

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

María Jesús Quesada Sarmiento

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias

SUMARIO

I. Resumen. II. Consideraciones Preliminares sobre el Delito del Artículo 438 bis del Código Penal. III. Naturaleza del Delito. IV. Bien Jurídico Protegido. V. Presupuestos de la conducta típica. VI. El sujeto activo del delito de enriquecimiento injustificado. VII. Valoración.

I. RESUMEN.

En el presente artículo, abordaremos las cuestiones más relevantes en torno a la reciente incorporación del delito de enriquecimiento injustificado en nuestro Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, en el artículo 438 bis. Esta nueva figura penal, creada bajo el pretexto de combatir la corrupción, sanciona a las autoridades que no justifiquen un incremento patrimonial sospechoso.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL DELITO DEL ARTÍCULO 438 BIS DEL CÓDIGO PENAL.

La Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, introduce un cambio significativo en la legislación penal española al incorporar el artículo 438 bis al Código Penal. Este artículo establece la sanción por el incremento patrimonial no razonable de la autoridad, configurándolo como un delito de desobediencia. A diferencia de enfoques previos que sancionaban el enriquecimiento ilícito presumiendo su origen delictivo, esta nueva disposición se centra en la falta de justificación de un aumento patrimonial significativo por parte de la autoridad, quien está obligada a hacerlo debido a su posición.

El elemento central del delito se encuentra en la infracción previa de un deber por parte del sujeto activo, es decir, la omisión de declarar su incremento patrimonial y la negativa posterior a justificar su origen cuando es requerido. De esta manera, se considera que se superan los posibles obstáculos de constitucionalidad que podría presentar la regulación derivada de la normativa internacional.

III. NATURALEZA DEL DELITO.

El delito de enriquecimiento injustificado se caracteriza por la adquisición de un aumento patrimonial que no puede ser razonablemente explicado o justificado a partir de los ingresos legales del individuo. Este tipo de delito cuestiona la legitimidad de las fuentes de ingreso y el origen de los bienes acumulados, considerando como ilícito el enriquecimiento que carece de una base legal o justificada.

Para que se configure este delito, es necesario demostrar que el incremento patrimonial es desproporcionado en relación con las posibilidades económicas conocidas del individuo y que no cuenta con una justificación adecuada basada en ingresos o fuentes legales. En muchos sistemas jurídicos, este delito puede implicar una presunción de culpabilidad sobre el origen ilícito de los bienes, obligando al acusado a demostrar la legalidad de sus recursos.

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

El bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento injustificado es la equidad y la transparencia en la adquisición de bienes y recursos. La ley pretende preservar el orden económico y social, evitando que los individuos se beneficien de manera ilícita o desproporcionada a expensas de otros. La protección de este bien exige que los recursos y riquezas sean obtenidos de forma legal y conforme a las normas vigentes.

La doctrina que defiende la legitimidad del tipo penal introducido en el nuevo artículo 438 bis del Código Penal se fundamenta en la existencia de una obligación legal para el sujeto activo de declarar los incrementos en su patrimonio. La infracción de esta obligación, que se manifiesta en la negativa reiterada a justificar la procedencia de los bienes, es el fundamento de la conducta sancionada por el precepto. En este sentido, el delito se configura como una forma de desobediencia, dado que el incumplimiento de los requerimientos impuestos a las personas obligadas respalda la legitimidad del tipo penal.

V. PRESUPUESTOS DE LA CONDUCTA TÍPICA.

El artículo 438 bis establece lo siguiente, *“La autoridad que, durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos, hubiera obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas por un valor superior a 250.000 euros respecto a sus ingresos acreditados, y se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación, será castigada con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años”*.

Por lo tanto, la formulación típica del delito de enriquecimiento injustificado se basa en tres presupuestos fundamentales:

- a). - La existencia de un incremento patrimonial del sujeto activo que no guarda relación con sus ingresos declarados ni ha sido debidamente justificado.
- b). - La obligación legal, para ciertos servidores públicos, de comunicar cualquier variación patrimonial significativa.

c). - La existencia de un requerimiento formal de las autoridades competentes para que dicho incremento sea justificado.

En resumen, el presupuesto necesario para la verificación del delito de enriquecimiento injustificado está determinado por un límite cuantitativo específico, 250.000 euros. Para poder confirmar la existencia del delito, es imprescindible que se demuestre un incremento patrimonial superior a esta cantidad.

Por otro lado, no parece que la justificación de los bienes por parte de la autoridad, tras el oportuno requerimiento y la consiguiente negativa, pueda neutralizar los efectos del artículo 438 bis del Código Penal. Esto es especialmente relevante si el sujeto activo se ha negado abiertamente a cumplir con las obligaciones ante el órgano competente.

Aunque esta solución sea ajena a los delitos de desobediencia en sentido estricto, podría explorarse la posibilidad de adoptar una medida similar a la que se aplica en el ámbito del delito fiscal. A pesar de que la estructura de estos delitos es notablemente distinta, podría considerarse la creación de una disposición que permita justificar de manera integral los bienes, ya sea antes del proceso penal o durante el mismo, dentro de un plazo determinado. Esto podría tener un fundamento político-criminal, orientado a evitar a tiempo un perjuicio a la transparencia exigida a las autoridades.

No debe olvidarse que la intención del Legislador con este tipo penal es combatir la corrupción. Si la causa que motiva la falta de cumplimiento resulta ser absolutamente lícita, aunque se justifique con posterioridad, es posible que al Estado no le interese sancionar este caso concreto, o al menos no en la misma medida. En su defecto, podría considerarse la posibilidad de aplicar una circunstancia atenuante similar a la confesión.

Finalmente, se requiere que el sujeto activo haya sido requerido por las autoridades competentes para que justifique el origen de dicho incremento.

VI. EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO.

El legislador de 2022 ha configurado el delito establecido en el artículo 438 bis del Código Penal como un delito especial propio. Esto significa que el alcance del círculo de sujetos activos está restringido a aquellos que poseen características específicas, y el delito no guarda

correspondencia con ningún otro delito común. Esta categorización no resulta sorprendente, dado que el delito se encuentra sistemáticamente en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, que, en esencia, son delitos especiales.

Sin embargo, resulta desconcertante y carece de fundamento en nuestro ordenamiento jurídico, en el derecho comparado y en la normativa internacional, la restricción impuesta dentro de ese círculo de sujetos activos. Esta limitación se circunscribe únicamente a las autoridades públicas, excluyendo a los funcionarios públicos, quienes son sujetos activos en todos los demás delitos del Título XIX. Si el objetivo es proteger el deber de transparencia y garantizar el correcto funcionamiento de la Administración Pública, como argumentan los defensores de esta tipificación específica, resulta incongruente que se excluyan a quienes, por ley, ejercen funciones públicas y, por tanto, pueden influir significativamente en ese funcionamiento.

A los efectos del artículo 24 del Código Penal, se considera autoridad a quien "tenga mando o ejerza jurisdicción propia" en alguna corporación, tribunal u órgano colegiado. Estos términos se interpretan generalmente como "la capacidad de una persona para ejercer una potestad pública, ya sea administrativa o judicial, de manera autónoma dentro de un ámbito competencial y territorial específico". Además, el artículo 24.1 del Código Penal extiende la consideración de autoridad a los miembros del Congreso, Senado, Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y Parlamento Europeo, así como a los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea.

A su vez, la jurisprudencia ha determinado que, a efectos del mencionado artículo 24, se consideran "autoridad" figuras como los Decanos de Colegios de Abogados, los Alcaldes, los Concejales, los Consejeros Autonómicos, Presidentes Autonómicos y Jefes Provinciales de Correos.

VII. VALORACIÓN.

De todo lo expuesto se pueden extraer dos conclusiones claras. La primera es que el incremento no justificado de patrimonio no constituye un delito por sí mismo, solo lo sería si se cumplen los elementos descritos en el artículo 438 bis del Código Penal, lo que, como hemos analizado, y conforme a lo establecido en el Preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, implica una conexión directa con la corrupción y la conducta ilícita del sujeto activo. La segunda conclusión es que, si la corrupción y el origen ilícito del patrimonio siguen siendo los fundamentos que motivan

la tipificación penal, entonces se establece una presunción de ilicitud del patrimonio que no se basa en la negativa del sujeto a proporcionar información sobre su origen, sino en la comisión previa de un ilícito del cual deriva dicho patrimonio.

Si el verdadero objetivo del legislador al introducir esta nueva figura delictiva fuera sancionar el incumplimiento del deber de declarar el incremento patrimonial o su origen, ya existían herramientas jurídicas suficientes y menos invasivas respecto a los principios del Derecho penal, como el de intervención mínima y la protección de los derechos fundamentales, para abordar este comportamiento. La normativa administrativa ya prevé sanciones para la infracción del deber de declarar el patrimonio, y el fraude fiscal administrativo puede sancionarse sin necesidad de introducir un nuevo tipo penal.

No obstante, independientemente de cuál sea el fundamento básico para sancionar el incremento patrimonial indebido, lo cierto es que el precepto legal, tal como está redactado, no sanciona el enriquecimiento en sí, sino la negativa a justificar dicho incremento patrimonial, lo cual implica desobedecer a las autoridades competentes. Sin embargo, la sanción de esta desobediencia podría vulnerar derechos fundamentales como el derecho a la defensa, al silencio y a no declarar contra uno mismo, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, especialmente si el origen de los bienes está relacionado con un delito previo.

En resumen, el delito de enriquecimiento injustificado busca proteger la integridad del sistema económico y social, asegurando que el incremento patrimonial de las personas esté en consonancia con sus fuentes de ingresos legítimas. Este delito subraya la importancia de la transparencia y la justicia económica en la convivencia social. En definitiva, según la estructura del tipo penal, son varios los comportamientos que configuran esta conducta típica, el incremento patrimonial desproporcionado, el requerimiento por parte de las autoridades competentes de su justificación, y la negativa del sujeto a cumplir con dicho requerimiento.

Lo más sorprendente es que, si la razón de ser de este nuevo tipo penal es la lucha contra la corrupción, y el enriquecimiento injustificado se considera un efecto indirecto de delitos relacionados con este fenómeno, como el cohecho, la malversación o el tráfico de influencias, resulta desconcertante que los funcionarios públicos, quienes podrían ser los principales perpetradores de estos delitos, queden excluidos del alcance de la sanción por enriquecimiento injustificado.