previa (por ejemplo, la documentación contable). La segunda, la que amplía el concepto al incluir también dentro de la categoría de la información que depende de la voluntad del acusado aquella que, aun teniendo existencia física autónoma, no puede conseguirla la Administración por sus medios sin la colaboración del sujeto en cuestión. Al respecto GARCÍA BERRO, en SÁNCHEZ PINO (dir.), *Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*, 2011, pp. 129 ss. Si bien su postura no corresponde a la de la doctrina mayoritaria, considera el citado autor que «la cobertura del derecho se extiende a todos los documentos que el poder público no esté en disposición de obtener por sí mismo de manera inmediata, y ello por más que tenga certeza de su existencia objetiva», p. 133.

⁴⁴ Por todos, PALAO TABOADA, *El derecho a no autoincriminarse en el ámbito tributario*, 2008, p. 117. Ampliamente comentando la sentencia, pp. 131 ss. «Una persona se autoincrimina cuando pone en conocimiento del órgano

A la vista de lo anterior, y centrando ya la cuestión en la nueva previsión incorporada a nuestro Código, cabe preguntarse si pudiera plantear algún tipo de colisión con el referido derecho a no autoincriminarse. Para empezar, la cuestión surge porque si se analiza el contenido del precepto difícilmente puede discutirse que recurre a un método coactivo para obtener, no acceso a una información independiente de la voluntad de la autoridad, sino una declaración de voluntad que se considera indispensable para esclarecer los hechos. En efecto, como coactiva ha de entenderse la conminación penal del sujeto a declarar el origen del incremento patrimonial bajo la amenaza de la imposición de penas de prisión de hasta tres años, multa e inhabilitación especial por tiempo de hasta siete años. Hablar en tal caso de una manifestación de voluntad libre o sin presiones no parece lo más realista. Tampoco parece admitir dudas, por otra parte, la afirmación de que la información que pretende obtenerse no es extraíble de elementos con existencia autónoma a la voluntad del sospechoso, en tanto que requiere por definición su declaración⁴⁵, sin que de otro modo la Administración pueda llegar a conocer la procedencia del enriquecimiento patrimonial⁴⁶. Precisamente por ello, porque se trata de una información esencial, no obtenible de otro modo y reveladora del origen de los bienes, se explica que el legislador conmine al sujeto que no la ofrece con la imposición de penas nada desdeñables. No se entendería, en efecto, su imposición si la información fuera accesible por el órgano requirente, quien entonces para poco o nada necesitaría una declaración personal del sujeto en cuestión ni tendría, por tanto, que compelerle a que la emita.

A lo anterior se suma todavía el hecho de que la información así obtenida puede tener, por su naturaleza, valor inequívocamente incriminatorio allí donde de ella se derive un enriquecimiento patrimonial injusto, resultado que además está orientado a utilizarse en un procedimiento penal. No se olvide, en efecto, que el art. 438 bis CP no sanciona la no declaración del incremento patrimonial experimentado cuando así lo requiere el órgano competente, ya sea mediante la aportación de cuentas bancarias o de una declaración de bienes o de cancelación de deudas. Si así fuese, el deber de aflorar el patrimonio distaría de equivaler a la confesión de un delito y habría de verse, tan sólo, como el cumplimiento de un deber que la autoridad se compromete a cumplir al tomar posesión del cargo y que está contemplado en la correspondiente legislación sectorial⁴⁷. Nada habría en ese caso que objetar. Pero el art. 438 bis CP sanciona algo muy distinto

sancionador informaciones o datos que éste desconocía y no tenía otra manera de averiguar, y en los cuales puede fundarse su sanción o condena».

⁴⁵ De hecho, nuestro Tribunal Constitucional, aplicando aquella doctrina del TEDH, se ha pronunciado expresamente en el sentido de conceder amparo por vulneración del derecho en otros casos en los que el sujeto ha declarado sobre hechos que le incriminan bajo la amenaza de una sanción penal. Es el caso de la citada STC (Sala Primera) 21/2021, de 15 de febrero (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021), relativa a un guardia civil que, bajo la amenaza de ser sancionado por falso testimonio, declaró acerca de la grave desconsideración a sus superiores: «También procede reconocer que la declaración no fue en absoluto voluntaria, sino que se realizó de un modo forzado, dado que el recurrente que la hizo estaba obligado en su condición de testigo a responder a las preguntas formuladas y a hacerlo de un forma exacta, todo ello bajo apercibimiento de las penas establecidas para el falso testimonio».

⁴⁶ Por ello, aun cuando se admitiese la postura de quienes consideran que la existencia autónoma de la información no ha de ceñirse a los casos en que preexista, sino de forma más amplia a toda la que no esté en disposición de obtener el órgano requirente de manera inmediata (véase nota 44), habría de reconocerse, en todo caso, la inexistencia autónoma de la información.

⁴⁷ Es lo que se contempla, por ejemplo, en la ya referida Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, que atribuye a la Oficina de Conflicto de intereses la competencia de verificar al finalizar el mandato del alto cargo, entre otros extremos, «La existencia de indicios de enriquecimiento injustificado teniendo en consideración los ingresos percibidos a lo largo de su mandato y la evolución de su situación patrimonial». Aun sin referirse expresamente al caso que nos ocupa, vienen a colación las palabras de GÓMEZ TOMILLO, «Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimientos de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o

a la aportación o declaración de esos datos objetivos. Sanciona el no dar explicaciones sobre el origen de ese incremento⁴⁸. El precepto parte de que consta un incremento patrimonial por encima de los ingresos acreditados, que además está ya cuantificado (más de 250.000 euros) y, a partir de él, reclama una explicación sobre su origen. Por ello, aun cuando la declaración a la que el sujeto resulta compelido con penas, entre otras de prisión, no se realice en el marco de un procedimiento sancionador por desviación de poder, si aquél reconociera que el origen del enriquecimiento es un acto delictivo, procedería la apertura del correspondiente procedimiento⁴⁹, un efecto que en otros escenarios comparables ha determinado que tanto la jurisprudencia europea⁵⁰ recogida por nuestro Tribunal Constitucional⁵¹ como buena parte de la

penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, (42), 2022, p. 20., cuando afirma, «El mero hecho de tener rentas elevadas no implica que procedan de una conducta delictiva, sino que pueden tener un origen muy diverso, por ejemplo, donaciones, herencias, juegos de azar, etc.; incluso, cabe que el sujeto se lucrara del delito sin haber intervenido en él, como partícipe a título lucrativo, art. 122 CP». Este es, según entiendo, el argumento central a la hora de fundamentar la compatibilidad de este precepto con el derecho a no autoincriminarse; esto es, que la determinación de un enriquecimiento patrimonial no justificado por los ingresos del alto cargo no supone una prueba decisiva para su incriminación, sino sólo la constatación del dato objetivo del incremento patrimonial. Según entiendo, no sería necesario recurrir a otros argumentos manejados en la doctrina para justificar la procedencia de los requerimientos de los órganos administrativos en otros ámbitos. Es el caso de la propuesta que formula GARCÍA BERRO, quien considera que lo importante para que el derecho a no autoincriminarse despliegue sus efectos es que la coacción del poder público sea posterior a la comisión del ilícito punible: «si desde antes de cometer el ilícito el sujeto tiene constancia de que en un momento posterior, predeterminado normativamente, deberá presentar una declaración reveladora de su actuación punible, no podrá éste alegar su derecho a no autoincriminarse al objeto de impedir que tal declaración se utilice como evidencia contra él... Cuando, pese a tener constancia de ello, el sujeto decide después perpetrar la conducta punible, él mismo se pone por su propia voluntad en la situación de tener que aportar más tarde las pruebas que lo autoincriminan», pp. 135 s.

⁴⁸ Descarto con ello el argumento de quienes entienden que el precepto no vulnera garantía constitucional alguna por el hecho de que el alto cargo, al aceptar el puesto, acepta una obligación. Es el caso de NIETO MARTÍN, *Fundamentos de Derecho penal. Parte Especial*, (t. II), 2023, p. 409 o VIVES, en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, 2023, p. 204. Desconoce esta argumentación que una cosa es el deber de declarar datos, deber que ciertamente asume la autoridad a tomar posesión, y otra que su incorporación al cuerpo suponga la renuncia al derecho a no declararse culpable, como sucedería si hubiera de aportar, no ya los datos objetivos relativos al estado de su patrimonio, sino una declaración sobre su origen.

⁴⁹ De hecho, este no sólo puede ser un acto de corrupción. Desde el momento en que el art. 438 bis CP no requiere ningún indicio o vinculación del incremento patrimonial con esta tipología de delito, la autoinculpación puede ser sobre cualquier otro tipo delictivo (por ejemplo, tráfico de drogas, delitos contra la Hacienda Pública, prostitución, etc.). La exigencia de que el enriquecimiento se vincule al ejercicio del cargo se contempla en otros modelos que castigan el enriquecimiento injustificado. Es el caso del art. 279 CP ecuatoriano, que sanciona la conducta de los servidores públicos y de quienes actúan en virtud de una potestad estatal que obtienen un incremento patrimonial injustificado «producto de su cargo o función». Con todo, cuesta imaginar cómo se puede vincular el enriquecimiento con el ejercicio del cargo cuando se parte de que es «injustificado». En cualquiera de los casos se advierte la paradoja de admitir el derecho al silencio del investigado en un procedimiento penal, ante un juez y con todas las garantías que le son propias y, sin embargo, conminar al sujeto sospechoso de la comisión de un delito a declarar frente a un indeterminado y potencialmente múltiple órgano de naturaleza administrativa, para después incorporar tal declaración en un procedimiento sancionador penal.

⁵⁰ En este sentido se pronunció ya la STJCE de 18 de octubre de 1989, C-374/87. Se planteaba la compatibilidad con el derecho de defensa de las declaraciones requeridas al sujeto en el marco de una investigación sobre la presunta existencia, en el sector de los termoplásticos, de acuerdos o prácticas concertadas contrarios al apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE. La sentencia consideró vulnerado el derecho, en tanto que, «si bien es cierto que el derecho de defensa debe ser respetado en los procedimientos administrativos que pueden dar lugar a una sanción, ha de evitarse, al mismo tiempo, que el mencionado derecho quede irremediadamente dañado en los procedimientos de investigación previa, que puedan tener un carácter determinante para la construcción de pruebas del carácter ilegal de conductas de las empresas susceptibles de generar la responsabilidad de éstas». En la jurisprudencia del TEDH viene de nuevo a colación la ya citada STEDH de 3 de mayo de 2001, caso *J. B. c. Suiza* donde reconoció el derecho del acusado a no facilitar información mediando la razonable certeza de que esa información se usaría con fines punitivos. Véase el amplio recorrido por esa jurisprudencia que ofrece GÓMEZ TOMILLO, *EPC*, (42), 2022, pp. 13 ss.

⁵¹ STC (Sala Primera) 21/2021, de 15 de febrero (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021): «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado la vulneración de la garantía de no incriminación...en aquellas otras situaciones

doctrina⁵², haya planteado la incompatibilidad de tal declaración con el derecho a la no autoincriminación.

Claro es que las dudas que plantea el precepto bien pudieran rebatirse desde diversos puntos de vista. Cuestionaría el primero el carácter inequívocamente incriminatorio de la declaración manifestada, argumento en principio atendible si se admite que no se vulnera el derecho a no autoincriminarse cuando la información obtenida no es inequívocamente incriminatoria, sino que para ello se precisa de una actividad comprobadora ulterior. El segundo, bien pudiera negar la consideración misma como acto de declaración de la justificación que debe dar el acusado, contemplándose simplemente como ejercicio de su derecho de defensa. El tercero, pudiera traer a colación el paralelismo de la obligación de declarar con cuanto se contempla en materia de inspección fiscal, obligación indubitadamente admitida en aras a garantizar el correcto desempeño de las funciones de control e inspección administrativas. El cuarto, por último, pudiera poner sobre el tapete la similitud del art. 438 CP con el art. 382 CP en materia de seguridad vial, cuya constitucionalidad ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional. Adelantando en buena medida conclusiones, ninguno de esos argumentos parece ser decisivo. Analicémoslos por separado.

La negación del carácter incriminatorio a la declaración que ha de expresar el sujeto.

Para rebatir todas aquellas objeciones de constitucionalidad, lo primero que podría oponerse es el argumento relativo a que la declaración que se obtenga bajo la amenaza de sanción penal no es inequívocamente incriminatoria. Cierto es que así será en los casos en que, a resultas del requerimiento, la autoridad pueda ofrecer algún tipo de explicación, comprensiva de la documental. Incluso aun cuando de la misma resultase que no se justifica el montante del incremento patrimonial experimentado, la convicción acerca de la comisión de un delito requeriría la existencia de una actividad probatoria ulterior que confirmase o desvirtuase los eventuales indicios delictivos, sin que, por tanto, aquella fuera determinante. Pero la situación se torna muy distinta allí donde la autoridad requerida no pueda aportar explicación verosímil alguna, por la sencilla razón de que la ganancia es fruto de una desviación del recto ejercicio del cargo y no exista, por tanto, ni documentación que aporte ni versiones alternativas que dar. Si en tales circunstancias procediera a declarar, lo único que podría expresar es el reconocimiento de su actuación desviada, si es que no optara por ofrecer una explicación inverosímil, que conforme al propio Preámbulo de la Ley de reforma, habría de equipararse a la negativa a declarar⁵³. En tal escenario el requerido se vería acorralado entre dos opciones; a saber, o negarse

en que el poder público asocia formas de coacción (multas, privación de libertad, etc.) a quienes en un proceso de naturaleza no penal, como procedimientos de indagación en materia aduanera (STEDH de 25 de febrero de 1993, caso *Funke c. Francia*) o de gestión tributaria (caso *J.B. c. Suiza*) o de investigación para localizar el producto de un delito (caso *Shannon c. Reino Unido*), rehúsan aportar información que podría ser usada posteriormente contra ellos en un procedimiento de carácter penal».

⁵² PALAO TABOADA, *El derecho a no autoincriminarse en el ámbito tributario*, 2008, pp. 121 ss., para quien no puede negarse el derecho a guardar silencio cuando «el procedimiento administrativo se halla tan íntimamente unido al proceso penal; en este caso, el interesado debe poseer los mismos derechos que si el proceso se hubiera ya iniciado», recordando para ello la sentencia del caso *Weh*, que extiende el derecho a la información que puede incriminar al sujeto en un procedimiento iniciado o de previsible iniciación. Véase también GARCÍA BERRO, en SÁNCHEZ PINO (dir.), *Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*, 2011, nm. 19, «la existencia del derecho permite que todo interesado pueda negarse a facilitar información a solicitud de las autoridades cuando exista la razonable certeza de que el poder público utilizará contra él los elementos probatorios obtenidos por este cauce para sustentar una resolución punitiva del procedimiento». GARCÍA BERRO en SÁNCHEZ PINO (dir.), *Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*, 2011, p. 121.

⁵³ A una «explicación manifiestamente falsa» se refiere el Preámbulo de la LO 14/2022.

a dar explicaciones mínimamente aceptables, en cuyo caso incurre en el delito del art. 438 bis CP, o reconocer la procedencia delictiva de los bienes, lo que a todas luces supone una información que poco más contraste requiere para asegurar la condena por el correspondiente delito del que proceden los bienes o la cancelación de deudas.

La comprensión de la declaración de la autoridad como ejercicio de su derecho de defensa.

Se ha recurrido en ocasiones como argumento con el que sortear las objeciones formuladas al entendimiento de que la conminación a la autoridad para que dé explicaciones no supondría, en realidad, un deber de colaboración activa para desvirtuar las sospechas sobre el origen no confesable de los bienes, su comprensión como una cláusula por la cual se concede al investigado un derecho a defenderse, a desvirtuar el carácter injustificado del enriquecimiento experimentado por la autoridad desde el inicio del cargo hasta el momento de la investigación (máxime 5 años tras el cese), dato que correspondería probar a la acusación. Fue, de hecho, ésta la interpretación que sostuvo la Cámara de Casación argentina en su fallo de 9 de junio de 2005 en el caso Alsogaray, que se pronunció acerca de la constitucionalidad de una previsión muy similar a la contenida en el art. 438 bis de nuestro Código penal. En palabras de la referida sentencia «el tipo penal no está conformado por la no justificación, de quien haya sido debidamente requerido, del origen del incremento patrimonial apreciable...sino por la acción de haberse enriquecido de ese modo y que no resulte justificado objetivamente... La cláusula del debido requerimiento y de la no justificación sólo puede entenderse como requisitos establecidos en exclusivo resguardo del derecho de defensa en juicio...».

El argumento difícilmente puede convencer por varias razones. Para empezar, por lo forzado que resulta interpretar que el significado que cabe atribuir a la referencia a la ausencia de justificación sea la garantía del derecho de defensa. Y no ya sólo por lo curioso que resulta transformar el cumplimiento de un deber en el ejercicio de un derecho. También porque, de ser coherentes, si realmente la plasmación de ese deber supusiera reconocer un derecho, habría que concluir que cuando el tipo no incorpora tal referencia, el derecho no se garantiza. En segundo lugar, porque, frente a lo que se ha sostenido⁵⁴, en el razonamiento se mezclan dos aspectos muy distintos. En concreto, se confunde la acusación de un enriquecimiento patrimonial injustificado con el derecho de defensa del acusado que, sin embargo, no se orienta a negar la situación de enriquecimiento como pareciera lógico suponer, sino algo muy distinto: desvirtuar que el origen es ilícito. Para considerar que la explicación del origen lícito del enriquecimiento por parte del acusado es un hecho impeditivo cuya prueba le corresponde, habría de partirse de la premisa de que el deber de declarar recae, no ya sobre una situación de enriquecimiento, sino sobre un enriquecimiento adjetivado como ilícito. De ser así, la prueba de su licitud desvirtuaría los elementos que previamente han fundamentado el desvalor de su actuación. El razonamiento decae si el precepto se configura como un delito de desobediencia que formalmente no prejuzga el origen del enriquecimiento. No se entiende, por ello, que con la explicación de ese origen el investigado ejerza el derecho a negar, no el presupuesto del delito –el enriquecimiento– sino algo

⁵⁴ Es el caso, por ejemplo, de FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito», en ASECIO MELLADO (dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, 2017, pp. 284 ss., donde sostiene la constitucionalidad de modelos como el argentino sobre la base de que es la acusación «la que aporte la prueba del elemento típico incremento patrimonial desproporcionado respecto a los ingresos y bienes declarados», siendo así, que «existiendo pruebas incriminatorias contra el acusado, cabe esperar de él una explicación razonable». Nada habría que objetar al razonamiento de no ser porque esa «explicación» excede con mucho del objeto de la acusación.

distinto, –el origen de esa situación de enriquecimiento que en principio es extraña al tipo⁵⁵–. La validez del argumento, en definitiva, sólo podría admitirse si se reconociera que, pese a la fórmula legal de un tipo de desobediencia, se ha introducido en nuestro ordenamiento un delito de enriquecimiento ilícito. Pero reconocer tal esencia supondría volver a recordar todas las objeciones que rodean a esa configuración, y por las que precisamente el legislador la ha sorteado. Todavía, como tercer argumento, cabría oponer que, si se parte de que el objeto del deber de declarar presentado como derecho de defensa no se refiere a la ilicitud del enriquecimiento sino a su propia existencia, tal comprensión descansaría necesariamente en la consideración del enriquecimiento injustificado como un ilícito penal, lo que por las razones vistas, despertaría de nuevo las objeciones oponibles a las suposiciones de ilicitud.

Identidad del supuesto con el deber de declarar ante la Hacienda tributaria.

Otro de los argumentos recurrentes para justificar el deber de la autoridad de declarar el origen de su patrimonio es el que busca su paralelismo con la obligación de atender los requerimientos de la actividad inspectora propia de la Hacienda tributaria, deber cuya legalidad parece estar fuera de discusión. Sin embargo, para desvanecer la validez del razonamiento bastaría con traer a colación dos aspectos reiteradamente destacados.

El primero, que aquella labor inspectora propia de la Hacienda tributaria no se relaciona de modo directo e inmediato con la eventual derivación de un procedimiento sancionador, aun cuando de esos datos pueda deducirse una eventual responsabilidad administrativa o penal⁵⁶. Distinto es el escenario en que bajo la amenaza de la imposición de una pena se conmina a declarar a quien efectivamente se ha enriquecido de modo ilícito, como sucede en el art. 438 bis CP. Recordemos que, ubicado entre los delitos orientados a la persecución de la corrupción, castiga la omisión, no de la aportación de datos, sino de una declaración cuyo contenido puede tener directamente efectos incriminatorios. Resulta así que si el origen del enriquecimiento es delictivo y el sujeto es compelido a declarar su origen, la única salida para evitar la condena por el art. 438 bis CP será confesar la procedencia del patrimonio y, sobre la base de esa confesión, verse incurso en un procedimiento penal por corrupción.

En segundo lugar, la compatibilidad del art. 438 bis CP con el derecho a no autoinculparse vuelve a resultar más que dudosa desde el momento en el que, a diferencia de la documentación que puede solicitarse en una actividad inspectora –que aun requerida bajo el apercibimiento de una sanción, tiene existencia autónoma a la voluntad del investigado y no supone el reconocimiento del acto ilícito⁵⁷–, en el art. 438 bis CP el soporte de la información es un acto de voluntad del

⁵⁵ El argumento sería válido si, a diferencia de la opción formalmente seguida por nuestro legislador, el precepto castigara una forma de enriquecimiento ilícito. Así lo maneja la *Guía Legislativa de Naciones Unidas para la aplicación del Convenio contra la Corrupción*, p. 88, cuando recuerda que se ha dicho que no hay presunción de culpabilidad en tanto que la prueba del enriquecimiento del sujeto por encima de sus ingresos legítimos corresponde al Ministerio Fiscal.

⁵⁶ Ampliamente al respecto, ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, 2007, pp. 202 ss.: «Es habitual que las inspecciones se hagan con una finalidad genérica de control...si no hay un procedimiento punitivo incoado, si no existe una acusación contra nadie, si el propósito específico de las actuaciones realizadas no es sancionar ilícitos, mal puede defenderse la traslación al ámbito de la inspección un de un derecho fundamental –no autoincriminarse...».

⁵⁷ En relación con la labor inspectora de la Hacienda Pública, véase SARRÓ RIU, *El derecho a no autoincriminarse del contribuyente. Vigencia de las garantías frente a la autoincriminación en los procedimientos ante la Inspección de Hacienda*, 2009, pp. 107 ss., quien ciñe el derecho a las declaraciones emitidas bajo coacción por el propio sujeto, con contenido directamente incriminatorio. Sostiene esta conclusión como una consecuencia lógica del fundamento del derecho a la no autoincriminación del que parte, cifrado en la protección del sujeto frente a

sujeto que no posee entidad autónoma e independiente a su persona⁵⁸ y que, además, volvamos a reiterarlo, puede ser directamente incriminatoria cuando lo único que cabe es declarar la comisión del ilícito⁵⁹. Así se deduce de la STC (Pleno) 76/1990, de 26 de abril (BOE núm. 129 de 30 de mayo de 1990), que resolvió el recurso de inconstitucionalidad frente a determinados preceptos de la ley 10/1985, de 26 abril 1985, de modificación parcial de la ley general tributaria. Entre otros aspectos, se planteaba la posible vulneración del art. 24.2 de su art. 83.3 f., al prever una sanción de multa por «la falta de aportación de pruebas y documentos contables o la negativa a su exhibición». Consideró el Alto Tribunal que no resultaban vulnerados tales derechos, en tanto que, para empezar, no existe un derecho absoluto a la reserva de datos, que haría imposible las labores de comprobación de Hacienda. Pero de inmediato reconoce que tampoco esa facultad inspectora es ilimitada, y si en el caso concreto se reconoce la constitucionalidad de la medida es porque «Los documentos contables son elementos acreditativos de la situación económica y financiera del contribuyente; situación que es preciso exhibir para hacer posible el cumplimiento de la obligación tributaria y su posterior inspección, sin que pueda considerarse la aportación o exhibición de esos documentos contables como una colaboración equiparable a la «declaración» comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución... cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad»⁶⁰.

Llama por ello la atención que esta sentencia del Alto Tribunal se haya manejado por alguna voz doctrinal como argumento para justificar la presencia en el Código penal del art. 438 bis CP⁶¹, desconociendo que, por las razones antedichas, el valor que adquiere la comparación se ciñe a legitimar las previsiones de la normativa sectorial que, como la contenida en la ya citada Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, contempla en su art. 24.2 la obligación del alto cargo de aportar toda la información requerida por la Oficina de Conflicto de intereses. Y todo ello, repitámoslo una vez más, porque la declaración de un incremento patrimonial es una cosa (deber contenido en esa normativa sectorial) y la explicación del origen de ese incremento por el propio acusado otra muy distinta (art. 438 bis CP). La similitud del caso sobre el que se pronunció la STC (Pleno) 76/1990, de 26 de

coacciones abusivas y en la garantía de la fiabilidad de las pruebas, aspectos que no quedarían comprometidos allí donde se tratase de elementos o pruebas de existencia independiente a la voluntad del acusado.

⁵⁸ Tanto si se entiende el acto de voluntad independiente como información preexistente, como si interpreta en clave de que, de otro modo, la Administración no pueda tener acceso a esa información. Con cualquiera de las opciones que se plantean en este debate al que aludimos marginalmente en nota 44, se llegaría a la misma conclusión en el supuesto que nos ocupa.

⁵⁹ GÓMEZ TOMILLO, *EPC*, (42), 2022, pp. 16 ss. Considera el autor que, tratándose de preguntas, «no cabe el empleo de información de la que inequívocamente se desprenda la responsabilidad punitiva», p. 18. Véase el mismo autor en *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de sociedades que operan en los mercados. Art. 294 CP. Entrada y registro domiciliario con ocasión de investigación de infracciones administrativas*, 2019, pp. 106 s.

⁶⁰ Véase también el ATC 39/2003, de 10 de febrero: «la obligación genérica de prestar verazmente las correspondientes declaraciones tributarias resulta ajena al contenido del derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable... la obligación tributaria de declaración veraz sobre las rentas percibidas no supone compeler a realizar una manifestación de voluntad cuyo contenido admita directamente la culpabilidad por ningún hecho ilícito».

⁶¹ Es el caso de RAGA VIVES, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, 2023, p. 205, donde recurre adicionalmente al ATC 40/2003, de 10 de febrero, relativo a la exhibición de documentos contables, que por su naturaleza (documental previa) y valor (no directamente incriminatorio) nada tiene que ver con el contenido del art. 438 bis.

abril (BOE núm. 129 de 30 de mayo de 1990) sólo puede establecerse con lo primero, no con lo segundo.

En realidad, la similitud del art. 438 bis CP con las previsiones del ámbito tributario habría de encontrarse en la puesta en relación del delito fiscal con lo dispuesto en el art. 39 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. Conforme al referido precepto: «Tendrán la consideración de ganancias de patrimonio no justificadas los bienes o derechos cuya tenencia, declaración o adquisición no se corresponda con la renta o patrimonio declarados por el contribuyente, así como la inclusión de deudas inexistentes en cualquier declaración por este impuesto o por el Impuesto sobre el Patrimonio, o su registro en los libros o registros oficiales». El paralelismo de esta previsión con el precepto que nos ocupa resulta evidente en tanto que esos elementos o ganancias patrimoniales no justificados puedan integrar el cálculo de la cuota defraudada a efectos del delito fiscal, un delito que, dicho sea de paso, podría entrar en concurso con el art. 438 bis CP, dada la disparidad de bienes jurídicos protegidos en cada uno de ellos.

Precisamente, a la vista de las dudas de compatibilidad con la presunción de inocencia de la toma en consideración de aquella regla para apreciar el delito fiscal, no es de extrañar que la jurisprudencia penal ha venido reconociendo la facilidad de su quiebra. Puede citarse ya en este sentido la STS 2486/2001 de 21 diciembre⁶², en relación con el entonces art. 37 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre: «cuando exista una explicación alternativa, razonable y plausible, acerca de la procedencia de los bienes o ingresos detectados, aun cuando no esté plenamente justificada, la prueba de cargo resultará insuficiente para fundamentar la condena penal. En consecuencia, en el ámbito penal, a diferencia del fiscal o tributario, el contribuyente no necesita acreditar para obtener su absolución, “que dichos bienes o derechos proceden de otros rendimientos del sujeto pasivo o de la reinversión de otros activos patrimoniales del mismo”, sino simplemente aportar una explicación alternativa mínimamente razonable o plausible, no desvirtuada por la acusación, pues en tal caso la duda razonable ha de resolverse a favor del acusado». De forma más reciente, la STS 307/2021, de 9 de abril⁶⁵ ponía de manifiesto la necesidad de compatibilizar las previsiones fiscales con el derecho a la precisión de inocencia. En concreto, tras señalar que en el orden penal la cuestión de la presunción de cuotas no declaradas tiene perfiles distintos que en el orden tributario, afirma: «Las exigencias relativas a la prueba de la existencia de rentas o rendimientos que se han ocultado a la Hacienda Pública a efectos de tributación en un determinado ejercicio fiscal, no presentan diferencias sustanciales con las aplicadas a las bases fácticas de otros delitos. Las acusaciones han de acreditar los hechos que imputan, a través de prueba directa o de prueba indiciaria. Pero no son admisibles presunciones en contra del acusado que le obliguen a demostrar su inocencia».

En definitiva, pues, el único paralelismo que cabría establecer con el art. 438 bis en materia fiscal es una previsión que, lejos de servir de asidero con el que fundamentar sólidamente la admisibilidad del deber de declarar de la autoridad, plantea las mismas dificultades que el delito de enriquecimiento injustificado.

⁶² STS 2486/2001, Penal, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2001:10160).

⁶⁵ STS 307/2021, Penal, de 9 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1326).

El supuesto paralelismo del art. 438 bis con el art. 383 CP.

Los razonamientos anteriores sirven a su vez para desvirtuar otro de los argumentos comúnmente manejados para justificar la plena validez del deber de explicar el origen del incremento patrimonial contenido en el art. 438 bis CP; a saber, su similitud con el delito de desobediencia contemplado en sede de los delitos contra la seguridad vial en el entonces art. 380, hoy art. 383 CP⁶⁴. Como es sabido, este precepto castiga al conductor que habiendo sido requerido por un agente de la autoridad se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia, habiendo tenido ocasión nuestro Tribunal Constitucional de pronunciarse acerca de su constitucionalidad⁶⁵.

Considerable es, de nuevo, la diferencia que media entre el material obtenido bajo la conminación de una sanción en uno u otro delito. Para ponerla de relieve bastaría con repetir que en el caso del art. 383 CP no se sanciona el silencio del acusado que se niega a declarar, sino la obstrucción a una diligencia policial para obtener unos datos que tienen independencia autónoma de la voluntad del investigado, supuesto al que, según esa misma doctrina constitucional, no ampara la garantía de la no autoincriminación⁶⁶. Por ello, una vez más, si algún paralelismo quisiera encontrarse entre el objeto de aquel fallo y la problemática que nos ocupa sería para considerar como no contraria al derecho a no autoincriminarse la declaración que está obligado a hacer la autoridad respecto al estado de su patrimonio antes y tras la finalización del cargo, contemplada en la correspondiente normativa administrativa. Nunca ese paralelismo podría trazarse respecto al deber de declarar el origen del patrimonio aflorado.

Por lo demás, a la vista de inconsistencia de los argumentos antedichos para justificar la constitucionalidad del precepto y, con ello, de la altamente dudosa compatibilidad de las previsiones del art. 438 bis CP con el derecho a no autoincriminarse, resta si acaso denunciar cualquier intento de legitimar el precepto sobre la base de razones meramente utilitaristas, como las que apuntan a la necesidad de proporcionar a la Administración herramientas con las que cumplir sus fines⁶⁷. Debiera no ser necesario recordar que el fin no puede justificar los medios, y

⁶⁴ Por ejemplo, RAGA VIVES, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, 2023, pp. 205 ss., quien recurre al paralelismo de ese caso con el que nos ocupa, pese a tener que reconocer sus diferencias, lo que explica que de inmediato tenga que recurrir adicionalmente a la STC 76/1990 para sostener su postura.

⁶⁵ La STC (Pleno) 161/1997, de 2 de octubre (BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1997) desestimó la inconstitucionalidad del precepto. Para ello, evocó el fallo la sentencia del mismo órgano 103/1985 cuando afirmaba que «el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución». Concluía la sentencia a partir de lo anterior afirmando: «que las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y, entre ellas, las de espiración de aire a través de un alcoholímetro, no constituyen en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable».

⁶⁶ Conforme a la STC (Sala Primera) 21/2021, de 15 de febrero (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021), recordando la STC (Sala Segunda) 103/1985, de 4 de octubre (BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 1985) hay que distinguir entre «la aportación coactiva de información incriminatoria, que resulta amparada por esta garantía, y la obligación de soportar diligencias de prueba, escenario que no cabe catalogar como una verdadera declaración y al que no se extiende la protección dispensada por el derecho».

⁶⁷ RAGA VIVES, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, 2023, quien tras intentar fundamentar la constitucionalidad del precepto del modo citado en las notas previas, concluye afirmado, probablemente consciente de la distancia que media entre las sentencias de referencia que usa y el caso

menos en Derecho, algo que por lo demás en el ámbito que nos ocupa ha sido con contundencia afirmado por el Tribunal de Estrasburgo⁶⁸.

Hasta aquí el recorrido por las objeciones que plantea la comprensión del precepto en términos de un delito de desobediencia, y que nos llevan a dar razón a la doctrina que con contundencia ha puesto en entredicho su presencia en el Código⁶⁹. Si se admite todo lo anterior, se llega inevitablemente a una doble consecuencia. La primera, el reconocimiento de la posibilidad de que el conminado a informar sobre el origen del enriquecimiento patrimonial so pena de incurrir en el delito del art. 438 bis CP pudiera alegar la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho –el de guardar silencio, no declarar contra sí mismo ni confesarse culpable–, lo que supondría la justificación de su conducta. La segunda, que si el sujeto no se acogiera a tal derecho y ante el temor a incurrir en un delito emitiese una declaración de valor inculpativo por delatar con ella el origen ilícito del incremento patrimonial experimentado, esa declaración habría de considerarse inválida a efectos de su aportación al proceso penal abierto por el correspondiente delito (de corrupción o no), que pretendiera darse por probado conforme a aquel acto declarativo⁷⁰.

3.2. Segunda interpretación. El enriquecimiento como objeto de sanción en el art. 438 bis CP: La preservación del correcto ejercicio de la función pública y la lucha contra la corrupción como interés directamente protegido.

Quedó ya señalado en líneas anteriores que la comprensión del delito en clave de desobediencia no es, desde luego, la única que cabe realizar del nuevo art. 438 bis CP. Posible es también una segunda opción, en apariencia más acorde con la preocupación de los instrumentos internacionales en la materia y, sobre todo, con la exigencia de merecimiento y necesidad de pena que reclama la intervención del orden penal. Se trata del entendimiento de que, lejos de ser objeto de sanción la negativa del sujeto a dar explicaciones sobre el origen de su patrimonio, con

que nos ocupa: «colaborar en una determinada pericia ante el órgano requirente, máxime cuando existe una obligación legal de hacerlo, no parece contrariar la garantía de autoincriminación, sobre todo si se atiende a que el procedimiento se establece justamente para ello y se tiene en cuenta que, sin esa información, la Administración se encontrará desprovista de herramientas para cumplir sus fines», p. 207.

⁶⁸ STEDH de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders c. Reino Unido*: «las exigencias generales de equidad consagradas en el artículo 6, incluido el derecho a no contribuir a la propia incriminación, se aplican a los procedimientos penales relativos a todos los tipos de delitos, desde los más simples hasta los más graves. El interés público no puede justificar el uso de respuestas obtenidas por la fuerza en una investigación extrajudicial para incriminar al acusado durante el proceso penal».

⁶⁹ Por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 25ª ed., 2023, p. 1026; VILLEGAS GARCÍA, «El nuevo delito de “enriquecimiento ¿ilícito?” del artículo 438 bis del Código penal», *Diario La Ley*, (10278), 2023, pp. 20 ss. Si bien con carácter previo a la incorporación del art. 438 bis CP, vienen a colación las voces que plantearon en su momento la posible inconstitucionalidad de una propuesta que contemplase el deber del sujeto de explicar el origen de su incremento patrimonial. Es el caso de BLANCO CORDERO, «El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19), 2017, pp. 22 ss. Al hilo del comentario de la propuesta presentada en 2016 por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos en la Proposición de ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes, que proponía castigar a la autoridad o funcionario público que hubiera experimentado un incremento de sus bienes o patrimonio sin que su procedencia pudiera ser acreditada en relación con sus ingresos legítimos, denunciaba su incompatibilidad con el derecho a no ser declarado culpable. Señalaba el autor que el silencio del acusado al respecto no debiera fundamentar de por sí la condena sobre la base de un incremento patrimonial. La compatibilidad con aquel derecho requeriría, según el autor, que la acusación hubiera «presentado evidencias adicionales que supongan un esfuerzo probatorio en orden a dejar claro que el origen de los bienes es ilícito o, al menos, que es descartable que tenga una procedencia lícita», p. 23.

⁷⁰ Viene de nuevo a colación la tantas veces citada STC (Sala Primera) 21/2021, de 15 de febrero (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021, cuyo texto que ahora interesa transcribimos ya en la nota 41.

el nuevo precepto se trataría de sancionar el estadió previo representado por la situación de enriquecimiento en cuantía superior a la que señala el precepto, que no se corresponde con los ingresos declarados del sujeto en cuestión y que se vincula temporalmente con el ejercicio de la función o cargo. Claro es que al cifrar en aquella situación el objeto de protección cabrían a su vez, en hipótesis, dos posibilidades también referidas ya líneas más arriba. La primera, la de castigar el enriquecimiento sobre la base de considerarse de ilícita procedencia, lo que daría entonces paso a la configuración del delito como de enriquecimiento ilícito, conforme al modelo, por ejemplo, del Código penal peruano. Claramente no ha sido esta opción la que ha querido acoger nuestro legislador, en tanto que expresamente la rechaza en el Preámbulo de la ley de reforma por las serias dudas de constitucionalidad que plantea. Restaría entonces una segunda posibilidad, consistente en adjetivar simplemente como injustificado el enriquecimiento objeto de sanción, lo que daría paso a denominar el delito de ese modo, enriquecimiento injustificado, conforme al modelo, por ejemplo, del Código penal chileno.

Conforme a esta última interpretación, la desobediencia pasaría de ser el objeto de protección a una condición del castigo y a su vez, el tipo pasaría de configurarse como un delito de omisión –no declarar– a un delito de acción –la obtención de un incremento patrimonial no explicable⁷¹. Sin desconocer las ventajas de tal opción respecto a la que supondría sancionar el enriquecimiento adjetivado como ilícito, tampoco a nadie se ocultan las serias dudas que plantea esta comprensión, que a grandes rasgos pueden reconducirse a dos.

La primera tiene que ver con la inconsistencia, desde el punto de vista de la exigencia de lesividad material de la conducta, de elevar a objeto de sanción una situación asépticamente descrita como de riqueza injustificada, sin que ello presuponga, como se ha cuidado de asegurar el precepto, su origen ilícito. En efecto, si la situación de enriquecimiento que no se puede justificar adquiere relevancia en el orden penal desde el punto de vista de los delitos contra la Administración Pública, ello sólo puede explicarse cabalmente sobre la base de una doble sospecha latente. En primer lugar, acerca de que el enriquecimiento tiene, como mínimo, un origen no confesable, lo que incluye también un posible origen no lícito. El objeto de la presunción se desplazaría, en definitiva, desde la adjetivación como ilegal del enriquecimiento a su consideración como «inconfesable»; esto es, si se constata un incremento patrimonial injustificado y el sujeto no confiesa su origen cabe suponer, en definitiva, presumir, que no lo hace porque el motivo es inconfesable. Y eso es lo que se presume y eso es lo que se castiga. Bien es verdad que, así presentada la suposición, ésta resulta distinta –y parece que menos comprometedora– a la presunción de la ilegalidad del origen, puesto que lo ilegal y lo «no confesable» no son, o al menos no tienen por qué ser, conceptos equivalentes. Impide, sin embargo, mantener hasta el final la ruptura de esta ecuación el hecho de que el precepto se ubique entre los relativos a la Administración pública, esto es, entre los tipos ordenados a la lucha contra la corrupción. Desde tal ubicación sistemática pierde coherencia cualquier explicación que pretendiera sostener que la razón por la cual se castiga lo que no se explica sea algo distinto de un acto ilícito vinculado al ejercicio del cargo. Si se castiga una actitud de silencio entre los delitos contra la Administración Pública, sólo cabe suponer cabalmente que se debe a que de ese modo la autoridad pretende eludir la confesión precisamente de un comportamiento desviado en el ejercicio del poder.

⁷¹ En la doctrina argentina puede verse sobre esta interpretación a JORGE CARTOLANO, «Aproximación al delito de enriquecimiento ilícito (a propósito de la propuesta de incorporación al CP español», en PÉREZ ÁLVAREZ (dir.), *Propuestas penales, nuevos retos y modernas tecnologías*, 2016, pp. 576 s. Con amplias referencias bibliográficas sobre las distintas opciones véase SANDHAGEN, «La inversión de la caga de la prueba. A propósito del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público y la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba», *Revista Pensamiento penal*, 2019, pp. 4 ss.

Llegados a este punto, la interpretación se haría acreedora de forma cumulativa de las objeciones propias de la configuración del delito como de enriquecimiento ilícito y de su comprensión como un tipo de desobediencia. Esto último porque al condicionarse la imposición de la pena a la no confesión del origen del incremento patrimonial, se vería vulnerado el derecho del sujeto a no declararse culpable, con la consiguiente lesión adicional de la presunción de inocencia, en tanto que al investigado le bastaría no declarar para ser considerado responsable del delito⁷².

Es más, incluso si se quisiera desconocer esta cascada de suposiciones –silencio porque el origen no es confesable, y no es confesable porque encubre un acto de desviación de poder– y se sostuviera que el tipo sólo castiga una situación de enriquecimiento, sin descansar en la suposición de nada –ni siquiera de que el sujeto no confiesa porque el motivo es inconfesable–, subsistirían otros argumentos adicionales en contra de tal interpretación de la norma.

Para empezar, porque no se entendería el castigo con penas nada despreciables de quien, habiéndose enriquecido durante o inmediatamente después al ejercicio del cargo, no explica el origen de esa ventaja patrimonial. La sanción penal de esa situación habría de tacharse, como mínimo, de insostenible en un Estado no policial, dispuesto a renunciar al control de todos los movimientos del individuo, quien por ello debiera siempre explicarlos, aun cuando el enriquecimiento respondiera a razones particulares, comprensivas de las meramente amorales. Como tantas veces ha quedado dicho, la situación de incremento de la riqueza puede tener orígenes muy distintos, cuya ocultación podrá dar lugar a otros delitos, como el fiscal –si es que no hubiera sido objeto de declaración–, o a ninguno –como sucederá en casos tan distintos como la asignación de una herencia a la que no se tiene derecho o la recepción de cuantiosas donaciones o regalos por parte de un adinerado amante, orígenes sobre los que el sujeto se niega a declarar–. Ninguna de estas situaciones puede considerarse, en sí, como delito en un modelo basado en la exclusiva protección de bienes jurídicos⁷³.

Lo anterior se relaciona de forma inmediata con una segunda objeción. En concreto, porque el castigo indiscriminado de una situación de enriquecimiento presupone, a su vez, la elevación a la categoría de delito de simples estados de cosas, y no de hechos o acciones. Se desconoce así que son éstas el único objeto legítimo de reproche en un sistema de Derecho penal del hecho, que renuncia tanto al castigo de actitudes –al modo en que sería propio de un Derecho penal de autor–, como de meros resultados –conforme a los cánones del denostado modelo de responsabilidad objetiva–. De agotarse el castigo en la situación de enriquecimiento experimentado por la autoridad se llegaría, en definitiva, a incriminar algo difuso, no se sabe exactamente qué, pero que parece que nada bueno puede ser.

No algo distinto de la improcedencia de colmar el art. 438 bis CP sobre la base, exclusivamente, de la sanción de un estado de cosas, fue precisamente lo que determinó que la STC (Pleno)

⁷² En este sentido puede verse ASENSIO MELLADO, «La lucha contra la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito», en ALCALÁ RAMOS (dir.), *El Estado de Derecho frente a la corrupción urbanística*, 2007. Señala este autor que, si bien no es totalmente rechazable la imposición de obligaciones procesales a los imputados, la previsión de esa obligación en el ámbito del delito que nos ocupa se torna compleja, en tanto que viene a establecer una suerte de inversión de la carga de la prueba de la inocencia en relación con una conducta que no es, simplemente, la de no verificar una obligación, sino la de haberse enriquecido», p. 112. Considera por ello preferible el modelo de tipificación seguido por el Código penal peruano, que castiga la situación de enriquecimiento injustificado, pero sin incluir la referencia al deber de justificación por el sujeto, pp. 94 ss.

⁷³ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 25ª ed., 2023, p. 1026: «el “incremento no justificado” de patrimonio no es en sí un delito, por más que detrás del mismo haya la sospecha de que pueda estar originado por la comisión de un delito previo».

105/1988, de 8 de junio (BOE núm. 152, de 25 de junio de 1988), considerase incompatible con el respeto del derecho a la presunción de inocencia la interpretación del entonces delito contemplado en el art. 509 CP. Recordemos que castigaba a quien «tuviera en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo, y no diere descargo suficiente de su adquisición o conservación». Consideró el Alto Tribunal que no podía interpretarse que para su aplicación resultase suficiente con la mera tenencia de estos efectos sin ofrecer explicación de su origen, siendo por el contrario necesario que su destino delictivo fuese acreditado por la acusación. El traslado de este razonamiento al caso que nos ocupa permite denunciar la comprensión del art. 438 bis CP en clave de considerar suficiente para su aplicación la simple prueba de la tenencia de los bienes (en este caso, de los que representan un incremento patrimonial en la modalidad de incremento del activo). Necesario será adicionalmente la prueba, siquiera sea indiciaria, de que su origen es delictivo. Es lo que explica que otros ordenamientos que persiguen el enriquecimiento, incluso como figura común, hayan introducido elementos ordenados a acotar su ámbito de aplicación sobre la base de la exigencia de indicios que en última instancia fundamentan algo más que un mero estado de enriquecimiento⁷⁴. Cuestión distinta es que con ello volveríamos entonces a fundamentar el castigo sobre la base de presunciones de ilegalidad, lo que daría paso a un argumento agotadoramente circular⁷⁵.

4. Repensando el delito de enriquecimiento: una propuesta y su utilidad a la vista del panorama de previsiones del Código penal

Las objeciones expresadas en las líneas anteriores relativas a la concreta plasmación del delito contenido en el art. 438 bis CP, en absoluto deben identificarse con una postura contraria al castigo de la situación de enriquecimiento experimentado por las autoridades y, de forma más amplia, de funcionarios en el ejercicio del cargo, respecto a la que no exista una justificación razonable y sí, en cambio, la convicción indiciaria acerca de que su procedencia se explica por un ejercicio desviado del cargo. La gravedad de los actos que pueden estar detrás de la situación de enriquecimiento no puede, en efecto, pasar desapercibida al legislador penal, y de hecho en la abundante literatura relativa a los delitos de enriquecimiento o desobediencia –según se sostenga–, es éste prácticamente el único punto de consenso.

Distintas de la premisa anterior son dos cuestiones tratadas en el texto, cuyas respectivas soluciones condicionan decisivamente la procedencia de introducir un nuevo precepto para castigar aquella situación de origen eventualmente delictivo, ya sea bajo esta fórmula o bajo la de un delito de desobediencia. La primera recuerda que la consistencia de aquel punto de partida común en ningún caso puede elevarse a argumento con el que justificar una quiebra de los principios inspiradores del orden penal que se han ido acuñando durante décadas, como tampoco una renuncia a las garantías procesales que rodean a la imposición de cualquier sanción –también de los actos corruptos– y al enjuiciamiento de cualquier delincuente –también de las autoridades. Para salvarlos, cualquiera que sea la forma que adopte, el precepto debiera cumplir

⁷⁴ Es el caso del Código penal francés, cuyo art. 321-6 castiga el hecho de que el sujeto no pueda justificar los recursos que se corresponden con el nivel de vida o no poder justificar el origen de un bien que posee «mientras se mantiene una relación habitual con una o más personas que se dediquen a la comisión de crímenes o delitos castigados al menos con cinco años de pena de prisión, y que les reporte un beneficio directo o indirecto, o que sean víctimas de esas infracciones».

⁷⁵ Como sea, el hecho de que por uno u otro razonamiento la racionalidad del precepto reclame relacionarse con una situación de enriquecimiento ilícito explica que en la manualística no sea infrecuente seguir refiriendo el delito bajo el nombre de «enriquecimiento ilícito». Por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 25^a ed., 2023, p. 1026.

una serie de exigencias mínimas, que a grandes rasgos podrían condesarse en las que siguen. En primer lugar, debiera quedar nítidamente delimitado el objeto de protección, que ni puede cifrarse en etéreos o inconsistentes intereses ni identificarse con bienes jurídicos cuya lesión no ha quedado conectada, siquiera sea indiciariamente, con una conducta desviada. En segundo lugar, el precepto habría de ser respetuoso con los principios y garantías acuñados en el orden procesal para la imposición de una pena; básicamente, habría de cuidar que no se produzca una inversión de la carga de la prueba, ni que al acusado se impongan obligaciones que le lleven a autoincriminarse. En tercer lugar, la graduación de la respuesta penal debería encontrar una traducción proporcionada al injusto que previamente se haya identificado como objeto de protección, sin que las penas previstas puedan tener en cuenta aspectos que no han sido acreditados, siquiera sea indiciariamente, en el proceso penal. Todavía, en cuarto lugar, el bien jurídico previamente definido deberá superar el juicio de necesidad de protección, en tanto que, acreditado su merecimiento de pena, no existan otros tipos alternativos que ya castiguen ese desvalor de acción.

A lo largo de estas páginas hemos tenido ocasión de comprobar que estos cuatro criterios básicos no se satisfacen con ninguna de las opciones en que se cifran las distintas propuestas de castigo. A modo de un sintético recordatorio, cabe decir que el tipo de enriquecimiento ilícito, salvo que incorporase en su tipicidad una serie de elementos sobre los que volveremos más adelante, supondría el castigo de una situación de hecho, de un estado de cosas no asociado a ningún desvalor de acción concreto, cuyo bien jurídico sería tan indefinido como hipotéticamente posibles son las fuentes ilícitas de enriquecimiento. A ello se sumarían todavía las objeciones derivadas de la quiebra de garantías procesales básicas, como la presunción de inocencia, en tanto fuera el acusado quien tuviera que desvirtuar la suposición de aquel desvalor de acción.

Esas mismas objeciones son extensibles a la opción de configurar un delito de enriquecimiento injustificado, a las que habría que sumar lo criticable de arribar en el castigo indiscriminado de la situación de incremento patrimonial, sin tener en cuenta su eventual origen no delictivo, ilícito o no. Por su parte, la opción seguida por nuestro legislador de cifrar el injusto en un acto de desobediencia tampoco resulta convincente por las razones vistas. Básicamente porque una de dos, o atrae hacia sí aquellas críticas si se admite que, en realidad, se trata de un eufemismo bajo el que se sanciona materialmente una situación de enriquecimiento ilícito o, si se ignora su vinculación material con ésta, lo único que consigue es mutar unas dudas de constitucionalidad por otras, teniendo en cuenta las serias objeciones que plantea el deber de declarar el origen del enriquecimiento patrimonial desde el punto de vista de su compatibilidad con el derecho del acusado a no autoincriminarse. Cuestionables resultan adicionalmente, entre otros aspectos ya tratados en el texto, las penas previstas para esta modalidad de desobediencia, que ni parecen pensadas para el contenido de injusto de un tipo de ese cariz, ni resultan proporcionadas a las previstas por algunos de los específicos delitos contra la corrupción. De todo ello tuvimos ya también ocasión de ocuparnos.

A la vista de todo lo anterior, a la hora de debatir sobre la conveniencia de este delito, lo primero que debiera tenerse presente es que, si realmente se quisieran secundar las recomendaciones contenidas en los distintos documentos internacionales, el legislador habría de ser, ante todo, honesto en la configuración del delito, y presentarlo conforme al modelo del enriquecimiento ilícito. A él responden, en efecto, las distintas propuestas internacionales inspiradas decisivamente por la voluntad de perseguir el incremento de patrimonio que tiene su origen en una actividad delictiva, específicamente relacionada con la corrupción, y no meramente en un estado de cosas inexplicable ni, menos, en una actitud de desobediencia. Distinto es que la

acogida de aquella opción habría de rodearse de toda una serie de exigencias ordenadas a asegurar el respeto de clásicos principios garantistas de orden procesal que, entre otras cosas, resultan incompatibles con la presunción de un ejercicio desviado de la función pública con base exclusivamente en el dato del incremento patrimonial. Ciertamente este aspecto puede representar un indicio respecto a la ilegalidad del origen, pero nunca llegar a ser prueba determinante de la comisión de un delito previo y, menos aún, elevarse sin más a la categoría de injusto penal. El legislador penal no está para hacer el trabajo de la Fiscalía.

Junto con aquella premisa básica, habrían de exigirse otros elementos que conectaran el enriquecimiento con una previa conducta delictiva. No de otra forma se explica, en los términos en su momento referidos, que esa conexión sea necesaria en otros preceptos del Código penal para apreciar, no ya un delito (como sucede con el blanqueo), sino una consecuencia accesoria, como es el caso del decomiso, por lo que resulta realmente llamativo que, sin embargo, no se exija para fundamentar la tipicidad del nuevo delito⁷⁶. Más allá de la conexión indiciaria del enriquecimiento con un hecho delictivo, sería de exigir la específica vinculación de aquel con el ejercicio del cargo. La complejidad de esa conexión reclamaría desde luego algo distinto a la –diabólica– acreditación de que no hay fuentes lícitas que expliquen el enriquecimiento. Se trataría en realidad de exigir una serie de elementos indiciarios que delaten que efectivamente el origen es ilícito y –en tanto el tipo se contemple como un delito especial contra la Administración pública–, que está relacionado con un ejercicio desviado de poder. En buena medida el objetivo se conseguiría si esos indicios reclamaran la posible conexión del origen de los bienes con actos corruptos⁷⁷, de modo que, con base en los elementos aportados por la acusación, el Tribunal llegara al convencimiento de que el incremento patrimonial desproporcionado respecto a los ingresos legítimos del sujeto en cuestión procede del ejercicio desviado del cargo⁷⁸, en la línea de cuanto exige, por ejemplo, el Código penal peruano. A partir de ahí, la concreción de los indicios relativos al origen delictivo de los ingresos pudiera cifrarse en distintos aspectos, resultando interesante en este sentido la propuesta realizada por BLANCO CORDERO cuando requiere como elementos condicionantes del castigo adicionales al dato del enriquecimiento, por ejemplo, «que el funcionario lleve a cabo actuaciones manipulativas, de ocultación de los bienes, falsedades, incumplimientos de normas administrativas, etc»⁷⁹. Rodeado de tales exigencias, la incorporación de un delito de enriquecimiento ilícito habría de verse tan admisible –o, al menos, no más criticable– que el diseño del delito de blanqueo que como, tantas veces se ha recordado, requiere que el tribunal llegue, al menos, al convencimiento de que los bienes en cuestión traen su origen de una actividad delictiva.

⁷⁶ Como un medio de evitar la dificultad de acordar el decomiso, planteaba esta fórmula ya en el año 2008 la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, «Productos de la delincuencia organizada»: garantizar que «el delito no resulte provechoso»: «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 (apartado 3.3.2). 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 (...)».

⁷⁷ En este sentido, OLAIZOLA NOGALES *Revista penal*, (52), 2023, p. 186 s.

⁷⁸ De hecho, entre las voces doctrinales que reclamaron la incorporación del delito de enriquecimiento ilícito a nuestro ordenamiento, se había subrayado la necesidad de exigir dicha conexión. Así se pronunciaba, por ejemplo, MIR PUIG en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDÓN/GALLEGO SOLER/VILLA SIEIRO *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, 2023, p. 1252.

⁷⁹ BLANCO CORDERO, *RECPC*, (19), 2017, p. 32.

La precisa delimitación de los presupuestos del castigo debiera, por otra parte, acompañarse de una reflexión sobre la cualidad y cantidad de las penas asignadas al delito, que en todo caso habrían de ser proporcionadas a su injusto. La atención al interés a que responde, así como a la anticipación de la tipicidad que supone respecto al castigo de los actos de corrupción, aconsejaría prescindir de las penas privativas de libertad y contemplar, en exclusiva, las de inhabilitación y multa⁸⁰. A diferencia de lo que sucede con la actual configuración del art. 438 bis CP, en el que, por las razones vistas, el sistema de multa resulta difícilmente conciliable con el modelo de un delito de desobediencia, en la configuración de un precepto que sin eufemismos reconociera que sanciona un enriquecimiento que con base en una serie de indicios se considera ilícito y procedente del desempeño del cargo, cobra pleno sentido la previsión de una multa proporcional a la cuantía del incremento que haya resultado probado en el proceso.

Ahora bien, una cosa es la viabilidad teórica de un tipo de esta índole, y otra muy distinta deducir de lo anterior la conveniencia de su incorporación al Código penal. Para que así fuera habría de superarse aún una segunda cuestión, relativa a la necesidad real de sancionar con un nuevo precepto un comportamiento de esta guisa. De hecho, el juicio acerca de su necesidad no sólo debe tener en cuenta las opciones que ofrecen otras ramas del Derecho en los términos denunciados en la doctrina⁸¹, sino también las posibilidades de la intervención penal conforme a otros preceptos de la Parte Especial, de modo destacado, el delito de blanqueo.

Sabido es que, desde su introducción en el Código penal en el año 1988, los tipos relativos al blanqueo responden a la finalidad de sancionar la introducción y disfrute en el mercado de bienes de procedencia delictiva, lo que, por definición, reclama la existencia de una previa actividad delictiva, comprensiva de los tipos de corrupción. La extraordinariamente amplia configuración del blanqueo, fruto de las sucesivas reformas en la materia, y de modo especial de las operadas de la mano de la LO 5/2010, ha determinado una importante aproximación de sus rasgos a la esencia del delito de enriquecimiento ilícito. Ello hasta el punto de que, como tuve ocasión de analizar en otro lugar⁸², la modalidad de autoblanqueo, al relacionarse con las conductas de posesión y utilización de bienes, producen en la práctica un efecto muy parecido al de aquel otro delito. Recordemos que, desde la reforma de 2010, la tipicidad del blanqueo conforme al art. 301 CP requiere simplemente la concurrencia de una serie de indicios acerca de que los bienes tienen su origen en una actividad delictiva, y que entre las modalidades típicas se contemplan las de posesión y utilización de los bienes por parte de quien ha participado en ella. Es cierto que en relación con el tipo subjetivo tanto la doctrina como la jurisprudencia reclaman que el sujeto en cuestión actúe con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes. Pero allí donde quede acreditada la concurrencia de indicios acerca de que las ganancias tienen su origen en una actividad delictiva cometida por el propio poseedor de los mismos, su castigo por blanqueo arroja en la práctica un efecto muy parecido al que pretende el delito de enriquecimiento ilícito. Permite, en efecto, la sanción de la posesión de bienes que, sobre la base de la concurrencia de una serie de indicios, se consideran procedentes de un delito, siempre que el sujeto en cuestión no pueda acreditar lo contrario y de su utilización se deduzca la finalidad de encubrir u ocultar su origen ilícito. Es más, este precepto posibilita ir en sus consecuencias más allá de lo que sería

⁸⁰ En este sentido, BLANCO CORDERO, *RECPC*, (19), 2017, p. 17.

⁸¹ Por todos, BLANCO CORDERO, «De nuevo sobre el delito de enriquecimiento ilícito», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDÓN/GALLEGO SOLER/VILLA SIEIRO *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, 2023, pp. 1011, ss., p. 1022.

⁸² GÓMEZ RIVERO, «La recuperación de activos procedentes del delito: ¿hacia un delito de enriquecimiento ilícito?», *Cuadernos de Política Criminal*, (121), 2017, pp. 35 ss.

propio del delito de enriquecimiento ilícito o injustificado. Y no ya sólo porque no ciñe el círculo de sujetos activos a las autoridades o funcionarios, como sin embargo es propio de aquel tipo delictivo. También porque cuando el delito antecedente es uno de los actos de corrupción tipificados en los capítulos V a IX del Título IX (cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos), dispone la imposición de una pena cualificada que abarca en general a los funcionarios públicos, y no sólo a las autoridades –como sin embargo de modo incomprensible acota el art. 438 bis CP-. Debe observarse, por lo demás, que las penas resultantes conforme a aquel delito comprenden sobradamente las previstas en el nuevo artículo 438 bis CP. En concreto, conforme al art. 301 CP, quien posea, utilice, convierta o transmita bienes procedentes de una actividad delictiva cometida por él mismo, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, que se impondría en su mitad superior cuando la actividad delictiva sea un delito de cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, multa del tanto al triplo del valor de los bienes y adicionalmente, conforme al art. 303 CP, caso de que sea cometido por funcionario, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a diez años. Todo ello, además, permitiría aplicar las previsiones relativas al decomiso de bienes, incluyendo el decomiso ampliado que, por cierto, no podría ser sin embargo apreciado en el caso de la condena por el art. 438 bis CP, en tanto que no se contempla en la relación de delitos del art. 127 bis CP.

La estrecha relación entre ambas previsiones es tal que la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la corrupción, por la que se sustituye la Decisión Marco 2003/568/LAI del Consejo y del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de mayo de 2023, justifica la procedencia de introducir un delito de enriquecimiento por delitos de corrupción por el hecho de que la Directiva 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales no obliga a los Estados miembros a tipificar –como sin embargo hizo nuestro legislador– las modalidades de adquisición, posesión o utilización de bienes derivados de la corrupción en la modalidad de autoblanqueo. Con la finalidad de garantizar el castigo de esas formas de blanqueo, el artículo 13 de la Propuesta castiga bajo el título del «Enriquecimiento ilícito por corrupción», una modalidad que coincide en su tipo objetivo con el delito de blanqueo, del que tan sólo se omite el elemento anímico consistente en que el sujeto actúe con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes⁸⁵.

Si se admite la similitud entre estas dos previsiones penales, no puede más que concluirse reconociendo que nuestro ordenamiento ya contemplaba antes del año 2022 un tipo delictivo que garantizaba el cumplimiento de lo aconsejado conforme a aquellos documentos internacionales bajo la fórmula del enriquecimiento derivado de la corrupción. No se trata desde luego de desconocer el eventual argumento relativo a la incapacidad del delito de blanqueo para cubrir la específica situación de un incremento injustificado de patrimonio, en tanto que el bien jurídico por él protegido –de calado socioeconómico–, nada tiene que ver en principio con la preocupación por combatir la corrupción, a la que responden las distintas propuestas

⁸⁵ Conforme a la fórmula propuesta: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la adquisición, la posesión y la utilización intencionadas, por un funcionario, de bienes que dicho funcionario sepa que provienen de la comisión de cualquiera de las infracciones penales contempladas en los artículos 7 a 12 y 14 sean punibles como infracción penal, con independencia de que dicho funcionario haya participado o no en la comisión de dicha infracción».

internacionales. Siendo cierto lo anterior, habría que oponer dos aspectos a dicha objeción. El primero, que en la medida en que el castigo por blanqueo presupone la constatación de una «actividad delictiva» comprensiva de los actos corruptos, la sanción de la posesión de bienes injustificado conforme a este precepto se basa precisamente en el origen corrupto del patrimonio, y también es específicamente por razón de la gravedad de ese origen (y no ya por el daño al orden socioeconómico), por lo que se cualifican las penas en el delito de blanqueo. El segundo, que los deseos de castigo, también cuando de la lucha contra la corrupción se trata, no pueden satisfacerse sacando de la manga nuevos tipos delictivos que, o atentan directamente contra garantías procesales básicas, o son meras figuras fantasma, esencias travestidas, disfrazadas de lo que ni son no pretenden ser.

El desconocimiento de lo anterior y la consiguiente introducción en nuestro Código de un delito de desobediencia para secundar supuestamente las recomendaciones internacionales produce con efecto final la anticipación un peldaño más del castigo de un acto de corrupción que no ha llegado a probarse. Resulta, en efecto, que la condena por blanqueo sin necesidad de que haya quedado probado el acto de corrupción, sino acordado tras la concurrencia de indicios acerca de la existencia de una actividad delictiva, se corresponde materialmente con un acto de enriquecimiento ilícito y, a su vez, como forma de anticipación al castigo, se sanciona la actitud de desobediencia ante los requerimientos del órgano competente. El resultado final es, en definitiva, toda una gama de delitos cuya relación arroja un doble resultado. El primero, caso de que el acto de corrupción no haya podido probarse, el efecto ya denunciado de anticipar hasta los límites de lo posible lo que indiciariamente parece un acto de corrupción. El segundo, caso de que finalmente llegara a probarse el acto de corrupción, multiplicar las calificaciones delictivas, al permitir articular el correspondiente concurso de delitos entre aquellos actos previos y el de corrupción, un efecto, por cierto, que buena parte de los sistemas que contemplan el delito de enriquecimiento, ya sea ilícito o injustificado, se han cuidado de evitar⁸⁴.

Más allá de lo anterior, el juicio en torno a la necesidad de introducir un tipo de enriquecimiento ilícito reclama igualmente volver la mirada a las previsiones relativas al decomiso y, de modo específico, a la modalidad de decomiso ampliado que contempla el art. 127 bis CP. Claro es que no se trata de entrar ahora en el debate en torno a si el decomiso ampliado vulnera o no principios y garantías básicas, como la presunción de inocencia, aspecto del que se hizo eco el propio Preámbulo de la ley⁸⁵, y del que se han ocupado una importante doctrina⁸⁶. Pero sí resulta conveniente dirigir la mirada a las posibilidades que ofrece aquella figura desde el punto de vista de la recuperación de las ganancias obtenidas por el sujeto, fin al que también se orienta de modo inequívoco el delito de enriquecimiento ilícito. Aun cuando es cierto que determinadas

⁸⁴ Es el caso, por ejemplo, del Código penal chileno, cuyo art. 241 bis, dispone que sus previsiones no serán aplicables si la conducta que dio origen al enriquecimiento patrimonial constituye otro delito relativo a los funcionarios.

⁸⁵ El preámbulo de la LO 1/2015 se esfuerza en argumentar que no se trata de una sanción penal, sino de «una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva», siendo su naturaleza «próxima a la de figuras como el enriquecimiento ilícito». La compatibilidad de la previsión con los principios de culpabilidad y presunción de inocencia la defiende el legislador considerando que «no presupone ni conlleva una declaración de culpabilidad por la actividad delictiva desarrollada por el sujeto, pues el decomiso ni presupone tal declaración de culpabilidad ni es una pena». Es por ello, según las mismas palabras de la ley, que para acordarla basta con la concurrencia de «indicios fundados y objetivos de que han existido otra u otras actividades delictivas, distintas a aquellas por las que se condena al sujeto, de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar».

⁸⁶ Por ejemplo, FERNÁNDEZ PANTOJA, «Las consecuencias accesorias», en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, pp. 288 s.

modalidades incorporadas al Código penal de la mano de sucesivas reformas en la materia se apartan de su filosofía original⁸⁷, se trata de una figura que en su clásica modalidad representa una *consecuencia accesoria* derivada de la comisión de un delito, que se acuerda tras una sentencia condenatoria por delito doloso. Así lo reclama también la modalidad de decomiso ampliado, introducido al Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en trasposición de la Directiva 2014/42/UE, y que se contempla en los arts.127 bis, 127 *quinquies* (en el caso de una actividad continua y reiterada) y *sexies* (que incorpora una serie de presunciones relativas a los bienes adquiridos por el condenado en un periodo de 6 años previos a la apertura del procedimiento penal). Se trata de previsiones que, en atención a sus efectos, bien podrían cumplir una función similar a la que se persigue con el enriquecimiento injustificado, en lo que a la privación de las ganancias se refiere. Debe recordarse que una característica del art. 127 bis CP es que los bienes decomisados no proceden directamente del delito por el que ha sido condenado el sujeto, sino de otras actividades ilícitas que no han sido objeto de prueba plena en el proceso, sino que se deducen a través de una serie de indicios que contempla el mismo precepto⁸⁸. Entre el amplio catálogo de delitos que, tras la reforma operada en el año 2015, permiten acordarlo se encuentra el cohecho y la malversación. Al menos, allí donde sea este el caso, la devolución de otras posibles ganancias de origen no probado, pero eventualmente asociadas a la corrupción estaba ya asegurada. Cuestión distinta es que, como se ha dicho, probablemente la única –y dudosa– ventaja de la previsión del art. 438 bis CP frente a los efectos que asegura el decomiso sea recurrir a una fórmula que no sólo garantiza la devolución de la cantidad en cuestión, esto es, de las ganancias de un delito, sino la imposición de una multa del tanto al triple del beneficio obtenido⁸⁹.

Concluyendo, a la vista de las posibilidades que ofrece tanto el delito de blanqueo como la figura del decomiso ampliado, parece, como mínimo, necesaria una seria reflexión en torno a la necesidad real de un tipo específico, ya sea en la forma más «honesta» de enriquecimiento ilícito o injusto, o bajo el eufemismo de la desobediencia. La conveniencia de repensar su racionalidad no sólo se impone para evitar duplicar calificaciones, sino a la vista de las serias distorsiones que su incorporación puede plantear desde el punto de vista del respeto de principios y garantías sustantivas y procesales, durante tantos años defendidos por la mejor doctrina penal. Sería deseable pensar que en ningún momento del debate la gravedad de los actos corruptos y, menos, las coyunturas políticas del momento⁹⁰, sean aval para la firma de un cheque en blanco de la intervención penal y, menos, que los problemas de debilidad o credibilidad de las instituciones públicas se pretendan solucionar en sede penal creando tipos fantasma, que ni se saben lo que castigan ni tienen en cuenta lo que ya castiga el Código en otros preceptos. Está por ver, en todo caso, la utilidad real del nuevo precepto en la práctica a la vista del modo en que lo apliquen -o no lo apliquen- los tribunales de justicia.

⁸⁷ Es el caso de decomiso sin sentencia condenatoria del art. 127 ter CP.

⁸⁸ Según el cual, se valorará especialmente, la desproporción entre el valor de los bienes y efectos y los ingresos de origen lícito del condenado; la ocultación de la titularidad o cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante testafierros, paraísos fiscales o territorios de nula tributación, que oculten o dificulten determinar la verdadera titularidad de los bienes; a transferencia de los bienes y efectos mediante operaciones que dificulten su localización o destino y carezcan de justificación legal o económica válida.

⁸⁹ OLAIZOLA NOGALES *Revista penal*, (52), 2023, p. 198.

⁹⁰ A nadie escapa que la necesidad de reforzar la imagen de mano dura contra la corrupción mediante el art. 438 bis CP se produce en un momento más necesitado que nunca de esas muestras, cuando la misma ley de 2022 que lo introdujo relajó el castigo de otros comportamientos corruptos.

5. Bibliografía

ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, Pamplona 2007.

ASENSIO MELLADO, «La lucha contra la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito», en ALCALÁ RAMOS (dir.), *El Estado de Derecho frente a la corrupción urbanística*, La Ley, Madrid, 2007.

BLANCO CORDERO, «De nuevo sobre el delito de enriquecimiento ilícito», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDÓN/GALLEGO SOLER/VILLA SIEIRO *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, pp. 1011 ss.

———, «El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19), 2017, pp. 1 ss.

———, «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, pp. 1 ss.

CARO CORIA, «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal peruano», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, (20-21), 2006, pp. 271 ss.

DEL CARPIO MELLADO, «El delito de enriquecimiento “ilícito”: análisis de la normativa internacional», *Revista General de Derecho Penal*, (23), 2015, pp. 1 ss.

FABIAN CAPARRÓS, «Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España», en RODRÍGUEZ GARCÍA/CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL/RODRÍGUEZ LÓPEZ (eds.), *Corrupción, compliance, represión y recuperación de activos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 595 ss.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito», en ASENSIO MELLADO (dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanc, Valencia 2017, pp. 268 ss.

FERNÁNDEZ PANTOJA, «Las consecuencias accesorias», en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.

GARCÍA BERRO, «La reciente jurisprudencia de ámbito europeo acerca del derecho a no autoincriminarse y sus implicaciones en el procedimiento tributario interno», en SÁNCHEZ PINO (dir.), *Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*, Huelva, 2011, pp. 117 ss.

———, «Derecho a no autoincriminarse de los contribuyentes y procedimiento sancionador separado: precisiones a la luz de la evolución jurisprudencial», *Quincena Fiscal*, (19), 2010, pp. 15 ss.

GÓMEZ TOMILLO, «Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimientos de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, (42), 2022, pp. 1 ss.

———, *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de sociedades que operan en los mercados. Art. 294 CP. Entrada y registro domiciliario con ocasión de investigación de infracciones administrativas*, Aranzadi, Pamplona, 2019.

GÓMEZ RIVERO, «La recuperación de activos procedentes del delito: ¿hacia un delito de enriquecimiento ilícito?», *Cuadernos de Política Criminal*, (121), 2017, pp. 35 ss.

GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal. Parte Especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

GONZÁLEZ URIEL, «Algunas consideraciones críticas sobre el delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado del art. 438 bis», *Asociación Profesional de la Magistratura*, 2023.

HERNÁNDEZ BASUATO, «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (2), 2006, pp. 183 ss.

JAÉN VALLEJO, «Administración desleal, malversación y enriquecimiento ilícito (reflexiones a propósito de la LO 14/2022, de 12 de diciembre)», *Cuadernos de Política Criminal*, (139), 2023, pp. 71 ss.

JORGE CARTOLANO, «Aproximación al delito de enriquecimiento ilícito (a propósito de la propuesta de incorporación al CP español)», en PÉREZ ÁLVAREZ (dir.), *Propuestas penales, nuevos retos y modernas tecnologías*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016, pp. 465 ss.

MIR PUIG, «El delito de enriquecimiento ilícito o injusto», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDÓN/GALLEGO SOLER/VILLA SIEIRO *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, pp. 1245 ss.

MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 25ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

NIETO MARTÍN, *Fundamentos de Derecho penal. Parte Especial*, t. II, Tecnos, Madrid, 2023, pp. 406 ss.

OLAIZOLA NOGALES, «El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?», *Revista penal*, (52), 2023, pp. 179 ss.

PALAO TABOADA, *El derecho a no autoincriminarse en el ámbito tributario*, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2008.

QUINTERO OLIVARES, «Una guarnición: el enriquecimiento ilícito», *Almacén de Derecho*, 2022.

RAGA VIVES, «El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades», en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 189 ss.

RODRÍGUEZ GARCÍA, «El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: tendencias y perspectivas», *Cuadernos de Política Criminal*, (116), 2015, pp. 201 ss.

SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público -art. 268 (2). Un tipo violatorio del Estado de Derecho*, 2ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

SANDHAGEN, «La inversión de la carga de la prueba. A propósito del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público y la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba», *Revista Pensamiento penal*, 2019, pp. 1 ss.

SARRÓ RIU, *El derecho a no autoincriminarse del contribuyente. Vigencia de las garantías frente a la autoincriminación en los procedimientos ante la Inspección de Hacienda*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2009.

VILLEGAS GARCÍA, «El nuevo delito de “enriquecimiento ¿ilícito?” del artículo 438 bis del Código penal», *Diario La Ley*, (10278), 2023, pp. 1 ss.